

OFICIO 220-06899 DEL 22 DE ENERO DE 2018

**REF: RADICACIÓN 2017-01-627874 06/12/2017 LIQUIDACION VOLUNTARIA-
TERCERIZACIÓN LABORAL**

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la calificación de créditos en el proceso de liquidación voluntaria de sociedades, con respecto a las obligaciones provenientes de servicios contratados por la modalidad de tercerización laboral.

La consulta se formula en los términos que en seguida se han de resumir:

PETICIÓN

PRIMERA: Cuando una sociedad regida por las estipulaciones del Código de Comercio, ha sido liquidada voluntariamente, las acreencias que se adeudan por concepto de tercerización laboral, tales como temporales, sindicatos médicos, cooperativas, entre otros, ¿Se consideran laborales, es decir créditos de primera clase o se consideran quinta clase en la prelación de créditos?

RÉGIMEN JURÍDICO

PRELACIÓN DE CRÉDITOS - ACREENCIAS LABORALES.

La legislación colombiana en el Código Civil, establece la prelación de créditos de primera a quinta clase, con el fin de que ésta sea tenida en cuenta y respetada al momento de que se liquide una sociedad para el pago de las diferentes acreencias. En lo que concierne a las acreencias laborales en la prelación de créditos, estas se encuentran estipuladas de la siguiente manera:

ARTICULO 2495. CREDITOS DE PRIMERA CLASE. *La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:*

4. Subrogado por el art. 36, Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:
Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo

(...)

De igual manera, el Código Civil define los créditos quinta clase:

(...)

ARTICULO 2509. CREDITOS DE QUINTA CLASE. *La quinta y última clase comprende los bienes que no gozan de preferencia.*

Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha.

(...)

En el sector salud existe una prelación de créditos especial, la cual se estipula en la Ley 1797 de 2016, artículo 12:

(...)

Artículo 12. Prelación de créditos en los procesos de liquidación de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, (IPS), y de las Entidades Promotoras de Salud (EPS). *En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo:*

a) *Deudas laborales;*

b) *Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Seivicios de Salud. En estas deudas se incluirán los servicios prestados o tecnologías prestadas por urgencias, así no medie contrato. En estos casos la liquidación debe desarrollar la auditoría y revisión de cuentas para su reconocimiento en lo pertinente.*

c) *Deudas de impuestos nacionales y municipales;* d) *Deudas con garantía prendaria o hipotecaria, y*

e) *Deuda guirografaria.*

(...)

Con la modificación realizada por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, el Código Sustantivo del Trabajo decreta en su artículo 157 que la prelación de créditos en las acreencias laborales, corresponden a créditos de primera clase:

(...)

ARTICULO 157. PRELACIÓN DE CREDITOS POR SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES. Modificado por el art. 36 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: *Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera*

clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.

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

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

(...)

TERCERIZACIÓN LABORAL - DERECHOS LABORALES

La Constitución Política, en su artículo 25°, respecto al trabajo dispone que:

Artículo 25. *El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.*

En el mismo tenor, el artículo 53 de la Constitución, consagra:

Artículo 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

En el Decreto 583 del 8 de abril de 2016, se da una definición de lo que es la tercerización laboral:

(...)

Artículo 2.2.3.2.1. Definiciones. Para los de la aplicación normas laborales vigentes en los procesos administrativos de inspección, vigilancia y control de todas modalidades de vinculación diferentes a la contratación directa del trabajador por parte se aplicarán siguientes definiciones:

(...)

6. Tercerización laboral: Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes. La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos:

- Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y,
- Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

(...)

De igual manera, el Código Sustantivo del Trabajo, provee una definición de los contratistas independientes:

ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizar/os con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Però el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

En la Sentencia C-211 del 1 de marzo de 2000, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, la Corte empieza a analizar los fenómenos de flexibilización laboral, con ocasión del estudio de constitucionalidad de la creación las Cooperativas de Trabajo Asociado. Desde dicha providencia, la Corporación recalcó la función de vigilancia que debe ejercer el Estado para evitar que estos mecanismos se

conviertan en formas de desconocer los derechos de los trabajadores y para la elusión de cargas laborales por parte del empleador.

(...)

"Ahora bien: que muchas cooperativas de trabajo asociado cometen abusos puesto que contratan trabajadores asalariados y no les pagan prestaciones sociales, es un asunto que escapa al juicio abstracto de constitucionalidad, en el que simplemente se confrontan las normas acusadas frente al ordenamiento supremo para determinar si estas se ajustan o no a sus preceptos. Sin embargo, ello no es óbice para aclarar al actor que el control y vigilancia efectiva por parte del Estado es lo que puede garantizarle, no sólo a los trabajadores sino a la comunidad en general, que esta clase de asociaciones cumplan adecuadamente los fines para el cual fueron constituidas y no se excedan en el desarrollo de sus actividades. El Departamento Administrativo de la Economía Solidaria, la Superintendencia de la Economía Solidaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social son los organismos encargados de ejercer tales funciones. Las cooperativas de trabajo asociado que incurran en esas prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes.

(...)

Para hacer frente a esta vulneración de los derechos de los trabajadores, la Corte Constitucional, en sede de control concreto de constitucionalidad, estableció subreglas para establecer si se estaba en presencia de verdaderos contratos laborales y proteger las garantías de los trabajadores. Al respecto, esta Corporación en la Sentencia T- 445 del 2 de junio de 2006, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, definió algunos elementos que permitían identificar la mutación de la relación entre los trabajadores cooperados hacia un contrato de trabajo, en los siguientes términos:

(...)

"En relación con los elementos que pueden conducir a que la relación entre cooperado y cooperativa pase de ser una relación horizontal, ausente de subordinación, a una relación vertical en la cual una de la dos partes tenga mayor poder sobre la otra y por ende se configure un estado de subordinación, se pueden destacar diferentes elementos, como por ejemplo (i) el hecho de que para que se produzca el pago de las compensaciones a que tiene derecho el cooperado éste haya cumplido con la labor en las condiciones indicadas por la cooperativa o el tercero a favor del cual la realizó; (ii) el poder disciplinario que la cooperativa ejerce sobre el cooperado, de acuerdo con las reglas previstas en el régimen cooperativo; (iii) la sujeción por parte del asociado a la designación [que

la Cooperativa [haga] del tercero a favor del cual se va a ejecutar la labor contratada y las condiciones en las cuales trabajará; entre otros"

(...)

Bajo este mismo tenor, la jurisprudencia ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corte Constitucional, en Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández:

(...)

'Así, la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social."

(...)

En conclusión, la protección de las distintas modalidades del trabajo que la Constitución consagra muestra que el legislador tiene dos campos distintos de regulación. De un lado, es claro que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa Y, de otro lado, desde el punto de vista de protección del derecho subjetivo al trabajo, la ley está limitada por las reglas previstas directamente en la Constitución porque existen garantías mínimas de especial protección a la relación laboral.

(...)

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de

trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 70 de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

(...)

La sentencia C- 593 del 20 de agosto de 2014, expone la protección a la que están sujetos los derechos y las acreencias laborales, pues es deber del Estado garantizarlos, cualquiera que sea la modalidad de la relación laboral:

(...)

Agregan que en la tercerización o externalización laboral quien figura como empleador formalmente tiene la responsabilidad laboral, pero va a ser el beneficiario del trabajo, quien ejerce el control y vigilancia sobre las labores que se prestan y quien tienen mayor capacidad, y por tanto, también debería ser garante de los derechos y acreencias laborales, más si se tiene en cuenta que la Constitución Nacional consagra una especial protección al trabajo cualquiera que sea su origen o modalidad.

(...)

De otra parte, la jurisprudencia ha considerado que el marco de la protección estatal al trabajo no se agota con la protección al empleo dependiente sino también en la efectividad de su ejercicio independiente. (...)

(...)

Bajo este presupuesto y con el fin de incentivar la oferta de puestos de trabajo, el legislador ha creado figuras que flexibilizan el clásico contrato laboral y crea nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos. Estas figuras han sido analizadas por la Corte Constitucional, quien ha admitido la creación de estas nuevas tipologías, pero ha impuesto límites encaminados a evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el desarrollo del mismo. En este orden de ideas, la Corporación ha propendido por la garantía de todas las prestaciones laborales y ha buscado evitar la suplantación de un verdadero contrato laboral.

(...)

Es pertinente resaltar que, en la mencionada sentencia de constitucionalidad, al abordar los límites de los fenómenos de tercerización, se depositó en los jueces y en las autoridades administrativas de control, la responsabilidad de exigir la protección de los derechos laborales. Por tanto, cuando se discuta la legalidad del vínculo laboral de un asociado, el juez debe actuar de manera inquisitiva para establecer si el mecanismo utilizado funciona conforme a la ley o, por el contrario, hay una simulación en perjuicio del principio del contrato realidad, para desconocer las obligaciones laborales propias de un contrato de trabajo. En ese contexto se adujo:

(...)

Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo."

(...)

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, es fundamental para el Estado Social de Derecho y para el legislador, la protección de los derechos del trabajador, independientemente de la relación laboral que este sostenga, pues sin importar la modalidad del trabajo que se desempeñe, el trabajo es un derecho fundamental, que tiene prioridad constitucional, pues no se puede justificar en ningún momento el uso de la tercerización laboral o de la contratación independiente para evitar el respeto por las normas laborales vigentes y por el trabajador.

PRELACIÓN DE CRÉDITOS - ACREENCIAS LABORALES

Por ende, la liquidación de una sociedad, no puede vulnerar los derechos y acreencias laborales ni la prelación que estas tienen en el proceso de liquidación, ya sea que la relación laboral se haya desempeñado directamente o a través de tercerización, pues la garantía a proteger es constitucionalmente la misma. La Sentencia T-071 del 10 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, al respecto estipula que:

(...)

La disolución de la persona jurídica privada que es objeto de liquidación, y el consecuente cese de su actividad productiva, no puede constituirse en un espacio para el desconocimiento o la vulneración de los derechos de las personas que allí laboraban. Los derechos consagrados en los artículos 25 y 53 de la Constitución

Nacional y del derecho al mínimo vital, hacen imperativo que el proceso liquidatorio sea respetuoso de los derechos de los trabajadores.

Por esta razón, la crítica situación financiera que pueda enfrentar una empresa no la releva del deber de cumplir con sus obligaciones previamente adquiridas "por cuanto es obligación de las entidades públicas o privadas, prever con antelación las partidas presupuestales indispensables que conlleven a la garantía y cumplimiento puntual de las obligaciones laborales". En cualquier caso, si ello no fue previsto, las acreencias laborales deben tener una efectiva prelación frente a las demás deudas asumidas por la empresa, y deben ser pagadas conforme a las condiciones pactadas en las convenciones colectivas, si a ello hay lugar.

(...)

Adicional, la Sentencia T-568 del 21 de julio de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, se pronuncia al respecto:

(...)

Desde la perspectiva de la legislación laboral y civil se ha establecido frente a prelación de los créditos laborales que estos son causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, pertenecen a la primera clase de créditos que establece el artículo 2495 del Código Civil. Por tanto, cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos. De modo que el pago de los créditos de carácter laboral guarda prelación sobre las demás obligaciones incluso sobre aquellas otras que el código civil califica como de primer grado.

(...)"

Sobre el particular se debe precisar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige resolver o definir situaciones de orden particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Así, recapitulando los antecedentes que sustentan las inquietudes motivo de la presente solicitud, se pone de presente que éstas se enmarcan en el proceso de liquidación voluntaria regulado en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio.

Se plantea que hay una sociedad que ya ha sido liquidada, pero en su proceso de liquidación voluntaria subyace la cuestión respecto a la prelación para el pago de acreencias por concepto de tercerización laboral, tales como temporales, sindicatos médicos o cooperativas. En este sentido se pregunta entonces si tales acreencias:

- a. Se consideran créditos laborales, es decir créditos de primera clase, o
- b. se consideran quinta clase en la prelación de créditos.

Sobre el particular, se expone todo un desarrollo normativo y jurisprudencial, relativo a la categorización de las obligaciones laborales en la primera clase de prelación de pagos, frente a un proceso de liquidación de una sociedad.

Así mismo, se presenta una amplia referencia normativa y jurisprudencial, en materia de tercerización laboral, referida a personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, cooperativas de trabajo asociado y similares que excluyen la posibilidad de la existencia de un contrato de trabajo con respecto al beneficiario del servicio, bajo determinadas condiciones.

Sin embargo, sobre este particular, se ha establecido que es viable la posibilidad de declarar la ilegalidad de tal tercerización, cuando quiera que con ésta se pretende ocultar una relación de contrato laboral realidad y no la prestación de un servicio personal autónomo e independiente.

Revisada la cuestión en su contexto, es dable a manera de conclusiones proponer las siguientes premisas:

1. El procedimiento de liquidación voluntaria de sociedades, es un proceso privado, que no es administrado por la Superintendencia de Sociedades, sino por el Liquidador de la Sociedad.
2. El proceso de liquidación voluntaria de sociedades, regulado en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio, establece de manera expresa, como obligación del liquidador, el pago ordenado de las obligaciones externas, con arreglo a la prelación de créditos prevista en el Código Civil.

Sobre este particular, este Despacho mediante Oficio 220-12807407 de Noviembre de 2011, ha precisado entre otros:

“Ahora bien, comoquiera que el tema de la liquidación privada de sociedades es un tema sobre el cual esta entidad se ha ocupado en múltiples ocasiones, para efectos de resolver las inquietudes propuestas, en principio es del caso precisar

que el tema objeto de análisis fue resuelto por el legislador en el capítulo X artículos 225 al 259, del Código de Comercio, modificado por la ley 1429 de 2010.

De las referidas disposiciones se infiere que aunque el proceso es de naturaleza privada, está regulado por normas de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento, cabe observar que el legislador no se ha limitado a conferir determinadas facultades al liquidador, sino que le ha impuesto una serie de verdaderas obligaciones de las que los socios no pueden exonerarlo, porque están enderezadas no solo a la protección de los asociados mismos, sino también a la protección de los terceros que hayan contratado con la sociedad o que tengan, situaciones jurídicas creadas con ella.

Ahora bien, dentro de las diferentes etapas procesales, posiblemente una de las más importantes, es la elaboración del inventario del patrimonio social, documento base dentro del proceso pues contiene información muy valiosa como el monto de los activos a liquidar y el total de las obligaciones contraídas por el ente jurídico, dicho documento ha de elaborarse en forma pormenorizada, indicando el acreedor, monto adeudado, cuantía, clase de crédito etc..., así como el orden de pagos, de acuerdo a la categoría que le asigna la misma ley -artículos 2495 al 2509 del Código Civil-.

Otra etapa del proceso, no menos importante, es la cancelación del pasivo externo, que como ya se advirtió, debe sujetarse a lo consagrado en el Código Civil para el efecto (art. 242 de la Legislación Mercantil). Al respecto, la Superintendencia, mediante Oficio EL -41980 de 1988, ha manifestado que "...el liquidador ha de observar las disposiciones sobre prelación de créditos en el momento de cancelar el pasivo externo a cargo de su representada (...). Así el liquidador no puede preferir a su arbitrio a ningún acreedor(...). Reconocidos los créditos e integrados los órdenes, una vez se realicen los activos, el liquidador debe proceder a finiquitar las obligaciones a cargo de la sociedad,...."

En resumen, es función del liquidador proteger no solo el patrimonio de la sociedad en liquidación, prenda general de los acreedores, sino los intereses de los acreedores, sin distinción alguna y en igualdad de condiciones, mediante la realización de los activos para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones, para finalizar con la distribución y entrega del remanente, si lo hubiere, entre los asociados, momento en el cual se entiende culminado el proceso liquidatorio y en consecuencia cesan las obligaciones y funciones del liquidador."

3. Cuando quiera que se presenten diferencias con respecto a las condiciones de la liquidación voluntaria, corresponde a los acreedores concurrir ante el Liquidador

con el propósito de presentar su oposición frente a su inconformidad con respecto a la graduación de créditos.

En concepto más reciente emitido a través de Oficio No. 220-083019 del 24 de abril de 2017, se indicó que una vez iniciado el proceso de liquidación voluntaria, corresponde al Liquidador poner en conocimiento de los acreedores sociales, el estado de la liquidación mediante aviso que se debe publicar en un diario de circule regularmente en el domicilio social y que debe ser fijado en las instalaciones de la empresa y que una vez surtido este trámite los acreedores pueden concurrir al liquidador a efectos de verificar su situación particular frente a las condiciones de las acreencias que les interesan, según se indica a continuación:

“Esto significa que al proceso de liquidación voluntaria “...” se aplican los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio, conforme a los cuales “podrá hacerse la liquidación directamente por los asociados mismos, si éstos así lo acuerdan unánimemente. En este caso todos tendrán las facultades y las obligaciones de los liquidadores para todos los efectos legales”, y la liquidación del patrimonio se hará por un liquidador designado conforme a lo estatutos o a la ley, cuyo nombramiento se registrará junto con el acta de la asamblea de accionistas en la que conste el acaecimiento de la causal de disolución, si no se trata de vencimiento del término de duración, “en el registro mercantil del domicilio social y de las sucursales”.

Al inicio del proceso de liquidación voluntaria, el liquidador debe “informar a los acreedores sociales del estado de liquidación en que se encuentra la sociedad, una vez disuelta, mediante aviso que se publicará en un periódico que circule regularmente en el lugar del domicilio social y que se fijará en lugar visible de las oficinas y establecimientos de comercio de la sociedad”; luego, realizar el inventario de los activos sociales y de “todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal de su pago, inclusive de las que sólo puedan afectar eventualmente su patrimonio, como las condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc”, y después someter este último a la autorización de un contador público y a la aprobación de la asamblea o junta de socios, si la sociedad no se halla sometida a vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Sociedades, pues en caso contrario el inventario podrá requerir la aprobación de esta Entidad, cuando quiera que haya lugar.

Aprobado el inventario de activos y pasivos por el máximo órgano social o la Superintendencia de Sociedades, según el caso, el liquidador debe adelantar las gestiones necesarias para la realización de los activos; pagar las deudas y créditos a plazo; hacer la reserva para la solución de las obligaciones

condicionales y litigiosas; efectuar los reembolsos preferenciales y distribuir el remanente de los activos sociales entre los socios; citar a la asamblea de accionistas para la aprobación de la cuenta de liquidación⁹ y entregar lo que corresponda a los socios o a la entidad de beneficencia que corresponda, según el caso.

De lo expuesto se desprende que la sociedad disuelta no está obligada a “notificar” a los acreedores del inicio del trámite de liquidación, para que hagan valer sus acreencias, sino que el requisito de publicidad se satisface en tal caso, mediante la inscripción en el registro público administrado por la Cámara de Comercio y la publicación del aviso a que se hizo mención.”

A su turno, la no presentación de la obligación por parte del acreedor luego de la publicación del aviso, tampoco conlleva que pueda excluirse del inventario de activos y pasivos de la sociedad en liquidación, pues a más de que en este trámite no existe para aquéllos obligación en tal sentido, el liquidador en todo caso debe conformar tal relación con base en el “estado de inventario”, dando cuenta de las deudas “ciertas” de la sociedad, “mencionándose el nombre de cada acreedor, la fecha de vencimiento de la respectiva obligación y los demás datos inherentes al crédito referido y su valor de realización”, y declarando que él y el contador público que participó en su elaboración verificaron previamente toda la información.

Es así que las acreencias no incluidas en el inventario de activos y pasivos de la sociedad en liquidación voluntaria, conservan todos sus atributos incluyendo la exigibilidad por vía judicial.

Por lo tanto, cuando una obligación cierta, clara y exigible no es incluida en el inventario de activos y pasivos de una sociedad en liquidación voluntaria, bien puede el acreedor presentar su acreencia ante el liquidador para que la incluya dentro del mismo; formular una demanda ejecutiva y solicitar la práctica de medidas cautelares para el pago de la misma, o adelantar contra el liquidador el proceso de responsabilidad a que haya lugar para el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de sus deberes, amén de la regla prevista en el artículo 28 de la Ley 1429 de 2010.”

4. El liquidador se encuentra obligado a incluir en el inventario, acreencias ciertas, actuales y exigibles, y a dejar una provisión para acreencias contingentes, eventuales o condicionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 245 del Estatuto Mercantil.

5. Conforme indican categóricamente las normas, al igual que la jurisprudencia que el escrito de consulta cita, la tercerización de servicios laborales, constituye una figura constitucionalmente válida, en tanto que el legislador tiene libertad de

configuración para definir distintas formas de acceso al trabajo, de manera que las distintas modalidades de tercerización laboral, no implican per se la existencia de un vínculo laboral entre el beneficiario del servicio y el trabajador vinculado a la empresa que terceriza el servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley, permite que bajo los cánones del debido proceso, las autoridades administrativas o judiciales competentes, reconozcan la violación de los derechos de los trabajadores vinculados bajo formas de tercerización y declaren la existencia de contrato realidad frente al beneficiario del servicio.

6. De acuerdo con las condiciones anteriores, frente a las inquietudes formuladas proceden las siguientes consideraciones:

a. Tratándose de obligaciones laborales ciertas, en concepto de esta oficina es indudable que las mismas siguen la prelación definida en el Código Civil, en el sentido de que, en un proceso de liquidación voluntaria, pertenecen a créditos de primera clase.

Sobre este particular, se ha de precisar que la certeza sobre la calidad de la obligación laboral, está determinada por la existencia de una relación laboral directa entre empleado y empleador, o bien, porque en el evento de trabajo tercerizado, exista un pronunciamiento administrativo o judicial que le haya definido el carácter de contrato realidad, con violación de los derechos de los trabajadores.

Por consiguiente, para que una obligación derivada de una relación de trabajo tercerizado pueda incluirse como una obligación laboral en la primera clase de créditos, debe ser en criterio de este Despacho, que previamente haya sido reconocida o declarada así por la autoridad administrativa o judicial correspondiente.

b. Frente a la inquietud sobre si las obligaciones tercerizadas deben ser calificadas como créditos de quinta clase en la prelación de créditos, no es pertinente en esta instancia hacer tal afirmación, puesto que en cada caso será preciso efectuar las consideraciones a que haya lugar en atención a las circunstancias particulares que las acompañan.

Deben verificarse efectivamente las condiciones de la relación contractual específica de que se trate, en tanto que pueda tratarse de créditos garantizados, de acreedores quirografarios o cualquier otra circunstancia que incida en la graduación, situación que corresponderá definirla al liquidador.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterar que la respuesta ofrecida se sujeta al plazo y los efectos previstos en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.