

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:  
*TENSIONES ENTRE EL DERECHO COMERCIAL Y EL DERECHO LABORAL*

PRIMERA PLENARIA:  
ASPECTOS LABORALES EN LA FUSIÓN,  
EN LA ESCISIÓN Y EN LOS GRUPOS DE EMPRESA

GRUPO DE INVESTIGACIÓN  
EN DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

INVESTIGADORES PRINCIPALES:

SANTIAGO VILLA RESTREPO  
CARLOS MARIO VEGA MONTOYA

INVESTIGADORES AUXILIARES:

BIBIANA ARDILA GOMEZ  
DIANA ARBELÁEZ MARISCAL  
LAURA TAMAYO SOTO  
JUANITA VÁSQUEZ POSADA



UNIVERSIDAD CES  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2008

## CONTENIDO

|                                                                                           | Pág. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| INTRODUCCIÓN.....                                                                         | 3    |
| 1. CONCEPTOS PRELIMINARES.....                                                            | 7    |
| 1.1 COMERCIANTE, EMPRESA, EMPLEADOR, SOCIEDADES.....                                      | 7    |
| 1.2 TRABAJADOR .....                                                                      | 11   |
| 1.3 GRUPO DE EMPRESA.....                                                                 | 11   |
| 1.4 UNIDAD DE EMPRESA .....                                                               | 12   |
| 1.5 SOCIEDADES AUTÓNOMAS.....                                                             | 15   |
| 1.6 SOCIEDADES SUBORDINADAS .....                                                         | 15   |
| 1.7 CESIÓN DE CONTRATO.....                                                               | 16   |
| 1.8 CONVENIOS COLECTIVOS.....                                                             | 17   |
| 1.9 CONVENCIÓN COLECTIVA.....                                                             | 17   |
| 1.10 PACTO COLECTIVO .....                                                                | 17   |
| 1.11 SUSTITUCIÓN PATRONAL.....                                                            | 18   |
| 1.12 FUSIÓN.....                                                                          | 20   |
| 1.13 ESCISIÓN .....                                                                       | 21   |
| 2. LA SUSTITUCIÓN PATRONAL EN LA FUSIÓN Y EN LA ESCISIÓN DE EMPRESAS.....                 | 22   |
| 2.1 LA SUSTITUCIÓN PATRONAL EN LA FUSIÓN DE EMPRESAS.....                                 | 22   |
| 2.2 LA SUSTITUCIÓN PATRONAL EN LA ESCISIÓN DE EMPRESAS .....                              | 24   |
| 3. LA UNIDAD DE EMPRESA EN LA ESCISIÓN Y EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS.....                   | 26   |
| 3.1 LA UNIDAD DE EMPRESA EN LOS CASOS DE ESCISIÓN .....                                   | 32   |
| 3.2 LA UNIDAD DE EMPRESA EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS .....                                  | 32   |
| 4. LA SUBSISTENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA FUSIÓN Y EN LA ESCISIÓN DE EMPRESAS..... | 34   |
| 4.1 LAS CONVENCIONES COLECTIVAS Y LOS PACTOS COLECTIVOS EN LOS CASOS DE FUSIÓN .....      | 34   |
| BIBLIOGRAFÍA.....                                                                         | 42   |

## INTRODUCCIÓN

Es evidente la transformación y rápida evolución del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no sólo en Colombia sino también a nivel mundial. Hemos pasado de una economía cerrada donde cada país legislaba independientemente acerca de la regulación del trabajo de las personas y cuál es la cobertura, derechos y deberes de la seguridad social, a un modelo económicamente globalizado e interdependiente en todos los órdenes. Una crisis monetaria de un país o una dificultad política en una nación, afectan y repercuten en el resto de la comunidad internacional. Antes, para el Derecho Laboral del siglo XX era indiferente saber cómo se producía en otras latitudes, cómo se regulaba el trabajo humano en otros países. Hoy hay plena conciencia de que los grandes capitales del mundo migran a los países que les brindan mayores seguridades y por supuesto rentabilidad a sus inversiones, lo que genera que los Estados se vean obligados a intervenir más directamente la economía cuando se trata de estimular la inversión privada tanto interna como extranjera y por ende van orientando su legislación, considerando entre otros, su orientación política, el modelo económico y lo social.

Ciertamente en Colombia desde finales del siglo XX y especialmente con la expedición de su nueva Constitución Política en 1991 se transformó sustancialmente la orientación en materia del Derecho Laboral y por supuesto en todo el significado de la seguridad social. Es por ello por lo que en el mundo de las organizaciones privadas y estatales se comenzaron a plantear múltiples interrogantes sobre el impacto que ello genera no sólo al interior de tales disciplinas, sino también cómo se siguen relacionando éstas (el Derecho Laboral y la Seguridad Social) con las demás, especialmente con el Derecho Comercial y en general con el mundo de los negocios entre particulares, lo cual genera inquietud sobre el papel del Estado en la interconexión de estas disciplinas, cómo afecta

todo ello el concepto de autonomía de la libertad y qué tan vigente continúa dicho principio, pero también, con qué elementos se van solucionando los conflictos o tensiones que se presentan entre estas disciplinas desde lo principialístico, lo normativo o lo fáctico.

Por lo anterior, el Grupo de Investigación en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho del CES, abordó esta línea de investigación en un tema de mucha actualidad pero escasamente abordado por la doctrina. Ello hace que algunas de las propuestas, iniciativas o criterios de interpretación no se apoyen en pensamientos expuestos por la jurisprudencia, la doctrina u otras fuentes del Derecho.

Sobre este nuevo panorama es pertinente hacernos una pregunta: ¿Existe todavía la diferenciación entre Derecho Privado y Derecho Público? La respuesta prima facie sería que evidentemente hoy es posible hablar de la existencia de la diferenciación entre Derecho Privado y Derecho Público, y que por lo tanto todavía no está obsoleta la diferenciación entre estas dos categorías; podría decirse que en principio todavía subsisten a pesar de los grandes cambios que se están dando a nivel mundial en el campo de las tendencias del llamado Nuevo Derecho.

Las normas de Derecho Público son normas de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No dejan a la voluntad de las personas la regulación de las relaciones, a diferencia de las normas del Derecho Privado según las cuales las personas pueden hacer todo lo que no les está prohibido, campo éste propicio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Cada vez más el Derecho Comercial (privado) está siendo intervenido por el Estado en pro de sus fines y de los intereses superiores, muy común esta figura en la era del neoliberalismo, donde el Estado se vuelve pequeño pero intervencionista, dándose así la tendencia de la privatización de las empresas

estatales, entregadas a los particulares, y en donde se les amplía la capacidad de acción. Pero uno de los riesgos de la gran intervención del Estado es que puede limitar la optimización de intereses de los particulares. Hay numerosos ejemplos de esto: las normas sobre comercio y comerciantes, a quienes con frecuencia se les imponen nuevas limitaciones sobre el manejo de sus empresas y sobre las decisiones que tomen acerca de sus negocios; el caso de las Empresas Promotoras de Salud, cuyo desenvolvimiento está completamente reglado; otro ejemplo son las tasas de interés, las cuales no pueden ser libremente pactadas; en los casos de fusión y escisión de empresas, ya que se deben pedir permisos para realizar este tipo de figuras. Estos constituyen claros ejemplos en las actuaciones que efectúa el Estado sobre el Derecho Privado, a través de normas de orden público.

Como un contraste a lo anterior, vemos en materia laboral un cambio sustancial ya que hay una mayor apertura hacia la autonomía de la voluntad. Antes de la Ley 50 de 1990 prácticamente todo era tarifado, no había mucho campo de acción, la ley decía todo; después de esta ley, la Constitución y Leyes posteriores van dando asomo de autonomía privada, la cual es la tendencia mundial. Entonces tenemos por ejemplo que empleador y empleado pueden negociar la jornada de trabajo y ciertas condiciones salariales; el trabajador puede escoger cuál Fondo le administrará sus cesantías y pensiones, se introdujeron más causales por las cuales puede retirar la cesantía, pueden seleccionar la EPS, pueden seleccionar las Tablas de indemnización; cosas que no se veían antes, hay una tendencia a flexibilizar el contrato de trabajo fortaleciendo el concepto de autonomía de la voluntad.

No obstante, vale aclarar que cuando en temas del trabajo se abordan aspectos relacionados con los Derechos Humanos tales como la dignidad humana, el legislador y la jurisprudencia nacional no aceptan darle espacio a la flexibilidad de la que estábamos hablando. Por lo tanto nos encontramos frente a un Derecho

Laboral flexibilizando las instituciones que lo conforman (contratación, salarios, jornada de trabajo, prestaciones sociales, etcétera), pero en temas que tocan con la dignidad humana del trabajo, es un Derecho proteccionista, quizá más de lo que se observaba sobre el mismo tema en los años 60. De otro lado, en el mundo de los negocios y de la iniciativa privada vemos un empresario que a nivel comercial está viviendo un acortamiento de la figura de la autonomía de la voluntad. Lo que debemos preguntarnos es si con esta intervención del Estado se está debilitando la libertad de empresa e iniciativa privada que trae la Constitución Política en su artículo 333.

## 1. CONCEPTOS PRELIMINARES

### 1.1 COMERCIANTE, EMPRESA, EMPLEADOR, SOCIEDADES

Una de las dificultades que tiene nuestra normatividad y que encontramos en el desarrollo de esta investigación, es que con frecuencia se confunden estas nociones y se emplean de manera indistinta aún dentro de una misma normativa.

El Código de Comercio define al comerciante:

**Código de Comercio, artículo 10.** Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

Por su parte, el mismo Código define así a la empresa:

**Código de Comercio, artículo 25.** Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

Para el Derecho Comercial, la empresa es una actividad, es un intangible, no se reduce a sólo un establecimiento de comercio.

Por su parte, el Derecho Laboral no se ocupó de definir a la empresa, por lo tanto se entiende que acoge la definición que trae el Código de Comercio.

La Constitución Nacional se refiere al concepto de empresa, pero tampoco la define:

**Constitución Nacional, artículo 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El contenido de este artículo hay que armonizarlo con lo preceptuado por el artículo 58 de la Carta Política:

**Constitución Nacional, artículo 58.** Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ellos reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en los que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

De acuerdo con lo señalado por la Constitución, para que exista la empresa deben entonces garantizarse la propiedad privada, la iniciativa privada y la libertad de empresa.

De otro lado, el Código Sustantivo del Trabajo trae una aproximación al concepto de empleador, sin definirlo exactamente:

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22, numeral 2.** Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

En la normatividad laboral se habla indistintamente de empleador y patrono.

Como vemos, el Derecho Comercial diferencia empresa de comerciante y no menciona al empleador, mientras que el Derecho Laboral señala algunas características del empleador sin definir empresa ni ocuparse del comerciante; sin embargo, en la Ley 789, cuando hace referencia al contrato de aprendizaje, la norma que es de estirpe principalmente laboral habla a veces de empresa y a veces de empleador para significar una misma figura.

¿Se pueden equiparar válidamente los conceptos de comerciante y empresa? Creemos que no. El comerciante es una persona natural o jurídica, es el sujeto de la actividad mercantil, mientras que la empresa constituye un medio para la realización de actos mercantiles.

Tampoco se puede afirmar que son sinónimos la empresa y al empleador, porque este último también es un sujeto y objeto de derechos y obligaciones laborales, mientras que la empresa como actividad económica organizada no es propiamente quien se obliga o adquiere derechos, sino que es una actividad económica organizada que se realiza a través de uno o más establecimientos de comercio.

Debe considerarse además el concepto de sociedad. Para el Código de Comercio:

**Código de Comercio, artículo 98.** Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.  
La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

De manera que con respecto a una sociedad:

- En sus raíces tiene una empresa, que es o hace parte de su razón de ser (objeto societario).
- La mayoría de sociedades son de carácter mercantil, o sea comerciantes.
- Por lo general las sociedades son empleadores.

Encontramos entonces unos puntos de contacto entre los estatutos mercantil y laboral:

Al explotar o ejercer una actividad económica, no necesariamente tiene que haber empleados.

En cambio, si se habla de empleador necesariamente debe existir su contraparte, que es el empleado o trabajador a su servicio.

Tanto para el Derecho Comercial como para el Derecho Laboral la empresa es una actividad económica organizada. Esa actividad la realiza un empresario, quien a su vez puede ser o no comerciante, puede ser o no sociedad, puede o no ser empleador.

La empresa no es sujeto ni objeto de derechos ni de obligaciones, mientras que el empleador y el comerciante sí lo son, ya sea como personas naturales o como personas jurídicas.

Las sociedades son personas jurídicas que tienen como fundamento una empresa; pueden ser o no comerciantes; pueden ser o no empleadores.

## 1.2 TRABAJADOR

El Código Laboral consagra lo siguiente:

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22, numeral 2.** Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

Aquí realmente no se agota la definición de trabajador, porque falta por considerar otras formas de trabajo diferentes al subordinado; pero para los efectos de este estudio vamos a asumirlo así, ya que nos referiremos exclusivamente al trabajo dependiente.

## 1.3 GRUPO DE EMPRESA

La Ley 222 de 1995 señala cuándo se considera que existe grupo empresarial, así:

**Ley 222, artículo 28. Grupo empresarial.** Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

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.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que la originan.

Son entonces varios los elementos constitutivos del grupo de empresa:

- Existencia de dos o más empresas.
- Vínculo de subordinación entre las sociedades.
- Unidad de propósito y dirección.

#### **1.4 UNIDAD DE EMPRESA**

La Unidad de empresa es una figura muy propia de Derecho Laboral, que pretende proteger con el mismo trato y beneficios a los trabajadores de distintos empleadores cuando entre éstos hay una conexión económica o administrativa y se encuentran en unas actividades conexas o complementarias. La Ley dispone que es una autoridad competente quien hace la declaración de unidad de empresa y ello genera como consecuencia que los trabajadores de la empresa controlada perciban los mismos beneficios y salarios de los trabajadores de la empresa controlante.

Por supuesto, esta figura legal tiene múltiples facetas, pues una cosa son los intereses económicos de los trabajadores y otros los empresariales y su decisión de inversión. Veamos la reglamentación actual sobre la materia.

El Código Sustantivo del Trabajo define lo siguiente:

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 194 (modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990).**

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 corresponden 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 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.

En la sentencia del 24 de enero de 2002, expediente número 16415, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció a favor de la norma, así:

La declaratoria de unidad de empresa está sujeta a la concurrencia de los siguientes presupuestos: existencia de varias unidades de explotación económica, pertenencia a una misma persona natural o jurídica, y predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, siempre y cuando todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias, y afirmó que el primero de dichos requisitos se daba respecto de las dos sociedades demandadas.

De tal manera que de allí se extraen los elementos necesarios para declarar la unidad de empresa:

- Existencia de varias unidades de explotación económica.
- Pertenencia a una misma persona natural o jurídica.
- Predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias.

- Todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias.

Es pertinente preguntarnos acerca del objeto que tiene la declaratoria de unidad de empresa. En la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia del 21 de abril de 1994, radicado 604, se expone cuál es su objeto, al expresar:

(...) la declaratoria de unidad de empresa consiste en un reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas por la ley o las convenciones colectivas.

Hay que precisar varios asuntos en la figura:

- El concepto de unidad de empresa no comprende al sector público.
- La figura de la unidad de empresa se les aplica a los particulares, entidades mixtas, empresas industriales y comerciales del Estado.
- La unidad de empresa no requiere de prueba solemne, es decir que la declaración sobre ésta debe hacerse en juicio al encontrarse demostrada, aunque no exista al respecto una declaración ministerial o ella no obre en el proceso.

La declaración ministerial contemplada en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo no constituye prueba ad substantiam por no requerirla al efecto la ley como única para que se pueda dar por establecido el hecho de unidad de empresa, la unidad o continuidad puede expresarse por testigos, de tal manera que no existen medios probatorios especiales (CSJ, Cas. Laboral, Sentencia del 31 de octubre de 1957).

## 1.5 SOCIEDADES AUTÓNOMAS

Se puede decir de cualquier sociedad que en principio es autónoma. Cuando se habla de conjuntos o conglomerados societarios, se predica autonomía en aquellas que si bien establecen un nexo o vínculo que las reúne, no pierden su autonomía, no hay dependencia de ninguna clase de otra sociedad.

Debe recordarse que el concepto de sociedad es el de una persona jurídica, sujeto y objeto de derechos y de obligaciones; que su objeto societario es una empresa; que la sociedad a su vez puede ser comerciante; que puede ser empleador (generalmente lo es), y que despliega su actividad a través de una o más unidades de producción (que habitualmente son establecimientos de comercio).

## 1.6 SOCIEDADES SUBORDINADAS

Se dice que hay subordinación cuando el nexo que une a dos o más sociedades es de control, perdiendo su autonomía pero no su personería jurídica.

**Código de Comercio, artículo 260 (modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995). SUBORDINACIÓN.** 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.

**Código de Comercio, artículo 261 (modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995). PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN.** 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 decisorio 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 párrafo anterior.

Se puede afirmar que la relación de subordinación se configura por el control económico o administrativo acompañado por la forma como la matriz (que en Derecho Laboral se llama Principal) ejerce su poder de decisión: si la controlante o matriz toma las decisiones de la controlada, habrá subordinación; y la controlada se llamará filial si el control de la matriz se ejerce directamente, o se llamará subsidiaria si el control es ejercido por conducto de otra sociedad que sea filial o subordinada de la matriz.

## 1.7 CESIÓN DE CONTRATO

Como su nombre lo indica, una cesión consiste en que se entrega la parte activa o la pasiva de una relación obligacional, entregándose la posición contractual, confiriendo al tercero cesionario los derechos y obligaciones del antiguo contratante cedente.

El Código de Comercio establece ciertos requisitos para la cesión:

**Código de Comercio, artículo 887.** En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por ley o por

estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu persona, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

## **1.8 CONVENIOS COLECTIVOS**

Los convenios colectivos pueden ser de dos clases: convenciones colectivas y pactos colectivos.

## **1.9 CONVENCIÓN COLECTIVA**

La convención colectiva es aquella que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajo, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo).

## **1.10 PACTO COLECTIVO**

Es el acuerdo entre empleadores y trabajadores no sindicalizados, el cual puede subsistir con una convención colectiva; este pacto rige solamente para quienes lo suscriban y sólo se extiende para los sindicalizados en caso de que haya sindicato en la empresa, tal como lo señala el Código Sustantivo del Trabajo:

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 481.** Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, capítulo I, parte segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos.

## 1.11 SUSTITUCIÓN PATRONAL

El Código Sustantivo del Trabajo define la figura de la sustitución patronal de la siguiente manera:

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 67.** Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Por lo tanto, para que exista sustitución de patronos se requiere:

- Cambio de patronos.
- Continuidad de la empresa.
- Continuidad del trabajador.

Para que nazca a la vida jurídica la sustitución de empleadores debe efectuarse con el cumplimiento de todos los requisitos que consagra la norma.

El Ministerio de la Protección Social, en uno de sus conceptos, enuncia otro requisito: que no haya finalización de los contratos de trabajo, los cuales continúan en las mismas condiciones en que vienen desarrollándose, tal como lo dispone el Código:

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 68.** La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

Puesto que la sustitución patronal no extingue, ni suspende, ni modifica los contratos de trabajo existentes, no hay lugar al pago de indemnización, por cuanto el contrato de trabajo no se ha terminado.

En virtud de dicha sustitución, el antiguo y el nuevo patrono adquieren responsabilidades respecto de los derechos y prestaciones sociales de los trabajadores, en la forma establecida por el Código:

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 69. Responsabilidad de los patronos:

1. El antiguo y el nuevo patrono responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo patrono las satisficiera, puede repetir contra el antiguo.
2. El nuevo patrono responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.
3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo patrono, pero éste puede repetir contra el antiguo.
4. El antiguo patrono puede acordar con todos o cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.
5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo patrono puede entregar el nuevo valor de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de la sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo patrono el pago de las cesantías que se hayan causado, aún cuando el antiguo patrono no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.
6. El nuevo patrono puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con todos los mismos efectos de que trata el inciso 4 del presente artículo.

La presente norma define claramente a quién y hasta cuándo compete el pago de salarios y demás prestaciones (Ministerio de la Protección Social, Bogotá DC, 10 de enero de 2006. Concepto 00137, Referencia Radicado 10744).

## 1.12 FUSIÓN

La norma define a la fusión así:

**Código de Comercio, artículo 172.** Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

La absorbente o nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

La fusión es una figura comercial referida en principio a las sociedades; es una operación en la cual se unifican inversiones y criterios comerciales de dos compañías de una misma rama o de objetivos compatibles.

Se puede dar por dos mecanismos: por la absorción de una sociedad por otra con desaparición de la primera, mediante el aporte del capital de la primera a la segunda, o por creación de una nueva sociedad que, por medio de los aportes, absorbe a dos a más sociedades preexistentes.

Dependiendo de la clase de fusión, la sociedad puede llegar a perder o no su autonomía y generar cambios en la persona jurídica.

Las apreciaciones del Código son muy escuetas. La norma habla de sociedades y no de empresas, ni de empleadores, y no contempla por ejemplo a las empresas unipersonales que no son sociedades, pero las cuales por el hecho de ejercer actividades comerciales se acogen a esto que postula el artículo 172 del Código de Comercio.

### 1.13 ESCISIÓN

Es otra figura del Derecho Comercial, regulada por la ley 222 de 1995.

Ley 222 de 1995, artículo 3. Habrá escisión cuando:

1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.
2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés Representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente.

Hay varias modalidades de escisión:

- Total: una sociedad con potencial económico se extingue para crear otras pequeñas, traspasándoles el patrimonio en bloque.
- Parcial: La sociedad escidente, sin disolverse, hace una reducción de su patrimonio y lo pasa a otra(s) sociedad(es).
- Múltiple: las sociedades escidentes son varias y le entregan parte de su patrimonio a una o a varias sociedades.

## 2. LA SUSTITUCIÓN PATRONAL EN LA FUSIÓN Y EN LA ESCISIÓN DE EMPRESAS

Para el Derecho Laboral, lo más importante en los casos de sustitución patronal es que hay que delimitar el tema de los derechos laborales, porque en algunos casos entran en choque con los intereses del empresario entendido como empleador. Se debe ser cuidadoso puesto que el choque puede representar lesiones o amenaza de lesiones importantes a uno o a ambos actores de la relación laboral.

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 67.** Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

### 2.1 LA SUSTITUCIÓN PATRONAL EN LA FUSIÓN DE EMPRESAS

En la normatividad colombiana no se encuentra descrita la obligación por parte del empresario de pedir permiso a los trabajadores para llevar a cabo una sustitución patronal; es decir, la decisión de realizarla o no, depende del empresario, de sus actividades estratégicas. Como consecuencia de ello se puede aseverar que la sustitución patronal con respecto a los trabajadores es automática en el sentido de que no hay por qué pedirles permiso a ellos para realizarla.

En principio, la regla general es que toda fusión de empresas conlleva en alguna medida una sustitución patronal; decimos en principio, porque para que opere la figura de la sustitución patronal se deben cumplir los requisitos que señala la ley:

- Que la sociedad se disuelva, su personalidad jurídica se extinga, sin liquidarse.
- Que la nueva adquiera los derechos y obligaciones que no se liquidaron de la anterior. Los activos y pasivos pasan a la otra, tanto el capital económico como el capital humano, es decir, los empleados.

De cara a los trabajadores, ante una fusión de empresas no se requiere de una diligencia especial.

La sustitución patronal puede afectar a los trabajadores en el sentido por ejemplo de salarios, en caso de que se presente una desnivelación salarial y se busque por parte de los empleados una nivelación salarial aduciendo el principio de igualdad de las condiciones de trabajo, "a trabajo igual, salario igual". Según la norma, la nivelación debería ser automática, pero por lo general la Superintendencia concede plazos, puesto que resulta complejo o pesado para la empresa acarrear con estos costos.

Cabe la posibilidad de hacernos la siguiente pregunta: ¿Podemos sugerirles al Derecho Comercial y al Derecho Laboral que ese grupo humano que fue absorbido continúe con salarios diferenciados? Si una empresa grande adquiere a otra pequeña para salvarla, no se puede pretender nivelar salarios de manera automática, instantánea, porque entonces la empresa absorbente quedaría muy gravada, con una carga laboral muy grande. Si el motivo por el cual se hizo la fusión fue salvar a la empresa pequeña, se justificaría mantener el desnivel salarial. Se debe hacer una ponderación de principios como el de igualdad, el del trabajo, y el de libertad de empresa.

Pensar en la desnivelación salarial por un tiempo de gracia para incentivar la compra de una empresa en apuros y salvarla es una de las soluciones; pero para que esta desnivelación sea permitida debe cumplir una serie de requisitos como los siguientes:

- Que la que esté en crisis sea la empresa pequeña o que va a ser absorbida, es decir, en condiciones de insolvencia, y como incentivo para la empresa que absorbe, no se obligue inmediatamente a la nivelación salarial.

- Que no se viole el artículo 13 de la Constitución Nacional, es decir, que haya una causa superior, en este caso proteger el trabajo al salvar los empleos. Este sería el espíritu de la ley 50 de 1990, la cual en dos ocasiones se ha intentado modificar sin resultados.

Hoy en día sería más recomendable inyectarle capital a esa empresa que fusionarla porque tocaría nivelar salarios; inyectando capital se contaría con un tiempo de gracia en el cual no se tendrían que nivelar los salarios. Este es otro camino que nos lleva el atranque legal, el cual si desapareciera se ganaría en eficiencia, ganan los acreedores, gana el Estado como recaudador de impuestos, por el momento perdería el empleador por tener que nivelar salarios inmediatamente. Lo que implicaría la inyección de capital, sería llevar dos contabilidades, lo cual sería un mayor trabajo para la empresa inyectora.

## **2.2 LA SUSTITUCIÓN PATRONAL EN LA ESCISIÓN DE EMPRESAS**

Recordemos que hay varias clases de escisiones: la total, la parcial y la múltiple. Veamos cómo operaría la sustitución patronal en cada una de ellas:

- Cuando se escinde un patrimonio que implica trabajadores (artículo 67 del CST), si van a seguir haciendo la misma actividad que realizaban en la escidente.
- Si la actividad comercial sigue, aquí no va a haber sustitución patronal.
- Si cambia la actividad comercial ya no habría sustitución patronal, y de darse esto, lo que se requiere es que deben ser liquidados los trabajadores, se podría decir que el nuevo empleador comenzaría con contratos nuevos.

Cabe entonces una serie de preguntas, tales como:

a) ¿Será la escisión una justa causa para terminar los contratos laborales?

No sería justa causa, porque para que ésta opere deben estar enmarcados dentro de una lista taxativa consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo, además que las mencionadas conductas deben ser realizadas por el trabajador para que así el empleador fundamente su despido en la conducta desplegada.

b) ¿Es la escisión una causa legal para terminar los contratos de trabajo?

En la escisión total sí es causa legal, no obstante la jurisprudencia ha considerado que para que constituya un despido colectivo es pertinente pedir permiso, sumado a la indemnización, lo que permite considerarla como si fuera causa injusta, criterio acogido debido a la protección de los derechos laborales y a su vez con el fin de que no se declare el despido colectivo ilegal y en consecuencia la imposición de multas.

Quien paga la indemnización es la escidente por ser trabajador y no hay solidaridad por parte de la escindida por no haber sustitución patronal.

En caso de que no pueda ser aplicada la figura de la sustitución patronal, aparece entonces el tema de la cesión de contratos, la cual no es una figura del Derecho Laboral sino que tenemos que desplazarnos al Código de Comercio y al Código Civil. Lo particular de esta figura es que si se aplica en esos casos en que no puede ser aplicada la sustitución patronal, a diferencia de ésta sí se debe pedir permiso a los trabajadores, se debe hacer un acuerdo tripartito entre las partes involucradas en esta situación de fusión y de escisión.

### 3. LA UNIDAD DE EMPRESA EN LA ESCISIÓN Y EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Al hablar de aspectos comerciales hay que determinar la forma como se pueden desenvolver las sociedades, y se precisa que las sociedades pueden ser autónomas (son autónomas) o subordinadas (pierden su autonomía pero no su personería jurídica) y la relación de subordinación que estas poseen son de carácter económico, administrativo o financiero (artículo 261 del Código de Comercio, modificado), sumado a esto la forma como la matriz ejerce su poder de decisión en la subordinada, y configurándose así una filial o subordinada.

Si se analizan las diferentes presunciones de subordinación en concordancia con la unidad de empresa (aspecto laboral):

**Código de Comercio, Artículo 261 (modificado por ley 222 artículo 27).**  
Presunciones de subordinación. 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 necesarios 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 párrafo anterior.

Ahora, si comparamos los componentes que se dan a la hora de configurar una unidad de empresa hablaríamos de lo siguiente según el artículo 194 subrogado ley 50 de 1990 artículo 32, el cual lo define:

- Toda unidad de explotación económica o varias unidades dependientes económicamente.
- De una misma persona natural o jurídica.
- Que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias.
- Que tengan trabajadores a su servicio.

Es pertinente analizar en qué casos la unidad de empresa podría ser declarada cuando estamos en presencia de las presunciones establecidas en el artículo 621 del Código de Comercio.

Por un lado el control interno por participación: Si se llegase a comparar este control más los constitutivos de unidad de empresa, podríamos afirmar que el control económico se daría en cuanto la matriz posee más del 50% del capital y en consecuencia el predominio económico se daría.

De otro lado, el componente “que sea de una misma persona natural o jurídica” se podría llegar a dar, bastaría analizar el caso concreto. En cuanto al tercer elemento, en cuanto se realicen actividades económicas o conexas, en la realidad se podría configurar que la matriz y su subordinada tengan dicha relación. Basta afirmar estos tres componentes para que sus trabajadores se regulen por el

mismo sistema salarial y prestacional de la principal, ya que se consideran vinculados a un empleador único.

La otra presunción consiste en el “control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria”: en este caso estaríamos en presencia de una presunción más que todo administrativa en cuanto versa sobre el control eminentemente relacionado con la toma de decisiones, y por ende el predominio económico no sería un factor esencial para que se diera la unidad de empresa. Se puede llegar a dar los otros elementos constitutivos de la unidad de empresa pero sin el predominio económico no habría lugar a declararla.

Control externo, esta presunción ocurriría lo mismo que en la anterior, puesto que si se analiza es el aspecto de toma de decisiones en relación a los contratos a suscribirse el aspecto que es controlado y por lo tanto no es necesario que por esta razón se constituya la unidad de empresa.

Hay que resaltar tal como lo enuncia el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo que 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 exportaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y éstas 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.

Frente a las situaciones de control se configuran unas consecuencias, a saber:

- Obligación para la sociedad controlante de inscribir la situación de control en el Registro Mercantil del domicilio de cada uno de los vinculados. Dentro de los 30 días siguientes a la configuración de la situación de control o a su modificación, dicha inscripción se efectuará mediante documento privado en el que conste entre otros el presupuesto que da lugar al control. Inscrita, la Cámara de Comercio lo hará constar en el Certificado de Existencia y Representación Legal de cada una de las sociedades vinculadas su calidad de matriz o de subordinada. En el evento de que se omita el cumplimiento de esta obligación, la Superintendencia respectiva, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de control o su modificación y ordenará su registro, imponiendo además multas que pueden ascender hasta a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 30 de la Ley 222 y 86).
- Se prohíbe a la subordinada tener a cualquier título partes de interés, cuotas o acciones en la sociedad que las dirijan o controlen. Al tenor de lo establecido por el artículo 262 del Código de Comercio, modificado por el artículo 32 de la Ley 222, serán ineficaces los negocios que se celebren, la subordinada no puede invertir así como percibir en usufructo, prenda anticresis, depósito o a cualquier otro título, partes de interés, cuotas o acciones de las sociedades que la controlen.
- Comprobación de operaciones con las subordinadas. El artículo 31 de la Ley 222 de 1995 dice:

Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo consideran necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

- Presentar estados financieros de propósito general consolidados. Según lo establecido por el artículo 35 de la Ley 222 de 1995. En dichos estados deben dar cuenta de la situación financiera, de resultados de las operaciones, de cambios de patrimonio, de flujo de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinadas como si fuesen un solo ente. Además deben estar aprobados en las reuniones ordinarias de cada una de las sociedades vinculadas subordinadas.
- Pago del dividendo en acciones o cuotas de sociedad. Artículo 33 de la Ley 222. En las sociedades puede pagarse el dividendo en forma de acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, si así lo dispone el máximo órgano social con el voto del 80% de las acciones representadas en la reunión. Posibilidad que no existe cuando se configura una situación de control, evento en el cual sólo podrá pagarse el dividendo en acción o cuotas a los socios o accionistas que lo acepten.
- La de la acumulación procesal de concordatos de entidades vinculadas subordinadas. El artículo 148 de la ley 222 permite la acumulación de procesos cuando se dan entre matrices y subordinadas que estén vinculadas entre sí, por su dependencia económica o porque obran por conducto de otra persona jurídica. Lo cual trae como consecuencia el que se apruebe o impruebe un solo acuerdo concordatario por los acreedores y deudores.
- Derivar responsabilidad personal de la controlante por obligaciones de la subordinada: Parágrafos del artículo 71, 148 y 207 de la ley 222

**Ley 222, artículo 71.** Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital 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.

**Ley 222, artículo 148. PARÁGRAFO.** 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.

**Ley 222, artículo 207.** Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario. La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.

**Ley 1116 de 2006, artículo 61.** 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 ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o en 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 del 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.

Esta situación de control la cual debe ser declarada lo que quiere es darle publicidad a las personas que de una u otra forma pueden verse beneficiadas por algún interés, como son los socios pues éstos son los que tienen capital (acciones – cuotas) en las sociedades involucradas, el Estado como acreedor, las competencias o sociedades que desarrollen el mismo objeto social, en aras de

identificar un monopolio, en el caso de sindicatos y para las entidades que vigilan todas estas actividades.

La declaración de unidad de empresa trae como consecuencia el mismo régimen de la controlante a la controlada en los aspectos salarial y prestacional.

La unidad de empresa, ¿genera por sí misma la solidaridad?

Si anteriormente se había hecho énfasis en que en las sociedades de personas se da la solidaridad, con más razón se da la unidad de empresa por el control existente (control económico), por cuanto la controlante se podría mirar como una garantía para los acreedores de la sociedad controlada.

### **3.1 LA UNIDAD DE EMPRESA EN LOS CASOS DE ESCISIÓN**

En los casos de escisión es necesario analizar cada caso concreto para llegar a establecer si es posible la configuración de la unidad de empresa.

### **3.2 LA UNIDAD DE EMPRESA EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS**

El concepto de Grupo de Empresas, ¿genera la figura de la unidad de empresa?

No siempre el grupo de empresas genera la unidad de empresa, por cuanto es necesario que concurren los elementos de la unidad de empresa.

Ambas poseen unas características diferentes que las constituyen por un lado la unidad de empresa que requiere una dependencia económica. Puede ser de una misma persona natural o jurídica, donde realizan actividades similares, conexas o complementarias y por último que tenga trabajadores a su servicio. De otro lado el

grupo de empresas requiere para su configuración del vínculo de subordinación y de la unidad de propósito y dirección.

La unidad de empresa es una institución laboral y el grupo de empresa es una figura comercial.

No son prerrequisito la una de la otra.

Para consolidarse la una o la otra es necesario que se consoliden todos los requisitos que las componen.

#### **4. LA SUBSISTENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA FUSIÓN Y EN LA ESCISIÓN DE EMPRESAS**

Los llamados convenios colectivos comprenden las convenciones colectivas, los pactos colectivos y el contrato sindical. Sobre ésta última modalidad no nos vamos a pronunciar en este trabajo, ya que será materia de estudio independiente, por el amplio e intrincado manejo que requiere.

##### **4.1 LAS CONVENCIONES COLECTIVAS Y LOS PACTOS COLECTIVOS EN LOS CASOS DE FUSIÓN**

Al menos en teoría, es posible encontrar cuatro hipótesis relacionadas con las convenciones colectivas:

- Empresa absorbente con convención colectiva, empresa absorbida con convención colectiva.
- Empresa absorbente con convención colectiva, empresa absorbida sin convención colectiva.
- Empresa absorbente sin convención colectiva, empresa absorbida con convención colectiva.
- Empresa absorbente sin convención colectiva, empresa absorbida sin convención colectiva. En este caso no habría ningún tipo de conflicto con relación al tema.

Y con respecto a los pactos colectivos caben similares posibilidades.

Pero además podría ser que en una empresa haya convención colectiva y en la otra empresa haya pacto colectivo; en este caso, perfectamente podría subsistir el pacto colectivo junto con la convención colectiva.

**CASO 1:** Empresa absorbente con convención colectiva, empresa absorbida con convención colectiva. Este tema será tratado desde el Decreto 904 de 1951 hasta la Jurisprudencia de la Corte Constitucional al año 2008.

El Decreto 904 de 1951 nos dice expresamente en su articulado que no puede haber dos convenciones colectivas en una empresa.

También es cierto que la sola fusión no es una causal para dar por terminada la Convención colectiva y la existencia de los sindicatos, esa figura del Derecho Comercial no puede afectar un Derecho Constitucional tan importante como lo es el de asociación de los trabajadores.

Al sindicato de la empresa absorbente no le pasa nada; el sindicato de la empresa que desapareció subsiste también. El problema está es en la subsistencia o no de las convenciones colectivas; como sólo puede haber una Convención y ambas están vigentes, el problema es determinar cuál de las dos sigue vigente. Sobre este tema encontramos varias posiciones:

- a) La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de homologación de septiembre de 1990, radicado 4077, Magistrado ponente: doctor Hugo Suescún Pujols, la Corte plantea una solución basada en el principio de favorabilidad, dicha solución consiste en conformar un tercer régimen tomando las partes más favorables de cada Convención colectiva. No compartimos la posición de la Corte, criticamos esta posición porque es muy abierta y se presta para que se dé la coexistencia de Convenciones colectivas en una empresa.

b) La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de abril de 2006, Magistrada ponente: doctora Isaura Vargas Díaz, radicado 24425. La Corte plantea la siguiente solución y hace las siguientes precisiones:

\* Primero nos dice que para los casos de fusión no es aplicable el artículo 1 del Decreto 904 de 1951, ya que los supuestos fácticos que le dieron origen a la expedición de dicha norma son completamente diferentes a los actuales, nos dice que para el momento en que fue expedido el Decreto no se encontraba regulado en nuestra legislación el fenómeno de la fusión y que la norma fue creada para impedir la proliferación de Convenciones colectivas que se venían dando dentro de un mismo ámbito laboral.

\* Ya en el tema de la coexistencia, se debe precisar que las Convenciones colectivas no fueron celebradas en circunstancias iguales y fueron celebradas por partes diferentes, por lo tanto no pretenden regular situaciones en un mismo ámbito laboral, por ende cree la Corte que este artículo no puede ser aplicado a los casos de fusión empresarial.

\* La Corte precisa que en los casos de fusión de empresas se generan dos momentos:

- El primero de ellos es la independencia convencional, es este momento se debe tener en cuenta que las Convenciones fueron celebradas en momentos diferentes y en circunstancias que se vivían en particular en cada empresa y que fueron el resultado del proceso de una negociación colectiva entre dos partes específicas y determinadas por sus condiciones. Por eso se ve la necesidad de que sean aplicadas simultáneamente sin llegar a la creación de una tercera con las partes más favorables de cada una de ellas.

- El segundo momento es el de la integración convencional, consistente en la creación de una nueva Convención colectiva, consiste en realizar una negociación colectiva con los trabajadores amparados por cada una de las Convenciones.

Como conclusión tenemos que se da la aplicación de las dos Convenciones hasta que los trabajadores amparados por ellas celebren con la empresa una sola Convención colectiva que los rija a todos.

- c) Jairo Burgos de La Espriella, *Ámbito Jurídico*, Bogotá, 10 al 23 de mayo de 1999, nos plantea la siguiente solución: aboca la coexistencia de ambas Convenciones mirando cuáles son los trabajadores que se encontraban amparados por cada una de ellas, para que los rija conforme a lo convenido en cada una de las sociedades fusionadas, esto se dará hasta el vencimiento de cada Convención, y luego se celebrará una nueva que le sea aplicable a la totalidad de los trabajadores.

La crítica a esta solución es la prohibición de la coexistencia de varias Convenciones, sólo puede haber una Convención colectiva en la empresa, también debemos tener en cuenta que es muy gravoso para la empresa mantener dos Convenciones colectivas.

- d) Trabajo de grado: “Relaciones de Trabajo en los procesos de fusión”, Diana Cerón Otoyá y Tatiana Pfalzgraf Clavijo, Director: Carlos Hernán Godoy Fajardo, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000. Aquí encontramos la siguiente solución propuesta: se hace una precisión sobre la clase de fusión, lo cual es de suma importancia porque se dan efectos diferentes: si con la fusión se crea una nueva sociedad (fusión por constitución de nueva sociedad), no puede haber comunicación entre las Convenciones colectivas, en virtud del principio de la no

coexistencia de Convenciones colectivas, debemos mirar también aquí el tema de la sustitución patronal, ya que si las empresas terminan sus contratos de trabajo con los respectivos permisos del Ministerio de la Protección Social, también desaparece la Convención colectiva de trabajo porque ya no habría una relación laboral que es la base para la existencia de las Convenciones. Ya en el caso de la fusión por absorción plantean la coexistencia de las Convenciones hasta el vencimiento del plazo para el cual fueron pactadas, esto para que las empresas sean más responsables en los procesos de fusión y estudien muy bien las circunstancias laborales que rigen de forma específica y exclusiva a los trabajadores de una y otra, para que de esta manera se busquen soluciones de manera anticipada a la fusión.

- e) La Corte Constitucional en sentencia T-1005 de 2000, Magistrado ponente: doctor Antonio Barrera Carbonell, plantea la siguiente solución: se debe mirar cuál es la Convención más antigua y de esta manera incorporar a la más antigua las posteriores, teniendo en cuenta siempre el principio de favorabilidad en beneficio del trabajador. Aquí estaríamos en frente de la creación de una nueva Convención colectiva con aportes de ambas sin que se realice el proceso establecido para la creación de una nueva Convención colectiva.

La crítica que hacemos a esta solución de la Corte es que no nos precisa qué significa que sea la más antigua, lo cual presentaría problemas a la hora del análisis de la antigüedad de las Convenciones. Está dando aplicación al artículo 1 del Decreto 904 de 1951.

Debemos recordar que estas sentencias de revisión de Tutela tienen efectos interpartes y no erga omnes.

f) La Corte Constitucional en la Sentencia C-063 de 2008, Magistrada ponente: doctora Clara Inés Vargas Hernández, analizó el artículo 26 numeral 2 del Acto Legislativo 2351 de 1951, en donde se establecía básicamente que en caso de coexistencia en una misma empresa de un sindicato de base con uno gremial o de industria, para efectos de la contratación colectiva, la representación corresponda exclusivamente al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa.

Allí la Corte hace un análisis profundo y analiza la importancia del Derecho sindical en todas sus esferas, a su vez examina si dicho artículo vulnera la Constitución y los Tratados de la OIT que protegen el Derecho sindical. Y como conclusión considera que dicho numeral es trasgresor principalmente de los derechos sindicales de los sindicatos minoritarios en cuanto sus ideales y propuestas se verían afectados por aquel que participa directamente en la negociación.

**CASO 2:** Empresa absorbente con convención colectiva, empresa absorbida sin convención colectiva.

Hay que analizar entonces si el sindicato es mayoritario o no; si es mayoritario, es porque cobija a más de la tercera parte de los empleados de la empresa y por ende se les aplica a todos los trabajadores de la empresa.

Puede suceder que con la absorción el sindicato se vuelva minoritario; puede ocurrir entonces:

1. Al dejar de ser un sindicato mayoritario nace la posibilidad de celebrar pactos colectivos por el hecho de convertirse en un sindicato minoritario a

raíz de la fusión, empieza a subsistir una Convención colectiva con uno o varios pactos colectivos.

2. Al dejar de ser un sindicato mayoritario a partir de ese momento sólo se les aplica la Convención colectiva a los trabajadores que estén sindicalizados, lo cual puede generar un impacto laboral muy grande porque al dejar de ser sindicato mayoritario se ven afectados los demás trabajadores no afiliados al sindicato. Se darían entonces tensiones por parte de los trabajadores a quienes ya no se les aplica la Convención colectiva que se les venía aplicando. Sus argumentos para ir en contra de ello serían:

a) Derechos adquiridos: Al respecto podemos decir que derecho adquirido es aquél que ha ingresado al patrimonio, y en este caso el beneficiarse de una Convención sin ser afiliado al sindicato no le da la categoría de reclamar a través de la figura de derecho adquirido, a diferencia de los afiliados al sindicato que sí hacen parte de dicho contrato.

b) El principio de la condición más beneficiosa: contenido en el artículo 53 de la Constitución Nacional. En cuanto a este principio, sobre el cual no se necesita que haya duda sino que simplemente haya un momento jurídico donde hay que tomar una decisión y la decisión se toma a favor del trabajador. Con base en esto, si una fusión se hace por el interés de la absorbente, no hay razón para que los trabajadores pierdan si los empresarios están ganando con esta absorción; hay que mirar el tema de cara al Estado Social de Derecho.

Pero en la realidad lo que se puede hacer es crear un pacto colectivo para evitar estos problemas, es la solución más estratégica en las relaciones obrero-patronales.

**CASO 3:** Empresa absorbente con pacto colectivo, empresa absorbida sin pacto ni convención colectiva.

En este caso sólo se benefician del pacto colectivo quienes lo suscriben o se adhieren a él, ese pacto sólo se aplica a estas personas, no se extiende a nadie más. El fundamento para ello es el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo, que enuncia:

**Código Sustantivo del Trabajo, artículo 481.** Los pactos entre patronos y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas para las convenciones colectivas, pero solamente son aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### NORMATIVA

Código de Comercio.

Código Sustantivo del Trabajo.

Decreto 904 de 1951.

Ley 222 de 1995.

### JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia T-1005 de 2000, Magistrado ponente doctor Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, sentencia C-063 de 2008, Magistrada ponente doctora Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de abril de 2006, Magistrada ponente doctora Isaura Vargas Díaz, radicado 24425.

Sentencia de homologación de septiembre de 1990, radicado 4077, Magistrado ponente doctor Hugo Suescún Pujols.

Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia del 21 de abril de 1994, radicado 604.

Sentencia del 24 de enero de 2002, expediente número 16415, Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

## DOCTRINA

BOTERO, Jorge Humberto. Reforma del Código de Comercio y otros temas.

BURGOS DE LA ESPRIELLA, Jaime. Ámbito Jurídico. Bogotá: 19 al 23 de mayo de 1999.

CAMACHO, Guillermo. Derechos del trabajo, relaciones colectivas.

CERÓN OTOYA, Diana y PFALZGRAF CLAVIJO, Tatiana. Relaciones de Trabajo en los procesos de fusión. Trabajo de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral.

HENAO RESTREPO, Darío. Nuevos enfoques del Derecho Comercial. Primera edición, 1995.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto número 96014283 del 2 de abril de 1996.

[http://www.contabilidad.com.co/rss/2\\_Normatividad/Conceptos/C2\\_Laborales/Cpto%2000137%2010-01-2006 %20Minproteccion.htm](http://www.contabilidad.com.co/rss/2_Normatividad/Conceptos/C2_Laborales/Cpto%2000137%2010-01-2006%20Minproteccion.htm)