



MINISTERIO DEL TRABAJO

RESOLUCIÓN NÚMERO 8895 DE 2017

(06 OCT 2017)

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

EL DIRECTOR DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA, CONTROL Y GESTIÓN TERRITORIAL

En ejercicio de sus facultades y en especial las conferidas por el Decreto 4108 de 2011 y la Ley 1437 de 2011 y en atención a los siguientes:

ANTECEDENTES:

Las organizaciones denominadas Sindicato de Trabajadores de Interconexión Eléctrica S.A -SINTRAIISA - y Sindicato de Trabajadores de la Industria Energética - SINTRAE -, a través de apoderado, solicitaron a este Ministerio la declaración de Unidad de Empresa existente entre ISA -INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P., con INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P. y entre ISA -INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P., y la empresa XM - COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. ESP.

El Director Territorial de Antioquia, mediante acto administrativo No. 2497 de 15 de marzo de 2016 decidió declarar la inexistencia de unidad de empresa entre las sociedades relacionadas en la petición, notificando en legal forma a las partes involucradas de la siguiente manera: El día 16 de marzo de 2016 a la empresa ISA -INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.; el día 18 de marzo de 2016 a las organizaciones sindicales SINDICATO DE TRABAJADORES DE INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A - Sintraisa- y SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA - Sintrae -; A la empresa INTERCOLOMBIA S.A. ESP el día 30 de marzo de 2016 y en forma electrónica mediante correo enviado el 1 de abril de 2016 a XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.

DE LA DECISIÓN DEL AQUO:

El fallador de instancia para arribar a la decisión, luego de ubicar el ámbito jurídico a aplicar a las empresas anónimas de carácter mixto y ubicarlas como de servicio público regidas por Ley 142 de 1994, estimó que de las pruebas arrojadas al expediente, no se vislumbra "que la fragmentación de las tres sociedades se haya hecho con la finalidad de ocultar una realidad económica en perjuicio de los trabajadores" y que la existencia simulada de las tres empresas (como lo afirma la organización sindical -Sintraisa- lesiona derechos colectivos por no poderse afiliar y no recibir los beneficios de la negociación colectiva no encontrando mérito para la declaratoria de unidad de empresa pues no se demuestra ninguna afectación de los derechos de los trabajadores, y no se lograría con la medida la unidad salarial y prestacional, toda vez que nunca se adujo tal falencia o desequilibrio, aclarando de igual forma que ni "la Ley ni la jurisprudencia han dado a la figura de la Unidad de Empresa el alcance pretendido por la organización sindical, por cuanto en el momento que se considere lesionado el derecho de asociación, se deberá acudir a la instancia judicial pertinente, mucho más cuando, como se expresa por las empresas en mención, a los trabajadores se les han respetado los acuerdos convencionales que traían de ISA al momento de la reestructuración empresarial y la consecuente sustitución patronal."

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Dentro del Término Legal el apoderado de las organizaciones sindicales solicitantes, interpuso recurso de apelación contra el acto administrativo número 2497 del 15 de marzo de 2016, con fundamento en lo siguiente:

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Manifiesta que los fundamentos fácticos que establece el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, se encuentran reconocidos expresamente por el fallador tal como lo indicó en el acto administrativo al expresar: "En el presente caso podemos ver como el estudio económico realizado por la Dirección General de Inspección, Vigilancia y Control Territorial, Subdirección de Inspección de este Ministerio, concluye la configuración de los elementos objetivos y subjetivos para que pueda predicarse la unidad de empresa entre las sociedades ISA- INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P y la EMPRESA XM - Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. por cuanto se expresa que existe: SIMILITUD ... CONEXIDAD COMPLEMENTARIEDAD (...)"

Señala que, además de lo anterior, en el estudio económico se estableció una situación de predominio económico de una frente a las otras.

Insiste en que, por tal razón, se dan los presupuestos ordenados en el artículo 194 del C.S.T., modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 como son: el predominio económico, las actividades similares, conexas o complementarias y que tales circunstancias fueron verificadas por los expertos del Ministerio y desconocidos en el acto administrativo recurrido.

Arguye que, al ser analizado el acto administrativo, todo su análisis va encaminado a declarar la unidad de empresa para luego en un solo párrafo (el transcrito) declara que no se dan los presupuestos para declarar una unidad de empresa.

Explica que existe una confusión entre la finalidad de la institución con los requisitos que dan lugar a la misma. Sostiene que la unidad de empresa es un hecho objetivo que el Ministerio verifica y los efectos están determinados por la ley sin que le corresponda al órgano de control administrativo determinar si con esta institución en la práctica se han desconocido derechos sociales pues esta es una calificación que sólo le corresponde al juez de trabajo, e insiste en afirmar que el Ministerio carece de competencia para determinar si se están o no violentando los derechos laborales ya que esto es propio de la rama judicial, indicando que de conformidad con el artículo 194 del C.S.T. está facultado para declarar la unidad de empresa si objetivamente se presentan los requisitos de esta figura como ocurre en el presente caso.

Recuerda que la función del Ministerio es preventiva "como se infiere de la norma citada", por lo que la declaración de unidad de empresa podría tener ese carácter en el caso de que no se presente dicha violación.

Reafirma que el fallo emitido desconoce varios antecedentes jurisprudenciales tales como Sentencias del 23 de agosto de 2006 con ponencia del doctor CAMILO TARQUINO GALLEGOS con radicado 27038 en el que analizó la unidad de empresa entre Avianca y Sam, de donde se infiere que la finalidad de la unidad de empresa es precisamente proteger los derechos sociales, pero en ningún momento exige que se tengan que ver afectados para su declaración.

Reclama que el objetivo de la Unidad de Empresa es hacer prevalecer la realidad sobre la forma, como lo pregona el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de los efectos de la misma, como así lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-1185 de 2000, el cual transcribe en algunos apartes.

Otro aspecto alegado por el recurrente es la violación al artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con los artículos 1, 2, 5, 25, 53 de la Constitución según el cual "los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones. Norma coherente con los postulados del Estado Social de Derecho y especialmente con los artículos se reitera que la unidad de empresa es preventiva."

De la oposición al Recurso

El Doctor Andrés Mauricio Bernal Latorre, mediante oficio radicado en la Dirección Territorial de Antioquia, de fecha 21 de septiembre de 2016, se opone al recurso presentado por las organizaciones

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

sindicales Sintraisa y Sintrae, quien después de realizar un análisis respecto a la unidad de empresa entre las solicitadas, llega a la conclusión de que no existe mérito para su declaratoria, solicitado en consecuencia se confirme la decisión adoptada por el a-quo mediante el acto administrativo número 2497 del 15 de marzo de 2016.

De las actuaciones realizadas en segunda instancia:

Este Despacho, ante las modificaciones que respecto del desarrollo del objeto social sufrió Interconexión Eléctrica S.A. ESP, como así se evidenció en los Certificados de Consitución y Gerencia analizados y obrantes en el expediente, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica, las funciones desarrolladas, así como la transformación de la misma, consideró prudente mediante auto de fecha 7 de febrero de 2017, solicitar al Ministerio de Minas y Energía, la asistencia y concepto técnico con el fin de establecer si la empresa INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. desarrolla actividades similares conexas o complementarias propias del sector eléctrico.

El referido Ministerio procedió a conceptuar através de su Oficina Jurídica mediante oficio radicado con el número 2017028709 del 5 de mayo de 2017.

Así mismo este Despacho procedió a librar oficios solicitando concepto tanto a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante oficio radicado con el número 08SE20173300000009134 del 12 de abril de 2017 como a la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) mediante oficio radicado con el número 08SE20173300000005860.

Cada una de las entidades, dieron respuesta de acuerdo a su competencia, mediante oficios radicados con los numeros: 20171000012961 y 20171000020172200296011 del 21 de abril de 2017 y 20171000015091 de fecha 22 de marzo de 2017 (UPME); 11EE2017330000000017379 de mayo 8 de 2017 (MINMINAS).

Finalmente, estos conceptos emitidos por las diferentes autoridades, fueron comunicados a las partes, hecho que se evidencia del folio 701 a 712 del cuaderno número 2 del expediente, con el fin de que hicieran o bien sea su oposición o su pronunciamiento al respecto, asegurando con ello el debido proceso.

De la respuesta dada por cada una de las empresas involucradas y del apoderado de las organizaciones sindicales:

En el caso de las empresas Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P y XM S.A. E.S.P. a través de apoderado judicial presenta oposición al decreto de pruebas ya que la orden impartida por la autoridad administrativa fue dirigida al Ministerio de Minas y Energía y, sin embargo, revisado el oficio expedido por el Ministerio de Trabajo en ejecución del auto de pruebas, se evidencia que se dirigió a dos personas jurídicas diferentes es decir, a la Unidad de Planeación Minero Energética y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por insinuación hecha por la UPME.

Además, expone que el concepto emitido por la UPME coincide con el pronunciamiento hecho por el Ministerio de Minas y Energía al indicar que *"la referencia hecha por esta entidad, respecto de la obligación que tiene ISA de presentar propuesta para las convocatorias de los proyectos del Plan de Expansión de la transmisión de acuerdo a lo establecido por el artículo 4º. De la Resolución CREG 022 de 2001 y que en virtud de dicha obligación ISA es la propietaria de los activos de transmisión de energía eléctrica y solo por esa razón tiene la condición de transmisor y que Isa no desarrolla ninguna de las actividades de transmisión actividades que desarrolla exclusivamente INTERCOLOMBIA."*

Por su parte, Intercolombia S.A. E.S.P., a través de su representante legal judicial y extrajudicial, en su escrito refiere que el concepto emitido por el Ministerio de Minas y Energía además de ser realmente el destinatario de la prueba decretada por el Ministerio de Trabajo coincide en todas sus partes con el argumento planteado por la empresa a lo largo del proceso investigativo y enfatiza que las actividades

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

desarrolladas por INTERCOLOMBIA no son similares, conexas o complementarias con relación a Interconexión razón por la cual no se cumple el presupuesto ordenado en el artículo 194 numeral 2°. Del Código Sustantivo del Trabajo.

Las organizaciones sindicales SINTRAISA y SINTRAE, a través de apoderado judicial hacen su pronunciamiento respecto del concepto emitido por el Ministerio de Minas y Energía, indicando que se trata de un concepto parcializado en razón a que este es parte interesada como accionista mayoritario y hace parte de la junta directiva de ISA.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Este Despacho procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por las organizaciones Sindicales SINTRAISA y SINTRAE, previo a lo cual, hará el siguiente análisis:

ISA fue creada en el año 1967, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con la finalidad de integrar los sistemas eléctricos regionales del país, mediante la construcción, mantenimiento y administración de la red de transmisión a alto voltaje y de realizar la construcción de centrales generadoras. Al momento de su creación, ISA tenía prevista en su objeto social, la prestación de los servicios de generación y transmisión de energía eléctrica.

Con la expedición de la Ley 143 de 1994 se le prohibió a ISA continuar prestando la actividad de generación. En este sentido, el Artículo 32 de la Ley 143 de 1994, dispuso: "(...) Autorízase, así mismo, al Gobierno Nacional para organizar, a partir de los activos de generación que actualmente posee Interconexión Eléctrica S.A., una nueva empresa, que se constituirá en una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, dedicada a la generación de electricidad. Esta nueva empresa contará con autonomía patrimonial, administrativa y presupuestaria."

Así las cosas, en virtud de la disposición anteriormente transcrita, ISA fue obligada a desintegrarse y por tal razón, fue escindida, creándose ISAGEN como una nueva empresa, a partir de los activos de generación que poseía ISA. En este orden de ideas, a partir del año 1994, ISA quedó encargada de la prestación del servicio de transmisión de energía eléctrica y de la operación del sistema y administrador del mercado de energía mayorista, e ISAGEN, quedó encargada de la prestación del servicio de generación de energía eléctrica.

Adicionalmente, el parágrafo 3° del citado artículo 32, le prohibió a ISA participar en las actividades complementarias de generación, comercialización y distribución de energía eléctrica, en los siguientes términos: "Parágrafo 3o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional, no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad."

Conforme a lo anterior, se dispuso la creación de una sociedad que se encargaría de la prestación de los servicios de Operación del Sistema y Administración del Mercado de Energía Mayorista y es así como el Ministerio de Minas y Energía en virtud de la autorización contenida en el Parágrafo 1° de la Ley 142 de 1994, expidió el Decreto No. 848 de 2005, en virtud del cual, autorizó la creación de XM, como una sociedad anónima diferente de ISA, para que se encargara de las actividades de operación del sistema y administración del mercado.

Quiere decir lo anterior que, a partir del año 2005, XM desarrolla la actividad de operación del sistema y administración del mercado, por disposición expresa de la Ley.

Por otra parte, tenemos que INTERCOLOMBIA fue creada en el año 2013 y, de acuerdo al Certificado de Existencia y Representación Legal, su actividad principal corresponde a la prestación del servicio público de transmisión de energía eléctrica de conformidad con lo establecido en las leyes 142 y 143 de 1994, así como la prestación de servicios conexas, complementarios y los relacionados con tales actividades.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

En este sentido, las actividades que actualmente desarrolla ISA, son las siguientes:

- ✓ Direccionamiento: Establecimiento de la unidad de propósito y dirección para las empresas del Grupo.
- ✓ Desarrollo: Definición y desarrollo de la estrategia de crecimiento a través de la selección de nuevos negocios, materialización de nuevos negocios y la reorganización de los existentes.
- ✓ Integración: Identificación de sinergias, mejores prácticas y vinculación de las unidades de negocio en distintos aspectos.

Es preciso anotar que sin bien ISA ostenta la propiedad de los activos de transmisión de energía eléctrica, desde el 1° de enero de 2014 no desarrolla la actividad de la transmisión. Por lo anterior, y según lo dispone el numeral IV del literal a) del Artículo 4° de la Resolución CREG 022 de 2001, es que "Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. deberá efectuar una propuesta para cada uno de los proyectos definidos en las convocatorias, en cumplimiento del Artículo 32 de la Ley 143 de 1994."

Quiere decir, entonces, que existe una justificación legal y además una prohibición para que ISA desarrolle actividades de generación, transmisión y comercialización de energía y fue por esa razón que nacieron las Empresas ya mencionadas que, dentro del grupo empresarial, resultan ser sus filiales.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, tenemos que se estima por parte de las organizaciones sindicales SINDICATO DE TRABAJADORES DE INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. -Sintraisa- y SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA - Sintrae - que existe una unidad de empresa entre las siguientes: ISA -INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P., con INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P. y entre ISA -INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P., y la empresa XM - COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. ESP, por cumplirse los presupuestos exigidos en el artículo 194 del Código Sustantivo del trabajo.

Del estudio de la norma invocada por los actores tenemos que se exigen dos requisitos para que se pueda declarar la Unidad de Empresa: 1.- Predominio Económico y 2.- La realización de actividades complementarias, conexas o similares. A criterio de este Despacho se deben cumplir los dos preceptos sin importar si las actividades son sólo complementarias o sólo conexas o sólo similares pues de la lectura de la norma se puede colegir que - en este aspecto - los tres conceptos son excluyentes.

De la lectura de las líneas anteriores y tomando en cuenta que las empresas INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P. y XM - COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. fueron creadas a partir de los activos de INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. - ISA) no existe duda acerca del predominio económico de ISA sobre las otras dos.

Cumplido el primer presupuesto, se verifica, a continuación, la realización de las actividades complementarias, conexas o similares, así:

Como ya se anotó, INTERCONEXIÓN COLOMBIA S.A. - ISA, a partir del año 2014 sólo ejerce el rol de "casa matriz", y en su proceso de escisión y reestructuración entregó la operación de las actividades de generación, distribución, comercialización y transmisión a las otras empresas creadas a partir de sus activos. Quiere decir lo anterior que, frente a las actividades desarrolladas por ISA y las de las empresas INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P. y XM - COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. no puede haber un asomo de conexidad, similitud o complementariedad pues si bien el estudio técnico estableció el cumplimiento de este requisito, el mismo se quedó corto pues no verificó el rol actual de la Empresa ISA que, como se ha señalado, tiene la prohibición legal de ejercer actividades de generación, distribución, comercialización y transmisión, y para ello se debió apelar a normas especiales que regulan el sector (Leyes 142 y 143 de 1994, Decreto 848 de 2005 y Resolución CREG 022 de 2001).

En conclusión, está claro para este Despacho que ISA en su rol de empresa matriz, se presenta a las convocatorias de expansión del sistema de transmisión nacional y es propietaria de los activos de transmisión nacional; INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P. desarrolla la actividad de la transmisión de la energía eléctrica, toda vez que es quien administra, representa, opera y mantiene los activos de transmisión de

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

energía eléctrica y XM – COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. opera el sistema interconectado nacional y administra el mercado de energía mayorista, servicios estos, que hacen parte de la categoría de servicios especiales, que por disposición expresa de la ley, no constituye una actividad complementaria.

Corolario de lo anterior, el Despacho confirmará la resolución 2497 del 15 de marzo de 2016, pero con fundamento exclusivamente en las razones de hecho y de derechos advertidas y anotadas en el presente acto administrativo.

Siendo suficientes las anteriores consideraciones, EL DIRECTOR DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA, CONTROL Y GESTIÓN TERRITORIAL DEL MINISTERIO DEL TRABAJO.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución número 2497 de fecha 15 de marzo de 2016 proferida por el Director Territorial de Antioquia, respecto a la no declaración de la UNIDAD DE EMPRESA entre las sociedades **ISA- INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P.** con **INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P.** Y entre **ISA- INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P.** y la **EMPRESA XM - Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes jurídicamente interesadas, de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso y se agota la vía gubernativa.

ARTÍCULO TERCERO: Una vez Notificadas las partes, **DEVOLVER** el expediente a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

06 OCT 2017


HENRY ALEJANDRO MORALES GOMEZ

Director de Inspección, vigilancia Control y Gestión Territorial

Proyectó: Jaqueline D.
Revisó: Katy C.
Aprobó: H. Morales.