

DEBIDO PROCESO - Aplicación / UNIDAD DE EMPRESA – Solicitud de oficio o a petición de parte y previa investigación administrativa / MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL - Competencia para resolver la petición de unidad de empresa

Esta Corporación ha señalado que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, entendiendo como tal la obligación de ser juzgados conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. De esta manera, el debido proceso se puede vulnerar, por ejemplo, si se imparte a la demanda un trámite distinto al que corresponda, no se notifica en debida forma al demandado o a su representante el auto admisorio de la demanda, se incumplen los términos, se pretermite la posibilidad de pedir pruebas o se rechazan los recursos sin justificación alguna. Las normas del Código Sustantivo del Trabajo, no consagran un procedimiento especial. Simplemente, el artículo 194 dispone que el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social) de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa para lograr el cumplimiento de las leyes sociales, siendo posible declararla judicialmente. En ese sentido y analizadas las normas transcritas, no le asiste razón al Ministerio, pues es claro que el artículo 48 de la Ley 789 de 2002 hizo alusión únicamente a la definición de unidad de empresa consagrada en el numeral 2º del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, sin modificar el numeral 4 ibídem, norma que le otorga plena competencia para decidir de fondo la solicitud de declaratoria de unidad de empresa. En esas condiciones, es claro que el Ministerio de la Protección Social debió pronunciarse de fondo acerca de la solicitud de declaratoria de Unidad de Empresa entre ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. y McCANN ERIKSON CORPORATION S.A. y no culminar la investigación administrativa por falta de competencia.

UNIDAD DE EMPRESA - Factores para su procedencia / PREDOMINIO ECONOMICO – Unidad de empresa / GRUPO EMPRESARIAL - No constituye unidad de empresa / SOCIEDAD EXTRANJERA – Constituida conforme a la Ley de los Estados Unidos

Esta Corporación ha señalado que para que exista unidad de empresa y pueda así declararlo la autoridad administrativa o la judicial, cuando se trata de personas jurídicas, se necesita la conjunción de dos factores: uno subjetivo y otro objetivo. El primero mira al verdadero dueño de los instrumentos de trabajo y elementos de producción y el segundo a la

explotación económica como un todo armónico. Para que haya unidad de empresa entre dos o más personas jurídicas se requiere no solamente que todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias, sino también que haya predominio económico de una de ellas sobre las demás, es decir, que exista una principal y otras filiales o subsidiarias. Acorde con el artículo 260 del Código de Comercio, una sociedad es filial de otra cuando está “dirigida o controlada económica, financiera, o administrativamente por otra, que será la matriz”. Y es subsidiaria, según el mismo precepto, cuando ese control o dirección, “lo ejerza la matriz por intermedio o con concurso de una o varias filiales suyas o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales de ésta” Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria, se requiere que aquélla posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del Código de Comercio puede suceder directamente, o por intermedio o por concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas. Observa la Sala que a pesar de la declaratoria de Grupo Empresarial entre McCANN ERIKSON CORPORATION S.A. y Época Publicidad por parte de la Superintendencia de Sociedades, no se presenta el control económico, condición indispensable para la procedencia de la Unidad de Empresa. Igualmente se observa que la sociedad McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. es una sucursal de la Sociedad MC CANN ERIKSON CORPORATION, domiciliada en Estados Unidos, es decir es una sociedad extranjera de conformidad con el artículo 469 del Código de Comercio, pues está constituida conforme a la Ley de Estados Unidos con domicilio principal en el exterior. Así las cosas, se debe entender por sucursal de sociedad extranjera, el o los establecimientos de comercio abiertos por ésta en el territorio nacional para la ejecución de actividades permanentes, siendo una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, pues si bien es cierto se confiere una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de obtener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en el desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN.

Bogotá D.C., 28 de junio de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00233 00(9904-05)

Actor: MARÍA NEYLA GUEVARA CALLEJAS Y OTROS.

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Autoridades Nacionales

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de la referencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

María Neyla Guevara Callejas, María Edelmira Moreno Rojas, Fanny Clemencia Díaz Camacho y Walter Wild Montoya, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandaron de esta Corporación la nulidad las Resoluciones 053 de marzo 28 de 2003 y 01715 de junio 26 de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, mediante las cuales negó la declaratoria de unidad de

empresa, entre las Empresas ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. y McCANN ERIKSON CORPORATION S.A.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitaron se declare la existencia de unidad de empresa entre las sociedades ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. y McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, señala:

La sociedad McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. fue constituida en Colombia con domicilio en este territorio y hace parte del holding INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES y ejerce control societario sobre la empresa ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. teniendo como actividad económica la publicidad.

En 1993 el presidente de la sociedad McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. mostró su interés por adquirir la mayoría de las acciones de la sociedad ÉPOCA PUBLICIDAD LTDA.

Por lo cual, el holding INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES elaboró los contratos de negociación que tenían como objeto la compra y venta de la sociedad ÉPOCA PUBLICIDAD LTDA., por parte de la sociedad McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

con el propósito de crear un plan estratégico para el desarrollo de sus negocios de publicidad en Colombia.

Dentro de los mencionados contratos se estipulo que tanto los pasivos laborales como pensionales de la sociedad ÉPOCA PUBLICIDAD LTDA quedaban a cargo de la sociedad compradora McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Se perfecciono la compra de un 60% del capital accionario de la sociedad ÉPOCA PUBLICIDAD LTDA., por parte de INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES y su filial en Colombia sociedad McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Indica que ÉPOCA McCANN PANAMÁ se creó para desligar a la empresa McCANN ERICKSON CORPORATION S.A de Colombia de la responsabilidad laboral que tenía con los empleados de ÉPOCA PUBLICIDAD S.A., cuya empresa tiene como función realizar el giro de divisas de las utilidades de ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. con destino a la empresa INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES con sede en la ciudad de Nueva York.

Relaciona a los miembros de la junta directiva de ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. argumentando que son personas vinculadas directamente con McCANN ERICKSON CORPORATION S.A de

Colombia, que las decisiones importantes de esa agencia siempre estuvieron sujetas a la aprobación del socio mayoritario, y que todas las actividades comerciales como la administración, políticas, revisión financiera, elaboración de presupuestos, estrategias de negocios, planeación del presupuesto de facturación, entre otras estuvieron a cargo y fueron aprobadas directamente por McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia y su Holding INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES, de donde se deduce que ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. ha estado subordinada a las órdenes de McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Al momento de cambiar de Revisor Fiscal se contó con la opinión del holding INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES cuando se debía contar con la aprobación de ÉPOCA McCANN PANAMÁ S.A siendo esta el supuesto dueño real de ÉPOCA PUBLICIDAD S.A.

ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. en el medio de las comunicaciones, publicidad y mercadeo fue presentada como filial de McCANN ERICKSON CORPORATION S.A., pero que en la parte administrativa aparenta ser independiente como una estrategia de negocios.

ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. se encuentra sometida al manual “Standart Policies & Procedures” formulado por INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES, en el cual se define esta holding como la empresa matriz de diferentes agencias entre ellas McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Existe unidad de propósito y dirección entre McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. y ÉPOCA CORPORATION S.A. en donde la primera dirige y determina los actos comerciales relacionados con la publicidad a desarrollar por la segunda, y en todo caso contando con la aprobación de la holding INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES S.A.

Por medio de la Resolución 125-001620 de septiembre 17 de 2001 expedida por la Superintendencia de Sociedades estableció la existencia de grupo empresarial entre las sociedades McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. como matriz y ÉPOCA CORPORATION S.A. en Liquidación como subordinada.

Desde el mes de noviembre de 2000 no se les ha cancelado salarios, prestaciones sociales, ni se han realizado los aportes al sistema general de seguridad social a favor de los demandantes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política, artículos 4°, 53, 58 y 228.
- Ley 57 de 1887.
- Ley 153 de 1887.
- Código Sustantivo del Trabajo, artículo 194 subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990.
- Código de Comercio, artículo 470.

Argumenta que los hechos que sustentan su solicitud de declaratoria de unidad de empresa sucedieron en vigencia del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, por lo que no le es aplicable el artículo 48 de la Ley 789 de 2002 que entro a regir con posterioridad a la ocurrencia de los mismos, vulnerando los artículos 53, 58 y 228 de la Carta Política en cuanto no se garantizan los derechos adquiridos con justo titulo, desconociendo el principio de favorabilidad y la interpretación de las fuentes formales del derecho.

Señala que se dan los elementos que permiten la existencia de Unidad de Empresa, comoquiera que la subordinación, se puede determinar a partir de la Resolución 125-001620 de 17 de septiembre de 2001 proferida por la Superintendencia de Sociedades en la que resuelve declarar la existencia de un Grupo

Empresarial siendo en términos laborales Unidad de Empresa entre ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. y McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia.

Además se evidencia en ciertos documentos como actas de la junta directiva, memorandos, cartas, declaraciones entre otras como ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. acata las ordenes impartidas por McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia.

La Unidad de Propósito y dirección se establece a partir del Acta 006 de la Junta Directiva de abril 19 de 1999 en la que se existieron planes de inversión en el área de sistemas por parte de McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Igualmente, se puede verificar con los testimonios de los trabajadores de la empresa ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. a quienes McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia capacitó directamente en sus instalaciones o por intermedio de su personal en las áreas de medios, facturación, contabilidad y sistemas, lo que llevo a que ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. cambiara los formatos de medios y contabilidad tales como facturas, presupuestos y ordenes, así como la implementación del software de contabilidad de McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Realizan actividades similares, conexas o complementarias, pues se dedican a una misma actividad comercial que es la publicidad.

Por último y partiendo de lo preceptuado en el artículo 4° de la Constitución, se tiene que McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia como sucursal de INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES esta legalmente constituida en este territorio, cumpliendo con los requisitos del artículo 470 del Código de Comercio que son residir en el país, desarrollar actividades permanentes, estar legalmente constituida y ser filial o sucursal en Colombia, por lo tanto debe acatar todas las normas nacionales, así las cosas esta en el deber de responder por todas las obligaciones contraídas con los trabajadores de su empresa subordinada ÉPOCA PUBLICIDAD S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de la Protección Social (hoy del Trabajo), se opuso a todas las pretensiones y contestó la demanda bajo los siguientes argumentos:

Luego de definir Grupo Empresarial y Unidad de Empresa junto con los requisitos para que se constituyan, expone la normativa

pertinente al caso y las modificaciones que surgieron en esta desde el momento en que el demandante solicitó la Unidad de Empresa y la expedición de los actos que resuelven sobre la misma.

Señala que para el momento de tomar una decisión el Ministerio de la Protección Social perdió la competencia para fallar de fondo, por lo que se aclara que no es una aplicación retroactiva de la norma ya que cuando se inicio la investigación la entidad demandada actuó bajo las normas aplicables en esta época, pero al momento de tomar una decisión la Ley 789 de 2002 eliminó dicha figura lo que hace que pierda la facultad de declarar la Unidad de Empresa, so pena de configurar una usurpación de funciones y violación al artículo 29 de la Constitución.

Manifiesta que no se cumple con el requisito de predominio económico pues el mayor accionista de ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. en Liquidación es ÉPOCA McCANN S.A. de Panamá empresa subordinada de INTERPUBLIC GROUP OF COMPANIES, en cuanto a la similitud en el objeto social se tiene que ambas empresas desarrollan la misma actividad que es la publicidad, sin embargo aclara que ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. en liquidación para el momento de la solicitud de Unidad de Empresa no se encontraba desarrollando su actividad comercial.

Finalmente se evidencia la existencia de conexidad de tipo administrativo ya que tres de los directivos de McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. integran la junta directiva de ÉPOCA PUBLICIDAD S.A., pero la carencia de trabajadores en común entre ambas sociedades hace inexistente la conexidad a nivel operativo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda al considerar que a pesar que los actos administrativos demandados fueron expedidos en vigencia del artículo 48 de la Ley 789 de 2002, al no realizarse una derogación expresa de la norma se debe entender que el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 recobró la competencia del Ministerio de la Protección Social para resolver sobre aquellas solicitudes de Unidad de Empresa, así las cosas a la entidad demandada le correspondía resolver dicha petición.

Respecto a la declaratoria de existencia de Unidad de Empresa entre ÉPOCA PUBLICIDAD S.A de Colombia y McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. con domicilio en Estados Unidos, no se puede entrar a discutir este aspecto, pues la

legislación colombiana no le es aplicable a la empresa matriz cuyo domicilio principal es en el extranjero, por ende no se puede entrar a examinar los requisitos previstos en el numeral 2° del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, como son el cumplimiento de actividades similares, conexas o complementarias, la existencia de una empresa matriz y unas subsidiarias o filiales, y el predominio económico de aquélla sobre éstas, las cuales no se cumplen en este evento.

De acuerdo con lo anterior considera que los actos acusados no violan ni desconocen ninguna de las garantías constitucionales ni legales que expone la parte demandante y en efecto no desconocen lo dispuesto en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, pues no se cumplen los requisitos legales para que se declare la Unidad de Empresa.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se demandan en este caso la nulidad de las Resoluciones 053 de marzo 28 de 2003 y 01715 de junio 26 de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social (hoy del Trabajo), mediante las cuales se negó la declaratoria de unidad de empresa, entre las Empresas ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. y McCANN ERIKSON CORPORATION S.A., para lo cual formulan los siguientes cargos:

1.- Vulneración del debido proceso

Sostiene la parte actora que se vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política puesto que el Ministerio de la Protección Social (hoy del Trabajo) negó la declaración de unidad de empresa por un error de interpretación, consistente en la aplicación retroactiva de la ley y desconociendo los fundamentos fácticos del artículo 32 de la Ley 50 de 1990.

Señala que el Ministerio es competente para el estudio de fondo de la solicitud de unidad de empresa, como quiera que los hechos ocurrieron dos años antes de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, en vigencia del artículo el artículo 32 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto observa la Sala:

Esta Corporación¹ ha señalado que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, entendiendo como tal la obligación de ser juzgados conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

De esta manera, el debido proceso se puede vulnerar, por ejemplo, si se imparte a la demanda un trámite distinto al que corresponda, no se notifica en debida forma al demandado o a su representante el auto admisorio de la demanda, se incumplen los términos, se pretermite la posibilidad de pedir pruebas o se rechazan los recursos sin justificación alguna.

Las normas del Código Sustantivo del Trabajo, no consagran un procedimiento especial. Simplemente, el artículo 194 dispone que el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social) de oficio o a solicitud de parte y previa **investigación administrativa del caso**, podrá declarar la unidad de empresa para lograr el cumplimiento de las leyes sociales, siendo posible declararla judicialmente, en efecto, señala textualmente:

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, 11 de septiembre de 2.003, Número Interno 1527, Actor: Ministerio de Interior y de Justicia.

ARTICULO 194. DEFINICION DE EMPRESAS. <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de

las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente”

La parte actora presentó ante el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social) la solicitud de unidad de empresa el 19 de diciembre de 2000, en vigencia del artículo 32 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante lo anterior, el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 fue subrogado por el artículo 48 de la Ley 789 de 2002 en los siguientes términos:

Unidad de empresa. Se entenderá por empresa la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro. Las Unidades de producción o las personas jurídicas vinculadas económicamente a una misma persona natural o jurídica conservarán su independencia para efectos laborales y prestacionales, sin que entre ellas se desprenda una unidad de negocio o de empresa en ningún caso, así comercialmente conformen un grupo empresarial.'

Los actos administrativos demandados fueron proferidos por el Ministerio de la Protección Social en vigencia de este artículo (posteriormente declarado inexecutable por la Corte Constitucional), al considerar que no existe competencia legal para declarar judicial o administrativamente la unidad de empresa, pues esta norma no señaló al Ministerio de la Protección Social (hoy del Trabajo) tal posibilidad.

En ese sentido y analizadas las normas transcritas, no le asiste razón al Ministerio, pues es claro que el artículo 48 de la Ley 789 de 2002 hizo alusión únicamente a la definición de unidad de empresa consagrada en el numeral 2º del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, sin modificar el numeral 4 ibídem, norma que le otorga plena competencia para decidir de fondo la solicitud de declaratoria de unidad de empresa.

En esas condiciones, es claro que el Ministerio de la Protección Social debió pronunciarse de fondo acerca de la solicitud de declaratoria de Unidad de Empresa entre ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. y McCANN ERIKSON CORPORATION S.A. y no culminar la investigación administrativa por falta de competencia.

Sin embargo, a pesar de lo anterior y comoquiera que el restablecimiento del derecho busca la declaratoria de la Unidad de Empresa, observa la Sala que el Ministerio cumplió el trámite abreviado señalado por el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, brindando los mecanismos que el debido proceso establece.

En efecto, a través de sus Inspectores de Trabajo, procedió a verificar la información en relación con las circunstancias puestas

en su conocimiento, para lo cual se trasladó a las instalaciones de McCANN ERIKSON CORPORATION S.A. los días 15 de febrero y 18 de mayo de 2001.

Se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio por el Ministerio de la Protección Social (hoy del trabajo) y se realizó el estudio económico con la documentación aportada en las actas de visita, requeridos para establecer la dependencia económica y las relaciones de conexidad, similitud y complementariedad que exige el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

Motivo por el cual, se procederá al estudio de la declaratoria de la unidad de empresa solicitada, en los siguientes términos:

2.- Existencia de Unidad de Empresa

Indica que de la investigación administrativa realizada por el Ministerio de la Protección Social (hoy del trabajo), se establecen los elementos propios para declarar la unidad de empresa, pues reconocen la subordinación, la unidad de propósito y dirección, las relaciones de conexidad y similitud entre las Empresas objeto de análisis, y el predominio económico de McCANN ERIKSON CORPORATION S.A. sobre Època Publicidad.

Fundamenta su pretensión en el hecho de que la Superintendencia de Sociedades por medio de la Resolución 125-001620 de 17 de septiembre de 2001 declaró la existencia de Grupo Empresarial entre ÉPOCA PUBLICIDAD S.A. y McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia, lo que constituye en términos laborales la figura de unidad de empresa.

Al respecto, observa la Sala:

El numeral 2 del artículo 194, subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, establece:

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;...”

Esta Corporación ha señalado que para que exista unidad de empresa y pueda así declararlo la autoridad administrativa o la judicial, cuando se trata de personas jurídicas, se necesita la conjunción de dos factores: uno subjetivo y otro objetivo.

El primero mira al verdadero dueño de los instrumentos de trabajo y elementos de producción y el segundo a la explotación económica como un todo armónico.

Para que haya unidad de empresa entre dos o más personas jurídicas se requiere no solamente que todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias, sino también que haya predominio económico de una de ellas sobre las demás, es decir, que exista una principal y otras filiales o subsidiarias.

Acorde con el artículo 260 del Código de Comercio, una sociedad es filial de otra cuando está “dirigida o controlada económica, financiera, o administrativamente por otra, que será la matriz”. Y es subsidiaria, según el mismo precepto, cuando ese control o dirección, “lo ejerza la matriz por intermedio o con concurso de una o varias filiales suyas o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales de ésta”

Si las sociedades son independientes unas de otras, y no se da el predominio económico mencionado en la norma, si no hay filiales o subsidiarias, no es dable sostener que se configura unidad de empresa.

Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria, se requiere que aquélla posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del Código de Comercio puede suceder directamente, o por intermedio o por concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas.

Ahora bien, respecto del predominio económico alegado por la parte actora de McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia respecto de Época Publicidad S.A. se tiene lo siguiente:

El artículo 30 de la Ley 222 de 1995, preceptúa que cuando se configure una situación de control económico o administrativo la sociedad controlante lo hará constar en un documento privado que deberá inscribirse en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados dentro de los 30 días siguientes a la configuración de la situación de control.

De igual manera, las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad, así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la Ley 222 de 1995, debiendo inscribirse toda modificación de la situación del grupo en el registro mercantil.

La Cámara de Comercio certificó de Bogotá certificó lo siguiente:

McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. de Colombia

“Nombre MCCACC- ERICKSON CORPORATION S.A.

N.I.T.: 08600066282
DOMICILIO: BOGOTÁ

CONSTITUCIÓN CASA PRINCIPAL: QUE POR ESCRITURA PÚBLICA 1.576 NOTARÍA 4 DE BOGOTÁ, EL 12 DE ABRIL DE 1945, INSCRITA EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO EL 1 DE JUNIO DE 1945BAJO EL No. 12.803 SE PROTOCOLIZARON COPIAS AUTÉNTICAS DEL DOCUMENTO DE FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD MC CANN ERICKSON CORPORATION DOMICILADA EN EL ESTADO DELAWARE, ESTADOS UNIDOS, DE SUS ESTATUTOS Y DE LA RESOLUCION QUE ACORDÓ EL ESTABLECIMIENTO EN COLOMBIA DE LA SUCURSAL.

(...)

CAPITAL ASIGNADO A LA SUCURSAL \$216.977.250”

ÉPOCA PUBLICIDAD S.A.

NOMBRE PUBLICIDAD S.A.

NIT: 830007119-0

DOMICILIO: BOGOTÁ D.C.

QUE LA ESCRITURA PÚBLICA No. 1012 DEL 09 DE MAYO DE 2003DE LA NOTARIA 41 DE BOGOTA D.C. POR MEDIO DE LA CUAL SE PROTOCOLIUZÓ EN ACTA CONTENTIVA DE LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACIÓN, FUE INSCRITA EL 19 DE MAYO DE 2003BAJO EL No. 880349.

QUE EN CONSECUENCIA Y CONFORME A LSO REGISTROS QUE APARECEN EN LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTA LA SOCIEDAD SE ENCUENTRA LIQUIDADA.

(...)

QUE MEDIANTE RESOLUCIÓN NO. 125-000143 DEL 22 DE NERO DE 2002, INSCRITA EL 06 DE MARZO DE 2002, BAJO EL NO 817651 DEL LIBRO IX LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

*CONFIRMÓ LA RESOLUCIÓN 12-5001620 DEL 17
DE SEPTIEMBRE DE 2001, INSCRITA BAJO EL
NUMERO 817646 DEL LIBRO IX”*

Observa la Sala que a pesar de la declaratoria de Grupo Empresarial entre McCANN ERIKSON CORPORATION S.A. y Época Publicidad por parte de la Superintendencia de Sociedades, no se presenta el control económico, condición indispensable para la procedencia de la Unidad de Empresa.

Lo anterior, por cuanto según los estados financieros de Época Publicidad S.A. en liquidación (folio 182 del cuaderno 4 del expediente), la sociedad McCANN ERIKSON CORPORATION S.A no posee capital alguno en Época Publicidad S.A., aparece como accionista la Sociedad Época McCann S.A. de Panamá, la cual posee el 60% del capital de la compañía, debidamente registrada ante el Banco de la República y el 40% restante del capital pertenece a personas naturales.

Cabe señalar que de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá la Sociedad Época McCann S.A. de Panamá no es subordinada, filial o subsidiaria de McCANN ERIKSON CORPORATION S.A, lo cual imposibilita la existencia del predominio económico alegado.

Igualmente se observa que la sociedad McCANN ERICKSON CORPORATION S.A. es una sucursal de la Sociedad MC CANN

ERICKSON CORPORATION, domiciliada en Estados Unidos, es decir es una sociedad extranjera de conformidad con el artículo 469 del Código de Comercio, pues está constituida conforme a la Ley de Estados Unidos con domicilio principal en el exterior.

Así las cosas, se debe entender por sucursal de sociedad extranjera, el o los establecimientos de comercio abiertos por ésta en el territorio nacional para la ejecución de actividades permanentes, siendo una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, pues si bien es cierto se confiere una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de obtener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en el desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades.

De las disposiciones citadas, se infiere sin lugar a dudas que en cualquier caso la sucursal, sea nacional o extranjera no es un ente autónomo diferente a la matriz, toda vez que no goza de personería jurídica independiente, se trata de un establecimiento

de comercio que hace parte de la sociedad y del cual ésta se vale para desarrollar los negocios que comprenden su objeto social,

En esas condiciones no se configura la unidad de empresa pretendida por la parte actora, pues, es claro que no se establece la dependencia económica entre las sociedades en estudio y al ser la sociedad McCANN ERIKSON CORPORATION S.A sucursal de la Sociedad MC CANN ERICKSON CORPORATION, domiciliada en Estados Unidos, la legislación colombiana no se aplica a esta sociedad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

NIÉGASE la nulidad de las Resoluciones 053 de marzo 28 de 2003 y 01715 de junio 26 de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, mediante las cuales negó la declaratoria de unidad de empresa, entre las Empresas ÉPOCA PUBLICIDAD

S.A. y McCANN ERIKSON CORPORATION S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

