

GRUPOS EMPRESARIALES, ESCISIONES Y FUSIONES: REFERENCIAS A LOS DERECHOS LABORALES

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ

La reforma mercantil de la Ley 222 de 1995 reguló algunos aspectos empresariales de importancia con incidencia directa en aspectos laborales, como quiera que no se concibe una empresa sin trabajadores y a estos les corresponden unos derechos que están a su vez reglamentados por el Código Sustantivo del Trabajo.

Sin vanas pretensiones de agotar el tema, y mas como puntos de discusión y de inquietudes, se traen algunas consideraciones sobre tres temas concretos: **fusión y escisión de empresas y conformación de grupos empresariales.**

Se partirá en este escrito de la noción básica dada por la legislación mercantil para luego hacer la referencia obligada a los asuntos atinentes con el derecho del trabajo.

I) LA EXISTENCIA DE UN GRUPO EMPRESARIAL Y LAS OBLIGACIONES LABORALES DE LAS EMPRESAS QUE LO CONFORMAN

La reforma del Código de Comercio contenida en la Ley 222 de 1995 en su capítulo IV, artículos. 26 a 33, relacionado con MATRICES Y SUBORDINADAS, reguló el tema de los GRUPOS EMPRESARIALES.

El objeto de estas normas está encaminado a la protección tanto de la libertad de empresa como de los principios de libre competencia, defensa de consumidores e incluso tiene proyecciones en materia tributaria, como una respuesta del Estado a la necesidad de regular y evitar el desbordamiento del desarrollo del capitalismo industrial, de las sociedades por acciones, y del mercado de capitales y la participación internacional de las empresas.

Sus efectos, de acuerdo con la ley, "señalan precisas medidas de control y publicidad de la actividad empresarial conglomerada, para hacer efectiva la transparencia en el ejercicio del comercio y en el manejo de los recursos económicos". (Grupos Empresariales y Subordinación", Andrés Forero M., Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996).

La norma que los consagró o artículo 28 de la Ley en cita, señala:

GRUPO EMPRESARIAL: Habrá grupo empresarial cuando además del círculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que exista unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades 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 lo originan.

De la lectura del precepto transcrito, se deduce que para que se pueda predicar la configuración de un GRUPO EMPRESARIAL son requisitos básicos la coexistencia y concurrencia de PLURALIDAD DE COMPAÑÍAS, VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN, UNIDAD DE PROPÓSITO Y UNIDAD DE DIRECCIÓN

En otros términos: El grupo empresarial tiene tres elementos característicos que involucran: " la pluralidad de las compañías, la unidad de designio y el control en cuanto a sus políticas, que impone una misma persona con poder suficiente en las mismas compañías" ("Los Grupos Económicos en el Sector Financiero ", Darío Laguado Monsalve).

Las precisiones que preceden, llevan a la afirmación de que la norma es explícita

sobre el entender del vocablo unidad de propósito y dirección, por cuanto se les define en el inciso segundo de la norma en cita, siendo criterio que se reafirma por la Superintendencia de Sociedades y que considero de interés y para los fines de este escrito consignar:

Se puede afirmar que se presenta unidad de propósito cuando la relación de la entidades involucradas a través de la subordinación presenta una finalidad que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la elección de un fin o designio que se asume en beneficio del grupo, sin perjuicio de la actividad correspondiente de los sujetos que lo componen.

Existe unidad de dirección cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante, que tiene la facultad de decisión, y ello con el propósito de que todas actúen no sólo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros, sean ellos explícitos o no.

Será el estudio de las condiciones y relaciones que se verifican entre los sujetos en cada caso en particular, el que determinara la existencia de grupo empresarial. En el evento de presentarse discrepancia en cuanto a los supuestos del grupo empresarial, será la respectiva autoridad administrativa competente quien lo definirá, de oficio o a petición de los interesados, efectuando el análisis particular de cada caso." (Supersociedades, circular externa 30 del 26 de noviembre de 1997)

Pero, también es de importancia establecer que el VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN y lo que por él mismo se entiende, constituye el elemento básico o prioritario para los efectos de la existencia o no del GRUPO EMPRESARIAL.

Por ello, para determinarlo y delimitar sus efectos mercantiles, es necesario tener en cuenta en primer lugar el concepto de subordinación y en segundo lugar el de las presunciones de subordinación razón por la cual debe acudir al criterio del legislador y hacer la transcripción de las normas que los contienen, así:

Artículo 260 C. de Cío. . Modificado Ley 222 de 1.995, artículo 26: Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra o otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, de cuyo caso se llamará subsidiaría.

Artículo 261 C. de Cío. Modificado Ley 222 de 1.995, artículo 27: Presunciones de Subordinación. Será subordinada una Sociedad cuando se encuentre en una o más de los siguientes casos:

- 1) *Cuando mas del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz directamente o por intermedio o con el concurso de subordinadas, o de las subordinadas de estas. 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 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 estas 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.

Estudiados los elementos que se derivan de los textos transcritos, se infiere que para que exista GRUPO EMPRESARIAL deben concurrir dos elementos o factores, a partir del presupuesto sine qua-non de la existencia de pluralidad de empresas:

- a) La subordinación mercantil está referida al poder de decisión dentro de una empresa, en los casos en que ésta se encuentra sometida a la voluntad de otra u otras personas que se considerarán su matriz, o cuando con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz se logra el sometimiento referido.

La presunción de subordinación no hace cosa diferente que insistir en la posibilidad de situaciones de control derivadas de la definición de subordinación en los términos del ya citado art. 26 de la Ley 222 de 1.995.

Ha de anotarse que de tiempo atrás se ha entendido que "Las personas naturales pueden ejercer el control o subordinación en las sociedades comerciales, siendo dable afirmar que en los eventos en que el controlante o los controlantes aglutinen bajo su subordinación varias personas jurídicas, y practiquen sobre ellas una subordinación activa, esto es, aplicar el rigor de su poder con el fin de obtener unos resultados planeados, utilizando para ello el grupo de personas jurídicas que se encuentran bajo su dominio, indudablemente estamos frente a un grupo empresarial, razón por la cual debe darse aplicación a lo ordenado en el art. 30 de la Ley 222 que consagra la obligación de otorgar el documento privado en el cual conste la situación de control y proceder a su inscripción en el registro mercantil..." (Supersociedades, oficio 220-50924, Nov. 12 de 1.996).

- b) La unidad de propósito y dirección, que se sustenta en que la existencia y actividades de todas las entidades persigan "la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante", ya sea que se trate de una persona jurídica o natural.

Establecidos así los elementos que dan lugar a la existencia de GRUPO EMPRESARIAL, debe concluirse que esta es una figura autónoma y propia del Derecho Comercial, y que resulta de interés para los fines propuestos, encontrar sus similitudes o disimilitudes con el concepto laboral de UNIDAD DE EMPRESA (Institución autónoma propia del derecho del trabajo) y las consecuencias que la existencia de un grupo empresarial pudiese tener en la institución aludida.

Antes de abordar el tema, debe recalcar el hecho de que mientras las instituciones del Código de Comercio han tenido una modificación y modernización casi permanente, que ha cambiado la estructura de instituciones propias de la legislación mercantil, en el caso de las derivadas de la legislación laboral y pese a los cambios que se han dado, se da una permanencia, las mas de las veces aferrada a viejos axiomas o principios, que no permite con claridad (dado que su concepción obedece a otros referentes políticos y filosóficos) encontrar de manera expedita la armonización entre unas y otras, y por ende establecer las consecuencias laborales derivadas de los nuevos criterios del derecho mercantil.

Con esta salvedad, hemos de establecer que el concepto de UNIDAD DE EMPRESA, pese a los fallidos propósitos de la Ley 550 de 1999 por derogar el precepto que lo contenía (Cfr. su Art. 75 que posteriormente fue declarado inexecutable por la Corte

Constitucional), en su estructura corresponde al mismo concepto que viene desde que el Código Sustantivo del Trabajo fue promulgado, con una aclaración acerca de la entidad que podía hacer su declaratoria establecida por el art. 15 del D.L. 23451 de 1965 y un nuevo inciso (el tercero) adicionado por el art. 32 de la Ley 50 de 1.990.

De manera que el artículo 194 del CST vigente define la UNIDAD DE EMPRESA, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 194 CST: DEFINICIÓN DE EMPRESA.

1. *Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente, de la 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 subsidiaria este localizada en una zona de condiciones económicas similares a la de la principal, a juicio del ministerio o del juez de 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 exportaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, solo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas, después de un plazo de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de éste beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio del 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.*

La Ley laboral, a diferencia del criterio que utilizó la mercantil para los eventos de existencia de grupo empresarial, parte de un supuesto diferente.

Mientras que la Ley mercantil lo sustenta con referencia al poder de dirección y a la unidad de propósito como subordinación a una persona natural o jurídica que se considera matriz, la Ley laboral estructura la UNIDAD DE EMPRESA con referencia a:

- a) El concepto de empresa, cuya definición se da en el artículo 25 del C. de Cío., entendiéndose como "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios", el cual es sinónimo del de "unidad de explotación económica", que como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia "es simple hecho, que, que se revela por su existencia y como requisito suficiente para los fines de la Ley Laboral" (C.S.J.-Sala de Casación Laboral, Sent. Junio 6 de 1.972).
- b) La posibilidad de que existan varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que "correspondan a actividades similares, conexas o complementarias", y que en el caso de personas jurídicas se extiende a "las principales y subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementales".

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha sido puntual: "*Si bien el cumplimiento de actividades similares, conexas o complementarias constituye un elemento de la UNIDAD DE EMPRESA, el principal requisito para su configuración, según la hipótesis del segundo ordinal del art. 32 de la Ley 50 del 90, es el predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias*" (C.S.J.-Sala de Casación Laboral, Sent. Noviembre 3 de 1.998).

Es importante agregar el criterio del tratadista GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY, para quien en los casos de varias empresas: "*En el supuesto de que tales entidades estén constituidas como personas jurídicas, la declaración de UNIDAD DE EMPRESA, no puede significar desconocimiento de esa situación, pues es claro, a la luz de la legislación colombiana, que administrativamente no es posible, tratándose de sociedades comerciales, desconocer o revocar los actos por medio de los cuales se ha dotado de personería jurídica a una entidad de esta naturaleza*", pese a los propósitos del Legislador de salvaguardar los fines de la denominada *Ley de Legislación Social* "(Cfr. "Derecho del Trabajo", Ed. Temis).

Entonces, la declaratoria de la unidad de empresa parte del supuesto del principio de la realidad que debe imperar en todas las expresiones del trabajo, según la consagración constitucional al respecto, por lo cual está sustentada en la existencia de entidades que aparentemente son diferentes pero que se ocupan de labores

iguales, conexas o complementarias, cuando son de propiedad de una misma persona natural o jurídica, por lo que el fin del precepto legal está determinado a reducirlas desde el punto de vista económico a una sola entidad, para los efectos previstos en las leyes del trabajo. Por lo anteriormente expresado, debe señalarse que la declaratoria de unidad nunca ha sido entendida como una sanción sino como "una medida preventiva para adelantarse a un eventual incumplimiento de la legislación social".

Esto es, la finalidad de la institución laboral difiere de manera sustancial de la mercantil.

De lo así expuesto se infiere que puede coincidir el concepto de GRUPO EMPRESARIAL con el de UNIDAD DE EMPRESA, pero siempre y cuando entre la empresa matriz o subordinada y las filiales o subordinadas, concorra el requisito de similitud, conexidad o complementariedad de la actividad. O dicho en otros términos de la existencia de un GRUPO EMPRESARIAL no necesariamente se deriva la de la UNIDAD DE EMPRESA.

A mi juicio a más del acto que declare la existencia del grupo empresarial, e independientemente de éste, la decisión sobre unidad de empresa corresponde de manera autónoma y privativa al Ministerio del Trabajo o a la Jurisdicción Ordinaria del Trabajo.

Entonces, para los efectos que una decisión mercantil con connotaciones laborales pudiese generar, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 194 ya citado, en el sentido que: *"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 éste localizara en una zona de condiciones económicas similares a la de la principal a juicio del Ministerio o de Juez del Trabajo"*.

Es apenas obvio, que si la declaratoria de grupo empresarial determina la unidad de empresa, por así derivarse de la realidad y objeto social de las personas que conforman el grupo, los trabajadores de las varias empresas deberán - si pretenden la declaratoria de unidad de empresa- buscar una definición administrativa (acto administrativo del Ministerio del Trabajo, que deja abierta la posibilidad de agotamiento de la vía gubernativa y ejercicio posterior de las acciones contenciosas ante la jurisdicción administrativa) u obtener la decisión por vía judicial, cuya competencia está radicada en la jurisdicción laboral ordinaria. Obtenida esta declaración los trabajadores deberán proceder a hacer efectiva la unificación de salarios y prestaciones.

Por constituir la vía más rápida para un pronunciamiento en éste sentido, se preferirá la intervención de las autoridades administrativas del trabajo, por lo que los trabajadores, es de presumir, buscarían esta opción y más teniendo en cuenta que en las decisiones de estos funcionarios confluyen elementos de juicio tanto legales como de conveniencia administrativa y política.

Resulta de interés, como colofón de este aparte, hacer algunas consideraciones acerca de a quienes corresponde la posibilidad de demandar la unidad de empresa como consecuencia de la conformación del grupo empresarial, por tener el interés jurídico para hacerlo:

Cuando la norma ya citada se refiere a la procedencia de la declaratoria a petición de parte, ha de entenderse con referencia a la persona o personas que tengan interés jurídico directo en su declaratoria, por lo que la petición es jurídicamente procedente cuando se hace por los trabajadores de la empresa, sean o no sindicalizados, o eventualmente y desde el punto de vista teórico, por la empresa misma.

En cuanto al Sindicato al que estén afiliados los trabajadores de la empresa cuya unidad se pretende, ha de partirse de la definición que de Sindicato hace el art. 1º de la Ley 584 de 2000 en que de manera por demás clara reafirma que el fin del ejercicio del derecho de asociación es procurar la defensa de los intereses de los asociados, precepto que se complementa con la función sindical que contempla el art. 373 CST en sus ordinales 4º y 5º que textualmente establecen:

- 4º *Asesorar a sus asociados en la defensa de los derechos emanados de un contrato o de la actividad profesional correspondiente, y representarlos ante las autoridades administrativas, ante los patronos y ante terceros.*
- 5º *Representar en juicio o ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva y representar esos mismos intereses ante los patronos y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo, procurando la conciliación.*

De lo anterior se deduce que el sindicato también tendría la opción de promover la declaratoria de unidad, como representante que es de los intereses económicos comunes de los asociados.

II. LA ESCISIÓN DE EMPRESAS Y SUS IMPLICACIONES LABORALES

La pregunta obligada, al abordar el tema, podría formularse de la siguiente manera: En el caso de escisión de empresas qué obligaciones laborales surgen para la empresa escindida y la beneficiaria o las beneficiarias con referencia a los derechos de los trabajadores?.-

A fin de responder la cuestión, se procederá a los razonamientos que se esbozan a continuación:

Concepto Jurídico de escisión :

La escisión aparece definida y reglamentada en nuestro ordenamiento mercantil a partir de la Ley 222 de 1995, artículos 3 a 10.-

Hay lugar a escisión, cuando :

- a) *"una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o mas sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades", o*
- b) *"cuando (la sociedad) se disuelve sin liquidarse, y divide su patrimonio en dos o mas partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades."*

Dentro de esta figura jurídica aparecen vinculadas dos sociedades : En primer lugar la SOCIEDAD ESCINDIDA, esto es la que es objeto de escisión por una de las posibilidades ya anotadas, y las SOCIEDADES BENEFICIARIAS, concepto que corresponde a las destinatarias de los bienes del patrimonio de la sociedad escindida.-

Posibilidades con referencia a las obligaciones laborales de los trabajadores vinculados a la sociedad escindida y a las sociedades beneficiarias :

Al respecto se pueden dar las siguientes variables:

LOS TRABAJADORES DE LA SOCIEDAD ESCINDIDA (TODOS O ALGUNOS) PASAN A DEPENDER DE LA NUEVA SOCIEDAD:

En primer lugar, es evidente la posibilidad de la existencia de una **SUSTITUCION PATRONAL**, en la medida en que se den las condiciones exigidas por el art. 67 del

C.S.T., esto es : a) que se opere el cambio de un empleador por otro por cualquier causa (lo que evidentemente se da en la escisión por ser base de la misma como efecto de la transferencia de patrimonio) , b) que haya continuidad de la prestación del servicio por parte del trabajador (es elemento que igualmente concurre), c) que la continuidad en el trabajo se produzca en razón del contrato de trabajo que se tenía con la sociedad escindida (lo anterior explica que si al producirse la escisión se dio una terminación de contratos de trabajo y con la sociedad beneficiaria se suscribieron nuevos contratos, ya se rompería con uno de los requerimientos legales de la existencia de la sustitución), y d) continuidad de la empresa, que se da con referencia al ejercicio del objeto social (igual o parcial) de la empresa que se escinde.

También cabría la posibilidad de que en la empresa escindida existiese un régimen laboral complementario derivado de convención colectiva, pacto colectivo o de cualquiera otra naturaleza.-

Partiendo de los principios tutelares derivados de los fines mismos de la legislación laboral, ha de concluirse la lógica aplicación de esos derechos a los trabajadores provenientes de la escindida, ya que en otra forma se estaría produciendo un desconocimiento unilateral de los derechos del trabajador, y adicionalmente se convertiría en expediente para desconocer derechos derivados del ejercicio de la asociación sindical.- Es entendido que dichos derechos subsisten mientras se encuentre vigente la convención, pacto o fuente del derecho que los consagró.

En la hipótesis analizada, podría acontecer que en la sociedad escindida no existieran derechos extralegales o convencionales y en la sociedad beneficiaria, si.- Por el solo hecho de la escisión los trabajadores de la sociedad escindida no gozan de los beneficios extralegales. Empero, al pasar los trabajadores de la sociedad escindida a ser subordinados de la sociedad beneficiaria, podría darse una extensión en la aplicación de la convención ya sea porque los sindicalizados beneficiarios excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa (art. 471 C.S.T.), o porque los trabajadores se adhieran a la convención o se afilien al sindicato (art. 470 C.S.T) o en el caso de pacto colectivo que se adhieran al mismo (art. 481 C.S.T.).

Otra opción es que en la sociedad escindida y en la beneficiaria existan regímenes ya sea de orden convencional o derivado de pacto colectivo,- Se considera que en este caso para cada uno de los grupos de trabajadores (el de la sociedad beneficiaria y el de la sociedad escindida que se traslada a la beneficiaria) continúan rigiendo los derechos que venían de sus respectivas sociedades, hasta que el vencimiento de la convención o pacto determine la posibilidad de la unificación de regímenes, lo que no genera la obligatoriedad de su ocurrencia en cuanto a los regímenes

convencionales, ya que pueden haber surgido de convención colectiva pactada con sindicatos de diferente naturaleza o de dos sindicatos de empresa, casos todos en los cuales podrían subsistir los diferentes derechos consagrados.

Otro efecto posible, se origina frente a la **UNIDAD DE EMPRESA**, definida por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, que en el caso concreto de LAS PERSONAS JURÍDICAS se genera (como ya se consagró en otro aparte de este escrito) entre la empresa "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 en el 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"

En este caso es importante entonces determinar acerca del objeto de la sociedad beneficiaria con referencia al de la escindida, y si ésta continúa desarrollando un objeto similar, conexo o complementario (o parcialmente uno de los objetos sociales de la sociedad escindida) y, adicionalmente si ésta predomina económicamente frente a la filial o subsidiaria, se estará frente a los efectos que la ley laboral prevé.

Si la escisión implica la disolución de la escindida, por carencia de materia se excluye toda posibilidad de unidad de empresa.

Adicionalmente y para el caso de la escisión, deben tenerse en cuenta las **RESPONSABILIDADES Y SOLIDARIDADES DERIVADAS DEL NEGOCIO JURÍDICO DE ESCISIÓN**, que considero se extienden en el caso de créditos laborales cuando la legislación del trabajo no tenga prevista una norma propia y que se sintetizan de la siguiente manera:

- i. si se trata de créditos laborales estructurados con anterioridad a la publicación que deben hacer las sociedades que intervienen en la escisión en un diario de amplia circulación nacional o del domicilio social de cada una de ellas, los acreedores laborales podrían exigir dentro de los 30 días siguientes a la fecha del último aviso "garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos", siempre y cuando no se disponga de dichas garantías o cuando por el resultado de la escisión "los activos de la sociedad escidente y de las beneficiarias, según el caso, representen por lo menos el doble del pasivo externo" (art. 6 Ley. 222/95)

- ii. "cuando una sociedad beneficiaria incumpla alguna de las obligaciones que asumió por la escisión o lo haga la escidente respecto de obligaciones anteriores a la misma (y en ambas posibilidades se incluyen las obligaciones laborales), las demás sociedades participantes responderán solidariamente por el cumplimiento de la respectiva obligación.- En este caso la responsabilidad se limitará a los activos netos que les hubieren correspondido en el acuerdo de escisión" (art. 10 Ley 225/05)
- iii. cuando un pasivo laboral de la sociedad escidente que por efectos de esta se disuelve, no fuere atribuido a alguna de las sociedades beneficiaria, estas responderán solidariamente por la correspondiente obligación.(art. 10 Ley 222/95)
- iv. la legislación mercantil contempla el hecho de que cuando la sociedad escidente por efectos del proceso de escisión se disuelva, se entenderá liquidada, surgiendo por tal razón para su representante legal o liquidador las responsabilidades personales consagrados en el art. 167 de la Ley 222 de 1995.-

A LA SOCIEDAD O SOCIEDADES BENEFICIARIAS , POR RAZONES DE LA ESCISIÓN, NO SE PRODUCE EL TRASLADO DE TRABAJADORES.

En este caso solamente se aplican las consideraciones hechas con referencia a la UNIDAD DE EMPRESA y las SOLIDARIDADES Y OBLIGACIONES derivadas de la misma institución de la ESCISION, a las cuales ya he hecho amplia referencia.

En cuanto a las posibilidades derivadas de una SUSTITUCION PATRONAL, debe tenerse en cuenta que los elementos que la configuran no se manifiestan, por cuanto que en el supuesto del que se ha partido, de la empresa escindida continúan dependiendo , con contrato de trabajo vigente, todos los trabajadores que existían antes de la realización del negocio jurídico.

III) LA FUSIÓN DE EMPRESAS Y LOS DERECHOS LABORALES DERIVADOS DE LA MISMA

La fusión de empresas admite en la legislación colombiana dos modalidades:

- a. La FUSIÓN PROPIA, que se da cuando "una o mas sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva"(art. 172 del C. de Cío.)

- b. La FUSIÓN IMPROPIA, cuyo concepto está recogido en el artículo 180 del C. de Cío. y que tiene lugar en el *"caso de la formación de una nueva sociedad para continuar los negocios de una sociedad disuelta, siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución"*

De las dos normas citadas se deduce que en ambos casos se parte de la extinción de la personalidad jurídica de un ente societario que es objeto de absorción, sea que para el proceso de fusión surja como un presupuesto previo y necesario o que se haya dado la disolución antes de los seis meses de producirse la fusión

Para los casos de fusión propia nada establece la legislación con referencia al objeto social coincidente entre la antigua y nueva sociedad, pero debe entenderse que tanto la sociedad que se disuelve como la sociedad que la absorbe deben tener objeto social similar o se tiene que producir una reforma al respecto, ya que caso contrario no se explicaría cómo la sociedad absorbente podría desarrollar un objeto para el que carece de capacidad jurídica al tenor de lo dispuesto por el art. 99 del C. de Cío.

No sucede lo mismo en tratándose de la fusión impropia, en que aparece como requisito de la misma la invariabilidad en el giro de las actividades o negocios entre la nueva empresa y la empresa disuelta objeto de fusión.

Los efectos patrimoniales de la fusión determinan la responsabilidad de la sociedad absorbente de pagar tanto el pasivo externo e interno de la sociedad o sociedades absorbidas (art. 178 C. de Cío.), entendiéndose que dentro del pasivo están las obligaciones laborales ya causadas.

Esto es que en cuanto concierne con la situación específica de los trabajadores que por razón de la fusión pasen a ser parte de la nueva empresa o respecto de las obligaciones laborales ya causadas de los trabajadores que continúen activos, ha de considerarse que se ha producido una SUSTITUCIÓN PATRONAL en los términos del artículo 67 del CST, por haberse dado el cambio de un empleador por otro y cuando la norma alude a "por cualquier causa", esta está configurada por el proceso de fusión y el surgimiento de una nueva empresa, ya que además la identidad de los negocios es la misma por no haber sufrido variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Entonces, la responsabilidad del antiguo (o de los antiguos) y nuevo empleadores, se circunscribe a los eventos regulados por el artículo 69 del CST, lo que daría

lugar a la aplicación de sus previsiones (no existen otras en el Código de Comercio), y que básicamente determinan las siguientes reglas:

Hay una responsabilidad solidaria de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a la empresa que se fusiona, pero si el nuevo empresario las satisface queda con el derecho de repetir contra el antiguo empleador. El nuevo empleador responderá de las obligaciones que surjan con posterioridad a la escisión.

Queda la posibilidad de que se acuerde con los trabajadores por parte del nuevo empleador el pago definitivo de las cesantías por todo el tiempo de servicio y hasta la sustitución. Si no hay acuerdo deberá responder por el valor de este derecho, pero el antiguo empleador deberá entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible.

Adicionalmente aparecen otras posibilidades con referencia a los DERECHOS LABORALES EXTRALEGALES, respecto de los cuales se podrían hacer las siguientes observaciones:

- a) Si los derechos han surgido por costumbre o por decisión del antiguo empleador, en el caso de la fusión y por efectos de la sustitución, en que los contratos de trabajo continúan vigentes sin modificaciones se entiende que estos derechos persistirán en su existencia, determinando obligaciones radicadas en cabeza del nuevo empleador.
- b) Si se trata de derechos derivados de pacto colectivo se aplicaría también su continuidad, por ser parte del contrato de trabajo.
- c) En el caso de convenciones colectivas podrían presentarse estas situaciones:
 - c.1. Si no existía sino un sindicato de empresa, los derechos derivados de la convención que regía continuarán aplicándose a los sindicalizados y en caso de que agrupe a más de la tarde parte de los trabajadores, a la totalidad de estos (art. 471 del CST).
 - c.2. Si existen dos o más sindicatos de empresa, es claro que pueden coexistir ambos sindicatos (al efecto ha de tenerse en cuenta la inexequibilidad del art. 357 del CST, que lo prohibía, según sentencia de la Corte Constitucional C-567 de 2000) y que los derechos derivados de las convenciones que hubieran pactado continúan vigentes y se aplicarán a sus respectivos afiliados en forma independiente.

La fusión puede operar con referencia a sociedades de responsabilidad limitada, y en este caso (como también con referencia a las demás sociedades) existe para

los socios el derecho de retiro a que alude el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, con las salvedades que pudieren existir con referencia a las colectivas, dada la naturaleza y particularidades de esta sociedad.

Pero, con referencia a la posibilidad de retiro de los socios en el caso concreto de las sociedades de responsabilidad limitada, emerge un aspecto de interés : la responsabilidad personal que los socios asumen en razón de lo preceptuado por el art. 36 del CST.:

Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanan del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, y estos entre si en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre si mientras permanezcan en indivisión.

Entonces, para efectos de las obligaciones laborales y hasta la fecha en que se haga efectivo el derecho de retiro, se dará la responsabilidad solidaria entre los socios de la sociedad absorbente y la sociedad misma con relación a todos los derechos laborales, legales o extralegales, cuyo pago debe asumir la nueva sociedad.

La anterior acotación se extiende a los casos de escisión de empresas en que se de el retiro de socios aquí enunciado.

Son las anteriores algunas de las inquietudes que se pueden dar con referencia a los aspectos anotados, que –entre otras cosas- ponen en evidencia la necesidad de mirar las normas de las diferentes ramas del derecho como un todo que debe ser interpretado de manera sistemática en procura de la armonía y cumplimiento del sistema jurídico de acuerdo con los fines del mismo Estado, que son eminentemente de naturaleza política.

MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN BUCARAMANGA: De la 'tradición' a la 'vanguardia'

DORIS LAMUS CANAVATE