

PROBLEMAS LABORALES EN LOS CONGLOMERADOS EMPRESARIALES

DIANA CAMILA GAITÁN HEMELBERG

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL

Bogotá, D.C.

2019

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción.....	p. 4.
2. Los conglomerados empresariales.....	p. 6.
3. Unidad de empresa.....	p. 10.
3.1. Concepto, requisitos.....	p. 10.
3.2. Efectos de la declaración.....	p. 13.
3.3. Unidad de empresa y grupo empresarial.....	p.17.
3.4. Problemas relacionados con la figura.....	p. 18.
3.4.1. Unidad de empresa y los supuestos de control del artículo 261 del Código de Comercio.....	p. 18.
a. Grupo controlado por TEAM S.A.....	p. 22.
b. Grupo de McCann Erickson Corporation S.A.....	p. 23.
c. Consideraciones de ambos casos.....	p. 24.
3.4.2. Unidad de empresa y control conjunto.....	p. 25.
3.5. Comparación con otros países.....	p. 29.
a. Brasil.....	p. 29.
b. España.....	p. 30.
c. Chile.....	p. 31.
d. Alemania.....	p. 32.
e. Consideraciones.....	p. 32.
4. Problemas derivados del mal ejercicio del poder de subordinación por parte de las sociedades y controlantes de un conglomerado.....	p. 33.
4.1. La subordinación en el contrato de trabajo.....	p. 34.

4.2. Caso Ardila Lülle.....	p. 36.
4.2.1. Implicaciones.....	p. 37.
4.3. Casos Superintendencia de Sociedades.....	p. 39.
4.3.1 Caso Juan Carlos Carrillo y Natalia Hernández.....	p. 39.
4.3.1.1. Implicaciones.....	p. 41.
4.4. El caso de Brasil.....	p. 45.
5. Problemas en el cobro de acreencias laborales derivados de la liquidación de una sociedad.	p. 46.
5.1. Tipos de procesos de liquidación.....	p. 46.
5.2. Efectos de la liquidación de una sociedad en los contratos de trabajo.....	p. 47.
5.3. El concurso de acreedores y la prevalencia de las acreencias laborales.....	p. 48.
5.4. Problemas con el cobro de acreencias laborales. Casos.....	p. 51.
5.4.1. Problemas con el pago de acreencias laborales a cargo de una sociedad subordinada que está en proceso de liquidación voluntaria. Caso McCann Erickson.....	p. 51.
5.4.1.1. Soluciones.....	p. 53.
5.4.2. Problemas con el cobro de acreencias laborales a una sociedad que está en proceso de liquidación judicial.....	p. 56.
5.4.2.1. Soluciones.....	p. 57.
6. Conclusiones.....	p. 63.
7. Referencias.....	p. 66.

RESUMEN

A lo largo de la presente monografía se realizará un análisis de algunos de los problemas laborales que pueden surgir dentro de un conglomerado empresarial, con el fin de proponer soluciones a los mismos. Comenzaremos explicando la figura de la unidad de empresa y los inconvenientes que se presentan al armonizar las normas laborales que la regulan, con la legislación mercantil relativa a los tipos y presunciones de control societario. Posteriormente analizaremos las consecuencias laborales que se dan cuando dentro de los conglomerados se ejerce de forma incorrecta el poder de subordinación; y por último, expondremos los problemas en el cobro de acreencias que causa la liquidación de una sociedad.

PALABRAS CLAVE: Conglomerado empresarial, unidad de empresa, acreencias laborales, insolvencia.

ABSTRACT

Throughout this legal monograph, we will analyze some of the most relevant labor problems that may arise within a conglomerate. We will start by explaining the figure of "single business unit" and the problems that arise when we try to harmonize the labor regulation, and the corporate laws related to the situations of control. After that, we will explain some problems related to the wrong exercise of the subordination power inside the conglomerates. Finally, we will expose labor issues that emerge when a corporation is liquidated.

KEY WORDS: Conglomerate, single business unit, labor credits, insolvency.

1. Introducción.

En Colombia, como en el resto del mundo, una parte importante de la actividad empresarial se desarrolla a través de conglomerados, es decir, por medio de varias entidades vinculadas entre sí de diversas formas, con el fin de hacer más eficientes los procesos productivos, o simplemente con el propósito de invertir unas en otras. Según Rafael Manóvil,

“(…) la actividad empresarial no es ya realizada en forma separada e individual por cada unidad productiva – ni por cada compañía-, sino que ello ocurre a través de toda suerte de combinaciones de varias de ellas, lo que responde a necesidades técnicas, productivas, de dimensionamiento, de mercado, y no menos a la concentración de riquezas y de poder”¹.

En nuestro país, un ejemplo que ilustra la importancia de los conglomerados es la Organización Adilla Lülle, que “cuenta con más de 80 empresas, que generan más de 40.000 empleos, y dentro de las que se encuentran, principalmente, Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón), Incauca S.A., Ingenio Providencia S.A., [y] RCN Televisión”². Asimismo, encontramos otros conglomerados igual de importantes, como el Grupo Luis Carlos Sarmiento Angulo, el Grupo Empresarial Antioqueño, el Grupo Bancolombia, Grupo Helm, y el Grupo Colpatria.

En este sentido, por la importancia que tienen los conglomerados empresariales y todos los trabajadores que se encuentran vinculados a sus diferentes compañías, a lo largo de la presente monografía expondremos y analizaremos tres grandes núcleos de problemas laborales que se

¹ Rafael Manóvil. Grupos de sociedades en el Derecho comparado. Pág. 16. Ed. Abeledo-Perrot. (1998).

² Francesco Galgano, et al. Los grupos societarios, dirección y coordinación de sociedades. Pág. 312. Ed., Universidad del Rosario. (2009).

presentan al interior de ellos, con el fin de evaluar las implicaciones legales, y proponer alternativas de solución a los mismos.

En la primera parte de este escrito analizaremos la figura de la unidad de empresa, por la estrecha relación que tiene con los conglomerados, y expondremos dos problemas que se presentan al momento de armonizar los supuestos que contempla la ley laboral para su declaración, con la legislación mercantil; nos referimos específicamente al requisito de predominio económico del Código Sustantivo del Trabajo y las presunciones de control del artículo 261 del Código de Comercio, así como al problema que se presenta con la figura del control conjunto aplicado a la unidad de empresa. Asimismo, para ilustrar la utilidad del planteamiento en la práctica, expondremos casos reales de conglomerados y trabajadores que se ven afectados por la falta de armonización normativa, para al final del capítulo proponer algunas soluciones a los problemas enunciados. Dentro de este capítulo también se hará un análisis de derecho comparado, con el fin de estudiar cuáles son las consecuencias laborales de la constitución de un conglomerado en algunos países.

Por otra parte, en el siguiente capítulo nos centraremos en el análisis de casos en los que el poder de subordinación derivado de las relaciones laborales es ejercido de forma errónea sobre los trabajadores de sociedades pertenecientes a un conglomerado, toda vez que las órdenes no las imparte en la práctica el verdadero empleador, sino que terminan haciéndolo las personas naturales controlantes, o los representantes de otras sociedades, lo que termina concretándose en que el trabajador no solo está desempeñando las funciones propias de su cargo, sino muchas otras adicionales no contempladas en el contrato. En este sentido, expondremos los riesgos que surgen para el empleador y soluciones para los trabajadores que se encuentran en esta situación.

Finalmente, en el último gran capítulo expondremos el problema que surge con el cobro de acreencias laborales cuando una sociedad de un conglomerado entra en proceso de liquidación. En este sentido, explicaremos las diferentes alternativas que tienen los trabajadores para reconstruir el patrimonio de la sociedad en liquidación, y para perseguir el patrimonio de otras sociedades pertenecientes al conglomerado, en caso de que el patrimonio de la primera no sea suficiente para cubrir la totalidad de las deudas. De igual forma, plantearemos casos de los diferentes tipos de liquidación (voluntaria y judicial), con el fin de poder identificar las alternativas de solución que encajan con cada una.

2. Los conglomerados empresariales.

Antes de exponer los problemas laborales que se presentan en los conglomerados empresariales, es necesario explicar este último concepto, que está intrínsecamente ligado al de control societario, en la medida en que el conglomerado es un conjunto de entidades sometidas al control de una o unas mismas personas naturales y/o jurídicas³. Para estos efectos, es fundamental traer a colación los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, que fueron modificados por la Ley 222 de 1995, toda vez que consagran el concepto de subordinación societaria y las presunciones de control. El primer concepto está definido en la ley de la siguiente forma:

“Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”. (Subrayado fuera de texto)

³ Esta es la definición de conglomerado sobre la cual se desarrollará el presente escrito.

Esta norma es fundamental ya que establece que “el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas es el criterio determinante de la situación de control o subordinación. Si bien el artículo 261 del Estatuto Mercantil consagra unas presunciones de control, lo fundamental es determinar si alguien tiene esa capacidad de imponer sus decisiones en los máximos órganos sociales o en la dirección de la empresa”⁴. Asimismo, la disposición establece que el control puede ser ejercido tanto por personas naturales como por personas jurídicas, y puede ser individual o conjunto. De esta forma, la norma expone los siguientes tipos de control:

- a. Control directo e indirecto: A partir de esta clasificación se pueden explicar los conceptos de matriz, filial y subsidiaria, en la medida en que la primera es la sociedad que ejerce un tipo de control, que en caso de ser directo, la sociedad subordinada se llama filial, y si es indirecto (si el control se ejerce a través de la filial), la sociedad subordinada se denomina subsidiaria.
- b. Control individual y conjunto. “El control individual es la estructura tradicional de control en donde se reconoce una sola persona como matriz o controlante de una o varias subordinadas. Por el contrario, en el control conjunto se ubican dos o más personas en la condición de controlantes”⁵. Es importante tener en cuenta esta clasificación, ya que será un punto de debate en el siguiente capítulo.

⁴ Andrés Gaitán. Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia. Pág. 47. Ed., Superintendencia de Sociedades. (2011).

⁵ *Ibidem*. Pág. 49.

Por su parte, el artículo 261 del Código de Comercio establece las presunciones de control; estas se refieren a tres situaciones diferentes por las cuales se entiende que una persona o personas son controlantes de una sociedad; a continuación explicaremos cada uno.

- a. Control por predominio económico. Este supuesto de control es el que más se configura en la práctica, y se da cuando la persona natural o jurídica posee más del 50% del capital de la subordinada. Este control puede ejercerse directamente o con el concurso o por intermedio de las subordinadas.
- b. Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria. Según el segundo numeral del artículo 261, “se presume el control cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere”⁶. En oficio del año 1998, la Superintendencia de Sociedades se refirió a este tipo de control, y expuso que:

“(…) también se considera la posibilidad de configurar el control por el ejercicio de los derechos de voto en los órganos de la sociedad, sin que para tal efecto se requiera tener participación en el capital de la subordinada. Tal es el caso del acreedor prendario a quien se le han conferido los derechos de voto inherentes a la calidad de accionistas mediante estipulación o pacto expreso. (Cfr. Art. 411 C. de Co.), respecto de las acciones pignoras, quien sin tener participación en el capital de la sociedad está facultado para ejercer los derechos de voto

⁶ Ibídem. Pág.60.

correspondientes y de esta manera poder llegar a imponer y someter a su control la sociedad subordinada. Esta circunstancia, que determina el ejercicio del control interno societario sin participación está contemplada en el supuesto descrito en el numeral 2 del artículo 161 del Código de Comercio”⁷.

- c. Control externo. Este tipo de control “se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o sus socios”⁸. Como se explicará más adelante, un ejemplo de esto es el grupo empresarial de TEAM S.A., que fue declarado porque se encontró que existía control externo o subordinación contractual, en virtud de un contrato de agencia mercantil que las sociedades subordinadas celebraron con la mencionada matriz, y por el que esta quedaba en la práctica con el poder de decisión sobre las demás.

Habiendo expuesto las anteriores consideraciones, explicaremos otro concepto fundamental, que es el de grupo empresarial. El artículo 28 de la Ley 222 de 1995, establece que un grupo empresarial se configura cuando se cumplen dos requisitos. El primero de ellos es que haya una relación de subordinación, es decir, que se cumpla lo estipulado en el artículo 260 del Código de Comercio, o con algún supuesto de control del 261. Asimismo, el segundo requisito es que además de lo anterior, entre las entidades exista unidad de propósito y dirección, que según la ley se da cuando todas persiguen un mismo objetivo señalado por la controlante. De esta forma, podemos afirmar que todos los grupos empresariales suponen una situación de control, pero no

⁷ Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-15430 del 13 de abril de 1998. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24437.pdf.

⁸ Andrés Gaitán. Op. Cit. Pág. 62.

todas las situaciones de control constituyen un grupo empresarial. En todo caso, los problemas laborales que analizaremos aplican para ambas figuras.

3. La Unidad de Empresa.

3.1. Concepto, requisitos.

A diferencia de los conceptos mencionados en el anterior apartado, la unidad de empresa es una figura propia del derecho laboral; sin embargo, está relacionada con los conglomerados, toda vez que, según la ley, uno de los supuestos para su declaración es que exista control por predominio económico. Esta figura está consagrada en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST); a continuación transcribimos los dos primeros numerales de la norma:

“Artículo 194:

1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.
2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada

en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo”.

Teniendo esto presente, señalaremos uno por uno los supuestos que deben darse para que se pueda declarar la unidad de empresa.

a. Unidad de explotación económica.

Según Santiago Martínez, como este concepto no tiene definición legal, debe entenderse en el sentido mercantil de acuerdo con el Código de Comercio, que establece que esta es una actividad económica organizada, por lo que por unidad de explotación económica debe entenderse el conjunto de actividades de la empresa⁹.

b. Control por predominio económico.

Aunque este es un supuesto que ha sido objeto de un debate que será expuesto en un posterior apartado, es importante destacar que la norma laboral expresamente señala que la unidad de empresa se configura solo cuando se da una situación de control por el primer supuesto del artículo 261 del Estatuto Mercantil, es decir, cuando la controlante tiene una participación superior al 50% en sus subordinadas. Ahora bien, a pesar de esto, posteriormente explicaremos los inconvenientes que conlleva hacer una lectura exegética del artículo.

c. Intervinientes.

⁹ Santiago Andrés Martínez. La unidad de empresa en las dinámicas empresariales actuales. Pág. 225. En Clara Dueñas, et al. Derecho laboral para el nuevo tiempo. Construcción Conjunta. Ed. Temis. (2017).

La unidad de empresa opera con respecto de la matriz y sus subordinadas, sean estas filiales o subsidiarias; es decir que no interesa si el control es ejercido directa o indirectamente. Esto es de especial importancia, toda vez que la unidad de empresa no opera entre las filiales, ni entre las subsidiarias, solo opera en forma vertical, es decir, entre matriz y subordinada.

d. Actividades similares, conexas o complementarias.

Es importante hacer énfasis en este supuesto, ya que no puede confundirse con la unidad de propósito y dirección que se requiere para que exista un grupo empresarial. Por un lado, por actividades similares debe entenderse que son las realizadas por empresas que estén integradas entre ellas de forma horizontal; es decir, que desempeñen actividades semejantes en la cadena de suministro. Por otra parte, por actividades conexas o complementarias, deben entenderse aquellas que realizan empresas integradas verticalmente, es decir, que pertenecen a diferentes niveles de la cadena productiva¹⁰.

De acuerdo con lo descrito, es evidente que el concepto de unidad de propósito y dirección es muy diferente, en la medida en que para que éste se configure, no es necesario que las actividades sean conexas ni similares. Sin embargo, cabe aclarar que grupo empresarial y unidad de empresa no son conceptos excluyentes, por lo que es posible que en un grupo se declare, además, la unidad de empresa.

e. Zonas de condiciones económicas similares.

Según este requisito, “se dará aplicación a la unidad de empresa cuando la filial o subsidiaria se encuentre ubicada en zonas de condiciones económicas similares a la principal, esto es, que a

¹⁰ *Ibidem*. Pág. 230.

través de mediciones macroeconómicas (...), se comparen las regiones geográficamente para entender si el lugar donde la matriz opera tiene condiciones económicas similares a las de la subsidiaria o filial”¹¹.

Ahora bien, si este requisito no se cumple, la subordinada solo estará obligada a igualar las condiciones salariales y prestacionales de la matriz, si así quedó establecido en la convención colectiva.

3.2. Efectos de la declaración.

Los efectos de la declaración de unidad de empresa son de carácter laboral, y todos se derivan del hecho de que se entiende que aunque los trabajadores desempeñen funciones para personas diferentes, en realidad laboran para una misma empresa. A continuación explicaremos sus principales efectos.

a. Igualdad en condiciones prestacionales y salariales.

El principal efecto de la declaración de esta figura es que los trabajadores de las subordinadas deben tener las mismas condiciones salariales y prestacionales que los trabajadores de la matriz¹²; así lo reconoce la Corte Constitucional en sentencia C-1185 de 2000, de la siguiente forma:

¹¹ *Ibidem*. Pág. 231.

¹² El artículo 194 del CST no establece qué sucede cuando las subordinadas tienen mejores condiciones salariales y prestacionales que la matriz; por lo que en estricto sentido, haciendo una lectura exegética de la norma, consideramos que si este supuesto de hecho se da, no se podrán desmejorar las condiciones de los trabajadores de las subordinadas, igualándolas a las de la matriz.

Asimismo, consideramos que las condiciones de la matriz tampoco deberán igualarse a las de las subordinadas en caso de ser inferiores, ya que este no es el efecto contemplado por ley. Sin embargo, existe el riesgo de que los trabajadores de la matriz soliciten la declaración de unidad de empresa, y exijan que se les igualen los salarios a los de los trabajadores de las subordinadas, argumentando discriminación y vulneración de su derecho a la igualdad. En todo caso, si el juez llegara a conceder las pretensiones, estaría excediendo sus facultades.

“La unidad de empresa es un instituto jurídico propio del derecho laboral que busca hacer realidad el principio de igualdad entre todos los trabajadores que laboran para un mismo patrón, entendiéndose que lo hacen cuando prestan sus servicios en una o varias empresas dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que desarrollen actividades similares conexas o complementarias. La igualdad se hace realidad reconociendo a todos los trabajadores un mismo sistema especial salarial y prestacional, con fundamento en la capacidad económica de quien se considera un único patrón”¹³.

b. Efectos contractuales e indemnizatorios.

Ahora bien, además del efecto señalado, según un estudio jurisprudencial hecho por el Dr. Santiago Martínez¹⁴, la declaración puede tener otras consecuencias de tipo contractual e indemnizatorio. De esta forma, según el autor, la declaración de esta figura puede ocasionar que si un trabajador tuvo un contrato de trabajo con una de las sociedades del conglomerado, y posterior y consecutivamente tuvo otro con otra de las sociedades, estos se entenderán como un solo contrato, de forma tal que en caso de terminación del último contrato, para efectos del cálculo de la indemnización por despido, o de las vacaciones, se tendrá como fecha de inicio de la relación la del primer contrato, mas no la del último.

c. ¿Solidaridad?

Es importante mencionar un efecto que ha sido objeto de debate; nos referimos a la responsabilidad solidaria de los empleadores por acreencias laborales debidas cuando se declara

¹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 1185 del 2000. (MM.PP. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz: 13 de septiembre del 2000).

¹⁴ Ver Santiago Martínez. Op. Cit. Pág 238.

la unidad de empresa. Curiosamente, aunque con la unidad de empresa se entiende que hay un solo empleador, esto no implica necesariamente que los trabajadores puedan cobrar sus acreencias indiscriminadamente a cualquier sociedad o persona natural que haga parte del conglomerado. Como lo expondremos a continuación, este ha sido un punto en el que se han encontrado posturas contrarias.

Autores como Santiago Martínez, afirman que como la ley expresamente no contempla este efecto para la unidad de empresa, declarar la solidaridad implicaría un exceso de las facultades del juez; por esto afirma que solo cabría en aplicación del artículo 36 del CST, que establece que los codueños de una misma empresa son solidariamente responsables.

Asimismo, Jorge Iván Cubillos, explica que

“(…) puede existir “unidad de empresas”, sin que se configure solidaridad de las obligaciones entre los miembros que conforman ese grupo de empresas, pues es necesario cumplir con los parámetros señalados por la normatividad laboral frente a la responsabilidad solidaria, presupuestos que son independientes, es decir, la solidaridad no surge como consecuencia de la declaratoria de la unidad de empresas”¹⁵.

Ahora bien, contrario a la postura anterior, la Corte Suprema de Justicia en algunos pronunciamientos sí ha optado por utilizar la unidad de empresa como fundamento para la declaración de la responsabilidad solidaria; así lo hace, por ejemplo, en el caso de McCann Erickson que se analiza en posteriores apartados de este trabajo, donde afirma que: “es dable

¹⁵ Jorge Iván Cubillos. *Los efectos laborales de los grupos de empresas en Colombia*, Ius Labor 3/2017. At. 93. Pg. 95.

entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores”¹⁶.

Consideramos que la tesis del Dr. Martínez y del Dr. Cubillos es más adecuada, en la medida en que fundamentar la responsabilidad solidaria en la unidad de empresa implica gravar injustamente a las sociedades, y además, es una vulneración al principio de separación patrimonial y responsabilidad limitada, que es la base fundamental del derecho societario. De esta forma, acogemos la tesis según la cual la responsabilidad solidaria solo se predica de los casos expresamente señalados en la ley, como el caso de la intermediación o la tercerización.

En todo caso, es evidente que la falta de claridad del artículo 194, y la jurisprudencia cambiante de la Corte, generan confusión e inseguridad jurídica; sobre todo porque no es fácil entender cómo puede declararse que un conjunto de personas son un solo empleador, pero solo son responsables por las acreencias de sus propios trabajadores. Este es un punto que exige unificación jurisprudencial.

d. Declaración.

Adicional a lo anterior, es importante aclarar que la unidad de empresa puede ser declarada tanto por el juez laboral como por un inspector de trabajo; sin embargo, si lo hace este último tendrá efectos para todos los trabajadores de la empresa, cosa que no ocurre si la declaración es de carácter judicial, ya que tiene solo efectos inter partes.

¹⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 43680. Sentencia del 11 de mayo de 2016. M.P. Gerardo Botero Zuluaga

Sin perjuicio de lo anterior, es fundamental tener presente que según el artículo 486 del CST, los inspectores de trabajo no pueden declarar derechos. En este sentido, la resolución que declare la unidad de empresa no puede ordenarle a los empleadores la igualación de los salarios de sus trabajadores, o la declaración de contratos; cosa que sí puede hacer un juez. Sin embargo, si los empleadores hacen caso omiso de la declaración administrativa de la unidad de empresa, los trabajadores podrán accionar para que un juez les declare los derechos que se derivan de la resolución.

3.3. Unidad de empresa y grupo empresarial.

Como lo hemos mencionado, los conceptos de unidad de empresa y de grupo empresarial están muy relacionados, pero son diferentes; a continuación expondremos un cuadro comparativo entre ambas figuras.

FACTOR DIFERENCIADOR	UNIDAD DE EMPRESA	GRUPO EMPRESARIAL
Supuesto de control.	Se configura, según la ley, solo por predominio económico.	Surge por cualquier tipo de control.
Efectos.	Sus efectos son de naturaleza laboral.	Efectos de tipo societario. <ul style="list-style-type: none"> - Obligación de inscripción en el Registro Mercantil. - Estados financieros consolidados. - Responsabilidad subsidiaria de la matriz. - Art 29. Ley 222. Administradores deben presentar

		informe de las diferentes actividades entre las sociedades vinculadas.
Declaración.	Debe ser declarada por un juez o un inspector del trabajo.	Debe ser inscrito por el controlante en el Registro Mercantil; sin perjuicio de que pueda ser declarado por la Superintendencia de Sociedades.
Objeto social.	Sociedades deben realizar actividades similares o conexas.	Sociedades pueden realizar cualquier actividad, siempre que tengan unidad de propósito y dirección.

3.4. Problemas relacionados con la figura.

3.4.1. Unidad de empresa y los supuestos de control del artículo 261 del Código de Comercio.

Como lo mencionamos en uno de los anteriores apartados, el artículo 194 del CST establece expresamente que uno de los supuestos para que proceda la declaración de la unidad de empresa, es que entre matriz y subordinada exista predominio económico. Sin embargo, como lo enunciamos, aunque la Corte Suprema de Justicia apoya la lectura exegética de la norma, el Consejo de Estado expresó que era necesario hacer una interpretación más amplia, de forma tal que se debe entender que la unidad de empresa se puede declarar no solo por predominio económico, sino que caben también los otros supuestos de control que contempla el Estatuto Mercantil.

Aunque lo anterior no lo ha afirmado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones, consideramos que es apropiado realizar un análisis sobre la conveniencia de su interpretación, toda vez que se han hecho declaraciones de control por los otros dos supuestos del artículo 261, que incluyen importantes compañías, y por lo tanto se ven involucrados varios trabajadores.

Adicionalmente, es importante mencionar que una situación de control puede incluso darse y llegarse a declarar así no encaje dentro de ninguna de las presunciones¹⁷; en este caso, la Superintendencia de Sociedades tendrá la carga de demostrar que el poder de decisión de la o las sociedades se encuentra sometido a otra sociedad. En este sentido, consideramos que el fallo del Consejo de Estado se refiere a todas las declaratorias de control, incluyendo las que se salen de las presunciones.

Ahora bien, antes de realizar el análisis del caso, expondremos a continuación sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado que apoyan una de las dos posturas expuestas.

Tabla 1

Sentencias que apoyan que se tenga en cuenta solo el predominio económico.	
Corte Suprema de Justicia	<p>Sala de Casación Laboral. Sala de Descongestión 3. Sentencia de 16 de mayo de 2018. Mp. Donald José Dix.</p> <p>Con respecto a la declaración de unidad de empresa entre Fmoc Depanel S.A. y Cinética S.A., la Corte expuso que:</p> <p>“Con relación al elemento de preponderancia económica, consideró que del documento visible a folio 58, se infería que Famoc Depanel es la máxima accionista de la sociedad Cinética S.A. con una participación del 57.36%, equivalente a 57.358 acciones, por lo que concluyó que se daban los presupuestos del artículo 194 del CST, en tanto que existía una principal, Famoc Depanel S.A. con predominio económico sobre la otra su filial o subordinada Cinética S.A. y, además, también se presentó la similitud en las actividades desarrolladas y, en consecuencia la unidad de empresa era predicable”.</p>
	<p>Sala de Casación Laboral. Sentencia del 26 de octubre de 2016. Mp. Clara</p>

¹⁷ Ver Colombia. Superintendencia de Sociedades. Presunciones de subordinación. Oficio 220-001946 del 18 de enero de 2016. La Superintendencia de Sociedades señala que las presunciones del artículo 261 no son de carácter taxativo, y que por lo tanto la entidad puede llegar a declarar situaciones de control por fuera de ellas.

	<p>Cecilia Dueñas. En esta sentencia el tema principal no es la unidad de empresa; sin embargo, la Corte se pronuncia sobre ella porque la parte demandante la propuso como una de sus excepciones. Con respecto al predominio económico, la Corporación contundentemente adujo que: “(…) tratándose de la existencia de varias personas jurídicas, como ocurre en el <i>sub lite</i>, para que se configure la denominada unidad de empresa, deben concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria. Ahora bien, esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que, precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura (…).” Subrayado fuera de texto.</p> <p>Sala de Casación Laboral. Sala de Descongestión 1. Sentencia del 17 de octubre de 2018. M.p. Martín Emilio Beltrán Quintero.</p> <p>Para resolver sobre la procedencia de la responsabilidad solidaria en acreencias laborales de la matriz, la Corte examina la procedencia de la declaración de la unidad de empresa, y afirma que: “(…) el operador judicial de segundo grado no se equivocó al colegir que durante la vigencia del contrato de trabajo del demandante con Colcarbuero S.A., no se presentó la alegada unidad de empresa con Cementos Argos S.A. Ello porque del análisis de las pruebas reseñadas que se denunciaron como erróneamente apreciadas no se evidencia que hubiera existido predominio económico de la aquí demandada respecto de Colcarbuero S.A., quien fue la empleadora del actor”.</p>
<p>Consejo de Estado</p>	<p>Sentencia del 28 de junio de 2012. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. C.P. Alfonso Vargas Rincón.</p> <p>Refiriéndose al requisito de predominio económico de la unidad de empresa, la sala afirma que: “Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria, se requiere que aquélla posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1º del Código de Comercio puede suceder directamente, o por intermedio o por concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas”.</p>

Tabla 2

<p>Sentencias que apoyan que se tengan en cuenta todos los supuestos de control.</p>	
<p>Consejo de Estado</p>	<p>Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B. Julio 25 de 1996. C.P. Carlos Arturo Orjuela.</p> <p>En esta sentencia la Sala resuelve la acción de nulidad interpuesta contra la Resolución 3553 de 1988 del 21 de enero de 1989, expedida por el Ministerio del Trabajo, por la cual se declaraba la Unidad de Empresa entre Industrias de Acero S.A. y Colombiana de Aluminio Ltda. En este caso no se configuraba un predominio económico; sin embargo, en virtud de los demás supuestos el Ministerio determinó que sí se configuraba una situación de control y que por tal razón era procedente la declaratoria.</p>

	<p>Al respecto el Consejo de Estado expuso:</p> <p>“(…) como la misma norma mercantil de modo genérico autoriza considerar subordinadas las sociedades “cuando exista intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia” (artículo 261 <i>in fine</i>, C. de Comercio), la unidad empresarial para los efectos laborales se puede colegir específica o genéricamente mediante la utilización de esos derroteros, legales por lo demás anudados a las restantes exigencias del proceso económico como lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia en nuestro medio”.</p> <p>“En los actos acusados el Ministerio de Trabajo halló unidad de empresa pues aunque los elementos de subordinación de la demandante en la otra compañía por ligeras diferencias porcentuales no corresponden al señalado como ejemplo de subordinación societaria en el número 1 del artículo 261 del Código de Comercio, sin que así lo haya expresado, las circunstancias del control de tres personas jurídicas socias en la actora y la calidad de socios en la actora igualmente de las personas naturales socias en aquéllas les permite el control político y el económico de la sociedad involucradas (sic)”.</p>
--	---

De acuerdo con lo expuesto en las tablas, es claro que en la mayoría de pronunciamientos las Cortes han optado por acoger la postura exegética; sin embargo, el análisis que hace el Consejo de Estado en la sentencia de 1996 resulta muy interesante, toda vez que no encontramos una razón que justifique por qué los otros supuestos de control deben estar excluidos como requisitos de la unidad de empresa, y por tanto no incluir a estos trabajadores dentro la protección que ofrece esta figura. Esto refleja especial importancia ya que aunque no son muchos los casos de declaratoria de control por los numerales 2 y 3 del 261 del Código de Comercio, los pocos casos que se han presentado involucran grandes conglomerados, como lo son los casos de los grupos empresariales que a continuación describiremos.

a. Grupo empresarial controlado por TEAM S.A.¹⁸.

Sociedad	Posición en el conglomerado.	Objeto social.
Tecnología Empresarial de Alimentos S.A. (TEAM S.A.).	Matriz	Fabricación, compra, venta, importación, exportación, distribución y explotación de toda clase de aceites y grasas comestibles y sus subproductos.
Aceites y Grasas Vegetales S.A. (Acegrasas S.A.)	Subordinada	Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal y animal.
Grasas S.A.	Subordinada	Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal y animal.
Grasyplast S.A.	Subordinada	Fabricación de productos plásticos.
Grasas y Aceites Andinos S.A. (EMA)	Subordinada	Montaje, explotación, fabricación, compra, venta, importación, exportación y distribución en Colombia y en el exterior de toda clase de aceites y grasas comestibles y sus subproductos.
Grasas Vegetales S.A. (Gravetal S.A.)	Subordinada	Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal.
Fagrove S.A.	Subordinada	Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal y animal.

Por medio de la Resolución 125-001944 del 26 de abril de 2005¹⁹, la Superintendencia de Sociedades declaró el grupo empresarial conformado por las sociedades mencionadas en la tabla, y lo hizo por el tercer supuesto que contempla el Estatuto Mercantil, es decir, el control externo también denominado “subordinación contractual”. En el caso concreto, se encontró que la sociedad matriz del grupo celebró con las demás sociedades un contrato de agencia comercial, en

¹⁸ Se hace referencia a las sociedades que constituían el grupo en el año 2005; algunas sociedades actualmente no existen.

¹⁹ Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución 125-001944 del 26 de abril de 2005.

virtud del cual dicha sociedad “tiene la posibilidad de fijar los precios, convenir fechas de entrega, acordar términos de pago, exigir garantías, negociar y celebrar con las entidades financieras los créditos y documentos que fueren necesarios para la garantía y/o pago de las obligaciones contraídas con los proveedores, definir todo tipo de líneas de crédito, entre muchas otras facultades”²⁰. “De conformidad con el contrato, la sociedad Team S.A. tiene la facultad de impartir órdenes a las otras compañías vinculadas, quienes están obligadas a cumplir dichas instrucciones”²¹.

b. Grupo de McCann Erickson Corporation S.A.

Otro grupo empresarial importante, que fue declarado por la Superintendencia de Sociedades, es el conformado por McCann Erickson Corporation S.A. y Época Publicidad S.A. en liquidación. La participación en el capital de esta última sociedad está conformada así: 60% pertenece a Época McCann S.A. (sociedad panameña) y el resto a dos personas naturales. De esta forma, McCann Erickson Corporation S.A. no es accionista de su subordinada; sin embargo, se determina que sí se presenta una situación de control, toda vez que tres de sus representantes forman parte de la junta directiva de Época Publicidad S.A., quienes imparten instrucciones que provienen de la matriz extranjera Interpublic Groups of Companies. Esta última sociedad no se declara parte del grupo porque es extranjera y no tiene participación directa en el grupo, por lo que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la ley colombiana²².

Años después de que se hizo la mencionada declaración del grupo, algunos trabajadores de Época Publicidad S.A. solicitaron la declaración judicial de la unidad de empresa. Esta pretensión fue

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución 125-001620. 17 de septiembre del 2001.

negada en primera instancia; sin embargo, el Tribunal en segunda instancia sí la declaró, argumentando que se cumplían con todos los supuestos legales, toda vez que la unidad de propósito y dirección era un claro indicativo de que había predominio económico, y que además los objetos sociales de las compañías eran muy similares. Al respecto, resolviendo el recurso de casación, la Corte establece la diferencia que hay entre grupo empresarial y unidad de empresa, y que la unidad de propósito y dirección es totalmente independiente del control por predominio económico, que evidentemente no se presenta en el grupo, por lo que no se puede declarar la unidad de empresa²³.

c. Consideraciones sobre ambos casos.

Traemos a colación estos casos, ya que en ambos las sociedades cumplen con los requisitos de la declaratoria de unidad de empresa, teniendo en cuenta que en cada grupo las sociedades desempeñan actividades similares o complementarias, bien sea en la industria de las grasas (como se observa en la tabla), o en publicidad. De esta forma, lo único que impediría la declaración es que no existe un predominio económico de las respectivas matrices sobre sus subordinadas, aunque es evidente que el poder de decisión está en manos de ellas (en una por control contractual y en otra por control interno por mayoría de miembros en la junta directiva). Consideramos que seguir esta interpretación va en contra del fin último de la norma laboral y que no se evidencia razón válida alguna para excluir de la protección que ofrece el artículo 194 del CST a los trabajadores que pertenezcan a este tipo de conglomerados; por lo que la norma en estos casos puede ser discriminatoria.

²³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 43680. Sentencia del 11 de mayo de 2016. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, también es claro que la norma expresamente establece que el requisito de la unidad de empresa es el predominio económico, por lo que en estricto sentido no cabe una interpretación más amplia; sin embargo, consideramos que en este caso es necesario hacer una interpretación teleológica, de manera que la norma pueda cumplir su fin constitucional, que en este caso es la protección a los trabajadores, y el fin en sí misma, que en este caso es evitar el abuso de los empleadores por medio de la creación de filiales y subsidiarias. Es evidente que la disposición laboral no pretendía hacer una exclusión de los demás tipos de control, más aún porque esta norma se expidió antes de la Ley 222 de 1995. Por estas razones, y en aplicación del principio constitucional y laboral de igualdad, consideramos que la Corte Suprema de Justicia debería acoger la postura que el Consejo de Estado expuso en el 96; de igual forma, es necesario que se presente un proyecto de ley que modifique el artículo, de manera que en lugar de predominio económico, la norma disponga “situación de control o subordinación”.

3.4.2. Unidad de empresa y control conjunto.

Como lo describimos en el numeral segundo, según el artículo 261 del Código de Comercio, el control puede ser ejercido por una (control individual) o varias personas (control conjunto) naturales o jurídicas; sin embargo, el artículo 194 del CST establece que la unidad de empresa se da solo cuando hay una persona controlante, es decir, de la norma se entiende que la figura solo aplica cuando hay control individual. ¿Cómo armonizar estas dos disposiciones, teniendo en cuenta que el control conjunto es una figura ampliamente utilizada por los grupos?

Antes de analizar más a fondo el problema planteado, explicaremos brevemente este tipo de control. Según el Dr. Andrés Gaitán:

“Si bien la ley no establece unos presupuestos taxativos que recojan todas las posibles hipótesis de “control conjunto”, es preciso que se verifiquen elementos que permitan establecer que una sociedad se encuentra sometida a voluntad de una determinada pluralidad de personas, las que deben manifestar ese control de manera que se pueda apreciar una *voluntad de actuar en común* distinta de la *affectio societatis*, propia de todas las sociedades”²⁴.

De esta forma, el control conjunto se configura cuando concurren tres supuestos: 1) que hayan dos o más controlantes; 2) que ambas personas tengan una voluntad de actuar en común; y 3) que en todo caso se presente una de las presunciones de control del artículo 261, o el control del artículo 260.

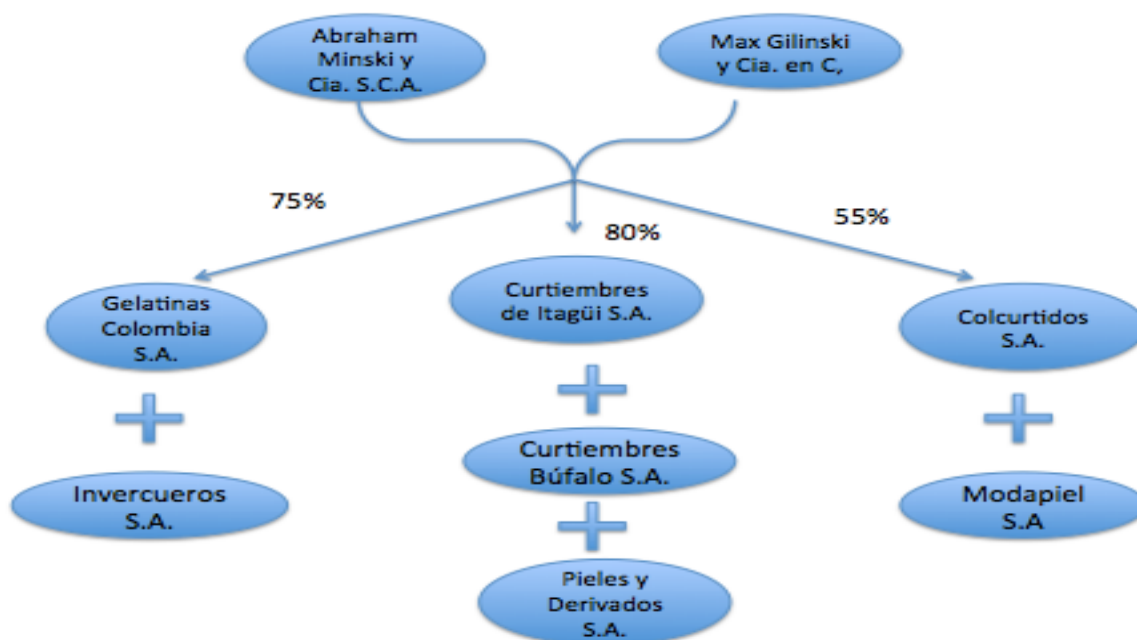
Un ejemplo de un grupo empresarial declarado por este tipo de control, es el caso Minski Donskoy. Esta situación de control fue declarada por la Superintendencia de Sociedades, y la resolución fue objeto de acción de nulidad ante el Consejo de Estado. En este caso las sociedades Max Gilinski y Cía S. En C., Abraham Minski y Cía SC.A. y Minski Donskpi y Cía en C., fueron declaradas como controlantes de las sociedades subordinadas Curtiembres Búfalo S.A., Curtiembres de Itagüi S.A., Gelatinas de Colombia S.A., C.I. Modapiel S.A., Invercueros S.A., Pieles y Derivados S.A: y de Empresa Colombiana de Curtidos S.A. en liquidación. La Superintendencia concluyó:

“(…) que las sociedades Abraham Minski y Cia. S.C.A. y Max Gilinski y Cia. en C, aparecen directamente con una participación conjunta superior al 75% del capital social en las sociedades Gelatinas de Colombia S.A. e Invercueros S.A. Que así mismo tienen

²⁴ Andrés Gaitán. Op. Cit. Pág. 50.

una participación indirecta conjunta superior al 80% en el capital de las sociedades Curtiembres Búfalo S.A., Curtiembres de Itagüi S.A., Pieles y Derivados S.A., y superior al 50% en el capital de las sociedades Colcurtidos S.A., en liquidación obligatoria, y C.I. Modapiel S.A.»²⁵

Esto se puede ilustrar de la siguiente forma:



En este caso hay claramente un predominio económico (por participación conjunta), una situación de control, y una integración vertical (actividades complementarias) totalmente organizada, ya que las matrices direccionan la actividad de las subordinadas, y estas se encargan de la compra, procesamiento, y comercialización del cuero; por lo que en principio se cumplen los requisitos de la unidad de empresa.

²⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. C.P. Olga Inés Navarrete.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el grupo está controlado por dos matrices; en este sentido, si se declarara la unidad de empresa, ¿cómo se cumplirían los efectos de esta figura? Esta cuestión es relevante sobre todo para la aplicación del principal efecto, que es la igualdad de salarios y prestaciones entre la matriz y sus subordinadas; si hay dos matrices, cada una con el 50%, y ambas ejercen control conjuntamente, ¿los salarios y prestaciones de las subordinadas a cuál de las dos sociedades deben igualarse?

No hay doctrina ni jurisprudencia que den respuesta al anterior interrogante; sin embargo, consideramos que es importante que se tenga en cuenta porque esta aparente falta de armonización entre ambas figuras puede ser perjudicial para los trabajadores, toda vez que tener varias matrices en el grupo puede implementarse como un medio para evitar la declaratoria de la unidad de empresa. En todo caso, en el marco de una declaración administrativa, como solución proponemos que en caso de que esta situación se llegue a presentar, lo adecuado sería que cada subordinada llegara a un acuerdo con sus respectivos trabajadores, a través de un pacto o convención colectiva, con el fin de llegar a un consenso sobre cuál de las dos opciones seleccionar. De todos modos, consideramos que debe seguirse el principio de inescindibilidad, en la medida en que si se escoge una u otra matriz, deberán acogerse todas las condiciones salariales y prestacionales de esta, es decir, no se podrán elegir las condiciones salariales de una, y las prestacionales de otra²⁶.

Ahora bien, si se trata de una declaración de unidad de empresa de carácter judicial, como el juez sí puede declarar derechos y ordenar el cumplimiento de los efectos de la declaración, le

²⁶ Es importante aclarar que aunque se elija solo una de las controlantes para hacer la igualación de salarios y prestaciones, todas las personas que ejercen el control de forma conjunta serían sujetos de la declaración de unidad de empresa.

corresponderá a él determinar a cuál de las matices deberán igualarse las condiciones de las subordinadas. En todo caso, consideramos que debe respetar el principio de inescindibilidad.

3.5. Comparación con otros países.

En este apartado vamos a hacer una explicación de los efectos laborales que tiene la constitución de un grupo empresarial en algunos países, con el fin de hacer una comparación con las normas colombianas expuestas, y así determinar cuál resulta más proteccionista.

a. Brasil.

En el 2017, en Brasil se hizo una reforma laboral por medio de la Ley 13.467 de ese año. Esta norma dispone que:

“Artículo 2: Cuando una o más empresas, teniendo, aunque, cada una de ellas, personalidad jurídica propia, estén bajo la dirección, control o administración de otra, o aún cuando, aun guardando cada una su autonomía, integren grupo económico, serán responsables solidariamente por las obligaciones derivadas de la relación de empleo.

(...) Párrafo tercero: No caracteriza un grupo económico la mera identidad de socios, siendo necesarias, para la configuración del grupo, la demostración del interés integrado, la efectiva comunión de intereses y la actuación conjunta de las empresas de él integrantes”.

De esta forma, según Carolina Pereira, “con el concepto legal, los efectos de la configuración del grupo económico son la solidaridad pasiva, es decir, todas las empresas integrantes del grupo responden solidariamente por el pasivo laboral, aumentando la garantía del crédito laboral y de

seguridad social del trabajador”²⁷. Es evidente la diferencia que hay con nuestro ordenamiento, toda vez que en Brasil en todo grupo empresarial las sociedades son solidariamente responsables de las acreencias laborales, mientras que aquí, como ya lo estudiamos, la solidaridad solo se declara si la ley expresamente lo establece como consecuencia, y adicionalmente, la mera declaración de un grupo empresarial no tiene efectos laborales; para esto se requiere la declaración de la unidad de empresa, que tampoco tiene como efecto la responsabilidad solidaria, sino, principalmente, la igualdad prestacional y salarial.

b. España.

Según Raquel Serrano y Oriol Cremades, en el ordenamiento jurídico español no existe una figura similar a la unidad de empresa, ni tampoco se establece la responsabilidad solidaria por las acreencias laborales en caso de que se constituya un grupo empresarial; según estos autores:

“La mera existencia de una relación de control, dominación o coordinación que permite la dirección económica unitaria entre los distintos sujetos integrantes de un grupo de empresas no determina sin más la extensión de las responsabilidades laborales y de Seguridad Social al conjunto de ellos por cuanto que éstos tienen personalidad jurídica diferenciada. Es decir, la mera existencia de un grupo de empresas no permite extender la responsabilidad directa y solidaria en materia laboral y Seguridad Social al conjunto de empresas (miembros) del grupo”.²⁸

²⁷ Carolina Pereira. *Los efectos laborales de los grupos de empresas en Brasil*, Ius Labor 3/2017. At. 78. Pg. 80.

²⁸ Raquel Serrano y Oriol Cremades. *Los efectos laborales de los grupos de empresas en España*, Ius Labor 3/2017. At. 65. Pg. 68.

De esta forma, en la legislación española la regla general es que cada sociedad del grupo es totalmente independiente en materia laboral; mientras que en Colombia, aunque la mera declaración de un grupo no tiene propiamente efectos laborales, si las empresas tienen objetos sociales similares o conexos, se podrá declarar la unidad de empresa, y se darán los efectos laborales que hemos descrito en anteriores apartados.

c. Chile.

En Chile, la Ley 20.760 de 2014 establece que se tratará como un mismo empleador a dos o más empresas que se comporten como tal; sin embargo, esto requiere declaración judicial. Según Francisco Tapia, para determinar que dos sociedades actúan como un solo empleador se debe considerar:

“(…) la existencia de una dirección laboral común, y concurren además, otros indicios como la complementariedad de sus productos o servicios o la existencia de un controlador común, sin que por sí sola lleve a ello la participación en la propiedad. De este modo, la ley ha establecido como requisito esencial, la administración laboral común, cuestión ésta que constituyó una opción del legislador que determina en forma importante la política de derecho establecida en esa ley, aunque según se verá, la jurisprudencia judicial ha ido más allá de la definición legal”²⁹.

Asimismo, afirma el autor que según el ordenamiento chileno, la declaración judicial de “único empleador”, implica la responsabilidad solidaria de todas las sociedades que actúen como tal. De

²⁹ Francisco Tapia. *Los efectos laborales de los grupos de empresas en Chile*, Ius Labor 3/2017. At. 86. Pg. 87.

igual forma, agrega que la ley contempla también sanciones pecuniarias para cuando se determine que el grupo empresarial se constituyó para cometer fraude laboral³⁰.

d. Alemania.

El ordenamiento alemán es menos proteccionista con los trabajadores. La ley no contempla una figura como la unidad de empresa, solo se habla de grupos para asuntos de tipo corporativo, que presuntamente no involucrarían asuntos laborales. Según la Dra. Christine Windbichler, en esa legislación tampoco se contempla la posibilidad de que haya una responsabilidad solidaria por el pago de acreencias; sin embargo, existe una excepción a esta regla, y se da en caso de que haya una integración de una sociedad anónima en otra. En palabras de la autora:

“Falling within the group definition as such does not establish liability of one company for the debt or obligations of another. Joint liability is the exception. In the rare and very specific case of Integration of one stock corporation into another, the parent is liable for the debt of the integrated company. This also covers obligations arising from labor and employment law and social security”³¹.

e. Consideraciones.

Al comparar las normas laborales de los diferentes países, podemos afirmar que la legislación colombiana se encuentra en el medio; no contempla disposiciones totalmente proteccionistas como la ley laboral de Brasil, que por la simple constitución de un grupo empresarial impone responsabilidad solidaria en acreencias laborales, ni tampoco se encuentra en el extremo marcado

³⁰ *Ibidem*

³¹ Christine Windbichler. *Labor effects of corporate groups in Germany*, *Ius Labor* 3/2017. At. 37. Pg. 39.

por Alemania y España, donde cada compañía, sin importar su pertenencia a un grupo ni su actuación en conjunto, siempre tendrá independencia y solo responderá por sus propias acreencias.

Consideramos que la figura de la unidad de empresa logra mantener un equilibrio, de manera que no se vulnere el principio de separación patrimonial y responsabilidad limitada, pilar de todo nuestro derecho societario, y al mismo tiempo logra que se respete el principio de primacía de la realidad sobre las formas y el derecho a la igualdad, en la medida en que si un grupo de sociedades actúa como una sola empresa, todos sus trabajadores deberán tener los mismos salarios y prestaciones.

Las legislaciones que se ubican en uno u otro extremo pueden traer varias complicaciones. Afirmamos esto porque el proteccionismo total podría desincentivar la actividad empresarial y la inversión; y una ley totalmente permisiva para el empresario posiblemente afectaría a los trabajadores, toda vez que no habría ninguna medida que impidiera que la constitución de conglomerados se hiciera solo con el fin de cometer fraude contra los trabajadores.

4. Problemas derivados del mal ejercicio del poder de subordinación por parte de las sociedades y controlantes de un conglomerado.

A lo largo de este capítulo describiremos otro problema que se da dentro de los conglomerados empresariales, y tiene que ver con la ejecución de funciones de los trabajadores de las sociedades que los componen, y el mal ejercicio del poder de subordinación, en la medida en que el poder de dirección, el *ius variandi*, o el poder sancionatorio, son ejercidos por más de una persona, natural o jurídica.

4.1. La subordinación en el contrato de trabajo.

Bien sabido es que el contrato de trabajo es un acto jurídico celebrado entre el trabajador y un empleador, que puede ser una persona natural o jurídica; asimismo, se sabe que los elementos esenciales de la relación laboral son la remuneración, la prestación personal del servicio y la subordinación. Este último elemento se concreta en algunas facultades que tiene el empleador; estas son: poder disciplinario, poder de dirección, y el ejercicio del *ius variandi*.

El poder disciplinario es la facultad que tiene el empleador de sancionar al trabajador en caso de que éste incumpla con alguna de sus obligaciones. Este poder está limitado por garantías como el derecho al debido proceso, que incluye la garantía del principio de legalidad y del derecho de defensa y contradicción, los cuales deben verse reflejados en todo el proceso disciplinario.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C- 934 del 2004, en la que se pronuncia sobre la exequibilidad de algunos artículos del CST relativos al Reglamento Interno de Trabajo, explica que el poder de dirección

“(…) conlleva a la facultad de impartir órdenes, de establecer las directrices que han de guiar la actividad laboral y por supuesto la de imponer un reglamento interno que contenga las normas no sólo de comportamiento dentro de ella sino las disposiciones reguladoras de la actuación de ambas partes de la relación laboral. Dicho reglamento regirá las políticas de la empresa, las relaciones laborales y regulará las condiciones en que debe desarrollarse el trabajo”³².

³² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 934 del 2004. (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 29 de septiembre del 2004).

Por otro lado, el *ius variandi* hace referencia a la facultad que tiene el empleador de modificar las condiciones de tiempo, modo y lugar de la prestación del servicio, dentro de los límites que establecen la ley y la jurisprudencia. La Corte Constitucional, en sentencia T- 682 del 2014, en la que resuelve sobre la facultad que tiene una empresa de ordenar el traslado de un trabajador, sobre el *ius variandi* establece que:

“Uno de los aspectos de mayor relevancia dentro del ejercicio del “*ius variandi*” se define precisamente como la facultad con la que cuenta el empleador para ordenar traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial) pero siempre con el respeto de las directrices limitantes”³³.

Teniendo presentes los poderes en que se materializa la subordinación en el contrato de trabajo, es importante resaltar que estos pueden ser ejercidos por el empleador directamente o por sus representantes. Según el artículo 32 del CST, los representantes del empleador son los que pueden obligarlo frente a los trabajadores; así mismo, la norma dispone que esta calidad la ostentan: i) las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores; ii) quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador; y iii) los intermediarios.

³³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 682 del 2014. (M.P. Jorge Iván Palacio: 10 de septiembre del 2014).

Hacemos referencia a los anteriores conceptos, toda vez que en los conglomerados empresariales este poder de subordinación puede llegar a ejercerse de forma errónea, en la medida en que no solo lo ejerza quien es el empleador (según el contrato de trabajo), sino que además lo ejerzan representantes de las otras sociedades que hacen parte del mismo conglomerado; por lo que el trabajador termina respondiendo a varios empleadores. A continuación exponremos unos casos que reflejan la situación que acabamos de plantear.

4.2. Caso Ardila Lülle.

En sentencia del 9 de abril del 2014, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 30 de octubre de 2008, en el proceso seguido por Carlos Upegui Zapata contra Carlos Ardila Lülle, Servicios e Inversiones S.A. – Servinsa- (Hoy Servinsa Oal S.A.), Gaseosas Colombianas S.A. –Gascol-, Gaseosas Posada Tobón S.A. – Postobón- y Tapas La Libertad S.A.³⁴.

El señor Carlos Upegui trabajó para la Organización Ardila Lülle durante 31 años, 4 meses y 3 días. Durante todo este tiempo desempeñó cargos para diferentes compañías del grupo; fue presidente de RCN y de Coltejer; gerente de Coplasa y de Tapas la Libertad; vicepresidente jurídico de Postobón; entre otros cargos. Ahora bien, a pesar de que para cada relación teóricamente existió un contrato de trabajo independiente, el demandante afirma que en realidad solo existió un contrato, y que Carlos Ardila Lülle era el único empleador, pues el señor Upegui siempre estuvo bajo su poder de subordinación, facultad que según él, no fue ejercida por nadie

³⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 39866. Sentencia del 9 de abril de 2014. M.P. Clara Cecilia Dueñas.

más. De igual forma, el señor Upegui afirma que la remuneración era fijada por Ardila Lülle sin intervención de ningún tercero; el empresario determinaba la cuantía, forma, modo de verificarse la remuneración, de manera tal que las compañías para las cuales desempeñaba las funciones solo cumplieran con la obligación de pagar. Por estas razones, el demandante pretende que se declare la existencia de una única relación laboral con Ardila Lülle.

En primera y segunda instancia fueron negadas las pretensiones del demandante, ya que el juez y el Tribunal consideraron que, contrario a lo que afirmaba el actor, durante todo el periodo se dieron varias relaciones laborales independientes. Sin embargo, resolviendo el recurso de casación, la Corte revoca los anteriores fallos, casando la sentencia de segunda instancia, ya que considera que desde el 15 de noviembre de 1982 hasta el 4 de junio de 1995, se dio un único vínculo laboral entre el señor Upegui y Ardila Lülle.

4.2.1. Implicaciones.

Bien sabido es que en el derecho laboral el principio de primacía de la realidad sobre las formas³⁵ tiene una importancia fundamental. Esto se ve reflejado en los casos expuestos en los numerales anteriores, toda vez que sin importar lo que diga el contrato, se tendrá por empleador al que en la práctica ejerza el poder de subordinación.

³⁵ En sentencia T 029 del 2016, la Corte Constitucional adujo: “Uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo es el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales –consagrado en el artículo 53 de la Carta–, el cual se encuentra íntimamente ligado al principio de prevalencia del derecho sustancial –previsto en el artículo 228 de la misma obra–. Este Tribunal ha reconocido que, al margen de la forma en que los individuos que pactan la prestación de un servicio personal convengan designar el contrato, es la estructura factual de la relación entre los sujetos lo que determina la verdadera naturaleza del vínculo”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-029 del 2016. (M.P. Alberto Rojas Ríos: 5 de febrero del 2016).

El caso expuesto de Ardila Lülle y Carlos Upegui es ideal para ejemplificar lo que acabamos de plantear, toda vez que, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expuesta, el trabajador formalmente tuvo varios contratos independientes con diferentes sociedades, pero en la práctica tuvo solamente uno con una persona natural. Aunque en el caso concreto las acreencias laborales estaban prescritas para el momento de la demanda, a continuación explicaremos las implicaciones que pudo haber tenido la declaración del contrato en caso de que la demanda se hubiera presentado antes de la prescripción.

a. Indemnización.

Una de las implicaciones económicamente más gravosas de una declaración como la anterior, es que el cálculo de la indemnización por despido sin justa causa se tendrá que hacer teniendo en cuenta todo el tiempo de la relación laboral declarada, que como en el caso expuesto, puede corresponder a un lapso muy largo, de forma que la indemnización corresponderá a una suma muy alta, que aumentará de acuerdo con el último salario devengado por el trabajador.

b. Responsabilidad de las sociedades.

En el caso propuesto resulta interesante preguntarse por las consecuencias que pueden generarse para las sociedades, teniendo en cuenta que aunque la Corte no las consideró empleadoras, fueron las que se beneficiaron de la prestación personal del servicio del señor Upegui.

Aunque no es el caso de Ardila Lülle, es relevante preguntarse por estas consecuencias cuando el verdadero empleador no tiene la capacidad económica para pagar las acreencias debidas, sobre todo porque carecería de sentido que las sociedades que se beneficiaron de la prestación personal del servicio se liberen de toda responsabilidad. En este sentido, y como una propuesta de

solución, consideramos que en un caso como el de Carlos Upegui, si el verdadero empleador no tiene recursos para cubrir las acreencias laborales, para que las sociedades entraran a responder patrimonialmente, podría el trabajador tratar de buscar la responsabilidad solidaria de estas, invocando el artículo 35 del CST, que contempla la figura del simple intermediario. En esta medida, se puede sostener que las sociedades del grupo ostentan esta calidad, y que por no haber declarado su condición de simple intermediario, ni haber dicho expresamente que Ardila Lülle era el verdadero empleador, responderán solidariamente con éste por las acreencias laborales debidas.

De igual forma, el artículo 34 del CST podría aplicarse para buscar la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias del servicio. Sin embargo, en este caso deberá demostrarse el vínculo contractual entre el empleador y las sociedades beneficiarias, es decir, aplica en caso de que medie un contrato entre el empleador y las sociedades para la prestación de un determinado servicio. De esta manera, si las sociedades contratan un servicio que esté relacionado con su objeto social, serán solidariamente responsables por el pago de las acreencias laborales debidas.

4.3. Casos Superintendencia de Sociedades.

4.3.1. Caso de Juan Carlos Carillo y Natalia Hernández.

En febrero del 2019 la Superintendencia de Sociedades emitió una resolución³⁶ por la cual se da apertura a una investigación administrativa por incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, es decir, por no declarar una presunta situación de control. Los investigados son Juan Carlos Carrillo Rigueros y Natalia Hernández Fernández; ambos presuntos controlantes de Keep

³⁶ Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución B18-0125-003456 febrero de 2019.

S.A.S. en liquidación, Madis de Colombia S.A. en liquidación, Keep Agencia S.A.S., Go five S.A.S. en liquidación judicial y Hello Colombia S.A.S.

Para efectos de determinar si había méritos suficientes para dar apertura a la investigación, en la etapa preliminar la Superintendencia citó a algunos trabajadores de las diferentes empresas a rendir declaración. Estas declaraciones se encuentran en el respectivo expediente de la investigación, y las traemos a colación porque aunque lo que busca la entidad es determinar si existe o no una situación de control, los trabajadores aportaron información interesante, ya que revelan que laboralmente las compañías presuntamente están muy vinculadas entre ellas. A continuación expondremos aspectos interesantes que mencionan los trabajadores.

- Adriana del Pilar Acuña Castañeda³⁷. Esta trabajadora tenía contrato de trabajo con Go five S.A.S., desempeñaba el cargo de auxiliar de logística; en su declaración afirma que las supuestas sociedades subordinadas se encontraban todas funcionando en el mismo edificio. Asimismo, asegura que desempeñó funciones no solo para Go Five, sino para las diferentes sociedades que se encontraban en el edificio, llegando incluso a recibir órdenes directas de Juan Carlos Carillo, uno de los socios. De igual forma, comenta que algunas veces unas sociedades pagaban la nómina de otras, como fue el caso de Go Five, que pagó la nómina de Keep Agencia S.A.S.

³⁷ Declaración ante el coordinador del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades. 17 de octubre del 2018. (Investigación a la que se le dio apertura con la Resolución 302-002982 del 20 de febrero de 2019).

- Diana Alexandra Ruíz Bravo³⁸. Esta declaración es muy interesante, pues la señora Ruíz explica que aunque estuvo vinculada con la sociedad Keep Agencia S.A.S. por medio de un contrato de prestación de servicios, ella asegura que se encontró siempre en una situación de subordinación. Adicional a esto, lo más relevante del caso es que aunque el contrato se hizo con la mencionada sociedad, Diana Ruíz nunca desempeñó funciones para esta, sino que prestaba sus servicios a Go Five S.A.S. y Hello Colombia S.A.S.

-David Oliveros Monroy³⁹. Este trabajador tenía una relación laboral con Go Five S.A.S., y aunque él, a diferencia de los anteriores, sí prestaba sus labores directamente a esta sociedad, su declaración es importante, toda vez que asegura que el tema laboral era complicado entre las sociedades del conglomerado, pues incluso las nóminas de ellas estaban mezcladas, de manera que una sociedad pagaba salarios de trabajadores de otras.

4.3.1.1. Implicaciones

Es evidente que el presunto conglomerado tiene varios riesgos en materia laboral; consideramos que las principales implicaciones que se pueden derivar de la situación anterior son las siguientes:

a. Coexistencia de contratos de trabajo:

Según las declaraciones de los trabajadores, algunos de ellos desempeñaban diferentes funciones en varias de las sociedades de los conglomerados; si asumimos que en cada una desempeñaban funciones diferentes, y asimismo recibían órdenes de los respectivos representantes del

³⁸ Declaración ante el coordinador del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades. 17 de octubre del 2018.(Investigación a la que se le dio apertura con la Resolución 302-002982 del 20 de febrero de 2019).

³⁹ Declaración ante el coordinador del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades. 17 de octubre del 2018.(Investigación a la que se le dio apertura con la Resolución 302-002982 del 20 de febrero de 2019).

empleador (de cada sociedad), podríamos afirmar que, aplicando el principio de primacía de la realidad sobre las formas, aunque solo se hubiera celebrado un contrato de trabajo, realmente se presentó una coexistencia de varios contratos laborales, con diferentes empleadores, como sería el caso de Adriana del Pilar Acuña. Según nuestra legislación, “un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, siempre que la naturaleza del empleo permita atender al mismo tiempo varios servicios laborales y no se haya pactado la exclusividad de trabajo a favor de un solo empleador. Por tal motivo, el trabajador tiene el derecho a las prestaciones sociales consagradas por la ley, en cada una de las empresas a las que preste sus servicios”⁴⁰.

Es importante resaltar que para que se presente la anterior situación, es necesario que el trabajador demuestre que las funciones que desempeñaba para las diferentes compañías están totalmente delimitadas; según la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre del 2018, existe “la necesidad de que los contratos de trabajo pretendidos con distintos empleadores se encuentren claramente delimitados y desligados para poder así predicar su coexistencia”⁴¹. De igual forma, en la misma sentencia la Corporación hace referencia a una providencia anterior, donde se afirma la importancia de que el trabajador reclame durante la relación laboral los salarios y prestaciones de cada uno de los vínculos contractuales⁴².

⁴⁰ Guillermo Guerrero. Manual de derecho del trabajo. Parte general, laboral individual y colectivo. Pág. 346. Ed., Leyer. (2011).

⁴¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 55419. Sentencia del 30 de octubre del 2018. M.P. Martín Emilio Beltrán.

⁴² Si bien la Corte no señala que no haber iniciado la reclamación durante la relación laboral, implica la renuncia del trabajador a sus derechos, sí lo entiende como un indicio de la no coexistencia de contratos, en la medida en que durante mucho tiempo el trabajador estuvo conforme con su remuneración y con las labores que desempeñaba.

Ahora bien, con respecto a la situación concreto, podemos afirmar que aunque la reclamación que menciona la Corte no se dio en el caso de los trabajadores mencionados, consideramos que es un riesgo que deben tener en cuenta las sociedades pertenecientes a un conglomerado, sobre todo porque la posible declaración de varios contratos de un solo trabajador, implicaría que cada sociedad es responsable de todas las obligaciones laborales, lo que incluye pagos de aportes y contribuciones, así como salarios, prestaciones y sanciones como la indemnización moratoria por el no pago de las anteriores acreencias (en caso de que el contrato hubiera terminado). En todo caso, consideramos que lo expuesto por la Corte en la sentencia es un criterio demasiado formalista, ya que el hecho de que el trabajador no hubiese reclamado expresamente, no implica que no hayan criterios suficientes para determinar que efectivamente había coexistencia de contratos, más aún cuando es evidente que el trabajador responde a dos empleadores y desempeña funciones diferenciadas para cada uno. En este caso consideramos que debería prevalecer el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Es importante tener en cuenta que la coexistencia de contratos también se podría dar en el caso planteado si el trabajador, además de estar subordinado a una sociedad y prestarle sus servicios, cumple órdenes de los socios para desempeñar labores totalmente ajenas a sus funciones en la compañía, como por ejemplo, realizar diligencias personales de los accionistas, o actividades similares. Bajo este supuesto, es evidente que hay actividades delimitadas y diferenciadas con empleadores distintos, por lo que el trabajador podría exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales a cada uno. Sin embargo, cabe aclarar que todo esto debe probarlo el trabajador, por lo que deberá demostrar el tiempo que le dedicaba a cada labor designada, así como las manifestaciones del poder de subordinación de cada empleador.

Por último, debemos resaltar que es usual que en los contratos de trabajo se pacte que durante la ejecución del mismo, el trabajador podrá desempeñar funciones para otras compañías y que esto no implicará coexistencia de contratos de trabajo. Al respecto es importante señalar que esta cláusula tendrá efectos si las funciones que desarrolla el trabajador están relacionadas con su cargo, y si las demás compañías no ejercen poder de subordinación; en caso de que estas condiciones no se cumplan, consideramos que debe primar el principio de primacía de la realidad sobre las formas, por lo que el juez debería declarar los respectivos contratos de trabajo.

b. Empleador persona natural.

Si en el caso de los trabajadores del conglomerado bajo estudio, estos no respondieran a diferentes empleadores, sino a uno solo, y por tanto la subordinación no la ejercieran varios, sino un solo empleador, nos encontraremos ante un caso similar al de Ardila Lülle, previamente estudiado. En este sentido, el que sea declarado verdadero empleador, que en este caso podría ser una de las personas naturales investigadas por el supuesto control que ejercen, tendría que responder por todas las acreencias laborales.

Es fundamental que esto también sea tendido en cuenta en los conglomerados, y sobre todo que los socios se hagan conscientes de esto, ya que el patrimonio propio que tratan de proteger por medio de la constitución de una sociedad, teniendo la garantía de la separación patrimonial entre socios y la persona jurídica⁴³, puede verse directamente afectado por el cobro de acreencias laborales.

⁴³ En este punto es importante resaltar que el principio de separación patrimonial sigue estando presente en los conglomerados toda vez que “los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias. Los supuestos de control establecidos en el artículo 27 de la citada norma suponen una o varias personas controlantes y

4.4. El caso de Brasil.

Como lo mencionamos en capítulos anteriores, la legislación laboral de Brasil tiene una tendencia bastante proteccionista, por esta razón, en este punto queremos exponer las consecuencias jurídicas contempladas en ese ordenamiento para las situaciones que estamos estudiando en este apartado, en la medida en que son bastante diferentes a las dispuestas en el nuestro.

De acuerdo con la Ley N° 13.467 del 2017 de Brasil, la simple constitución de un grupo empresarial implica necesariamente la solidaridad pasiva de todas las sociedades pertenecientes al mismo. Esto ocurre porque en ese ordenamiento se entiende que el grupo empresarial es un solo empleador, por lo que todas las sociedades tendrán que responder por las obligaciones laborales. En este sentido, si un trabajador termina desempeñando varias funciones para varias de las sociedades del grupo, habiendo firmado previamente el contrato con una sola de esas sociedades, podrá, en todo caso, exigir el pago de las acreencias a cualquiera, y se entenderá que existe un solo contrato de trabajo con todas. Según Carolina Pereira:

“(…) si el empleado, en la misma jornada de trabajo, presta servicios a más de una empresa integrante del mismo grupo económico, será considerado sólo un contrato de trabajo, teniendo como contraprestación un único salario y considerando todas las empresas integrantes del grupo sólo un empleador”⁴⁴.

una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones en forma independiente. Dentro de los efectos de la subordinación no se ha establecido la solidaridad de la matriz o controlante en el pago de las obligaciones contraídas por sus filiales o subsidiarias, por el solo hecho de la vinculación”. Colombia. Superintendencia de Sociedades. Responsabilidad de matrices o controlantes. Oficio 125-1063 del 13 de enero de 1999.

⁴⁴ Carolina Pereira. Op. Cit. Pág. 81.

Es evidente la diferencia que existe con nuestro ordenamiento; es claro que cada uno contempla consecuencias opuestas para la situación planteada; uno dispone la coexistencia de contratos laborales, y otro la unidad contractual con pluralidad de empleadores. Consideramos que la Ley colombiana cuenta con una solución más razonable, y que la coexistencia de contratos es una alternativa más justa, ya que respeta el principio de primacía de la realidad sobre las formas, beneficiando tanto al trabajador como a las sociedades del grupo, en la medida en que el trabajador podrá reclamar acreencias a quienes en la práctica ejerzan el poder de subordinación, pero asimismo, solo se considerarán empleadores quienes efectivamente actúen como tal, mas no tendrán que responder por el simple hecho de pertenecer al grupo.

5. Problemas en el cobro de acreencias laborales derivados de la liquidación de una sociedad.

A lo largo de este capítulo estudiaremos las implicaciones laborales que se derivan de la liquidación de una sociedad; teniendo en cuenta que en este tipo de procesos los más perjudicados pueden ser los trabajadores, en la medida en que se terminan automáticamente los contratos de trabajo, y pueden haber casos en los que las sociedades empleadoras no tengan activos suficientes para cubrir esas deudas. Por esta razón, analizaremos la situación y propondremos algunas alternativas de solución para los trabajadores.

5.1. Tipos de procesos de liquidación.

Según el artículo 218 del Código de Comercio, existen varias causales de disolución de una sociedad; en el presente capítulo nos referiremos solo a dos de ellas, estas son: i) decisión de los asociados, que conlleva a la llamada liquidación voluntaria, y ii) por declaración de la liquidación judicial, que se da en el marco de la insolvencia regulada en la Ley 1116 de 2006.

La liquidación voluntaria está regulada en el Código de Comercio a partir del artículo 218; se denomina “voluntaria” porque el primer paso para poder realizarla es que los socios en asamblea general o junta, decidan que quieren la disolución de la sociedad. Una vez se cumple este paso, queda disuelta la sociedad y se procede a su inmediata liquidación. Según el artículo 222 del mencionado estatuto, uno de los efectos de la anterior situación es que la sociedad solo podrá realizar actos jurídicos relacionados con la liquidación, es decir, su capacidad jurídica queda limitada y no podrá seguir desarrollando su objeto social.

Por su parte, la liquidación judicial, como lo mencionamos, está regulada en la Ley 1116 del 2006. Para dar inicio a este proceso es necesario, según el artículo 47 de la norma, que se dé un incumplimiento del acuerdo de reorganización, o se cumpla una de las causales que contempla la ley para que una sociedad entre a liquidación judicial inmediata. En estricto sentido tiene el mismo efecto que la liquidación voluntaria, y es que la sociedad deudora no podrá seguir desarrollando su objeto social, por lo que su capacidad queda restringida a actos necesarios para la liquidación. Es importante destacar que la principal diferencia entre este proceso y el de liquidación voluntaria, es que éste supone que el deudor esté en cesación de pagos, y es una medida de *ultima ratio*, toda vez que el objetivo principal de la ley es lograr salvar las sociedades por medio del proceso de reorganización.

5.2. Efectos de la liquidación de una sociedad en los contratos de trabajo.

El artículo 61 del CST establece como causal de terminación del contrato de trabajo la liquidación de la empresa. Es importante resaltar que tal supuesto no está contemplado en la ley como una justa causa de terminación del contrato, por lo que el empleador estará obligado a pagar indemnización por despido. De igual forma, es necesario mencionar que el parágrafo de la

citada norma estipula que para que se pueda proceder a la liquidación, es necesario pedir permiso al Ministerio del Trabajo.

En cuanto a la autorización que se le debe pedir al Ministerio, debemos aclarar que solo es necesaria para el caso de la liquidación voluntaria, toda vez que la Ley 1116 expresamente en su artículo 50, numeral 5, contempla que en caso de liquidación judicial los contratos de trabajo terminan automáticamente, sin necesidad de autorización administrativa ni judicial, sin perjuicio de la indemnización a la que hicimos referencia anteriormente.

5.3. El concurso de acreedores y prevalencia de las acreencias laborales.

El proceso de liquidación de una sociedad resulta complejo, toda vez que supone un concurso de acreedores sobre la masa de bienes. En esta medida, como todos los acreedores querrán que la obligación a su favor sea cumplida, y muchas veces los activos que tiene la sociedad no son suficientes para cubrir todos los pasivos, la ley establece un orden de prelación según el cual se deberá elaborar la graduación y calificación de créditos, y se adjudicarán los activos. Así lo establece el artículo 58 de la Ley 1116, numeral primero, que establece: *1. La totalidad de los bienes a adjudicar, incluyendo el dinero existente y el obtenido de las enajenaciones, será repartido con sujeción a la prelación legal de créditos.*

Como lo mencionamos en el literal anterior, un efecto contractual de la liquidación de una sociedad es la terminación de los contratos de trabajo, lo que hace que inmediatamente se genere un crédito a favor de los trabajadores, quienes tendrán derecho a intervenir como acreedores del concurso. Teniendo esto presente, analizaremos el orden de prelación en el que están las

acreencias laborales según la legislación colombiana. Lo primero que hay que mencionar es que el artículo 2495 del Código Civil establece como créditos de primera clase los siguientes:

“1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.

2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.

3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.

4. Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo.

5. Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses. El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

6. Lo créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados”.

De esta forma, si bien las acreencias laborales se encuentran dentro de la primera clase de créditos, según la legislación civil, prevalecen sobre ellas las costas judiciales, expensas funerales y gastos de enfermedad del fallecido.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, la Ley 50 de 1990 en su artículo 36, posteriormente dispuso que las acreencias laborales tienen prelación sobre todos los demás créditos, por lo que debe entenderse que están por encima de los enunciados en los tres primeros numerales del artículo 2495 C.C. Aquel artículo establece lo siguiente:

“Artículo 36. Prelación de crédito por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

El Juez Civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del patrono.

Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos. (...) (Subrayado fuera de texto).

En este mismo sentido, en 1995 entró en vigor el “Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador” de la OIT, cuyo artículo 5 dispone que:

“Artículo 5: En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”.

Aunque este convenio no esté ratificado por Colombia, es importante mencionarlo ya que confirma lo establecido por la Ley 50, y le da total prelación a los créditos laborales en el concurso de acreedores. Ahora bien, con respecto a esto es necesario tener en cuenta unas

excepciones a la regla descrita. La primera de ellas la establece la Corte Constitucional en sentencia C-092 del 2002, en la que se expone que los alimentos debidos a un menor de edad prevalecen sobre todos los créditos de primera clase⁴⁵. Por otro lado, la segunda excepción está contemplada en la Ley 1116 en varios artículos (37, 45, 46 y 71), y se refiere a la prevalencia que tienen los gastos de administración derivados del proceso concursal sobre todas las acreencias, incluso las laborales, salvo que sean acreencias por concepto de mesadas pensionales.

5.4. Problemas con el cobro de acreencias laborales. Casos.

Aunque las acreencias laborales tienen prelación sobre la mayoría de créditos, en muchos casos los activos con los que cuentan las sociedades ni siquiera alcanzan a satisfacer este tipo de deudas. A continuación expondremos un par de casos en los que se presentó esta situación, en procesos de liquidación de sociedades pertenecientes a un conglomerado.

5.4.1. Problemas con el pago de acreencias laborales a cargo de una sociedad subordinada que está en proceso de liquidación voluntaria. Caso McCann Erickson.

En este apartado haremos referencia a McCann Erickson, sociedad que mencionamos en el primer capítulo; sin embargo, analizaremos una sentencia de casación que se profirió años antes de que los trabajadores solicitaran la declaración de la unidad de empresa.

⁴⁵ “Se hace necesario hacer efectiva la prevalencia otorgada a los derechos de los niños en el artículo 44 superior, entendiéndolo por éstos tanto a los infantes como a los adolescentes, esto es, a *todo menor de dieciocho (18) años*, de modo que sus créditos por concepto de alimentos prevalezcan sobre los créditos de los demás acreedores incluidos en la primera clase, con la advertencia de que dicho concepto incluye todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor (...)”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 092 del 2002. (M.P. Jaime Araujo Rentería: 13 de febrero del 2002).

En el año 2009 la Corte Suprema de Justicia resuelve un recurso de casación interpuesto por Época Publicidad S.A. en liquidación, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Esta providencia resolvía una controversia en la que tres trabajadoras demandaron a la mencionada sociedad y a McCann Erickson Corporation S.A., con el fin de que respondan solidariamente por un conjunto de acreencias laborales, teniendo en cuenta que su verdadero empleador (Época Publicidad) no tenía cómo pagar las mismas.

La pretensión de la responsabilidad solidaria de McCann Erickson la sustentan los trabajadores en el grupo empresarial que declaró la Superintendencia de Sociedades entre esta y Época Publicidad S.A., su subordinada. Con respecto a esta pretensión, el juez en primera instancia determinó que la existencia de una situación de control no implicaba una responsabilidad solidaria de la matriz, sino que, en virtud del entonces vigente artículo 148 de la Ley 222, la responsabilidad que se debía declarar era la de tipo subsidiario, de manera que la matriz solo responde si la subordinada no puede pagar la totalidad de sus pasivos, y si esta entró en proceso de insolvencia debido al control ejercido.

El anterior argumento fue reiterado en segunda instancia por el Tribunal; sin embargo, la Corte, resolviendo el recurso de casación, determina que en el caso concreto tampoco es procedente la declaración de la responsabilidad subsidiaria de la matriz, toda vez que esta solo es aplicable en el marco de la liquidación judicial, no en el de la liquidación voluntaria. De esta manera, la corporación casa la sentencia, y libera a la matriz de toda responsabilidad en el pago de las acreencias laborales.

El caso que acabamos de exponer es preocupante, toda vez que la decisión que tomaron los socios de Época Publicidad, al votar por la disolución y posterior liquidación voluntaria de la misma, dejó a los trabajadores sin la posibilidad de cobrar las acreencias debidas; esto se dio porque la sociedad no contaba con los activos suficientes para pagar, y porque se utilizó la liquidación voluntaria como una estrategia para proteger a la matriz. Por esta razón, a continuación expondremos algunas alternativas de solución que pueden tener los trabajadores.

5.4.1.1. Soluciones.

a. Acción Pauliana.

En el marco de los procesos concursales contemplados en la Ley 1116, los acreedores pueden interponer una acción denominada “acción revocatoria concursal”; sin embargo, como en este caso estamos tratando el trámite de liquidación voluntaria, la acción procedente sería la Pauliana. Esta figura tiene el propósito de reconstruir el patrimonio del deudor en caso de que este hubiese querido insolventarse haciendo fraude a los acreedores. De esta forma, si los socios antes de la liquidación hicieron una enajenación fraudulenta de los bienes con el fin de perjudicar a los acreedores, esta sería una de las posibles alternativas para los trabajadores puedan satisfacer sus créditos. Sobre esta acción, la doctora Yadira Alarcón aclara que:

“Si bien la calidad de deudor no limita la facultad de disposición que tiene una persona sobre sus bienes, a través de la Acción Pauliana se permite que el acreedor perjudicado con determinados actos realizados por su deudor pueda impugnarlos y obtener la revocatoria de los mismos, con objeto de que restablezca el patrimonio que le sirve de garantía de su crédito. Pero tal facultad se le atribuye no en consideración a las

limitaciones del deudor para disponer de sus bienes, sino porque este último ha actuado con la intención de sustraer sus bienes del alcance de sus acreedores”⁴⁶.

Además de lo anterior, es importante tener en cuenta que, según el artículo 2491 del Código Civil, el término de caducidad de esta acción es de un año, contado desde la celebración del acto o contrato fraudulento.

b. Acción de simulación.

Además de la Acción Pauliana, otra figura que le ofrece el ordenamiento a los acreedores como herramienta para lograr la reconstrucción del patrimonio del deudor, es la acción de simulación. “Esta acción es el mecanismo jurisdiccional que busca la consecución de una providencia judicial que en su parte resolutive declare la situación real del negocio y abra la puerta al tratamiento jurídico que le corresponde (...)”⁴⁷. De esta forma, si, por ejemplo, una sociedad del conglomerado simula una donación de un activo con otra sociedad del grupo, cuando en realidad jamás hubo intención de enajenarlo y el bien sigue siendo propiedad de la supuesta sociedad vendedora, tanto los acreedores, como los trabajadores, podrán ejercer la acción de simulación con el fin de que se declare la simulación absoluta o relativa del negocio, y perseguir el activo.

c. Desestimación de la personería jurídica.

En apartados anteriores hicimos referencia al principio de separación patrimonial que rige en el derecho societario colombiano; según el cual se entiende que el patrimonio de la sociedad es

⁴⁶ Yadira Alarcón Palacio. *La Acción Pauliana*, Revista de Derecho (Universidad del Norte), 1999. At. 41. Pg. 43.

⁴⁷ Sebastián Escobar y Juan Diego Mojica. *Hacia una protección merecida: la legitimación en la causa por activa en la acción de simulación y la tutela a la buena fe del acreedor condicional*. Universitas Estudiantes (Universidad Javeirana), enero-diciembre 2013. At. 69. Pg. 74.

independiente y diferente al de sus socios. De igual forma, de este principio se desprende otro, también conocido como el principio de responsabilidad limitada, que establece que en las sociedades de capital⁴⁸, como la SAS y la sociedad anónima, los socios solo responden hasta el monto de su aporte, por lo que los acreedores solo podrán perseguir el patrimonio de la sociedad.

Ahora bien, aunque los anteriores principios son la regla general que rige las sociedades de capital, y son un pilar fundamental del derecho societario, el ordenamiento jurídico colombiano contempla taxativas excepciones que constituyen supuestos por los que los acreedores podrán perseguir el patrimonio de los socios. En este apartado nos referiremos a la contemplada en el artículo 42 de la Ley 1258 del 2008; esta norma consagra lo siguiente:

“Artículo 42: Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

Debemos resaltar que aunque esta disposición originalmente aplicaba solamente para las SAS, el Código General del Proceso en su artículo 24 numeral 5, literal d, prácticamente transcribió el texto, estableciendo que la desestimación de la personería jurídica puede aplicar para cualquier sociedad vigilada por la Superintendencia de Sociedades. En esta medida, consideramos que en caso de que los socios utilicen a la sociedad, realizando actos que perjudiquen el patrimonio de

⁴⁸ No haremos referencia a las sociedades de personas, puesto que en estas no se presenta el problema del cobro de acreencias laborales, ya que en ellas los socios responden de forma subsidiaria e ilimitada. Tampoco mencionaremos la sociedad limitada, toda vez que aunque por regla general los socios solo responden hasta el monto de su aporte, en este tipo societario las acreencias laborales son una excepción, por lo que los socios responderán por ellas de forma subsidiaria.

esta, los trabajadores, como acreedores perjudicados, pueden pedir la desestimación de la personería jurídica de la sociedad empleadora, y perseguir a los socios para el pago de las acreencias laborales.

d. Petición de liquidación judicial.

El artículo 49 de la Ley 1116 establece quiénes están legitimados para solicitar la liquidación judicial inmediata. Según esta norma, los acreedores podrán realizar una petición para que inicie este proceso, siempre que se haga de forma conjunta con el deudor, y los acreedores tengan créditos a su favor que representen al menos el 50% del pasivo externo del deudor. En este sentido, consideramos que esta es una alternativa que pueden implementar los trabajadores cuando las acreencias debidas representen sumas significativas, lo que normalmente ocurre con aquellas empresas que deben mesadas pensionales, cesantías retroactivas o indemnizaciones por despido sin justa causa de contratos a término indefinido.

5.4.2. Problemas con el cobro de acreencias laborales a una sociedad que está en proceso de liquidación judicial.

Así como en los procesos de liquidación voluntaria puede ocurrir que los trabajadores no puedan cobrar sus acreencias por insuficiencia de activos, en los procesos de liquidación judicial es más frecuente que esto se presente, toda vez que es muy común que la sociedad deudora se encuentre no solo en cesación de pagos, sino que además esté en insolvencia. Por esta razón, existen varias alternativas de solución que pueden implementar los trabajadores, a continuación las expondremos.

5.4.2.1.Soluciones.

a. Responsabilidad subsidiaria de la matriz.

A diferencia del proceso de liquidación voluntaria, en el de liquidación judicial sí se puede implementar la figura de la responsabilidad subsidiaria de la matriz, contemplada en el artículo 61 de la Ley 1116, que establece lo siguiente:

“Artículo 61. De los controlantes. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente” (Subrayado fuera de texto).

Esta es una alternativa muy buena para los trabajadores, ya que la carga probatoria está en la matriz, la cual deberá acreditar que la insolvencia de la sociedad no fue producida por sus actuaciones como controlante. Un caso muy representativo sobre la aplicación de la figura es el de Industrial Hullera S.A.⁴⁹ en liquidación, sociedad controlada por Fabricato S.A., Coltejer S.A.

⁴⁹ En este caso se aplicó el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por ser previo a la expedición de la Ley 1116, por lo que el proceso no es de liquidación judicial, sino de liquidación obligatoria; sin embargo, en ambas normas la figura de la responsabilidad subsidiaria de la matriz tiene los mismos efectos y supuestos.

y Cementos El Cairo S.A.⁵⁰. En el año 1997, inició el proceso de liquidación obligatoria de Industrial Hullera S.A., sociedad que tenía a cargo las mesadas pensionales de más de 300 personas. Ante la imposibilidad de cobrar sus acreencias, los pensionados decidieron interponer acciones de tutela, que en el año 2003⁵¹ fueron revisadas por la Corte Constitucional.

En el fallo la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales de los pensionados, en la medida en que encontró que derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida y la dignidad humana de esas personas de tercera edad, necesitaban protección inmediata, y requerían una solución transitoria mientras la jurisdicción ordinaria resolvía. En este sentido, aunque según la Corporación el fallo no se pronunció sobre la responsabilidad de las matrices, sí ordenó el pago de las mesadas pensionales por parte de las matrices.

Tal providencia fue objeto de controversia, pues la Corte resolvió un asunto que era competencia de un juez ordinario, único que podía determinar si efectivamente las sociedades controlantes eran las responsables de la situación de insolvencia de su subordinada y, si, en este sentido, se podía aplicar la figura de la responsabilidad subsidiaria de la matriz. Algunos doctrinantes afirman que el fallo de tutela es una clara extralimitación de la corporación en sus facultades, toda vez que no es el medio para conseguir el levantamiento del velo corporativo. Con respecto a esto, el Dr. Andrés Gaitán afirma que:

⁵⁰ Este grupo empresarial fue declarado por la Superintendencia de Sociedades en 1999. Ver Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución 661-1333 del 24 de septiembre de 1999.

⁵¹ Ver Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-636 del 2003. (M.P. Jaime Araujo Rintería: 31 de julio del 2003).

“En la práctica en este caso se ha producido el verdadero levantamiento del velo corporativo, pues tres de los accionistas reconocidos como matrices han tenido que asumir el pasivo pensional de la citada sociedad en liquidación obligatoria. Aunque la Corte enfatiza que no hace pronunciamiento sobre la responsabilidad, lo cierto es que las matrices han tenido que pagar y tendrán que hacerlo hasta la culminación de los procesos ordinarios en los que se resuelva el tema de la responsabilidad subsidiaria (...)”⁵².

Ahora bien, a pesar de las críticas que se le hacen al pronunciamiento de la Corte, es importante resaltar que en el año 2004⁵³ la Corporación revisó otra tutela interpuesta por trabajadores de la sociedad, quienes todavía tenían vigentes sus contratos de trabajo y, evidentemente, no eran pensionados, por lo que no se beneficiaron del fallo del año anterior. En esta oportunidad no se concedió el amparo, ya que la Corte consideró que los trabajadores podían acudir a la jurisdicción ordinaria a reclamar los salarios adeudados, que no se encontraban en las mismas condiciones que los pensionados, quienes dependían de su pensión para subsistir, y que por tanto no había una afectación a derechos fundamentales.

En el 2018, es decir, 21 años después de iniciado el proceso de liquidación obligatoria, la jurisdicción ordinaria se pronunció⁵⁴ y determinó que Industrial Hullera S.A. había entrado en insolvencia por las actuaciones de sus controlantes, por lo que declaró su responsabilidad

⁵² Andrés Gaitán Roza. La responsabilidad subsidiaria de la matriz. Pág. 189. En Marcela Anzola, et al. Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso Colombiano. Ed. Universidad del Rosario. (2010).

⁵³ Ver Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-627-04. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 1 de julio del 2004).

⁵⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 05001310301320010011501. Sentencia del 25 de julio de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

subsidiaria en el pago de las acreencias que su subordinada debía⁵⁵. De esta manera, es claro que aunque se criticó a la Corte Constitucional por el fallo del 2003, tuvo razón en tutelar los derechos de los pensionados, ya que si no lo hubiera hecho, estas personas no habrían podido sobrevivir tanto tiempo sin ningún tipo de ingreso. En todo caso, consideramos que en el 2004 la Corte deja claro que lo hecho en el 2003 es una medida totalmente excepcional.

Ahora bien, más allá de las consideraciones sobre las supuestas extralimitaciones de la Corte Constitucional, la providencia de la Corte Suprema del 2018 es una muestra de la aplicación de la responsabilidad subsidiaria de la matriz en la práctica, de manera que tanto los pensionados como los trabajadores de Hullera, encontraron en esta figura una alternativa para poder cobrar sus acreencias.

Con respecto al tiempo que se demoró la jurisdicción ordinaria en resolver sobre la responsabilidad de las matrices de Hullera, cabe mencionar que en teoría este problema no debería presentarse actualmente, en la medida en que la competencia en los procesos de liquidación judicial, en virtud de la Ley 1116, ahora la tiene la Superintendencia de Sociedades, por lo que los procesos deberían ser muchísimo más eficientes.

b. Acción revocatoria concursal.

La Ley 1116, en sus artículos 74 y 75, regula una figura llamada “acción revocatoria concursal”.

Esta acción solamente puede ser ejercida en el marco de un proceso de reorganización o de

⁵⁵ El juez de primera instancia negó las pretensiones; sin embargo, el tribunal en segunda instancia determinó que las matrices no lograron desvirtuar la presunción legal, y que por tanto eran responsables subsidiariamente por las acreencias de sus subordinadas; esto en la medida en que ni siquiera desplegaron acciones para mitigar o afrontar la crisis, ni para fiscalizar o monitorear la conducta de los administradores. Esto fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia.

liquidación judicial y tiene como fin reconstruir el patrimonio del deudor; sin embargo, tiene algunas características especiales.

Lo primero que hay que mencionar, es que la acción revocatoria puede ser ejercida por acreedores, el liquidador o el promotor del concurso, contra actos onerosos o gratuitos que hubiera celebrado el deudor durante el periodo de sospecha, con un tercero de mala fe⁵⁶, es decir, durante los 6, 18 o los 24 meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o liquidación judicial, dependiendo del tipo de acto demandado, y solo podrá ejercerse hasta 6 meses después de que quede en firme la calificación y graduación de créditos. Adicionalmente, otra característica especial de esta acción, es que si esta prospera, al acreedor demandante se le otorgará una recompensa equivalente al 40% del valor comercial del bien recuperado⁵⁷.

Además de lo anterior, la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades ha establecido otro requisito adicional a los contemplados en la ley, este es, que para que un acreedor pueda ejercer esta acción, su crédito debe ser anterior al acto que se demanda. Esto lo hace, por ejemplo, en Sentencia 400-000055 de 20 de mayo de 2015, por medio de la cual resuelve un caso en el que un grupo de trabajadores pretende que se revoque un contrato de compraventa sobre un inmueble, que realizó Plásticos Vandux S.A. en liquidación judicial⁵⁸. Lo interesante de este caso es que la entidad no confiere la acción revocatoria porque, según ella, la prueba de la legitimación en la

⁵⁶ En la acción revocatoria se presume que el tercero actúa de mala fe, es decir, que celebró el negocio conociendo el mal estado financiero del deudor. Esta presunción admite prueba en contrario.

⁵⁷ Esta recompensa es propia de la acción revocatoria concursal; no se otorga si se ejerce una acción pauliana.

⁵⁸ Colombia, Superintendencia de Sociedades, *Nubis Sofia olivo y otros contra Plásticos Vandux de Colombia S.A. en liquidación judicial*, Sentencia 400-000055, 20 de mayo del 2015, *Jurisprudencia concursal*, 23-28 (Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2015). Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/reorganizacion_empresarial/Documents/jurisprudencia_concursal.pdf.

causa está a cargo de los demandantes, y en el caso concreto no obraba en el expediente prueba alguna que demostrara que los créditos laborales eran anteriores a la compraventa. De esta forma, no cabe duda de que en esta providencia estipula como requisito necesario la anterioridad.

De acuerdo con lo anterior, aunque la figura representa una alternativa buena de solución para los trabajadores, en la medida en que les permite reconstruir el patrimonio del empleador en caso de que haya mala fe, y les otorga una recompensa adicional, consideramos que el último requisito jurisprudencial perjudica a los trabajadores, toda vez que, al ser el contrato de trabajo un contrato de ejecución sucesiva, es natural que se generen acreencias posteriores al acto demandado. Por esta razón, consideramos que la entidad debería cambiar la línea jurisprudencial con respecto a este requisito; sobre todo teniendo en cuenta que la ley no condiciona la procedencia de esta acción a la anterioridad del crédito.

c. Acción de simulación.

La acción de simulación en el marco de un proceso de reorganización o uno de liquidación judicial, es diferente a aquella que mencionamos en el numeral anterior, en la medida en que esta debe seguir las reglas contempladas en los artículos que hablan sobre la acción revocatoria concursal; es decir, los acreedores que quieran interponerla deberán acreditar que hubo un daño que los afectó (perjudicó el patrimonio del deudor o la prelación de créditos), así como que el negocio jurídico se celebró en el periodo de sospecha. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, persigue el mismo objetivo que la acción pauliana y la acción revocatoria concursal, que es reconstruir el patrimonio del deudor.

6. Conclusiones.

De acuerdo con los todos planteamientos propuestos a lo largo de este escrito, podemos concluir que:

- La Unidad de Empresa en nuestro ordenamiento es una figura útil que garantiza el derecho a la igualdad de los trabajadores; sin embargo, los supuestos que la regulan en el CST, específicamente el referido al predominio económico de la matriz sobre la subordinada, es una disposición que choca con la realidad, en la medida en que en la práctica hay muchos grupos y situaciones de control que se dan por predominio contractual, o mayoría en la junta directiva. En este sentido, con la interpretación exegética del artículo se están dejando por fuera grupos empresariales que contratan a cientos de trabajadores que podrían ser beneficiarios de la mencionada figura. Así las cosas, se hace necesario un cambio doctrinal en las Cortes y una posterior modificación del artículo.
- Según el estudio jurisprudencial realizado, encontramos que no hay total claridad sobre los efectos que tiene la declaratoria de unidad de empresa, pues en casos como el de McCann Erickson, los trabajadores demandaban con el fin de que se declarara la responsabilidad solidaria de las sociedades, y no para lograr la igualdad salarial y prestacional. Consideramos que la Corte ha planteado posiciones contrarias con respecto a este tema, por lo que se hace necesario que en posteriores pronunciamientos se enfatice aún más que la unidad de empresa no implica la responsabilidad solidaria.
- Colombia tiene una regulación flexible en materia laboral aplicable a conglomerados, en comparación con otros países de Latinoamérica. Consideramos que los efectos laborales

que dispone la ley cuando se constituye un conglomerado, no perjudican ni son muy gravosos para las empresas, por lo que no genera un desincentivo para la constitución de conglomerados con sociedades que se dediquen a actividades similares o sigan una misma cadena productiva.

- Es importante que dentro de los conglomerados se tengan bien definidos los manuales de funciones, de forma tal que un trabajador desempeñe solo las labores relativas a su cargo. Ahora bien, en caso de que se necesite que el trabajador desempeñe funciones para varias compañías, es importante que cada sociedad que lo requiera celebre un contrato de trabajo independiente sin exclusividad, para así evitar futuros conflictos.
- En el evento de que se presente un caso como el estudiado del Grupo Ardila Lülle, en el que el poder de subordinación sea ejercido directamente por los controlantes, es importante que las sociedades declaren su papel de meras intermediarias, para evitar el riesgo de que posteriormente se les sancione con la responsabilidad solidaria por las acreencias de los trabajadores de los controlantes.
- Cuando una sociedad entra en proceso de liquidación y no cuenta con los activos suficientes para cubrir sus acreencias laborales, las soluciones que tienen los trabajadores se rigen por normas societarias, mas no laborales. Sin embargo, consideramos que estas son herramientas suficientes que les permiten a los trabajadores perseguir a los socios de las compañías empleadoras y reconstruir el patrimonio del deudor en caso de que se intente estructurar algún tipo de estrategia fraudulenta para insolventarse y no pagar sus obligaciones.
- La autorización que otorga el Ministerio del Trabajo para poder realizar una liquidación voluntaria, es un requisito que no tiene la fuerza que debería, toda vez que en la práctica

la ausencia de la misma no detiene un proceso de liquidación. Nuestro ordenamiento protege la autonomía privada, por lo que es complicado que el ministerio pueda obligar a los accionistas a permanecer asociados. Por esta razón, consideramos que debería crearse un instrumento más eficaz, por medio del cual se pueda verificar que la liquidación voluntaria no solo responde al capricho de los socios, sino que hay una razón objetiva de fondo.

- La demora en la administración de justicia aumenta el riesgo de que una sentencia a favor de un trabajador no sea efectivamente ejecutable, en el sentido de que es posible que durante el tiempo de espera la sociedad entre en proceso de liquidación voluntaria o judicial, por lo que así el trabajador tenga declarado un derecho a su favor, no exista un patrimonio al cual cobrarle.
- Consideramos que en Colombia se podría aplicar una medida similar a la contemplada en el ordenamiento chileno para cuando se encuentre que los socios realizaron actos fraudulentos contra los trabajadores; imponer una sanción, diferente a la desestimación de la personalidad jurídica, puede ser una medida eficaz para desincentivar la celebración de ese tipo de negocios por parte de los socios o controlantes.

REFERENCIAS.

1. LIBROS

Gaitán, Andrés. Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia. Ed. Superintendencia de Sociedades. (2011).

Gaitán, Andrés. La responsabilidad subsidiaria de la matriz. En Marcela Anzola, et al. Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso Colombiano. Ed. Universidad del Rosario. (2010).

Galgano, Francesco, et al. Los grupos societarios, dirección y coordinación de sociedades. Ed. Universidad del Rosario. (2009).

Guerrero, Guillermo. Manual de derecho del trabajo. Parte general, laboral individual y colectivo. Ed., Leyer. (2011).

Manóvil, Rafael. Grupos de sociedades en el Derecho comparado. Ed. Abeledo-Perrot. (1998).

Martínez, Santiago. La unidad de empresa en las dinámicas empresariales actuales. En Clara Dueñas, et al. Derecho laboral para el nuevo tiempo. Construcción Conjunta. Ed. Temis. (2017).

2. REVISTAS.

Alarcón, Yadira. *La Acción Pauliana*, Revista de Derecho (Universidad del Norte), 1999. At. 41.

Cubillos, Jorge. Los efectos laborales de los grupos de empresas en Colombia, *Ius Labor* 3/2017. At. 93.

Escobar, Sebastián y Mojica, Juan. *Hacia una protección merecida: la legitimación en la causa por activa en la acción de simulación y la tutela a la buena fe del acreedor condicional*. Universitas Estudiantes (Universidad Javeirana), enero-diciembre 2013. At. 69.

Pereira, Carolina. *Los efectos laborales de los grupos de empresas en Brasil*, *Ius Labor* 3/2017. At. 78.

Serrano, Raquel y Cremades, Oriol. *Los efectos laborales de los grupos de empresas en España*, *Ius Labor* 3/2017. At. 65.

Tapia, Francisco. *Los efectos laborales de los grupos de empresas en Chile*, *Ius Labor* 3/2017. At. 86.

Windbichler, Christine. *Labor effects of corporate groups in Germany*, *Ius Labor* 3/2017. At. 37.

3. JURISPRUDENCIA.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, *Nubis Sofia olivo y otros contra Plásticos Vandux de Colombia S.A. en liquidación judicial*, Sentencia 400-000055, 20 de mayo del 2015, *Jurisprudencia concursal*, 23-28 (Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2015).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. C.P. Olga Inés Navarrete.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 092 del 2002. (M.P. Jaime Araujo Rentería: 13 de febrero del 2002).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 1185 del 2000. (MM.PP. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz: 13 de septiembre del 2000).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 934 del 2004. (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 29 de septiembre del 2004).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 682 del 2014. (M.P. Jorge Iván Palacio: 10 de septiembre del 2014).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-029 del 2016. (M.P. Alberto Rojas Ríos: 5 de febrero del 2016).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-627-04. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 1 de julio del 2004).

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 43680. Sentencia del 11 de mayo de 2016. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 39866. Sentencia del 9 de abril de 2014. M.P. Clara Cecilia Dueñas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 55419. Sentencia del 30 de octubre del 2018. M.P. Martín Emilio Beltrán.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad 05001310301320010011501. Sentencia del 25 de julio de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16 de mayo de 2018. Rad. 51613. M.P. Donald José Dix Ponnefz

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. Sentencia del 26 de octubre de 2016. M.P. Clara Cecilia Dueñas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de octubre de 2018. M.P. Martín Emilio Beltrán.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. Sentencia del 28 de junio de 2012. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B. Sentencia del 25 de julio de 1996. C.P. Carlos Arturo Orjuela.

4. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-15430 del 13 de abril de 1998.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Presunciones de subordinación. Oficio 220-001946 del 18 de enero de 2016.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución 125-001944 del 26 de abril de 2005.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución 125-001620. 17 de septiembre del 2001.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Responsabilidad de matrices o controlantes. Oficio 125-1063 del 13 de enero de 1999.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución 661-1333 del 24 de septiembre de 1999.

5. DECLARACIONES

Acuña, Adriana del Pilar. Declaración ante el coordinador del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades. 17 de octubre del 2018. (Investigación a la que se le dio apertura con la Resolución 302-002982 del 20 de febrero de 2019).

Oliveros David. Declaración ante el coordinador del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades. 17 de octubre del 2018. (Investigación a la que se le dio apertura con la Resolución 302-002982 del 20 de febrero de 2019).

Ruíz, Diana. Declaración ante el coordinador del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades. 17 de octubre del 2018. (Investigación a la que se le dio apertura con la Resolución 302-002982 del 20 de febrero de 2019).