



Vigilada Mineducación

**PROBLEMAS RELACIONADAS CON LA SUBORDINACIÓN Y LA
RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADORES EN EL PAGO DE ACRENCIAS
LABORALES DENTRO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES**

**ISSUES RELATED TO THE SUBORDINATION AND LIABILITY OF EMPLOYERS IN THE
PAYMENT OF LABOR CLAIMS WITHIN ENTREPRENEURIAL GROUPS**

MARIANA GUTIÉRREZ RESTREPO

STEEVEN BETANCUR GRISALES

Monografía de grado

ASESOR: JAIRO DANIEL CORTÉS RAMÍREZ

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

PREGRADO DE DERECHO

MEDELLÍN

2022

Tabla de contenido

Abstract.....	4
Resumen.....	4
1. Introducción	5
2. ¿Qué es un Grupo Empresarial y cómo se configura?	7
3. Unidad de Empresa.....	11
3.1. Concepto y requisitos para su configuración.....	11
a. Unidad de explotación económica	12
b. Control por predominio económico.....	13
c. Partes intervinientes	13
d. Tipo de actividades (conexas-complementarias).....	14
e. Zonas de condiciones económicas similares.....	14
3.2. Efectos de la declaratoria de unidad de empresa.....	15
3.3. Análisis comparativo de las figuras expuestas.....	20
4. Problemas derivados del mal ejercicio del poder de subordinación por parte de las sociedades matrices y controlantes de un grupo empresarial	23
4.1. Elementos del contrato laboral	24
4.2. Principio de primacía de la realidad sobre las formas	27
4.3. Perspectivas del mal ejercicio del poder de subordinación	29
a. El poder de dirección ejercido por más de una persona.....	29
b. Implicaciones del poder de dirección ejercido por más de una persona.....	31
c. Persona natural o jurídica que ejerce poder de subordinación	32
d. Implicaciones de persona natural o jurídica que ejerce poder de subordinación	34
5. Problemas en el cobro de acreencias laborales derivados de la liquidación de una sociedad (caso especial de las sociedades que conforman un grupo empresarial)	36
5.1. Tipos de proceso liquidatarios	37
5.2. Efectos de la liquidación de una sociedad en los contratos de trabajo.....	38
a. Solidaridad en los grupos empresariales	42
b. Soluciones frente a los problemas relativos al pago de acreencias	44
Liquidación judicial	45
a. Acción de revocatoria concursal.....	45
b. Responsabilidad subsidiaria de la matriz.	45
Liquidación voluntaria	46
a. Acción pauliana.....	46
Ventajas:	48

Desventajas:	48
b. Acción de simulación	48
• Absoluta:	49
• Relativa:	49
Ventajas:	49
Desventajas	50
c. Desistimiento de la personalidad jurídica	50
Ventajas:	56
Desventajas:	57
6. Conclusiones	58
7. Referencias	64
• Gaitán, Camila. El concepto de predominio económico en la unidad de empresa: Godoy Córdoba (2021) URL https://godoycordoba.com/el-concepto-de-predominio-economico-en-la-unidad-de-empresa-2/	65

ABSTRACT

Abstract

This monograph analyzes some of the labor problems that may arise within entrepreneurial groups. Firstly, we explain the figure of entrepreneurial groups and the characteristics of their configuration; secondly, we discussed the disadvantages that arise when harmonizing the rules governing labor relations with the current commercial legislation on the types and presumptions of corporate control; thirdly, we will analyze the consequences of the improper exercise of the power of subordination on entrepreneurial groups. Finally, we will talk about the problems in the collection of claims caused by the liquidation of a company related to entrepreneurial group are.

Resumen

Esta monografía analiza algunos de los problemas laborales que pueden surgir dentro de los grupos empresariales, con el fin de aportar posibles soluciones a estos. Para ello, en primer lugar, se explica en detalle la figura de los grupos empresariales y las características de su configuración. En segundo lugar, se abordan los inconvenientes que se presentan al armonizar las normas que regulan los vínculos laborales con la legislación mercantil vigente relativa a los tipos y presunciones de control societario. En tercer lugar, se analizan las consecuencias que se derivan del ejercicio incorrecto del poder de subordinación en los grupos empresariales. Por último, se exponen los problemas en el cobro de acreencias que causa la liquidación de una sociedad vinculada a un grupo empresarial.

1. Introducción

Una parte importante de la actividad societaria colombiana se desarrolla en los grupos empresariales, es decir, por medio de varias entidades vinculadas entre sí con una misma unidad de propósito y dirección. Para la Superintendencia de Sociedades, los grupos empresariales son “el conjunto de dos o más sociedades independientes, pero se encuentran subordinadas por una matriz quien se encarga de encaminar a sus subsidiadas” (citado por Montiel, 2009, p. 1). En nuestro país, un ejemplo que ilustra la importancia de los conglomerados es la Organización Ardilla Lülle, toda vez que, dicho grupo empresarial “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” (Galgano, 2009, p. 312). Asimismo, encontramos otros grupos empresariales relevantes dentro de la economía colombiana, como el Grupo Aval y el Grupo Empresarial Antioqueño, entre otros.

En conexión con lo anterior, en el año 2018 la Superintendencia Financiera de Colombia identificó trece conglomerados financieros, entre ellos cinco nacionales y con casa matriz en Colombia, los cuales sumaban activos por más de 850 billones de pesos, lo cual equivale al 70 % de la industria financiera, y al 96 % del PIB de Colombia del año 2017, lo que evidencia la magnitud y peso de los grupos empresariales en la economía colombiana.

Con esto en mente, en esta monografía exponemos e indagamos acerca de los problemas laborales que se presentan con mayor frecuencia dentro de los grupos empresariales con el objetivo analizar la normativa relativa a la configuración de los dichos grupos en Colombia, teniendo presente los conflictos laborales que pueden surgir dentro de tales conglomerados, con el fin de evaluar las ventajas y desventajas de mantener una unidad de colaboración con los trabajadores de las sociedades partícipes de dichos grupos empresariales, De igual forma,

con lo anterior se busca esclarecer y trazar distintas maneras de mitigar los posibles riesgos derivados del mal ejercicio del poder de subordinación, fortaleciendo de esta manera las garantías de los derechos de quienes prestan sus servicios bajo la modalidad de un contrato laboral en los grupos empresariales, como lo son: el pago de las prestaciones sociales, el pago de la seguridad social, el manejo de las acreencias laborales, el respeto de los horarios establecidos, el ejercicio del *ius variandi* de los empleadores, entre otros. Para ello, se evalúan las soluciones legales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano y las alternativas con las que cuentan los trabajadores actualmente para la protección de sus derechos laborales, en particular el derecho al pago de sus acreencias laborales durante y al finalizar el contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, en el primer apartado analizamos la figura de la unidad de empresa junto con cada uno de los elementos que componen dicha declaratoria, y los efectos que puede conllevar tal declaración dentro de un grupo empresarial. A su vez, analizaremos el concepto de situación de control como elemento determinante dentro de la configuración de un grupo empresarial, junto con los demás requisitos que se derivan para la constitución de un conglomerado en Colombia. Por lo anterior, una vez analizados los conceptos base, expondremos dos problemas que se presentan al momento de armonizar los supuestos que contempla la ley laboral y la mercantil en la declaración de un grupo empresarial, y/o una unidad de empresa, refiriéndonos específicamente a los problemas derivados del mal ejercicio del poder de subordinación por parte de las sociedades controlantes y subordinadas de un conglomerado.

En específico, abordaremos el problema de la subordinación desde dos perspectivas: (i) el mal ejercicio del poder de subordinación sobre un trabajador de otra sociedad perteneciente al mismo grupo económico, cuando las órdenes en la práctica no las imparte el verdadero empleador, toda vez que el poder de subordinación es repartido entre varios representantes de

diferentes compañías que hacen parte de un mismo grupo empresarial, y (ii) cuando una persona (controlante, accionista o administrador) se comporta como el empleador de un trabajador con independencia de si en lo formal verdaderamente lo es.

Los problemas de las anteriores situaciones devienen en que se dé la posibilidad que se presuma y declare, por ejemplo, la multiplicidad de relaciones laborales (en el primer escenario), o por el contrario que el juez laboral presuma que diversas relaciones laborales fueron en realidad solo una (segundo escenario); ambas presunciones con sus consiguientes consecuencias. Es acá entonces donde también es menester hacer hincapié en el principio de realidad vs formas, el cual se abordará más adelante.

Finalmente, haremos referencia a los inconvenientes legales y la responsabilidad de los empleadores (las sociedades vinculadas a los grupos empresariales) frente a los problemas derivados en el cobro de acreencias laborales fruto de la liquidación judicial o voluntaria de una de las sociedades vinculadas a dichos grupos empresariales. Asimismo, y en aras de analizar la practicidad de estas problemáticas en la vida real, brindaremos algunas soluciones a los problemas anteriormente planteados, deslumbrando las posibles acciones a favor de los acreedores para perseguir en solidaridad las demás sociedades pertenecientes al conglomerado (o a la propia matriz) junto con la posibilidad de que dichos acreedores puedan reconstruir el patrimonio de la sociedad que entra en estado de disolución y/o liquidación.

2. ¿Qué es un Grupo Empresarial y cómo se configura?

Antes de exponer los problemas laborales enunciados párrafos atrás, y que se presentan cotidianamente en los grupos empresariales, es necesario explicar y poner en contexto bajo nuestras propias definiciones esta última noción, el cual está intrínsecamente ligado al de control societario, en la medida en que el conglomerado o grupo empresarial es un conjunto de entidades sometidas al control de una o unas mismas personas naturales o jurídicas. En estas

se conservan como pilares base para su constitución la unidad de propósito, la unidad de dirección, a las que se les suma un elemento sustancialmente relevante como lo es la situación de control de una de las empresas sobre una o las demás que lo configuran. Con el propósito de precisar tal definición, es importante traer a colación los artículos 260 y 261 del Código de Comercio Colombiano (en adelante C.Co.), artículos que fueron modificados por la Ley 222 de 1995, junto con el artículo 28 de tal ley, toda vez que, dichos preceptos normativos consagran el concepto de subordinación societaria y las presunciones de control, así como las definiciones de grupo empresarial. 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 (énfasis nuestro).

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50 %) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere. 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1°. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50 %) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2°. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior (Ley 222 de 1995, énfasis nuestros).

Estas normas son el pilar base en el presente trabajo, en el sentido que establecen que el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas naturales o jurídicas es el criterio determinante de la situación de control o subordinación entre empresas. Asimismo, el código mercantil indica que dicho control puede ser ejercido tanto por personas naturales como por personas jurídicas, y puede ser individual o conjunto.

Por lo anterior, se puede denotar que el artículo 261 del C.Co. Expone los siguientes tipos de control societario/empresarial:

a. Control directo e indirecto: Es aquel control que ejerce la matriz sobre su filial en forma directa sin intermediario alguno; mientras que, el control indirecto lo ejerce la matriz respecto de su subsidiaria a través de una filial (Supersociedades, 2017). A partir de esta clasificación es posible advertir 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, pero cuando tal control es indirecto (si el control se ejerce a través de la filial), la sociedad subordinada se denomina subsidiaria.

b. Control individual y conjunto: Por su parte, el control individual lo ejerce un único sujeto, ya sea directa o indirectamente respecto de su filial o subsidiaria; mientras que el control conjunto es el ejercido por una pluralidad de personas, quienes de alguna manera expresan y materializan la voluntad de actuar en común mediante circunstancias tales como: participar simultáneamente en el capital de varias entidades; en la toma de decisiones cuando se evidencie que actúan “en bloque”; cuando aparecen conjuntamente integrando varias juntas directivas, entre otros comportamientos o actitudes que permitan evidenciar el control conjunto de la misma (Supersociedades, 2017)

Habiendo expuesto las anteriores consideraciones, explicaremos el otro concepto fundamental para los cimientos de este trabajo, 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 C.Co., con alguno de los supuestos de control señalados en el 261 ibídem; el segundo requisito es que además de lo anterior, entre las empresas que se encuentran bajo una relación de control, exista unidad de propósito y dirección, que según la ley se da cuando dichas empresas o sociedades persiguen un mismo objetivo señalado por la controlante, y para tal fin poseen los mismos accionistas o junta directiva.

Así las cosas, se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas (Supersociedades, 2017).

De esta forma, podemos afirmar que todos los grupos empresariales suponen una situación de control, pero no todas las situaciones de control constituyen un grupo empresarial.

3. Unidad de Empresa

3.1. Concepto y requisitos para su configuración

A diferencia de los conceptos mencionados en el apartado anterior, definiciones muy ligadas al ámbito mercantil, la unidad de empresa es una figura propia del derecho laboral, la cual está estrechamente relacionada con los grupos empresariales y el control que se ejercen entre ellos. Según la ley, uno de los supuestos para su declaración es que exista *un control económico predominante de una unidad económica sobre otra*. Principalmente, esta figura está regulada en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante el “CST”), que dice:

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. 3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las

explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente (énfasis nuestro).

En este sentido, y en aras de ligar los conceptos antes expuestos, según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, con radicado SL- 62282016 (43680) de mayo 11 del 2016, con M.P: Gerardo Botero Zuluaga, no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral. Lo anterior, teniendo en cuenta que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial es tener a las varias personas jurídicas o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que este pueda obtener el reconocimiento y pago de sus acreencias laborales.

Ahora bien, teniendo esta información, señalaremos uno por uno los supuestos que deben darse para que se pueda declarar la unidad de empresa en Colombia.

a. Unidad de explotación económica

De conformidad con el Concepto 07443 del 03 de abril de 2017, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la definición de unidad de explotación económica no se

encuentra regulada explícitamente en la legislación laboral, por lo que es necesario acudir a los artículos 25 y 515 del C.Co., respecto de los cuales podemos inferir que, si una empresa es una actividad económica organizada, la unidad de explotación económica debe entenderse como el conjunto de actividades que realiza la empresa para la obtención de un resultado final.

Lo anterior nos indica que la unidad de explotación económica se presenta cuando una empresa X desarrolla sus actividades ordinarias y extraordinarias con el fin de obtener un resultado final, es decir, de consolidar un producto, un bien o servicio para el desarrollo de su objeto económico.

b. Control por predominio económico

No solo la interpretación doctrinal, sino también la visión que ha venido planteando la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos, nos ha hecho entender el predominio económico como la participación por parte de la matriz en más del cincuenta por ciento (50 %) del capital de la subordinada; es decir que tal control se equipara con el primer supuesto de control societario que consagra el artículo 261 del C.Co (Gáitan, 2021).

Por lo que habrá un predominio económico y una posible situación de control, cuando una empresa tenga participación sobre otra por mínimo el cincuenta por ciento (50 %) de su capital

c. Partes intervinientes

La unidad de empresa opera con respecto de la matriz y sus subordinadas, sean estas filiales o subsidiarias, toda vez que, como se mencionaba en el literal anterior, lo importante en esta relación de subordinación es el predominio económico de la matriz dentro de cada una de sus filiales o subordinadas; esto es, el concepto de unidad de empresa no se interesa en saber si el control es ejercido directa o indirectamente, pues tanto filiales como subsidiarias hacen parte

de tal declaratoria, sino que lo que toma interés es la existencia de una matriz y una o varias subordinadas.

En este punto es importante destacar que la declaratoria de unidad de empresa no opera de manera horizontal; en otras palabras, entre las filiales y subsidiarias, sino que su forma de operación es vertical, entre matriz y subordinada (filial o subsidiaria).

d. Tipo de actividades (conexas-complementarias)

Si bien las actividades conexas deben ser entendidas como aquellas que, a pesar de no estar incluidas dentro de las disposiciones normativas que definen el objeto social o las funciones principales de las respectivas instituciones y establecimientos comerciales y de las actividades que lo enmarcan, entrañan un componente necesario de relación medio-fin para el cabal cumplimiento de la función principal del giro ordinario y de las funciones de la compañía. Mientras que las actividades complementarias son todas aquellas actividades que realizan las personas jurídicas, con su propio personal, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la empresa (Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 2019).

Es por esto que las actividades principales de una empresa son las actividades conexas, las cuales se encasillan dentro del giro ordinario del negocio y permiten la explotación del objeto social pretendido; mientras que las actividades complementarias son aquellas que soportan, diversifican y complementan el giro ordinario de la compañía.

e. Zonas de condiciones económicas similares

Según este requisito del artículo 194 del CST, “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” Es decir, cuando las empresas que buscan dicha declaratoria realicen

actividades económicas conexas, complementarias, o similares dentro de un mismo espacio geográficamente delimitado.

3.2. Efectos de la declaratoria de unidad de empresa

De conformidad con la Sentencia C-1185 del 13 de septiembre del 2000, de la Corte Constitucional, con M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz, la declaración de unidad de empresa es una figura establecida por la ley laboral en aras de proteger los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores. Al respecto la Corte Constitucional ha definido esta figura como

[...] 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 [...] (Sentencia C-1185, 2000).

En el mismo sentido, la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 32212 del 16 de diciembre de 2009 con M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, indicó que la unidad de empresa consiste en el reconocimiento administrativo y judicial (ya que esta la puede declarar el Ministerio de Trabajo o el juez laboral), y tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación de los trabajadores provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en convenciones colectivas, unificando de esta manera los derechos laborales de los trabajadores que se encuentran vinculados en varias empresas de un mismo grupo.

En definitiva, se consagra entonces que la declaratoria de unidad de empresa es una figura concedida para proteger a los trabajadores de dichas compañías, evitando que los empleadores al constituir diferentes sociedades jurídicamente disímiles, perjudiquen a quienes se encuentran vinculados a ellas mediante el ocultamiento de la realidad económica y la unidad de explotación financiera a la que hacen parte.

Los efectos de la declaración de unidad empresa son: (i) garantía de igualdad en condiciones prestacionales y salariales; (ii) solidaridad en el pago de acreencias laborales de todas las personas pertenecientes a la unidad de empresa; y (iii) efectos contractuales e indemnizatorios.

El primero de los efectos se configura en una garantía a los trabajadores de la empresa o sociedad subordinada frente a los derechos laborales, unificando el régimen de salarios y prestaciones legales y extralegales entre la empresa o sociedad principal y la subordinada, en atención al principio de igualdad, permitiendo el reconocimiento a todos los trabajadores de un mismo sistema salarial y prestacional, y a su vez reconociendo las mismas garantías de seguridad social, de estabilidad en el empleo y capacitación de todos los trabajadores.

Frente a la solidaridad de las empresas pertenecientes al conglomerado declarado bajo la unidad de empresa, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de mayo de 2016 con radicado interno 43680 (caso McCann Erickson Corporation S.A, citado en el concepto del Ministerio del Trabajo RAD. No. 008SE201912030000023236), estableció que una de las finalidades y efectos que trae la declaratoria de unidad de empresa consagrada en el artículo 194 del CST es el beneficio al empleado de obtener el reconocimiento y pago de las acreencias laborales frente a todas y cada una de las personas integrantes de la empresa, siendo este el principal y primer efecto jurídico de la declaratoria hecha por la autoridad judicial o administrativa (Ministerio del Trabajo, 2019).

En específico, la antes citada sentencia de casación expresó lo siguiente:

[...] que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa. Es por ello, que cuando concurre el citado elemento del predominio o dependencia económica, es dable 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 (Sentencia con radicado STC-43680, 2016).

Sin embargo, la cuestión frente a la solidaridad en las unidades de empresa ha sido objeto de debate. Al respecto, a pesar de la postura mantenida por la Corte en el caso McCann Erickson, donde la corporación adujo la responsabilidad solidaria como un efecto de la declaración de la unidad de empresa, algunos autores, de los cuales hablaremos más adelante, consideran que a pesar de que en la unidad de empresa se entiende que hay un solo empleador (artículo 194 del CST)¹, de ello no se desprende que se predique la solidaridad en relación a las acreencias laborales entre las empresas del grupo económico declarado bajo la unidad de empresa.

Al respecto, el Dr. Santiago Martínez afirma que la postura de la Corte implica un exceso de las facultades del juez, toda vez que la ley no expresa la solidaridad como un efecto de la

¹ Artículo 194. Definición de Empresas. Modificado por el art. 32 de la Ley 50 de 1990. 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.

declaratoria de la unidad de empresa.² De igual manera afirma que solo existiría esta posibilidad cuando se haga aplicación del artículo 36 del CST, en donde los codueños de una misma empresa son solidariamente responsables (Martinez, 2017).

De ese entendimiento literal de la ley, tal como lo concibe el autor, no habría lugar a considerar que las demás sociedades pertenecientes al grupo económico declarado bajo unidad de empresa tengan que responder solidariamente por las obligaciones de los otros miembros del grupo económico. Así, también es importante prever que para aplicar la solidaridad en materia laboral, es necesario cumplir con los parámetros designados para ese efecto, los mismos que no se dan con declaratoria de la unidad de empresa; luego, es posible establecer que puede existir la unidad de empresa sin la configuración de solidaridad entre los miembros del conglomerado.

Finalmente, en atención a los efectos contractuales e indemnizatorios, tenemos que, según el concepto de la oficina jurídica del Ministerio del Trabajo con radicado No. 08SE2019120300000023236 del 17 de junio de 2019, se contempla la posibilidad de que las sociedades o personas naturales integrantes de la unidad de empresa pueden dividir el pago que deba realizarse a un trabajador respecto a los salarios y demás prestaciones legales y extralegales adeudadas por la compañía. Al respecto, en tal concepto se cita el artículo 1.2.4.1.5 del Decreto 2250 de 2017, el cual establece el procedimiento en atención a la retención de la fuente, cuando dos o más sociedades declaradas bajo unidad de empresa efectúan pagos a un mismo trabajo, lo que infiere la posibilidad de que exista una división del pago dentro de la unidad de empresa. Al respecto se expresa lo siguiente:

² Revisar los apuntes de del numeral anterior, en donde se explican los requisitos para la declaratoria de una unidad de empresa.

Artículo 1.2.4.1.5. Retención en la fuente en la unidad de empresa. Cuando dos (2) o más empresas que conformen una unidad de empresa efectúen pagos a un mismo trabajador por concepto de salarios u otros ingresos que se originen en la relación laboral, la base para aplicar la retención en la fuente de que tratan los artículos 1.2.4.1.3, 1.2.4.1.4, 1.2.4.1.23, 1.2.4.1.26 y 1.2.4.1.27., de este Decreto deberá incluir la totalidad de los pagos gravables que se efectúen al trabajador por las distintas empresas que conforman la unidad. Para tal efecto, actuará como agente retenedor la empresa que tenga el carácter de principal (Decreto 2250 de 2017).

Tal situación posibilitaría entonces que un trabajador que labora para un grupo económico declarado bajo la unidad de empresa puede recibir y de igual manera exigir el pago de salarios y de prestaciones legales y extralegales de varias de las sociedades o personas naturales integrantes de la unidad de empresa; esto, de conformidad con el artículo 23 del CST que regula los elementos esenciales de una relación laboral –concepto que se abordará en los próximos capítulos.

Lo anterior podría desembocar en que un trabajador que formalmente mantiene un contrato de trabajo con una de las sociedades o personas naturales de la unidad de empresa pueda solicitar que se declare la existencia de otros contratos realidad con otros de los integrantes de la unidad de empresa, que están encargados de realizar el pago de sus salarios y prestaciones legales y extralegales; con mayor razón si se prueba la subordinación de estas sociedades o personas naturales con este trabajador.

Además del efecto antes señalado, la declaración de la unidad de empresa puede ocasionar que si un trabajador tuvo un contrato de trabajo con una de las sociedades pertenecientes a dicha unidad, y posterior y consecutivamente tuvo otro con otra de las sociedades pertenecientes a esta, tales relaciones 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, de las vacaciones y demás prestaciones legales, se tenga como fecha de inicio de la relación la del primer contrato, y no la de las relaciones subsiguientes (Martínez, 2017).

Finalmente, vale la pena hacer énfasis en la diferencia entre la declaración de empresa que realiza el Ministerio del Trabajo y la autoridad judicial. Al respecto, es importante mencionar que la declaración que realiza la autoridad administrativa tiene efectos para todos los trabajadores de la empresa; sin embargo, el artículo 486 del CST establece la prohibición para que el Ministerio del Trabajo ejecute o cuente con facultades para declarar derechos o definir controversias propias de un juez, eras de respetar el equilibrio de poderes ya consagrado en la Constitución política. Por otro lado, si el juez laboral declara la unidad de empresa, tal declaración solo tendrá efectos inter partes, debido a que esta es la naturaleza de las declaraciones circunscritas a los procesos judiciales, siendo obligación de las partes hacer valer estos derechos con terceras personas.

3.3. Análisis comparativo de las figuras expuestas

De conformidad con las figuras antes expuestas, y considerando su estrecha relación en el mundo práctico. A continuación, expondremos un cuadro comparativo entre ambas figuras (grupo empresarial y situación de control) con los criterios más importantes para su constitución y declaratoria, con el ánimo de evidenciar las diferencias entre cada una de ellas.

Criterios a evaluar	Unidad de empresa	Grupo empresarial
Supuestos para la configuración de una situación de control	De conformidad con el artículo 194 del CST, la situación de control solo se configura, por el predominio económico de una sociedad sobre otra u otras, es decir,	De conformidad con los artículos 260 y 261 del C.Co., la situación de control dentro de las sociedades puede darse por cualquiera de los tres supuestos

	bajo el supuesto primero del artículo 261 del C.Co.	expuestos en el artículo 261, o los expuestos en los párrafos de tal artículo.
Efectos	Los efectos de tal declaratoria son de naturaleza laboral, toda vez que, su propósito es brindar garantías a los trabajadores en sus derechos laborales, buscando la unificación del régimen de salarios, prestaciones legales y extralegales, bajo el principio de la igualdad, entre la empresa principal y las subsidiarias.	Los efectos de dicha declaratoria son de naturaleza comercial, puesto que con dicho registro surgen obligaciones tales como: i) la inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil; ii) la consolidación de estados financieros entre las sociedades matriz y subordinadas; iii) la configuración de una responsabilidad subsidiaria por parte de la sociedad matriz respecto de sus subordinadas; iv) presentación del informe de gestión por parte de los administradores o representantes legales de las sociedades vinculadas al grupo empresarial en cada reunión ordinaria de las mismas, etc.
Declaratorias	Debe ser declarada por un juez laboral.	Es una declaratoria voluntaria por parte de la sociedad controlante, la cual queda registrada en el registro mercantil de las

		sociedades subsidiarias, sin perjuicio de que pueda ser declarado de oficio por la Superintendencia de Sociedades.
Objeto social	Las sociedades deben realizar actividades económicas conexas o complementarias.	Las sociedades pueden realizar cualquier actividad comercial o civil lícita, siempre y cuando exista entre ellas unidad de propósito y dirección, junto con uno de los supuestos de control estipulados en el artículo 261 del C.Co.

Fuente: Elaboración propia con base en los arts. 260 y 261 del C.Co. Y el art. 194 del CST.

Con todo lo anterior, quedan expuestas las bases jurídicas que cimientan la presente monografía, diferenciando de esta manera conceptos comunes de las diferentes áreas del derecho, como lo son el derecho laboral, el societario y el mercantil, exponiendo de esta manera cuándo y bajo qué parámetros se configura una situación de control, un grupo empresarial y una unidad de empresa, junto con las consecuencias que conllevan tales declaratorias, dando paso entonces a examinar con más detenimiento elementos tales como la solidaridad y los problemas que se derivan del mal uso del *ius variandi* por parte de los empleadores en el desarrollo de su poder subordinante, situaciones que pueden predicarse de las sociedades que pertenecen a un mismo grupo empresarial, o sobre las cuales existen una declaración de unidad de empresa.

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

Como ya se preveía, a pesar de las notables ventajas que reportan los grupos empresariales, no se puede dejar de lado las problemáticas que conlleva este modelo de ejecución empresarial, mismas problemáticas que, como planteábamos, se ven agrandadas por las lagunas legislativas que hay en el tema. En atención a lo anterior, en este capítulo describiremos y analizaremos el problema derivado de la ejecución de las funciones a cargo de los trabajadores de las sociedades que componen los conglomerados y el mal ejercicio del poder de subordinación por parte de su empleador, 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.

Es importante resaltar que estos problemas reportan grandes consecuencias frente a la seguridad jurídica que pueden tener los trabajadores de una empresa perteneciente a dicho grupo. De igual manera, con ello las posibles responsabilidades y consecuencias que podrían acarrear los empleadores y las sociedades pertenecientes al grupo empresarial, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones legales en materia laboral.

Al tenor de lo anterior, realizaremos un análisis desde dos perspectivas: la primera en la medida en que el poder de subordinación es ejercido por más de una persona (la controlante con un trabajador de una de las sociedades subsidiarias); y la segunda cuando una persona (controlante, accionista o administrador) se comporta como el empleador de un trabajador con independencia de si en lo formal verdaderamente lo es, desembocando que distintas relaciones laborales se presuman como una sola, bajo el poder subordinante de un mismo empleador. Así las cosas, resulta menester clarificar el concepto de una relación y contrato laboral al igual que sus características y elementos constitutivos expuestos en la ley.

4.1. Elementos del contrato laboral

Según la Corte Constitucional en Sentencia C-016 de 1998, con M.P: Dr. Fabio Morón Díaz, el contrato laboral es un contrato autónomo en el cual el acuerdo de voluntades es fuente de la relación que surge entre quien se compromete a realizar por cuenta y bajo la dependencia de otro una prestación laboral retribuida. En nuestra legislación, este tipo de contrato se encuentra definido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo. El cual dice: “El contrato de trabajo es aquél por el cual una *persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*” (énfasis nuestro).

A su vez, el artículo 23 del CST, estipula los elementos esenciales para la configuración del contrato de trabajo, los cuales son: (i) prestación personal del servicio, (ii) la *continua subordinación del trabajador frente al empleador* y, (iii) la remuneración por la prestación personal del servicio (énfasis nuestro).

Al respecto, entre los elementos antes señalados, la subordinación constituye un elemento esencial del contrato de trabajo, mismo que se concreta en algunas facultades que tiene el empleador sobre el trabajador, como: el poder disciplinario, poder de dirección, y el ejercicio del *ius variandi*, entre otros. Tal elemento es definido en el artículo 23 literal b del CST, como: la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

(Ortega, 2000) afirma que la subordinación se traduce “en la facultad del patrono para establecer el tiempo, modo, lugar y forma del trabajo. Para que haya subordinación basta pues,

con que exista no solo la posibilidad de dar órdenes sino el derecho de hacerlo y sustituir su voluntad cuando el patrono lo considere necesario” (p. 52.)

Seguidamente, el *ius variandi* es la potestad que tiene el empleador de modificar las condiciones iniciales del contrato laboral. Así mismo, también se constituye en la facultad del empleador de sancionar e impartir órdenes y de establecer las directrices que han de guiar la actividad laboral. Sin embargo, el ejercicio de esos poderes se ve sujeto a claras limitaciones: “Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país” (Artículo 23 del CST); además de las limitaciones o procedimientos establecidos en principios como el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción.

El poder de dirección, faculta al empleador para emitir las indicaciones u órdenes de cómo se llevará a cabo la realización de las labores y las funciones de la empresa, es decir, de aquellas decisiones o directrices que adopta el empleador en su día a día en cuanto al manejo de la empresa y de las responsabilidades en cabeza del trabajador en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional en sentencia C-386 del 2000 con M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell, resolvió una acción de inconstitucionalidad en contra de literal b) parcial, del artículo 1° de la Ley 50 de 1990, se expresó sobre la subordinación del trabajador como un elemento determinante del contrato de trabajo, y enunció lo siguiente:

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, *como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e*

instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél (énfasis nuestros).

Por todo lo anterior, la subordinación del trabajador respecto a su empleador es el elemento principal de todo contrato de trabajo, siendo este elemento el que *define la naturaleza laboral* de cualquier otro tipo contractual, como el contrato por prestación de servicios.

Ahora bien, uno de los problemas en atención a la subordinación, se presenta cuando en relaciones que en principio no se promulgan como relaciones laborales, se presenta alguno o algunos de los elementos del contrato de trabajo, esencialmente la subordinación y toda su connotación (dirección, disciplina). Lo anterior, toda vez que, la configuración de tales elementos implicaría que se llegase a presumir, en atención al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas (Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia), que esa relación que no era laboral, sí lo es, a través de la declaratoria de un contrato laboral.³

Sin embargo, en atención a los conglomerados y debido a su naturaleza, es más probable que lo antes narrado ocurra. Esto, toda vez que dentro de los grupos empresariales existen mayores probabilidades de que la subordinación respecto de un trabajador la termine ejerciendo más de una persona, situación que llevaría a que se impartan órdenes a trabajadores que según

³ Piénsese en los contratos de prestación de servicio en los cuales los Jueces laborales declararan como verdaderos contrales laborales

la formalidad del contrato no están bajo la dirección. Ejemplo de lo anterior, son los representantes legales de otra de las sociedades que imparten órdenes a empleados del grupo empresarial (el representante legal o la propia casa matriz imparten órdenes ejerciendo el poder de subordinación en un empleado de una de las subsidiarias).

4.2. Principio de primacía de la realidad sobre las formas

Las anteriores presunciones son el principal problema del mal ejercicio del poder de subordinación. Tales presunciones encuentran su origen, como ya destacábamos, en el principio de primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política.

Al respecto, en sentencia T-029 del 2016, con M.P. Alberto Rojas Ríos la Corte Constitucional expresó que

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 (énfasis nuestro).

Este principio se instituye como un mecanismo de protección a favor de la parte débil de las relaciones laborales; por ello, este mandato constitucional busca preponderar la realidad de la labor práctica desempeñada por un trabajador, sobre aquellos datos que figuren de manera formal en un documento, imperando en todo momento por la realidad objetiva y verdadera,

superando cualquier formalidad contractual alegada por el empleador, y más allá de cualquier apreciación o connotación empleada en el contrato (Mendoza Polo, 2020).

En atención a lo anterior y con independencia a la denominación que las partes le den a la relación de trabajo que se ejecuta, una vez configurados los elementos de una relación laboral, de los cuales habla el artículo 23 del CST, es posible que un juez declare una relación laboral que a primera vista no existía, a través de la figura del contrato realidad. Es de resaltar que el artículo 24 del CST expresa que para que se dé la antes citada presunción, es necesario que se demuestre que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 23 del CST.

Ahora bien, en el caso concreto, y en específico en la problemática planteada, el principio de realidad sobre las formas denota la posibilidad de presumir relaciones que no existen, más que cambiar la realidad de las ya existentes. Esto, toda vez que, lo que ocurre en los conglomerados es que varias personas distintas (naturales o jurídicas como ya se aclaraba) imparten o usan el poder de subordinación sobre un trabajador que no está directamente sobre su control.

Así mismo, también ocurre que una persona que mantiene control directo sobre un trabajador (sin ser formalmente el empleador) imparte tales poderes sobre ese trabajador en diferentes sociedades (formalmente empleadoras) del mismo grupo económico, permitiéndole al juez laboral la posibilidad de establecer la existencia de varios contratos realidad sobre ese mismo trabajador. Lo anterior, toda vez que los trabajadores podrían estar desempeñando funciones que no son propias de su cargo, por lo cual se tendrá por empleador al que en la práctica ejerza el poder de subordinación. De igual manera, cuando en la realidad hay una sola persona que ejecuta los poderes de subordinación (a pesar de no ser el empleador formal) en distintos contratos laborales con el mismo trabajador, el juez podría decretar que en la realidad solo se ejecutó o se mantuvo una relación laboral a pesar de que en el papel se diga otra cosa.

La ley laboral también contempla la posibilidad de que el poder de subordinación sea ejercido por alguien diferente al empleador sin necesidad de que genere un contrato nuevo. Al respecto, el artículo 32 del CST, indica que los representantes del empleador pueden obligarlo frente a sus trabajadores, esta 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. Por lo anterior, resulta importante que los empleadores, bien sea en los grupos empresariales o no, expresen las situaciones de las personas que van a ser sus representantes, en términos del artículo anterior; en aras de mitigar riesgos como la coexistencia de contratos de trabajo.

4.3. Perspectivas del mal ejercicio del poder de subordinación

Como ya explicábamos, los problemas derivados del mal ejercicio del poder de subordinación se pueden observar desde dos perspectivas, cada una de ellas acompañada con sus debidas implicaciones. A continuación, expondremos las problemáticas que se derivan del mal ejercicio de la figura.

a. El poder de dirección ejercido por más de una persona

Esto ocurre cuando el trabajador se encuentra subordinado ante varias personas, diferentes a su empleador inicial y sus designados. Este evento es muy probable en los conglomerados, y más en las sociedades donde hay circunstancias de control (declaradas o no) y diversos controlantes, pues se dificulta la división del poder de subordinación entre la matriz y sus subsidiarias. El problema se materializa entonces cuando los trabajadores de estas sociedades se encuentran ligados laboralmente a una sola de las sociedades, pero ejecutan sus actividades laborales en favor de alguna de las subsidiarias con la cual no mantienen formalmente un contrato laboral.

Esta situación se ve empeorada cuando los controlantes de alguna de las subsidiarias imparte órdenes a cualquier empleado de las distintas sociedades del conglomerado, sin distinción de la formalidad respecto al vínculo laboral, pues se generarían elementos que permiten deducir la presencia de varias relaciones laborales para un “mismo empleador”.

Asimismo, otra circunstancia problemática identificada dentro de los conglomerados refiere a cuando las gestiones de contratación y el vínculo laboral son respecto a una de las sociedades, pero la verdadera labor que realiza el trabajador es para otra sociedad. Lo anterior, reporta gran importancia toda vez que, en la práctica, la relación se mantiene con una sola de las sociedades (pagos de salarios, pagos de seguridad social), pero la subordinación y la ejecución del contrato de trabajo están bajo la batuta de otra sociedad que en lo formal no tiene relación con el trabajador. Situación similar sucede cuando entre las subsidiarias y la matriz se mezclan las nóminas de todos los trabajadores de las diversas sociedades, pues en este sentido se dificulta hacer una separación laboral entre ambas sociedades.

Como ejemplo de las anteriores situaciones tenemos el caso del 2019 conocido por la Superintendencia de Sociedades (Resolución B18-0125-003456 febrero de 2019, citado en Gaitán, 2019), donde se investigó por incumplimiento en la declaración de una presunta situación de control a Juan Carlos Carrillo Rigueros y Natalia Hernández Fernández; controlantes de diversas sociedades que se encontraban establecidas en un mismo edificio. En este caso, los empleados de esas sociedades expresaron, durante la investigación, que los controlantes ejercían sobre ellos poder de subordinación sin determinación a una relación laboral formal. En vista de esto, los trabajadores ejecutaban actividades bajo la subordinación de controlantes que no eran sus verdaderos empleadores formales. Así mismo, durante la investigación también se expresó que las diversas sociedades funcionaban en una suerte de mezclar actividades, toda vez que unas pagaban los salarios de los empleados de la otra.

b. Implicaciones del poder de dirección ejercido por más de una persona

La implicación principal que encontramos en estos supuestos es que, en atención al principio de realidad sobre las formas, el juez laboral, imperando por la realidad objetiva y verdadera, declare que en lo facto existía más de un solo contrato de trabajo. Lo anterior, toda vez que, en caso de que los trabajadores ejecuten funciones diferentes para diversas sociedades de un conglomerado y se logre probar la subordinación de personas distintas al empleador, (con la excepción del artículo 32 del CST) estaríamos frente a la coexistencia de contratos de trabajo, toda vez que en la realidad el trabajador estaría ejecutando dos relaciones laborales distintas. Lo anterior implica que, con la declaratoria de estos nuevos contratos laborales, los empleadores reales deberán responder retroactivamente por el pago de los salarios, indemnizaciones, cotizaciones y de más que debieron efectuar en virtud de la existencia de dicha relación.

Para exponer de manera resumida la figura, se puede denotar que la coexistencia de contratos se encuentra regulada en el artículo 26 del CST, el cual hace alusión a la facultad de un mismo trabajador para celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios a favor de uno solo. En vista de lo anterior, en caso de que concurrieran dos o más relaciones laborales, el trabajador tendría derecho a las prestaciones legales en cada una de las empresas donde ejecute la labor. Claramente lo anterior reporta dificultades, debido que esto implicaría que cada una de las sociedades fuera responsable de salarios, prestaciones, pagos de seguridad social y en algunos casos de indemnizaciones con los consiguientes intereses moratorios. No obstante, en la práctica demostrar o solicitar la declaración de la coexistencia de varios contratos requiere que el trabajador demuestre que las funciones que desempeñaba para las diferentes compañías están totalmente delimitadas.

Por lo tanto, es importante tener en cuenta que las actividades de los trabajadores ajenas a sus funciones (las expuestas en el reglamento interno de la compañía, en el manual de funciones de esta y el propio contrato) podrán también repercutir en la presunción de coexistencia de contratos si tales actividades se ven mediadas por subordinación. Lo anterior dado que, si bien es posible que se pacte en el respectivo contrato de trabajo que el trabajador podrá desempeñar funciones para otras compañías sin que esto se derive en una coexistencia de contratos, no necesariamente dichos pactos serán válidos para las partes; con excepción por supuesto de si las funciones que desarrolla el trabajador en otra compañía están relacionadas con su cargo y al ejercerlas, dichas sociedades no despliegan su poder de subordinación frente al mismo.

c. Persona natural o jurídica que ejerce poder de subordinación

Este es el escenario en que una persona ejerce subordinación casi que exclusiva sobre un trabajador del conglomerado, sin determinación a la formalidad laboral de este (si existe una relación laboral de por medio o si mantiene una relación laboral con alguna de las sociedades del conglomerado). En la situación anterior, en virtud al principio de primacía de la realidad sobre las formas, se tendrá por empleador al que en la práctica ejerza el poder de subordinación, y declarada esta relación, sobre este decaerán entonces las implicaciones de esa realidad laboral.

La anterior situación puede ser compleja y tener implicaciones mayores a la coexistencia de contratos laborales ahondada anteriormente. Esto, lo afirmamos debido a que en la situación en las cuales un trabajador haya sostenido varias relaciones laborales formales con varias sociedades del grupo empresarial, y que en ese tiempo (el tiempo conjunto o sumado de esas relaciones laborales) una sola persona mantuvo su control y determinación, habiéndose probado la subordinación, el juez laboral podrá declarar la existencia de varias relaciones

laborales a cargo de un mismo empleador, aumentando de esta manera el tiempo bajo el cual estuvo contratado dicho trabajador.

La anterior es una situación probable dentro de los conglomerados, pues sin saberlo, un controlante podría guiar la ejecución de un trabajador sin ser este el empleador oficial o sin ser tales funciones las labores para las cuales fue contratado el trabajador. Al respecto, se puede pensar en los accionistas mayoritarios o propietarios de diversas empresas de un grupo empresarial, los cuales disponen de los gerentes de estas sociedades al punto que estos terminan respondiendo más a estos accionistas mayoritarios y/o propietarios que a su empleador formal.

Lo anterior se ve reflejado en el caso Upegui (gerente de diversas empresas del grupo Lülle) contra Ardila Lülle - sentencia que se ha mencionado anteriormente en este trabajo- toda vez que, el señor Carlos Upegui alegó que trabajó para la Organización Ardila Lülle durante treinta y un (31) años; tiempo durante el cual 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). En atención a esto, Upegui alegó que a pesar de que para cada relación laboral existieron teóricamente varios contratos independientes, el señor Ardila Lülle controló exclusivamente su actividad, desempeñando entonces sus funciones bajo el poder de subordinación del principal dueño del conglomerado.

Respecto al trámite judicial que tuvo este proceso, en primera y segunda instancia le fueron negadas las pretensiones al señor Upegui, toda vez que los jueces competentes para el caso consideraron que no había mérito para considerar que la actividad laboral de todos esos años acaecía a una sola relación laboral. Sin embargo, en sede de casación la Corte Suprema de Justicia no casó el fallo de segunda instancia, al considerar que durante todo el tiempo laborado por el señor Upegui, solo se ejecutó un vínculo laboral entre este y el señor Ardila Lülle, en atención a la realidad objetiva de la situación de que su empleador directo siempre fue el

mismo, viéndose probada de esta manera una subordinación exclusiva durante la totalidad de su relación laboral.

En vista de lo anterior, se prevé la necesidad de analizar esta facultad de subordinación con mayor detenimiento, pues su mal ejercicio puede desembocar en grandes consecuencias para la sociedad o los socios / accionistas mayoritarios de la misma, generándose una declaración de una única relación laboral, o de varias relaciones dependiendo de quien ejerce dichas facultades.

d. Implicaciones de persona natural o jurídica que ejerce poder de subordinación

Las implicaciones derivadas de una declaración como la antes expuesta pueden ser muy gravosas y delicadas para el empleador, más aun atendiendo a la cantidad de años sobre los cuales se puede sostener una relación laboral con un trabajador, y sobre los cuales el juez puede declarar la ejecución y continuidad de un contrato laboral. Principalmente, la implicación más gravosa refiere a las indemnizaciones correspondientes y las posibles moras en las que incurre o incurrió el empleador en cuanto a su liquidación final (ya que se conmuta todo el tiempo laborado en las “diferentes” relaciones labores). Además, es de resaltar que para realizar los cálculos correspondientes, por ejemplo, para la indemnización por despido injustificado, se va a tomar como tiempo laborado la totalidad del tiempo de la relación laboral decretada por el juez y no el último lapso plasmado en el último contrato formal como se supone se debió haber realizado. En vista de esto, el empleador real, que posiblemente es una persona natural, podría adeudarle al trabajador una gran suma de dinero por varios conceptos derivados de tal declaración.

Por otro lado, es importante clarificar la situación frente las sociedades en las cuales el trabajador prestó personalmente su servicio. Con relación a esto, se prevé que otra de las implicaciones puede llegar a ser la responsabilidad (solidaria) de las otras sociedades

pertenecientes al conglomerado, con mayor fuerza en caso de que el empleador real no tenga los recursos para pagar la obligación adquirida.

Respecto a esto, el trabajador tiene la posibilidad de tratar de buscar la responsabilidad solidaria de las demás sociedades pertenecientes al conglomerado, utilizando la figura del simple intermediario, consagrada en el artículo 35 del CST que dice: “(...) El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.” En atención a esto, el juez laboral podría, en el caso de los conglomerados, determinar que las sociedades del grupo empresarial ostentan esta calidad, y por no haber declarado su condición de simple intermediario, tendrán que responder solidariamente por tales acreencias laborales.

De igual forma, otro medio para buscar el fin propuesto de la solidaridad es la aplicación del artículo 34 del CST, el cual estipula que

Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. *Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores (énfasis nuestro).*

Por todo lo antes expuesto, un trabajador podría buscar la responsabilidad solidaria de sus empleadores o de las diferentes sociedades que componen un mismo grupo empresarial, al demostrar el vínculo contractual entre el empleador y la sociedad beneficiaria para la prestación del servicio u obra (quien sería en la práctica el verdadero empleador en la mayoría de los casos); siempre y cuando no sean disímiles al objeto social tal y como lo expone la legislación actual que dice: “A menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista [...]” (Artículo 34 CST)

Lo anterior, deja abierto el camino en cuanto a la solidaridad en la que pueden incurrir las empresas matrices y los empleadores en general cuando hacen un mal ejercicio del poder de subordinación, por lo que en el siguiente capítulo se expondrán de manera puntual los casos en donde los trabajadores pueden pedir la solidaridad de los empleadores persona natural o jurídica dentro del desarrollo o terminación de su relación laboral, más específicamente cuando las sociedades con quienes tenían celebrado un contrato formal de trabajo entran en un proceso de disolución o liquidación, tanto voluntario como judicial.

5. Problemas en el cobro de acreencias laborales derivados de la liquidación de una sociedad (caso especial de las sociedades que conforman un grupo empresarial)

Finalmente, en este último capítulo estudiaremos las implicaciones laborales que se derivan de la liquidación de una sociedad; teniendo en cuenta que en este tipo de procesos normalmente los trabajadores quedan en una posición de indefensión y desprotección por parte de la ley, toda vez que, con la terminación automática de los contratos a causa de un proceso liquidatorio, el cual se encuentra regulada en el artículo 61 del CST permite dicha actuación. Cabe resaltar que en estos procesos pueden existir casos en los que las sociedades empleadoras no tengan activos suficientes para cubrir las acreencias laborales del personal que laboraba en la

compañía, o incluso que actuando de mala fe realicen acciones para ocultar su patrimonio de manera tal que los trabajadores no puedan obtener el pago efectivo de su liquidación.

De lo anterior, se desprende el debate frente a la solidaridad de las sociedades pertenecientes al grupo económico, más aún si se encuentra declarada la unidad de empresa. Al tenor de lo anterior, en el presente capítulo analizaremos la situación antes planteada y formularemos algunas alternativas aplicables al caso en particular.

5.1. Tipos de proceso liquidatorios

Si bien los procesos de disolución y liquidación de las sociedades terminan siendo procedimientos comunes que responden a diferentes causales contempladas en la ley, específicamente en el Código de Comercio en su artículo 218, y que en algunos casos buscan en un primer momento realizar una reorganización empresarial; estas figuras también pueden ser utilizadas - y con mayor intensidad dentro de los conglomerados debido a su modelo de ejecución empresarial, donde una sociedad subordinada puede tener problemas con el pago de las acreencias laborales - como una estrategia para defraudar a los trabajadores y a los demás acreedores afirmando la falta de liquidez con que pagar las acreencias. Es en estos casos en donde es crucial que los trabajadores puedan detallar si pueden perseguir en solidaridad a las demás sociedades del conglomerado, en aras de exigir los pagos de lo adeudado, o si de lo contrario esa no es una de las posibilidades que se encuentran habilitadas para tal situación. Como ya se expresaba, en Colombia existen diferentes causales de procesos de liquidación (Art. 218 del C.Co.). Sin embargo, es posible establecer que hay dos tipos de procesos liquidatorios: el proceso voluntario y el proceso judicial.

La liquidación voluntaria se da por disposición de los socios o accionistas de la sociedad, a través de la asamblea general de accionistas o junta de socios, ordinaria o extraordinaria, en la cual los socios o accionistas tienen como propósito que la sociedad entre en proceso de disolución y posteriormente en estado de liquidación. Además, como consecuencia de esto, la sociedad no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, la cual es oponible tanto interna como externamente (Art. 219 del C.Co.).

La liquidación forzosa o judicial será la ordenada por disposición de la autoridad competente de conformidad con lo estipulado en el artículo 221 del C.Co. que dice: “En las sociedades sometidas a vigilancia, la Superintendencia de Sociedades podrá declarar, de oficio o a solicitud del interesado, la disolución de la sociedad cuando ocurra cualquiera de las causales previstas en los ordinales 2o., 3o., 5o. y 8o. del artículo 218, si los asociados no lo hacen oportunamente (...).” Lo anterior quiere decir que, para que una sociedad entre en un proceso de liquidación judicial debe encontrarse dentro de una de las causales taxativas que trae la ley.

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

El artículo 61 del CST literal e, establece como causal de terminación del contrato de trabajo la liquidación o clausura definitiva de la empresa o del establecimiento de comercio. Ahora bien, pese a que el CST establece esta causal como una posibilidad para la terminación del contrato de trabajo, el mismo código en su artículo 62, artículo en el cual se estipula de manera taxativa las justas causas para dar por terminado el contrato laboral, no reguló dicha causal, por lo que, debe ser considerado residualmente como un despido sin justa causa, encontrándose la compañía en liquidación, obligada a pagar la indemnización por terminación unilateral a cargo del empleador estipulada en el artículo 64 del mismo código.

Dicha postura es aceptada por la Corte Constitucional en sentencia C-1507 del 2000 con M.P José Gregorio Hernández Galindo, en donde indica que si bien la terminación del contrato de trabajo se puede dar por la clausura definitiva de la empresa y/o establecimiento de comercio, dicha terminación no faculta al empleador para que termine sus contratos con justa causa, resaltando además que para que dicha terminación este acorde a la ley, la empresa que se encuentre en proceso liquidatorio debe solicitar autorización al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y deberá de informar por escrito a los trabajadores de la compañía de tal situación.

Lo anterior, indica que la única forma que tendría la compañía que se encuentra en un proceso liquidatorio y que desea terminar los contratos de trabajo sin necesidad de tanto formalismo, sería la terminación laboral por mutuo acuerdo entre las partes, es decir, entre el empleador y el trabajador –aspecto en el cual no se centrará la presente monografía, por no plantear discusión alguna respecto de la solidaridad en el pago de las acreencias laborales.-

Tal y como se mencionó en párrafos anteriores , es necesario mencionar que, la legislación vigente prevé que en los procesos de liquidación voluntaria, es necesario que la sociedad le pida autorización al Ministerio del Trabajo para dar inicio a dicho trámite, toda vez que este procedimiento trae consigo de manera ineludible un despido colectivo de los trabajadores de la sociedad; mientras que, en el caso de la liquidación judicial, los contratos de trabajo terminan automáticamente “sin justa causa” por lo que es obligatorio el pago de la indemnización antes mencionada, pero al mismo tiempo, estos contratos terminan sin necesidad de autorización administrativa ni judicial, de conformidad con la Ley 1116 del 2016 en su artículo 50 numeral 5, pues en este proceso ya se encuentra un ente de control que “autoriza” y vigila la legalidad de las actuaciones que se desemboquen en tal procedimiento, el juez.

Ahora bien, el proceso de liquidación de una sociedad, independientemente del tipo de proceso liquidatorio que se presente, resulta complejo toda vez que supone un concurso de acreedores sobre los activos de la sociedad. En este sentido, como todos los acreedores tienen a su favor una obligación de cumplimiento por parte de la sociedad y muchas veces los activos que tiene la sociedad no son suficientes para cubrir todos los pasivos que de ella se derivan, la ley establece un orden de prelación para el pago de acreencias, encontrándose las acreencias laborales como un crédito de primera clase:

ARTICULO 2495 del Código Civil Colombiano. Créditos De Primera Clase- La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.
2. Las expensas funerales necesarios 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.
6. Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados (énfasis nuestros).

De conformidad con el artículo citado anteriormente, si bien, según la legislación civil, las acreencias laborales se encuentran dentro de la primera clase de créditos, prevalecen sobre ellas las costas judiciales, expensas funerales y gastos de enfermedad del fallecido y sobre todas ellas prevalecen las obligaciones alimentarias; aunque en este tipo de procesos no es común

que se encuentren tales obligaciones. Pese a lo anterior, la Ley 50 de 1990 en su artículo 36 (ley posterior a la expedición del Código Civil) dispuso que las acreencias laborales tienen prelación sobre todos los demás créditos, por lo que haciendo una lectura conjunta de estas normas, debe entenderse que los créditos laborales están por encima de cualquier otro crédito estipulado en el código, salvo las obligaciones alimentarias que por tratarse de menores prevalecen en todo momento.⁴

Artículo 36 - Prelación de créditos 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.

Los créditos laborales podrán demostrarse por cualesquier medio de prueba autorizado por la ley y, cuando fuera necesario, producidos extra juicio con intervención del juez laboral o de inspector de trabajo competentes.

⁴ Sobre el mismo asunto la Corte Constitucional en sentencia C- 069 del 2018, M.P: Carlos Bernal Pulido, resaltó la prevalencia de los créditos laborales sobre los demás créditos existentes, indicando que solo los créditos alimentarios podrán prevalecer sobre los créditos laborales.

PARÁGRAFO. En los procesos de quiebra o concordato los trabajadores podrán hacer valer sus derechos por sí mismos o por intermedio del Sindicato, Federación o Confederación a que pertenezcan, siempre de conformidad con las leyes vigentes (énfasis nuestros).

Con lo anterior, queda demostrado que para el legislador y el juez, cuando exista un concurso de acreedores por una liquidación voluntaria o judicial, siempre deberá prevalecer los intereses económicos de los trabajadores por encima de cualquier otro interés económico, por encontrarse este crédito regulado con preferencia sobre los demás créditos y por tratarse de un tema que en primer lugar se escapa de la esfera de control del trabajador, toda vez que busca remunerar un servicio ya prestado, vela por el sostenimiento de un núcleo familiar y es un derecho fundamental de todo individuo.

a. Solidaridad en los grupos empresariales

Como mencionábamos anteriormente, las acreencias laborales tienen prevalencia frente a otro tipo de acreedores, pero el problema deviene entonces en que, aunque las acreencias laborales tienen prelación, es posible que la sociedad deudora no cuente con los activos suficientes para pagar tales créditos (circunstancia que puede ocurrir en los procesos de liquidación voluntaria), toda vez que, en este proceso la sociedad no solo está en cesación de pagos, sino que además está en insolvencia. En ese sentido, en el caso de los conglomerados, es relevante hacer preguntas en cuanto a la solidaridad de las otras empresas pertenecientes al grupo económico.

Como ya se mencionaba, tal circunstancia cobra mayor relevancia cuando existe una declaración de unidad de empresa sobre un conglomerado, esto en atención a las consecuencias de tal declaración. Recapitulando un poco en relación a la declaratoria de unidad de empresa, podemos denotar que esta es una figura concedida para proteger a los trabajadores (con mayor

énfasis a los trabajadores de las filiales), evitando que los empleadores constituyendo diferentes sociedades jurídicamente disímiles, perjudiquen a los trabajadores vinculados a ellas, ocultando la realidad económica y la unidad de explotación económica. De lo anterior, es importante resaltar que, los efectos de la declaración de unidad empresa reconocidos por el Ministerio del Trabajo en el concepto con radicado 02EE201841060000041950 del 12 de abril de 2018 son: (i) garantía de igualdad en condiciones prestacionales y salariales, (ii) solidaridad en el pago de acreencias laborales de todas las personas pertenecientes a la unidad de empresa y, (iii) efectos contractuales e indemnizatorios.

En este punto es importante traer a colación la sentencia de casación de McCann Erickson del año 2009 de la Corte Suprema de Justicia, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, citada en el capítulo anterior. Esta providencia resolvía una controversia de los trabajadores de Publicidad S.A y a McCann Erickson Corporation S.A., proceso en el cual se buscaba que ambas sociedades respondieran solidariamente por el pago de las acreencias laborales a cargo de la primera, toda vez que, entre ambas sociedades existía una situación de control y un grupo empresarial, y en el caso en particular Publicidad S.A quien era la filial estaba ilíquida y no tenía como pagar las liquidaciones de sus trabajadores.

La pretensión de la responsabilidad solidaria que buscaban los trabajadores de esta sociedad se basó en la declaratoria previa del grupo empresarial por parte de la Superintendencia de Sociedades, pretendiendo que con la situación de control se hiciera una aplicación extensiva del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 en su párrafo, que dice:

Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria 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 ésta o de cualquiera de sus

subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra 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 ésta fue ocasionada por una causa diferente.

Pese a lo anterior, y considerando que entre las compañías existía unidad de empresa, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de casación advirtió que no era posible hacer extensiva la aplicación del artículo 148, toda vez que este es aplicable únicamente al proceso de liquidación judicial y la presente liquidación era de carácter voluntario, derrumbando la incorporación de esta manera las sentencias de primera y segunda instancia.

En este punto, denotamos que lo preocupante de este caso es que los trabajadores de la sociedad quedaron completamente desprotegidos en el pago de sus acreencias laborales, puesto que cuando su empleador se declaró ilíquido, se agotó el patrimonio respecto del cual dichas personas podían perseguir el cumplimiento de su obligación. Con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia sentó un precedente en materia comercial y laboral respecto de la solidaridad de las sociedades que se encuentran bajo una situación de control o un grupo empresarial, señalando de esta manera que dicha solidaridad solo puede perseguirse cuando hay un proceso liquidatorio judicial, lo cual a nuestro parecer no tiene mucho sentido, pues es allí en las liquidaciones voluntarias cuando las sociedades más oportunidades tienen de aprovecharse de sus trabajadores para defraudarlos en el pago de sus acreencias.

b. Soluciones frente a los problemas relativos al pago de acreencias

A continuación, analizaremos algunos recursos legales a los que pueden acceder los trabajadores cuando su empleador (sociedad filial/subsidiaria) busca defraudarlos respecto al

pago de sus acreencias laborales, tanto en un proceso liquidatorio judicial como en uno voluntario.

Liquidación judicial

a. Acción de revocatoria concursal.

Esta acción es propia de los procesos de liquidación judicial contemplados en la Ley 1116 del 2006, dicha acción es aplicable a los actos o negocios realizados por el deudor cuando con su actuar hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o hubiesen afectado el orden de prelación de los pagos, pues tal situación genera que los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos. Por lo que, dicha acción busca retrotraer las actuaciones defraudatorias con el fin de que el patrimonio del deudor se reconstruya y los deudores de conformidad con su escala de prelación puedan optar por el pago de sus acreencias, generando así una protección legal para los trabajadores que se encuentren afiliados a una compañía en proceso de liquidación judicial.

b. Responsabilidad subsidiaria de la matriz.

El artículo 61 de la Ley 1116 del 2006 permite que en los procesos de liquidación judicial exista una responsabilidad subsidiaria por parte de la matriz, en caso de que la filial no tenga el suficiente patrimonio para responder por todas sus acreencias.

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.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años (énfasis nuestro).

Esta alternativa que ofrece la ley a los acreedores, en este caso los trabajadores, es una alternativa con muchas posibilidades de éxito para quien la alega, ya que la carga probatoria radica en cabeza de la sociedad matriz, la cual deberá acreditar que la insolvencia de la filial no fue producida por sus actuaciones como controlante sino por eventos ajenos a su voluntad o control.

Ahora bien, frente a lo antes mencionado es importante resaltar que, si bien existe un precedente constitucional sobre el tema que permite que los acreedores persigan el pago de sus acreencias por medio de esta acción de responsabilidad subsidiaria, estos procesos pueden ser lentos, e incluso dan pie a que la sociedad matriz también pueda hacer actos defraudatorios que terminen en que el patrimonio total del grupo se desvanezca y no sea factible el pago de dichas acreencias.

Liquidación voluntaria

a. Acción pauliana

En el caso de procesos de liquidación voluntaria, los cuales no se encuentran cubiertos por la Ley 1116 del 2006, la opción que más se acomoda a la revocatoria concursal, sería la acción pauliana. Esta figura tiene el propósito de reconstruir el patrimonio del deudor en caso de que este se hubiese insolventado con el fin de defraudar a sus acreedores (mala fe). De esta forma, si los socios o accionistas antes de la liquidación hacen una enajenación fraudulenta de los bienes sociales con el fin de perjudicar y/o defraudar a los acreedores, esta sería una de las

posibles alternativas que tales acreedores (particularmente en el presente caso los trabajadores) podrían proponer en un proceso civil ordinario, para obtener el pago de sus acreencias laborales.

Ahora bien, el procedimiento y la aplicación de dicha acción se regulan formalmente en el artículo 2491 del Código Civil, que establece lo siguiente:

[...] 1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas* y anticresis* que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero. 2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. 3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

Adicionalmente, los requisitos para que esta acción prospere ante un juez civil son:

1. Que exista un crédito a favor del demandante y a cargo del demandado (en el presente caso nos encontraríamos en la situación relativa al pago de las acreencias laborales por liquidación de la sociedad)

La sociedad “x” es deudora del trabajador “y” para el pago de su liquidación final de salarios u prestaciones sociales.

2. Que el acto del cual se busca la revocación haya constituido fraude, haya perjudicado al acreedor (el trabajador) causándole insolvencia al deudor (la empresa) para el pago de sus acreencias.

La sociedad “x” enajenó un bien inmueble de su propiedad, con el único propósito de que sus trabajadores no pudiesen embargar el bien para conseguir el pago de sus acreencias laborales. En este punto, los trabajadores se ven afectados por la venta del inmueble que hizo la sociedad “x”, puesto que se hizo más difícil, por no decir imposible, que los trabajadores recuperaran el pago de sus acreencias, y por supuesto esa era la intención de la sociedad.

3. Que exista mala fe, o como lo ha definido el artículo 2491 del código civil, conociendo ambos (otorgante y adquirente) el mal estado de los negocios del primero cuando este negocio sea oneroso; pues si es gratuito basta con que se demuestre la mala fe del deudor.

Es de resaltar que el precitado artículo impone un término de caducidad para esta acción de un año, contado desde la celebración del acto o contrato fraudulento.

Por último, las ventajas y desventajas de esta figura son:

Ventajas: El trabajador puede acudir a la jurisdicción con el fin de que se reconstruya el patrimonio del deudor y de esta manera obtener el pago de sus acreencias, y que los trabajadores pueden reconstruir el patrimonio sin necesidad de tener una carga probatoria alta en cuanto a los negocios de carácter gratuito.

Desventajas: los procesos civiles ordinarios pueden demorarse entre dos instancias cerca de ocho (8) años, por lo que el tiempo de espera de los trabajadores para obtener el pago de sus acreencias es muy largo; que el tiempo para ejercer esta acción es muy corto, toda vez que es de un (1) año desde la ocurrencia de los hechos defraudatorios; y la carga probatoria que tienen los trabajadores cuando los negocios defraudatorios son onerosos es muy alta, pues no solo deben probar la mala fe del deudor sino de quien celebró con este tal negocio.

b. Acción de simulación

Esta acción es otra de las opciones que pueden perseguir los acreedores defraudados por su deudor. Esta acción se diferencia del fraude pauliano toda vez que, en la simulación hay una

diferencia entre lo querido y lo pactado; hay un acuerdo entre las partes y su finalidad es el engaño o defraudamiento a terceros. Mientras que, el fraude pauliano como lo veíamos denotaba que lo querido o lo declarado era real; que en los negocios jurídicos onerosos se requería la mala fe de ambas partes, mientras que en los gratuitos solo la mala fe del deudor que buscaba defraudar a sus acreedores, y finalmente, que el propósito de tal situación sea defraudar a los acreedores de dicho deudor.

En este punto es importante mencionar que la simulación puede ser absoluta o relativa:

- **Absoluta:** Cuando las partes declaran un negocio jurídico, pero en realidad su voluntad no es esa y en la vida fáctica dicho supuesto no se configura, lo que da lugar a la inexistencia del negocio.

- **Relativa:** Cuando existe un contenido negocial entre las partes, pero este es ocultado o disimulado tras una declaración pública defraudatoria, en cuanto al tipo de negocio, respecto de las cláusulas pactadas o sobre la identidad de quienes celebran el negocio.

Una vez analizada la figura, podemos denotar que los efectos que este acto defraudatorio conlleva cuando es declarado judicialmente es la prevalencia de la voluntad real de las partes (Ar. 1618, C.Co.), es decir, en la simulación relativa prevalece no lo acordado por las partes sino lo que realmente se quería hacer, y en la simulación absoluta, prevalece la inexistencia del contrato.

Por último, las ventajas y desventajas de esta figura son:

Ventajas: El trabajador puede acudir a la jurisdicción con el fin de que se reconstruya el patrimonio del deudor y de esta manera obtener el pago de sus acreencias, y el tiempo de prescripción para ejercer la acción es alto, toda vez que, los trabajadores cuentan con diez (10) años contados a partir de que se celebre el negocio fraudulento para lograr reconstruir el patrimonio del deudor.

Desventajas: los procesos civiles ordinarios pueden demorarse entre dos instancias cerca de ocho (8) años, por lo que el tiempo de espera de los trabajadores para obtener el pago de sus acreencias es muy largo, así como que, en caso de que terceras personas resulten afectadas con el ejercicio de la acción, el juez podrá ejercer la acción parcialmente o abstenerse de rescindir el negocio por cuanto afecta a terceros de buena fe en el negocio, imposibilitándose de esta manera la reconstrucción de dicho patrimonio..

c. Desistimiento de la personalidad jurídica

De conformidad con el artículo 42 de la Ley 1258 del 2008 que dice:

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

En este punto es importante resaltar que, aunque el artículo antes citado tiene su ámbito de aplicación delimitado exclusivamente para las sociedades por acciones simplificadas, el Código General del Proceso en su artículo 24 numeral 5 literal d, prácticamente hizo una transcripción de la citada norma estableciendo que la desestimación de la personalidad jurídica puede aplicar para cualquier sociedad vigilada por la Superintendencia de Sociedades. Es decir, que en caso de que los trabajadores estimen que sus intereses se ven perjudicados por un acto defraudatorio, los trabajadores, como acreedores perjudicados, pueden pedir la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad empleadora, y perseguir a los socios o accionistas para el pago de las acreencias laborales, pues dicha desestimación amplía la responsabilidad de los socios o accionistas para que respondan hasta con su patrimonio.

Pese a lo antes mencionado, la Superintendencia de Sociedades cuando actúa como equivalente jurisdiccional, no falla constantemente a favor respecto de quien alega la

desestimación de la personalidad jurídica por la gravedad de sus efectos. A continuación, adjuntamos un cuadro en donde se analizan varias sentencias de esta entidad, desglosando los razonamientos que esta hace para negar dicha sanción:

Providencias	Supuestos fácticos considerados defraudatorios por la SS	Supuestos fácticos considerados NO defraudatorios por la SS
<p>Auto 800-4553 del 19 de marzo del 2015. Sobre decreto de medida cautelar. Malci S.A.S y Auto 800-14396 del 27 de octubre de 2015. Sobre decreto de medida cautelar. Panavías</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Que, mediante un acto de naturaleza gratuita, se reduzca el patrimonio de una compañía en forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo. 2. Una condena en un proceso previo entre las mismas partes y que de manera posterior, se constituya una sociedad a la que se van a transferir los activos. 3. Que la transferencia de los activos a otra sociedad, haya hecho imposible la práctica de embargos ordenados en la jurisdicción ordinaria. 4. Desmejora sustancial de la prenda general de los acreedores de la sociedad, entre los cuales se encuentren los demandantes de otro proceso contra la sociedad. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Que, a pesar de la reducción del patrimonio de la sociedad mediante un acto de naturaleza gratuita, la sociedad reciba acciones en la nueva sociedad creada (es decir, si hay una contraprestación). 2. Que se haga el cambio de unos activos (bienes muebles e inmuebles) por acciones en otra sociedad. 3. Que los activos se aporten a un valor que no sea inferior al real. 4. Que la decisión de transferir los activos a otra sociedad sea aprobada con anterioridad a la fecha en que se profirió una condena en otro proceso. 5. Diseñar una estrategia legal diseñada para poner a salvo el patrimonio familiar de futuros cónyuges de los socios.

<p>Auto 800-13914 del 19 de octubre del 2015. Sobre decreto de medida cautelar. Caracol</p>	<p>1. Tener una deuda con un acreedor y realizar la transferencia de cuantiosos activos de la sociedad a una fiducia civil, a fin de enajenárselos a terceras personas por valores irrisorios.</p> <p>2. Poco tiempo antes de la disolución de la sociedad, esta le pague a su accionista controlante una deuda derivada de dividendos decretados en años anteriores, buscando con esto mermar la prenda general de los acreedores.</p>	<p>1. No tener certeza acerca de si los activos de la sociedad serán suficientes o no para pagar la deuda.</p> <p>2. Si se puede pagar efectivamente la deuda con cargo a los activos que actualmente forman parte del patrimonio de la sociedad</p>
<p>Sentencia 800-29 del 20 de abril del 2017. Caracol Televisión</p>	<p>1. Disponer de los activos de la sociedad de manera fraudulenta con el fin de reducir el patrimonio de la compañía y deteriorar de forma intencionada la prenda general de los acreedores sociales.</p>	<p>1. Que haya otras obligaciones adquiridas de manera previa a la obligación incumplida y que el dinero no haya alcanzado para pagar las que se adquirieron de últimas.</p> <p>2. Que la sociedad constituya una fiducia civil en donde se haya dado instrucciones de administrar y los destine para venderlos y que con su producto se puedan pagar las obligaciones que la sociedad tenga con el fondo y sus afiliados, al igual que los costos de nómina atrasados, seguridad social, pago de embarazadas y demás gastos inherentes a la sociedad.</p> <p>3. Que la sociedad venda los activos (incluso por debajo del avalúo catastral</p>

		<p>de los bienes inmuebles) para atender acreencias laborales, efectuar aportes a la seguridad social de empleados, pagar servicios públicos y, en general, saldar obligaciones pendientes de la compañía.</p> <p>4. Producir el cambio de un activo fijo por dinero.</p> <p>5. Que la asamblea general de accionistas o la junta de socios apruebe el pago, a un accionista o socio, de unos dividendos que le debía la sociedad mediante la dación en pago de bienes inmuebles cuando el acreedor tuvo acceso a los estados financieros de la sociedad y allí constaba la deuda.</p>
<p>Sentencia 800-53 del 27 de junio del 2017. Candamil</p>		<p>1. Que se disuelva una sociedad que tiene múltiples deudores y que se cree otra sociedad (con actividades económicas simétricas) a la cual se le vende su activo principal, es decir, el establecimiento de comercio a un menor valor.</p> <p>2. La compra del establecimiento de comercio de la sociedad disuelta por otra sociedad que fue constituida de manera posterior a la disolución de la sociedad y que tienen actividades económicas simétricas ambas sociedades).</p> <p>3. Que el valor asignado al establecimiento de comercio de la</p>

		<p>sociedad disuelta tenga origen en un informe emitido por el revisor fiscal de la sociedad disuelta, con base en los estados financieros que habrían sido preparados por la accionista de la nueva sociedad que compró el establecimiento de comercio.</p>
<p>Sentencia 800-122 del 11 de diciembre del 2017. Panavías</p>	<p>1. Que se constituya una sociedad que solo es una continuación de la anterior sociedad, y que dicha sociedad se constituyó por los mismos socios de la anterior, procediéndose a la disolución de la anterior sociedad y a la continuación de la misma actividad, con el mismo objeto social, los mismos socios y la misma actividad, prescindiéndose de las obligaciones asumidas por la anterior sociedad.</p> <p>2. Que verdaderamente se hayan desplazado los negocios de una compañía a otra con el propósito de defraudar los intereses de los acreedores sociales.</p> <p>3. Si en los meses anteriores a la disolución de la compañía deudora, su accionista controlante extrajo activos sociales en forma irregular.</p>	<p>1. Aporte de activos a título de aporte en especie, de una sociedad deudora a otra sociedad, recibiendo como contraprestación, acciones en esta última sociedad.</p>

	<p>4. Que, la sociedad transfiera cuantiosos activos sociales a otra sociedad con el fin de evitar el pago de una obligación insoluta.</p> <p>5. Que la sociedad que transfirió los activos y la sociedad a la cual le fueron transferidos los activos desarrollan un objeto social prácticamente idéntico y ambas sociedades se encuentran controladas por los mismos accionistas.</p> <p>6. Una condena en un proceso previo entre las mismas partes (sociedad y acreedor) y que dicha condena haya sido reconocida en los estados financieros de la sociedad, y que, de manera posterior, se constituya una sociedad a la que se van a transferir los activos.</p>	
<p>Sentencia 800-66 del 28 de julio del 2018. La puesta producciones.</p>	<p>1. Malversación de fondos.</p>	<p>1. Celebración de un contrato de prestación de servicios entre la sociedad y un tercero, con posterior al incumplimiento del pago por parte de la sociedad por dicha prestación de servicios argumentando que el dinero se invirtió en el plan de inversiones de la compañía.</p>
<p>Sentencia 800-89 del 15 de</p>	<p>1. Celebración de operaciones entre dos sociedades con el</p>	<p>1. Que una sociedad tenga deudas y decida irse a disolución y liquidación, y</p>

<p>septiembre del 2017. Interglobo</p>	<p>exclusivo propósito de defraudar a los acreedores de la sociedad que se pretende desestimar la personalidad jurídica.</p> <p>2. Sustracción de activos de forma irregular de la sociedad que se pretende desestimar la personalidad jurídica para ser transferidos a otra sociedad.</p> <p>3. Que se vayan a transferir activos a otra sociedad y que la sociedad que va a recibir activos los reciba subvalorados por parte de la sociedad que se pretende desestimar la personalidad jurídica.</p>	<p>de manera posterior el mismo accionista decida constituir una sociedad con el mismo objeto social.</p> <p>2. Que la nueva sociedad constituida mediante el accionista como empleado y fundador de la sociedad haya logrado que los clientes de la sociedad extinta iniciaran una relación comercial con la nueva sociedad constituida.</p> <p>3. Que la lista de clientes de la nueva sociedad constituida se haya obtenido con motivo del vínculo que el accionista sostuvo con la sociedad disuelta y liquidada.</p> <p>4. Creación de compañías con objetos sociales afines o características simétricas.</p>
---	---	---

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias proferidas por la Superintendencia de Sociedades.

Por último, las ventajas y desventajas de esta figura son:

Ventajas: que los trabajadores van a poder reconstruir su patrimonio no solo con acciones que rescindan negocios defraudatorios de la sociedad, sino que por la gravedad de los hechos, los socios o accionistas de tales sociedades responderán de manera solidaria con su patrimonio para que los trabajadores de dichas compañías puedan velar al máximo por el respeto de sus derechos laborales.

Desventajas: Tal y como se exponía en párrafos anteriores, estos procesos son muy escasos pues la gravedad de sus efectos ha hecho que la Superintendencia de Sociedades cuando actúa como equivalente jurisdiccional se abstenga de fallar a favor de los acreedores defraudados. A su vez, los efectos probatorios de dicho proceso son muy altos, generándose una carga bastante pesada para los trabajadores en aras de conseguir pruebas que sustenten dichas actuaciones por parte de su empleador.

Con lo anterior, queda en evidencia que es posible que la sociedad matriz responda solidariamente en los procesos de liquidación judicial regulados en la Ley 1116 del 2006, y que si bien esta acción no es posible en los procesos de liquidación voluntaria, por no encontrarse tal posibilidad estipulada en la ley, los diferentes recursos civiles y comerciales, permiten que los acreedores (los trabajadores) persigan el patrimonio de la sociedad deudora y defraudatoria implementando otro tipo de acciones como: (la acción pauliana, la acción de simulación y el desistimiento de la personalidad jurídica) Por lo que es claro que el legislador no vulneró los derechos de aquellos acreedores que se derivan de un proceso de liquidación voluntaria, pues los faculta ampliamente para que de manera legal persigan el pago de sus acreencias.

Finalmente, es importante resaltar que si bien la normativa actual carece de elementos laborales que protejan al trabajador y velen por la oportuna y correcta reconstrucción del patrimonio de su antiguo empleador, en caso de un acto defraudatorio de su parte si es posible identificar que, tanto la legislación civil como la legislación comercial colombiana, poseen varios recursos y acciones legales respecto de las cuales los trabajadores o cualquier acreedor en general que se encuentre bajo actos defraudatorios o fraudulentos por parte de su deudor, puede ejercer, con el fin de que sus derechos se vean protegidos legalmente, siempre y cuando posea una carga probatoria suficiente que desvirtúe la presunción de buena fe con la que cuenta

su deudor, toda vez que, la buena fe se presume, mientras que la mala fe debe probarse en cada caso concreto y sólo entonces procederán las medidas preventivas o sancionatorias del caso en particular.

6. Conclusiones

El concepto de Unidad de Empresa dentro del ordenamiento jurídico colombiano se ha posicionado con firmeza, debido a que tal figura propende por el respeto a la igualdad de derechos de los trabajadores. La problemática refiere a que al ser una figura que debería aplicarse en la mayoría de los grupos empresariales, es evidente que la realidad supera lo jurídico, puesto que la mayoría de los grupos y situaciones de control que se registran en el país, no cuentan con dicha protección especial para los trabajadores, haciéndose perentorio que exista una regulación que implique la obligatoriedad de este registro respecto de quienes tienen los elementos necesarios para que se conforme dicha figura.

Por lo anterior, consideramos que el Ministerio de Trabajo deberá propender por buscar el correcto registro del mismo, imponiendo sanciones en caso de no registro, e indicando plazos máximos para el registro de dicha situación una vez se configuren los elementos necesarios para que su declaratoria, tal y como lo hace la Superintendencia de Sociedades y las Cámaras de Comercio en cuanto al registro extemporáneo de situaciones de control y grupos empresariales.

En el escenario de persona natural que ejerce el poder de subordinación sin determinación a la formalidad laboral, es posible prever que estas acciones se realizan, en muchos casos, sin perseguir el menoscabo de derechos de los trabajadores, esto por lo menos a nuestro criterio. Lo anterior, toda vez que es dable pensar que un socio, accionista mayoritario o dueño quieren mantener el control directo sobre algunos trabajadores relevantes de sus sociedades (por

ejemplo sobre un ejecutivo de una sociedad específica) sin determinación de si ellos formalmente están bajo su cargo, de conformidad con su contrato de trabajo.⁵

Es en este punto donde es fundamental que los conglomerados, y sus controlantes, tengan en cuenta los riesgos de las actuaciones que llevan a cabo, dado que, con estas ponen en peligro su patrimonio propio, que en primera medida se encuentra protegido por el principio de separación patrimonial.

Debido al modelo de ejecución empresarial de los conglomerados, resulta muy factible en la práctica que los mismos puedan desarrollar algún problema de índole laboral en relación al mal ejercicio del poder de subordinación. Esta situación, como se explicaba, podría degenerar en diferentes declaraciones judiciales auspiciadas por el principio de realidad sobre las formas, lo que conllevaría a grandes implicaciones en su mayoría de índole económico y a veces con consecuencias bastante drásticas.

Sin embargo, cuando estas situaciones ocurren, generalmente no son debido a la mala fe del empleador hacia el trabajador, pues realmente por la magnitud y dificultad del modelo de ejecución de los grupos empresariales, puede que estos problemas se presenten a raíz de la buena fe por parte de los empleadores o de la matriz o controlantes que imparte ordenes al tenor del poder de subordinación a empleadores que no están bajo su control.

Ahora bien, es importante que dentro de los grupos empresariales se tenga conocimiento de las implicaciones del mal ejercicio de poder de subordinación, en aras de que los controlantes, administradores o matrices no incurran en presupuestos que pueden desembocar la declaratoria de contratos realidad. Para ello entonces es importante que los trabajadores solo desempeñen

⁵Este es el posible caso de un accionista mayoritario propietario de una sociedad perteneciente a un conglomerado, que ejerce poder de subordinación sobre los ejecutivos gerentes de la sociedad, seguramente sin pensar que sus actuaciones podrían degenerar que se le declare como el verdadero empleador.

las funciones específicas de su cargo, que deberán de estar en los manuales de funciones, en el reglamento interno o en su contrato laboral.

Pese a lo anterior, en caso de que se requiera que un trabajador ejecute otras funciones bajo la dirección de otras sociedades (por ejemplo, bajo la dirección de otra de la subsidiaria, matriz o controlante), sería valioso que el empleador formal expresara las situaciones de las personas que van a ser sus representantes en términos del artículo 32 del CST, el cual indica que los representantes del empleador pueden obligarlo frente a sus trabajadores, o que firmen un otrosí a su contrato laboral para que se agreguen estas nuevas funciones, y de esta manera se aminoren los riesgos de una declaratoria de coexistencia de contratos laborales.

Si se requiere que un trabajador adscrito a una filial ejecute actividades específicas y diferentes a la primigenia, para otra de las sociedades o para la propia matriz o controlante, sería ideal y casi que menester que se pactaran contratos de trabajo diferentes por cada una de esas sociedades que requieren el servicio; eso si las posibles cláusulas de exclusividad pactadas en o los contratos lo permiten. Por lo que en este punto es menester que tanto los empleadores como los trabajadores sean conscientes de cuáles son las cláusulas pactadas dentro de su contrato laboral, con el fin de que identifiquen si pueden o no asumir nuevas responsabilidades a su cargo respecto de la misma compañía, o de otra que haga parte del grupo empresarial.

Cuando una sociedad entra en proceso de liquidación judicial o voluntaria y no cuenta con los activos suficientes para cubrir sus acreencias laborales, normalmente los acreedores (los trabajadores) tienen disponibles soluciones de carácter civil o comercial más no laborales, debido a que en materia laboral solo hay parámetros bases para la aplicación de dichas normas. Por lo anterior, consideramos que si bien hay una interdisciplinariedad de áreas en cuanto a las soluciones disponibles, y que estas suelen ser suficientes para darle solución a los trabajadores por la calidad que ostentan estas personas, y por la especial protección que merecen, sería

importante que el legislador regule soluciones en cuanto al pago de acreencias en materia laboral; toda vez que dicha regulación sería mucho más proteccionista para los trabajadores y sería mucho más especializada que lo regulado en el derecho civil y comercial.

Uno de los problemas más relevantes en los procesos judiciales es la demora constante de la administración de justicia, pues en lo que un juez o magistrado resuelva la primera o segunda instancia de un caso en particular, pueden pasar cerca de cinco (5) años, lo cual aumenta el riesgo de que en caso de que estos entes judiciales dicten sentencia a favor de un trabajador, la misma puede ser inejecutable, en el sentido de que es posible que durante el tiempo de espera y de ejecución del proceso la sociedad quede ilíquida para el pago efectivo del fallo; o que ya se encuentre disuelta y liquidada siendo este un fallo de papel y no de ejecución, perjudicando a los acreedores que no solo tuvieron un gasto económico, sino de tiempo en búsqueda de un resultado favorable para ellos.

Ahora bien, si bien es cierto que la sociedad matriz será responsable de las obligaciones que incumpla razón a la insolvencia de una sociedad subsidiaria, cuando se pruebe que el origen de la situación de insolvencia de la sociedad subsidiaria tuvo lugar en una decisión de la sociedad matriz, con la cual esta última obtuvo cualquier tipo de beneficio sin importar la naturaleza del mismo. Cabe resaltar que esta solución es aplicable para los procesos de liquidación judicial, por lo que de esta manera la carga de la prueba queda en manos de la sociedad matriz, siendo esta la encargada de probar que tal liquidación no se dio por su causa, permitiéndole de esta manera a los acreedores tener caminos prácticos para el cobro de sus acreencias, pues la presunción está a su favor y la carga de la prueba a favor de la sociedad empleadora.

En concordancia con lo anterior, es importante tener presente que los medios probatorios de los que puede hacer uso la sociedad matriz son ilimitados dentro del marco de la legalidad, siempre y cuando estos cumplan con el elemento de la idoneidad para la prueba, en donde

quede claro que no hay tal beneficio por parte de la sociedad matriz por la insolvencia de su sociedad subordinada. Lo anterior denota que las pruebas aportadas deben establecer inequívocamente que no existió intención dolosa o culposa de la matriz para provocar una insolvencia económica de la sociedad controlada con el fin de obtener un beneficio de dicha situación, generando así una carga de la prueba a favor de la sociedad matriz y no de los trabajadores que desempeñaron sus funciones para esta o su subordinada.

Finalmente, si bien Colombia cuenta con un avance normativo contundente en cuanto a los grupos empresariales, su responsabilidad, los elementos que la componen, el ejercicio del poder de subordinación, entre otros conceptos; es evidente que aún falta profundizar en el desarrollo de nuevas herramientas y elementos normativos vinculantes que garanticen la protección de los derechos de la empresa, los socios o accionistas, los trabajadores, entre otros miembros activos de las mismas.

Por lo que esperamos que a través de la Circular Externa N°. 100-000003 del 26 de marzo de 2021, la cual reguló el Plan de Normalización de Conglomerados, que tiene como fin promover el registro de las Situaciones de Control y Grupo Empresarial y la cultura de la transparencia y el cumplimiento normativo, se amplíe el margen de regulación sobre el asunto, pues con esta Circular dichas situaciones comerciales cobran mayor interés y relevancia social; por lo que con la correcta regulación y registro de las mismas ante las Cámaras de Comercio respectivas, tanto la superintendencia de Sociedades, como el Ministerio del Trabajo, la DIAN, entre otros entes administrativos de gran envergadura, podrán tener conocimiento de dicha información de una manera más ágil y oportuna, pudiendo regular así vacíos normativos como: (i) cuando se registra una unidad de empresa; (ii) que plazo tengo para registrarla; (iii) hay una sanción por no registro; (iv) el registro de un grupo empresarial sirve como una presunción de que hay existencia de una unidad de empresa, entre otros factores que son determinantes para

todos los sujetos activos dentro de las relaciones comerciales, civiles y laborales, que se presentan dentro de un grupo empresarial en Colombia.

7. Referencias

- Arrieta Echeverri, D., & Pizza Laverde, S. (2017). Subordinación laboral como elemento esencial de un contrato de trabajo en el ámbito constitucional [Universidad EAFIT]. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12308/Daniela_ArrietaEcheverri_Susana_PizzaLaverde_2017.pdf?sequence=2
- Bonilla Rodríguez, F. (2019). Aproximación a la responsabilidad de la sociedad matriz por insolvencia de la sociedad controlada [Pontificia Universidad Javeriana]. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/43105>
- Código Civil Colombiano [C.C]. Ley 84 de 1873. (Colombia).
- Código de Comercio Colombiano [C.Co]. Decreto 410 de 1971. (Colombia).
- Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. (Colombia).
- Código Sustantivo del Trabajo [CST]. Decreto 2663 de 1961. (Colombia).
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Resolución B18-0125-003456. 15 de febrero de 2019.
- Concepto del Ministerio del Trabajo, Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica, Radicado No. 08SE2019120300000023236 17 de junio de 2019
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 53. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. Sentencia C-016/98, M.P. Fabio Morón Díaz; 4 de febrero de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-016-98.htm#:~:text=%22Los%20contratos%20de%20trabajo%20a,de%20la%20imposici%C3%B3n%20del%20legislador%22>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1507/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; 8 de noviembre de 2000.

- Corte Constitucional. Sentencia C-386/00, M.P. Antonio Barrera Carbonell; 5 de abril de 2000. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-386-00.htm#:~:text=las%20siguientes%20reglas%3A-.%2D%20Los%20poderes%20del%20empleador%20para%20exigir%20la%20subordinaci%C3%B3n%20del%20trabajador,y%20por%20sus%20derechos%20fundamentales.>
- Corte Constitucional. Sentencia T-029/16, M.P. Alberto Rojas Ríos; 5 de febrero de 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-029-16.htm>
- Decreto 2250 de 2017. Por el cual se adicionan, modifican y sustituyen artículos a los Capítulos 10, 11, 12, 19, 20, 21 y 22 del Título 1 y Capítulos 1 y 7 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar la Parte I de la Ley 1819 de 2016. 29 de diciembre de 2017. Diario oficial No. 50461.
- Decreto 2250 de 2017. Por el cual se adicionan, modifican y sustituyen artículos a los Capítulos 10, 11, 12, 19, 20, 21 Y 22 del Título 1 y Capítulos 1 y 7 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar la Parte I de la Ley 1819 de 2016. 29 de diciembre de 2017.
- Gaitán, Camila. El concepto de predominio económico en la unidad de empresa: Godoy Córdoba (2021) URL <https://godoycordoba.com/el-concepto-de-predominio-economico-en-la-unidad-de-empresa-2/>
- Galgano, Francesco. (2009). Los grupos societarios, dirección y coordinación de sociedades. Universidad del Rosario.
- Ley 1116 del 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. 27 de diciembre de 2006. Diario Oficial No. 46.494

- Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. 5 de diciembre de 2008. Diario Oficial No. 47.194.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. diciembre 20 de 1995. Diario Oficial No. 42.156
- Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 28 de diciembre de 1990. Diario Oficial No. 39.618.
- 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).
- Montiel Fuentes, C.M. (2009). Acercamiento al Concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para su Existencia. Revista e-mercatoria.
- Moreno Martínez, J. P. (2015). Responsabilidad subsidiaria de las sociedades matrices respecto de las subordinadas: estudio comparado entre la doctrina comercial y la jurisprudencia constitucional [Facultad de Derecho]. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/2715>
- Olmos Puello, S. (2016). El conglomerado: la responsabilidad de la matriz o controlante [Universidad EAFIT]. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9749/Stefania_OlmosPuello_2016.pdf?sequence=2
- Rodríguez, ortega Julio, El Contrato de Trabajo, Editorial Leyer Ltda. Santa Fe de Bogotá. 2000, pág. 52.
- Sentencia C-016/1998. (febrero 04 de 1998). Corte Constitucional (Fabio Morón Díaz, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-016-98.htm#:~:text=%22Los%20contratos%20de%20trabajo%20a,de%20la%20imposici%C3%B3n%20del%20legislador%22>.

- Sentencia C-1185/00. (2000, 13 de septiembre). Corte Constitucional (Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1185-00.htm>
- Superintendencia de Sociedades, Auto n° 800-13914 de 19-10-2015. Caracol Televisión S.A. Contra Affinity Network S.A.S. en Liquidación. Bogotá – Colombia. <https://vlex.com.co/vid/auto-n-800-13914-799277557>
- Superintendencia de Sociedades, Auto n° 800-14396, de 27-10-2015. Panavias Ingeniería & Construcciones S.A. en Reorganización contra Agropuestos S.A.S y otros. Bogotá – Colombia. <https://vlex.com.co/vid/auto-n-800-14396-799276969>
- Superintendencia de Sociedades, Auto n° 800-4553, de 19-03-2015. M.P. María Virginia Cadena López contra Malci S.A.S. y otros. Bogotá – Colombia. <https://vlex.com.co/vid/auto-n-800-4553-799277069>
- Superintendencia de sociedades, Sentencia 800-122 (11 de diciembre del 2017). Delegatura de Procedimientos Mercantiles.
- Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-53 (27 de junio del 2017) Delegatura de Procedimientos Mercantiles.
- Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-66 (28 de julio del 2018). Delegatura de Procedimientos Mercantiles
- Superintendencia de Sociedades, Sentencia n° 800-29, (20-04-2017). Caracol Televisión S.A. Contra Affinity Network S.A.S. en Liquidación y otros. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-800-29-799277177>
- Superintendencia de Sociedades, Sentencia n° 800-89, (15-09-2017). Interglobo S.R.L. contra Daniel Enrique Price Anzola.

- Valora Analitik. (2019). Superfinanciera empezó a supervisar 13 conglomerados financieros. URL <https://www.valoraanalitik.com/2019/02/06/superfinanciera-empezo-a-supervisar-13-conglomerados-financieros/>