

220-42775, julio 30 de 1998

Referencia: Prestación y restablecimiento de servicios públicos en la liquidación obligatoria.

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad bajo el número 283677, por el cual y refiriéndose al criterio de la Oficina Jurídica en relación con el tema de la referencia contenido en el memorando 220-227 del 2 de octubre de 1.997, en el cual se consideró viable la aplicación por vía analógica del artículo 104 de la ley 222 de 1.995 al trámite de la liquidación obligatoria, solicita su revisión y consecuente reconsideración, para lo cual expone algunos argumentos que se resumen a continuación:

1. Que además de las reglas contenidas en la ley 222 de 1.995 y que regulan el fenómeno concursal, existen otras disposiciones de carácter imperativo que deben ser cumplidas por el Instituto de Seguros Sociales, que imponen la suspensión del servicio que presta la entidad en caso de mora en el pago de los aportes por parte del deudor.
2. Que si bien la prestación de los servicios públicos a deudores que estén tramitando un proceso concursal, responde a fines loables, el sistema integral de la seguridad social no puede esperarse a la terminación de un proceso concursal para recibir el pago de los aportes, cuyo pago debe efectuarse mensualmente por mandato legal.
3. Que por acatamiento al ordenamiento procesal, las deudas del concordato o de la liquidación deben seguir su trámite, pero no se puede pretender que las cotizaciones causadas dentro de un proceso concursal también sean pospuestas, demoradas o impagadas con el argumento de la existencia de un déficit o de las defensas de los acreedores.
4. Que de conformidad con los artículos 209 de la ley 100 de 1.993, 2º del Decreto 183 de 1.997 y 2º del Decreto 1485 de 1.997, el no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Así mismo señala que cuando se ha suspendido la afiliación en el sistema de seguridad social en salud por falta de pago de cotizaciones, para levantar dicha suspensión, será necesario que se pague y compense por la totalidad de los aportes obligatorios atrasados y agrega que el empleador deberá a fin de afiliarse nuevamente a sus trabajadores al sistema, pagar a la entidad promotora de salud a la cual adeuda la suma respectiva, todos los períodos atrasados.
5. Que durante la vigencia de la relación laboral las cotizaciones son obligatorias tanto a los empleadores como a los trabajadores.
6. Que de acuerdo con las disposiciones citadas, se concluye que el pago de los aportes es también un deber del empleador, pues la seguridad social es un derecho irrenunciable de los trabajadores y le asignan a los patronos la obligación no sólo de afiliarse, sino de cancelar oportunamente los aportes al sistema y en el evento de no hacerlo deberá asumir directamente las prestaciones económicas.
7. Que de acuerdo con la ley 100, el sistema integral de seguridad social tiene carácter contributivo, por lo cual puede afirmarse que quien contribuye o aporta tiene derecho a sus prestaciones, el que no aporta no puede tener derecho a ellas, ya que es un sistema previsional y no asistencial, lo cual significa que ninguna administradora del sistema de seguridad social puede convertirse en una entidad de beneficencia.
8. Que el Instituto de Seguros Sociales y cualquier E.P.S. como administradoras del Sistema deben prestar unos servicios con cargo a sus recursos, que por disposición legal provienen de la UPC que le cancela el sistema por cada afiliado, por lo que si no se paga oportunamente no puede efectuarse la compensación, es decir, el sistema no va a cancelarle al instituto la UPC, por estos afiliados, no pudiendo el ISS financiar con los recursos de los que pagan, la prestación de los servicios de aquellos usuarios que no cancelan los aportes a tiempo, situación que puede conducir al déficit del sistema, por cuanto los dineros que recaudan por las EPS, no van a ser suficientes para la atención de los afiliados que pagan, por atender a los que no pagan.
9. Que los recursos son del sistema, que los aportes y sus rendimientos, constituyen un fondo de naturaleza pública, que debe garantizar el pago de las prestaciones y que el ISS es solo un ente recaudador.
10. Que del contenido del artículo 104 de la ley 222 de 1.995 puede afirmarse que solamente es aplicable a los procesos concordatarios y no a los liquidatorios, porque el objeto de ambos es

distinto, pues el primero tiene como fin recuperar y conservar la empresa como unidad de explotación económica y fuente de empleo, mientras que en el segundo se pretende realizar los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones, caso en el cual sí prevalece la defensa de los acreedores.

11. Que a fin de procurar el salvamento de una empresa es razonable que se unan muchos esfuerzos, entre ellos, los de las empresas de servicios públicos, las entidades de previsión social y los demás acreedores, pero dicha medida deja de tener su justificación, cuando sea necesario proceder a su liquidación.
12. El hecho de que para la obtención de un fin en el concordato se ordene restablecer la prestación suspendida y esta se pague de manera preferencial en la liquidación, no significa que en el proceso liquidatorio sea obligatorio prestar los servicios como lo pretende la superintendencia, a menos que se cancelen las cotizaciones dentro de los términos fijados por la ley.
13. Si en el trámite de los procesos concordatarios en atención a lo dispuesto en el artículo 104, antes citado, se restablece la prestación de los servicios de salud y se reconocen las demás prestaciones que concede el sistema integral de seguridad social, es inequívoco que la empresa estará obligada a pagar oportunamente los aportes o cotizaciones en la medida en que estos se vayan causando, de lo contrario se someten a la suspensión inmediata, aunado al hecho de que el artículo 197 de la ley 222 establece que los gastos de administración surgidos durante el trámite liquidatorio se pagarán inmediatamente y a medida que se vayan causando.

A fin de dar respuesta a sus inquietudes el Despacho estima necesario efectuar algunas consideraciones, siendo necesario en primer lugar detenerse en cuanto al concurso como fenómeno jurídico particular que ha requerido una respuesta especial del ordenamiento.

1. LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONCURSO.¹

Se hace necesario en este acápite poner de presente, las características más importantes de los concursos y en particular de la liquidación obligatoria, que correspondan a sus elementos esenciales y que permitan colegir sin equívocos que se trata de la dogmática del derecho concursal y que por tanto pueda afirmarse de manera categórica que constituyen la esencia del derecho concursal.

Antes de ocuparnos del análisis del tema, resulta necesario traer a colación la autorizada opinión del profesor Angelo Bonsignori, cuando expresó:

□ Por ser el derecho concursal un imponente complejo normativo que comprende en sí mismo instituciones de derecho civil, procesal civil, penal, procesal penal, administrativo y tributario se presenta el delicado problema de su interpretación, que por elementales exigencias de justicia imponen que sea efectuada de un modo unitario. Para proceder a ello es necesario la hipótesis de un sistema normativo cuya característica consista en disciplinar las consecuencias de la insolvencia del empresario comercial y su peculiaridad formal está en la posibilidad de colmar las lagunas exegéticas recurriendo a la autointegración en primer lugar, es decir, trayendo lo establecido para casos similares y materias análogas dentro del derecho concursal y solamente en carencia de principios específicos recurrir a la heterointegración con otros principios del ordenamiento general a la luz de dos postulados como son la racionalidad y el carácter omnicomprensivo del ordenamiento jurídico.

Hay que considerar al derecho concursal a la par que el derecho marítimo, el derecho bancario o el cambiario como un sistema que se separa del derecho común por particulares exigencias de la materia disciplinada, exigencias que imponen una diferenciación acentuada respecto del derecho común mismo, no se trata de un derecho excepcional, sino de una ley general que admite la analogía □.

De acuerdo con lo dicho es claro que los principios propios del concurso incorporados en las reglas que el ordenamiento establece, si bien pueden resultar incompatibles con las establecidas de manera tradicional por el ordenamiento, responden a una filosofía y a unos principios sin los cuales el concurso

¹ TONÓN, Antonio. Derecho concursal I. Instituciones Generales. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1.988. Págs 25 y s.s.

carece de justificación. En otras palabras, la prelación de las reglas propias del derecho concursal sobre aquellas que pretendan ser aplicadas en circunstancias normales constituyen la expresión genuina de la existencia de los concursos, por lo cual, podemos expresar sin lugar a equívocos, que la aplicación de las disposiciones propias del derecho común en deterioro de las reglas propias del sistema concursal, implica negar la existencia del mismo como una disciplina autónoma. Un ejemplo peculiar de esta circunstancia que se comenta, lo constituye el hecho de que durante el trámite del concurso el acreedor pierde el derecho a la ejecución singular, derecho que la ley le reconoce de manera expresa al acreedor y que en derecho colombiano se encuentra incorporado en el artículo 2488 del Código Civil, pero cuyo ejercicio resulta del todo incompatible con la filosofía del sistema concursal.

Las reglas del concurso constituyen una excepción a las previstas por el ordenamiento para circunstancias de normalidad económica y como excepciones, son necesarias para dar flexibilidad y maleabilidad al ordenamiento.

En razón a lo expuesto, la aplicación que usted expone de las reglas contenidas en la ley 100 de 1.993 así como en las demás disposiciones propias de la seguridad social, no pueden ser aplicadas lisa y llanamente, sino que deberán compararse con las reglas propias del concurso.

1.1 LA OFICIOSIDAD:

En el juicio concursal el impulso del procedimiento está a cargo del juez del conocimiento, que actúa de oficio, sin que sea necesaria la petición de los interesados. Existen regímenes jurídicos, como el Francés o el Italiano, en los cuales la oficiosidad llega al extremo de que el Tribunal puede declarar de oficio el juicio concursal sin que medie petición del deudor, del acreedor o del Ministerio Público. En el régimen Alemán, no existe la posibilidad de que el Tribunal declare abierto de oficio el juicio concursal, pero una vez abierto el concurso el Tribunal actúa oficiosamente.

Este carácter oficioso en cuanto a la iniciación del concurso, **es el reconocimiento expreso del carácter público del asunto a cargo**, pues dadas las particularidades propias del tema materia de debate, la no atención de las obligaciones de manera regular por parte del deudor, impone necesariamente un papel si se quiere activo, pues el juez del concurso no puede esperarse al hecho de que el deudor voluntariamente decida solicitar la apertura del concurso, sino que su situación patrimonial exige necesariamente la intervención del juez.

En los concursos además del carácter oficioso se suma las amplias facultades en materia de investigación, de modo que al carácter oficioso del procedimiento se le suma el inquisitivo.

Esta característica no es otra cosa que el reconocimiento expreso que ha hecho el legislador comparado, en el sentido que el asunto materia del concurso, cual es la imposibilidad del deudor para atender sus obligaciones, se sale de las reglas propias del derecho privado, pues en este caso, la actividad económica que desarrolla el deudor merece ser protegida de manera especial. En otras palabras, **los concursos han sido creados como un mecanismo de protección al deudor en la medida que la protección de éste más que consultar su condición de sujeto pasivo en una relación crediticia, surge en el entendido de que se protege a la empresa del deudor, pues ella más que él, es el motor de riqueza de la actividad económica, aunada al hecho de que las obligaciones a cargo del deudor deberán atenderse de manera ordenada con la realización de los bienes de que es titular, sin que por tanto sea permitido a los acreedores procurar de manera egoísta la satisfacción de su acreencia, en una especie desordenada de orgía patrimonial.**

Que los procesos concursales son de naturaleza pública y por tanto no se pueden estudiar desde la óptica simple del derecho privado, es una afirmación que se pone de manifiesto cuando comprendamos la trascendencia y las implicaciones que supone la crisis de la empresa. En este sentido resulta especialmente ilustrativo traer a colación lo expresado por la Superintendencia de Sociedades en relación con la importancia de la crisis de la empresa:

□1.2. PROBLEMA DE LA CONEXIDAD:

(...)

Para nadie es un secreto que el Código de Comercio de 1971 aceptó algunos postulados del corporativismo, claramente indistinguibles en las reglas sobre el establecimiento de comercio y en los institutos de carácter concursal, para los cuales el trabajo organizado siempre es más productivo que el trabajo ocasional, razón por la cual toda la comunidad está interesada en la conservación y sobrevivencia de las empresas. La insolvencia habitualmente envuelve intereses de diverso origen, a veces contrapuestos, a veces en armonía, pero siempre de orden plural y de interés público o colectivo porque ese fenómeno económico trae secuelas que superan los simples intereses y apetitos de quienes están en relación jurídica directa con el deudor. Tal vez por estas circunstancias cuando el señor Kemmerer presentaba ante el Gobierno el proyecto que en 1923 vino a convertirse en la Ley Orgánica de Bancos, refiriéndose al fracaso de las entidades financieras decía que si un banco quiebra toda la comunidad sufre.

Esa verdad también cubre a los empresarios que se desempeñan dentro del sector real, en cuya suerte están interesados los propios banqueros, los trabajadores y el Estado mismo porque del desempeño y suerte de estos agentes económicos depende, con mayor o menor fuerza, el funcionamiento macroeconómico, el que puede resultar desajustado y adverso para la comunidad entera como consecuencia de lo que la Doctrina de los Concursos llama la concatenación de patrimonios, con lo cual se designa la inocultable dependencia que hay entre todos los individuos que participan en el circuito económico, lo que viene a darle a estas instituciones concursales un carácter semipúblico o cuasipúblico. Una visión simple de estos fenómenos podría dar a entender que las relaciones de crédito vinculan exclusivamente al acreedor y al deudor y que por ello mismo cuantos mecanismos adopten los interesados en la solución de los conflictos patrimoniales que se derivan de las relaciones de crédito han de considerarse válidos y protegibles por el Derecho Privado. La verdad es muy distinta porque las relaciones de crédito no vinculan solamente a quienes participan en el vínculo contractual sino que por causa de tal relación se genera una compleja red, semejante a un sistema circulatorio en el cual se entrelazan las múltiples y variadas personas que terminan participando en una red de interdependencia.

Una visión macroscópica evidencia que cuando alguno de los sectores económicos afronta una crisis estructural no sólo se arriesga la sobrevivencia de quienes son acreedores directos de las empresas que participan en el sector sino que todo el tejido económico que se relaciona con tales deudores se compromete, de donde resulta claro que la comunidad no solamente se interesa en la creación de nuevas empresas y en el adecuado funcionamiento de las existentes sino también en la solución ordenada de los conflictos patrimoniales de los empresarios, así como en el castigo y erradicación de los sujetos económicos que entran en desequilibrios estructurales o que desarrollan procedimientos mañosos, sujetos estos para quienes las leyes disponen adversidades de carácter administrativo y penal.

1.3 LA CRISIS DEL DEUDOR:

En los procesos concursales se supone que si de la liquidación de la empresa devendría un daño irreparable para la comunidad, no se la puede entregar lisa y llanamente a la avaricia de los acreedores sin tomar ciertos resguardos, porque en dicha liquidación no sólo se implica la suerte de los acreedores sino que también se compromete el futuro de la sociedad entera. Esta verdad, que en veces amarga a los acreedores que no quieren participar en los esfuerzos que muchos hacen para reestructurar los créditos a cargo de los empresarios en dificultades, es verdad prácticamente universal y explica por qué razón en presencia de estos acontecimientos las leyes desconocen las garantías que se derivan de la sagrada regla del derecho privado del prior in tempore, prior in iure y por qué razón también el empresario que amerita el acceso al proceso concursal recibe beneficios extraordinarios como el de la inembargabilidad y queda sometido a la exhibición total de sus libros y papeles de comercio, excepción esta que lo obliga a renunciar a su intimidad a fin de que sus acreedores puedan penetrar en la dinámica de sus negocios, diagnosticar su futuro y comprometerse o no en una fórmula concordataria. (Auto 410-3480 del 4 de junio de 1.997)

Refiriéndonos a las reglas propias del derecho colombiano, llamamos la atención en el sentido que la ley 222 reconoce expresamente este principio, pues tratándose de los concordatos que deben

adelantarse ante la superintendencia legitima a la entidad para que de manera oficiosa decreta la apertura de concurso. **Ahora bien, tratándose de la liquidación obligatoria la ley explícitamente remontó las reglas propias consignadas en el estatuto mercantil y estableció que la misma podía iniciarse de manera oficiosa.**

1.2 LA UNIVERSALIDAD:

La doctrina comparada ha considerado que el juicio concursal es un juicio universal desde el punto de vista objetivo porque afecta todo el patrimonio del deudor². Lo cual significa que todos los bienes que conforman el patrimonio del concursado quedan afectados, en principio, a la satisfacción de los acreedores que participen del concurso.

La doctrina ha estimado igualmente que las reglas incorporadas allí comportan necesariamente el reconocimiento del concurso como un juicio universal a diferencia de los juicios de carácter singular, en los cuales se comprometen tradicionalmente aquellos bienes que el acreedor logre vincular al proceso con el decreto y práctica de una medida cautelar.

Tratándose de la regulación del derecho colombiano, debemos señalar que el mismo reconoce este principio en varias disposiciones de la ley 222 de 1.995, siendo necesario precisar que si bien en el concordato no se trabaja propiamente con la noción de □masa de bienes□ o □patrimonio a liquidar□, ello no es obstáculo para considerar que esta regla se aplica a este tipo o clase de concurso, con algunas atemperaciones que surgen de la naturaleza misma de este proceso. A diferencia del concordato en la liquidación obligatoria cobra especial importancia este principio, pues las obligaciones a cargo del deudor serán atendidas con el producto de la enajenación de todos los bienes del deudor, razón por la cual todos ellos sin exclusión son objeto de las medidas cautelares de embargo y secuestro.

En relación con este aspecto, este Despacho ha expresado:

□En atención al carácter universal de los concursos, la ley ha establecido que a los acreedores no les es permitido efectuar el recaudo de su crédito a espaldas del concurso, pues éste corresponde a un derecho de ejecución universal de todos los acreedores. Sobre este particular la doctrina ha expresado: □Los procedimientos concursales se han instituido para garantizar el derecho de persecución que tienen los acreedores sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros, muebles o inmuebles del deudor, salvo los inembargables. Este derecho de persecución se realiza en virtud del principio universal que □el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores□. Por consiguiente, es un derecho que pertenece a todos los acreedores y no a uno solo; se concreta cuando el deudor, debido a su impotencia patrimonial, no ha cumplido con el pago de sus obligaciones con sus acreedores y estos se ven compelidos a iniciar las acciones de ejecución universal o concurrente sobre la totalidad del patrimonio del deudor□. (Sanguino Sanchez Jesús María. Cesación de pagos en los procesos concursales. 1ª. Edición, Ediciones Librería El Profesional, Bogotá, 1.982, pág 21□ (Oficio 220-13661 del 1º de abril de 1.998).

1.3 LA COLECTIVIDAD:

Este principio también ha sido entendido tradicionalmente por algún sector de la doctrina concursal, en especial la alemana como parte del principio de universalidad, desde el punto de vista subjetivo.

Como quiera que el juicio concursal tiene por finalidad la recomposición de los pasivos del deudor mediante un acuerdo con sus acreedores o la liquidación de su patrimonio para distribuir su producido entre ellos, son llamados a participar de él todos los acreedores del deudor. Por eso se dice que es un

² La doctrina Alemana suele entender la universalidad con un alcance más amplio, que abarca la colectividad. Dentro de esa concepción el concurso sería doblemente universal: desde el punto de vista objetivo porque afecta todo el patrimonio del deudor, y desde el punto de vista subjetivo porque se desarrolla en beneficio de todos los acreedores.

procedimiento colectivo, porque no se desarrolla en beneficio de uno o determinados acreedores sino de la totalidad.

Esta nota distingue a los concursos como especie o clase de procesos de ejecución, de los procesos ejecutivos de carácter singular, en los cuales tan solo interviene una parte de los acreedores del deudor, fundamentalmente quien inició el respectivo proceso.

El llamamiento efectuado por la ley a los acreedores del concursado, los comprende a todos sin distinción de clase o cuantía, pues los sistemas procesales no han contemplado excepciones en cuanto a la referida regla y por tanto todos ellos deben comparecer; en el evento que ello no suceda estarán expuestos a las sanciones que la ley establece por tal desacato.

Así se tiene por ejemplo, que no interesa el tipo o clase de obligación de la cual el concursado sea deudor para atemperar esta regla; por ello, si la obligación es de dar, hacer o no hacer, igualmente el acreedor deberá hacerse parte: así mismo si se trata de obligaciones de carácter legal o nacidas con ocasión de un negocio jurídico ello no es un factor que determine la obligación de hacerse parte en el concurso. Igual sucede con las diferentes clases de las obligaciones, de acuerdo con el objeto: divisibles o indivisibles, alternativas, facultativas o conjuntiva, igual sucede con las obligaciones sujetas a plazo o condición.

De esta regla no se sustraen las obligaciones a favor del Estado y en consecuencia, él como cualquier acreedor debe avenirse al cumplimiento de las reglas que la ley establece. Este principio es consecuencia obligada del derecho a la igualdad establecido por la Carta y como tal es de obligatorio cumplimiento, sin perjuicio claro está, de los privilegios y preferencias establecidos por la ley.

Este principio de colectividad supone unas consecuencias de carácter procesal, en el sentido que bajo un solo trámite, actuación o proceso se consolidan todas y cada una de las reclamaciones que pretendan hacerse frente al deudor concursado. Por ello, todos los procesos ejecutivos en los cuales el deudor sea parte como demandado deberán incorporarse al concurso, por lo que no tendría sentido que la ley concursal procurara el mantenimiento de la colectividad y permitiera la continuación o la iniciación de los procesos ejecutivos, pues tal proceder resultaría contrario a este principio, máxime si se tiene en cuenta que el proceso ejecutivo singular procura la satisfacción de un interés personal y el concurso de un interés colectivo.

1. 4 LA IGUALDAD:

Sea que el juicio concursal tienda 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 se presume que los acreedores deberán soportar alguna pérdida, y siendo lo más razonable que soporten este hecho equitativamente, a prorrata en proporción a sus respectivos créditos, lo cual significa, en otros términos, que a los acreedores se les debe dispensar un trato igualitario, principio que se suele enunciar con la expresión latina de la *par conditio creditorum*. Se trata de un principio típico del juicio concursal.

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 para contar con el mismo tratamiento deberán hacer valer su acreencia dentro del trámite. Así se tiene, que considerar que un determinado grupo de acreedores puede válidamente sustraerse del concurso sin que ello signifique la generación de un efecto que pueda considerarse como perjudicial, comporta una discriminación para ese acreedor y por lo tanto el desconocimiento de la regla ya anotada arriba en el sentido que todos en condición de igualdad deben concurrir a las pérdidas del deudor.

2. CONCORDATO Y LIQUIDACION OBLIGATORIA. NATURALEZA. OBJETO.

De conformidad con lo previsto por la ley 222 de 1.995, el deudor que no pueda atender sus obligaciones de contenido patrimonial, podrá acceder al trámite de un proceso concursal, el cual puede tener por objeto la conservación y recuperación de sus negocios o la realización de sus bienes para atender respetando la prelación legal, todas y cada una de las obligaciones a su cargo.

La ley 222 contempló una sola modalidad de proceso concursal, como una respuesta a la diversidad de trámites existentes en derecho colombiano antes de su vigencia. En efecto, así se tiene que antes de su expedición existía el concordato, la quiebra y el concurso de acreedores.

Si bien el concordato y la liquidación obligatoria tienen como procesos, una finalidad y un contenido distinto, debemos señalar que como clases o tipos de concursos, cuentan con un rasgo común cual es la protección del crédito, pues como procesos universales los acreedores pierden el derecho a la ejecución singular sobre los bienes del deudor. No obstante tal circunstancia, no debe perderse de vista que este tipo o clase de procesos (concordato y liquidación obligatoria) tienen reglas especiales que obedecen a la naturaleza especial de cada uno de ellos, tal como adelante se expone.

3. JUSTIFICACION DE REGLAS ESPECIALES PARA EL CONCORDATO Y PARA LA LIQUIDACION OBLIGATORIA.

Como quiera que en el concordato se persigue la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, la ley ha previsto algunas medidas que constituyen excepciones a las reglas previstas tradicionalmente por el ordenamiento y que procuran la obtención de tal objetivo.

Así, se tiene que en materia de medidas cautelares reales, que tienen como fin proteger a los acreedores de los actos de disposición que pueda realizar el deudor, debe tenerse en cuenta que en el concordato no procede el decreto indiscriminado de las mismas, sino que se decretan aquellas cautelas que resulten compatibles con la empresa. Por tal razón en la providencia de apertura se decreta únicamente el embargo sobre los activos del deudor sujetos a registro y cuando se incorporan al trámite del concordato los procesos ejecutivos que se adelantan contra el deudor se levantan las medidas cautelares practicadas dentro de tales procesos distintas al embargo sobre activos fijos sujetos a registro.

No se justifica que en un concordato permanezcan embargados los dineros que el deudor tenga en cuentas corrientes bancarias, pues ello sin duda afectaría la buena marcha de la empresa. Tampoco tendría sentido que se decretara el embargo sobre la mercancía que tiene el deudor registrada en su inventario, pues su enajenación generará los recursos suficientes para atender tanto las obligaciones concordatarias como los gastos de administración que se generen en el trámite.

En cuanto al tratamiento de las medidas cautelares en la liquidación obligatoria, el mismo difiere del que establece para la ley en el concordato, habida cuenta que en la liquidación no opera la restricción que la ley ha consagrado para este tipo o clase de proceso concursal, de la cual nos ocupamos en detalle atrás. En efecto, a diferencia del concordato las medidas cautelares en la liquidación recaen sobre todos los bienes de deudor sin efectuar distinciones de ninguna clase, lo cual obedece al hecho de que en la liquidación obligatoria no se persigue la protección de la empresa y por tanto no hay lugar a que las cautelas cedan en favor de la empresa, máxime cuando con su decreto y práctica se persigue asegurar los bienes, los cuales tienen como vocación natural la satisfacción de las acreencias a cargo del deudor. Ello no significa en modo alguno que las medidas cautelares deban proceder de manera indiscriminada aún en contra de los intereses de la liquidación, pues en algunas ocasiones se requiere que el aparato productivo funcione adecuadamente para permitir una enajenación adecuada de los bienes.

En este análisis resulta conveniente poner de presente que otros efectos resultan comunes tanto al concordato como a la liquidación obligatoria, así se tiene que en ambos procesos se ordena la

inscripción de la providencia en el registro mercantil, se emplazan a los acreedores, no procede la iniciación ni continuación de procesos ejecutivos contra el deudor concursado, etc.

Igualmente y así como existen efectos propios del concordato, en la liquidación obligatoria se generan unos efectos que obedecen a su propia naturaleza, como por ejemplo, la designación del liquidador, la conformación del patrimonio a liquidar, la designación de la junta asesora del liquidador, el embargo, secuestro y avalúo de todos los bienes que conforman el patrimonio a liquidar.

4. PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS Y LOS CONCURSOS.

Refiriéndonos concretamente a los servicios públicos en el trámite de la liquidación obligatoria, debemos señalar que tal como usted lo anota en su escrito y como lo puso de presente este Despacho en el memorando 220-227, no existe una disposición que se ocupe de regular tal fenómeno en la liquidación obligatoria a diferencia de lo que sucede en el concordato (artículo 104 de la ley 222 de 1.995), lo cual conduce a que el Despacho se ocupe de establecer la filosofía de la regla y su aplicación en derecho colombiano.

Para tal fin, el Despacho procederá a la transcripción de la disposición:

Las personas o sociedades que presten servicios públicos domiciliarios o industriales al deudor, admitido o convocado a concordato, no podrán suspender la prestación de aquéllos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si la prestación estuviere suspendida, estarán obligados a restablecerla, so pena de responder por los perjuicios que se ocasionen. El valor de los nuevos servicios que se presten a partir de la apertura del concordato, se pagarán como obligaciones postconcordatarias. PARAGRAFO. Igual regulación se aplicará a las entidades de previsión social en relación con las obligaciones que tengan con trabajadores del deudor.

A fin de auscultar el querer del legislador con la inclusión de una regla como la que se comenta, se hace necesario en primer lugar examinar las exposiciones de motivos que dieron lugar a la expedición del Decreto 350 de 1.989 y de la ley 222 de 1.995. Al respecto debemos señalar que ni en el Decreto ni en la ley, se expusieron los criterios por los cuales se incorporaba tal disposición al ordenamiento colombiano. No obstante lo anterior, no resulta difícil deducir el querer del legislador con la implantación de una regla como la que se comenta, el cual se obtiene con base en un análisis sistemático de las disposiciones.

La regla que se estudia se encuentra contenida en la sección tercera del capítulo segundo del título segundo de la ley 222, que se ocupa de regular los efectos de la apertura del concordato, a continuación de la referente a la prelación del concordato, las obligaciones diferentes al pago de suma de dinero, la interrupción del término de prescripción e inoperancia de la caducidad, la continuidad de los contratos de tracto sucesivo y la cancelación y el restablecimiento de gravámenes.

Si se analizan todas y cada una de las preceptivas a las que nos hemos referido, podemos concluir que algunas responden al concordato como concurso y otras apuntan a la finalidad propia de este proceso. Así se tiene que la regla referida a la preferencia del concordato y la continuación de procesos ejecutivos obedece al concurso como tal y se aplica igualmente en tratándose de la liquidación obligatoria, pues es desarrollo del principio de colectividad al cual nos referimos. En efecto, el artículo 208 de la ley 222 de 1.995 que se ocupa de la liquidación obligatoria establece que tal regla es aplicable a este tipo de proceso por vía de remisión, remisión en la cual no incluye al artículo 104 mencionado.

La preceptiva referida a la prestación de los servicios públicos en el concordato (la cual es aplicable a las entidades de previsión social), reconoce la importancia que la prestación de estos servicios registra para la empresa, pues es elemental considerar que una empresa sin tal prestación no puede salir adelante. Así como la prestación de los servicios públicos resulta vital para una empresa, la prestación de los servicios por parte de las entidades de previsión social a los trabajadores del deudor resulta vital, pues de una parte la prestación es una obligación del empleador para con los trabajadores y por otra no resulta viable considerar que la empresa deba seguir adelante y no se les preste a los

trabajadores el servicio con el argumento de que existen obligaciones insolutas a cargo del deudor. Si la empresa en el concordato debe seguir operando se deben establecer reglas que procuren la obtención de tal finalidad, entre las cuales se incluye asegurar la prestación de los servicios de seguridad social, pues ellos son connaturales a una empresa en marcha.

Acerca de la importancia de esta regulación, esta Entidad ha expresado:

□El espíritu de la ley concursal vigente, claramente manifestado en ella es, sin lugar a duda, CONSERVAR Y RECUPERAR la empresa no sólo como unidad de explotación económica, sino también como fuente generadora de empleo. Quiere el legislador (ese es su espíritu) que por razones de economía y por motivos de empleo, las empresas que tienen vocación concursal se RECUPEREN Y SE CONSERVEN.

Teniendo bien presente esta finalidad o intención de la ley, claramente manifestada en ella (artículo 2º del decreto 350 de 1989), la expresión □... que estén prestando servicios Públicos a la empresa admitida al trámite del concordato ...□ del artículo 18, ídem no puede interpretarse en sentido literal, como lo hacen las entidades encargadas de prestar los servicios públicos.

El artículo 18 citado, no puede concebirse en el sentido de que, si al momento de la admisión al concordato, los servicios públicos se encuentran suspendidos, las entidades encargadas de prestarlos, no están obligadas a hacerlo. Pues de interpretarse así dicha expresión, la finalidad, la intención, el espíritu de la ley quedaría automáticamente truncado, ya que ninguna empresa puede CONSERVARSE Y RECUPERARSE sin los servicios públicos absolutamente necesarios para el desarrollo de la actividad (objeto) social. Si interpretamos literalmente la citada expresión, la ley concursal perdería su verdadero sentido teleológico, cual es, la CONSERVACION Y RECUPERACION de la empresa convocada o admitida al concordato. □ (Oficio 211-7387 del 11 de marzo de 1.993).

Tratándose de la liquidación obligatoria no existe una regla como la establecida para el concordato ni una remisión a ella. Tampoco puede decirse que tal regla obedezca a las características propias del concurso como la universalidad, colectividad, igualdad y oficiosidad que también son predicables de la liquidación obligatoria, sino que obedece a la finalidad que es propia del concordato, tal como atrás se expuso.

Si el legislador hubiera considerado que la prestación de los servicios públicos debía operar en la liquidación obligatoria como en el concordato, lo habría señalado de manera categórica bien con la consagración de un texto legal o con simple remisión de las reglas del concordato a la liquidación. Por ello, no puede sostenerse válidamente que del silencio del legislador para la liquidación, pueda deducirse la aplicación analógica o extensiva de la regla que se comenta, pues tal como atrás se puso de presente, reglas de esa estirpe responden a la filosofía propia del concordato y no del concurso como tal.

5. LA LIQUIDACION OBLIGATORIA Y LAS RELACIONES LABORALES DEL DEUDOR CONCURSADO

No obstante lo expresado, no debe perderse de vista que la apertura de la liquidación obligatoria no comporta de manera automática la terminación de los contratos de trabajo, razón por la cual en cabeza del liquidador pesa la obligación de dar cumplimiento a todas y cada una de las disposiciones que regulan la relación laboral hasta tanto se ponga fin al vínculo, razón por la cual deberá asegurarse la prestación de los servicios de seguridad social con el pago de los aportes respectivos.

Los aportes de seguridad social adeudados con anterioridad a la apertura de la liquidación, imponen al acreedor la carga de hacerse parte dentro del trámite en la oportunidad definida por la ley, los cuales se cancelarán con estricta sujeción a la prelación legal. Los aportes que se causen con posterioridad a la apertura se pagarán como gastos de la liquidación y no puede ese Instituto negarse a recibirlos, con el argumento que deberá pagarse la totalidad de las sumas que se adeude, incluyendo las obligaciones causadas antes de la apertura, pues estas deberán satisfacerse en la forma establecida por la ley y respetando el orden que les corresponde, razón por la cual no puede darse un pago anticipado de las

mismas pues ello es violatorio del principio de igualdad ya comentado. En todo caso, no debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 178 numeral 8º. de la ley 222 la Junta Asesora del Liquidador impartirá autorizaciones para efectuar pagos antes de la calificación y graduación de créditos.