

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



El Grupo de Empresa Laboral
Aspectos individuales y colectivos

Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social que presenta:

Maria Grazzia Espinoza Suarez

Asesor:

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Lima, 2022

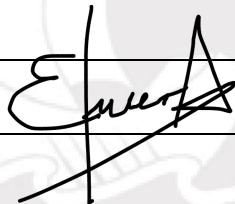
Informe de Similitud

Yo, Elmer Arce Ortiz docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis /el trabajo de Investigación titulado “El grupo de empresa laboral. Aspectos individuales y colectivos”, de la autora María Grazzia Espinoza Suárez, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20% Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 02/11/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

02 de noviembre de 2022

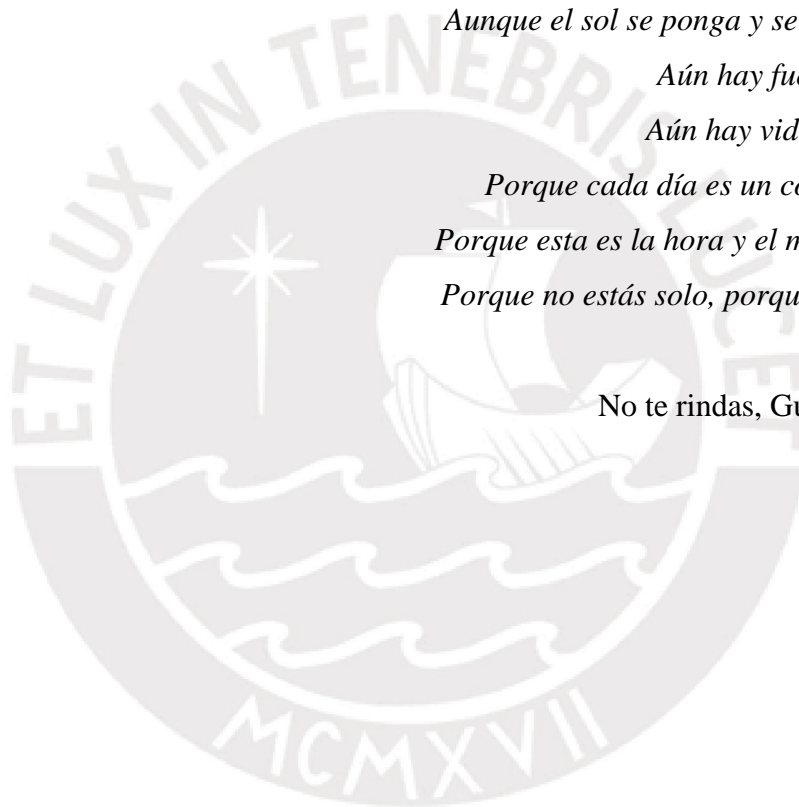
Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Arce Ortiz, Elmer	
DNI: 07628234	Firma 
ORCID: 0000-0002-2663-0225	

Dedicatoria

Esta tesis está dedicada a mis amados abuelos, Ricardo, Elba, Miguel y Adela, mis guías y protectores.

*“No te rindas, por favor no cedas,
Aunque el frío queme,
Aunque el miedo muerda,
Aunque el sol se ponga y se calle el viento,
Aún hay fuego en tu alma,
Aún hay vida en tus sueños
Porque cada día es un comienzo nuevo,
Porque esta es la hora y el mejor momento.
Porque no estás solo, porque yo te quiero”*

No te rindas, Guillermo Mayer



Agradecimientos

A mi querida familia, Michel, Teresa, Miguel Germán y Miguel Ángel, quienes con su amor incondicional y apoyo inagotable me han permitido cumplir este propósito. Gracias por confiar en mí y alentarme siempre, no sería nada sin ustedes.

A mi asesor, Elmer Arce, quien con paciencia y dedicación —de todo buen maestro— supo orientarme con sus consejos y darme los ánimos suficientes para concretar este proyecto.



Resumen

Los grupos de empresas constituyen una realidad empresarial que se ha consolidado como una de las figuras jurídicas que conforman el fenómeno de concentración empresarial, cuyo auge ha ido incrementándose hasta la actualidad. Esta forma de organización empresarial se caracteriza por estar conformada por diversos sujetos jurídicos, formalmente independientes y revestidos de personalidad jurídica propia que, no obstante, actúan bajo una dirección económica común.

Pues bien, pese a que se trata de un fenómeno cotidiano en nuestros días, la legislación peruana no ha previsto una norma especial que regule a los grupos de empresas en todos sus aspectos; en efecto, si bien se cuenta con normas sectoriales que los regulan de acuerdo con su naturaleza, en materia laboral opera una laguna jurídica. Precisamente, debido a la ausencia normativa antes expuesta, la jurisprudencia ha tomado un rol protagónico en lo que respecta a la solución de controversias que se presentan en el marco de este fenómeno empresarial.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo de investigación tiene como punto de partida la laguna jurídica existente respecto a los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo peruano (ámbito individual y colectivo). En adición, se aspira abordar los principales problemas jurídicos advertidos de índole individual y colectivo en el marco de los grupos de empresas; así como efectuar una sana crítica sobre los fallos judiciales que abordan estos últimos. Ello, con el propósito genuino de brindar una solución pragmática —y esperamos acertada— que pueda ser bien recibida por nuestros operadores de justicia.

***Palabras clave:** Grupo de empresas, laguna jurídica, jurisprudencia, solución de controversias, derecho individual, derecho colectivo, seguridad jurídica.*

Abstract

Groups of companies constitute a business reality that has been consolidated as one of the legal figures that make up the phenomenon of business concentration, whose boom has been increasing until today. This form of business organization is characterized by being made up of various legal subjects, formally independent and covered with their own legal personality that, however, act under a common economic direction.

Even though it is a daily phenomenon in our days, Peruvian legislation has not provided for a special law that regulates groups of companies in all their aspects; indeed, although there are sectoral rules that regulate them according to their nature, in labor matters there is a legal gap. Precisely, due to the absence of regulations described above, jurisprudence has taken a leading role in the resolution of disputes that arise within the framework of this business phenomenon.

By virtue of the above, the present research work has as its starting point the existing legal gap with respect to groups of companies in Peruvian Labor Law (individual and collective scope). In addition, the aim is to address the main legal problems identified as individuals and collectives in the context of group of companies; as well as to make a healthy criticism of the judicial decisions issued. This, with the genuine purpose of providing a pragmatic solution –and we hope wise– that can be well received by our justice operators.

Keywords: *Group of companies, legal loophole, jurisprudence, dispute resolution, individual law, collective law, legal certainty.*

ÍNDICE DE CONTENIDO

Resumen

Introducción..... 4

CAPÍTULO I

LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO..... 6

1.1. Esencia de los grupos de empresas e identificación de construcciones impropias..... 6

1.1.1. El GDE mercantil y la necesaria superación de un examen superficial (formal)..... 7

1.1.2. El GDE laboral y la identificación de las construcciones impropias..... 13

1.2. La laguna jurídica en la regulación de los grupos de empresas en el derecho laboral peruano: la jurisprudencia como herramienta clave para compensar tal deficiencia..... 20

1.3. La identificación del empleador en los grupos de empresas y la asignación de personería jurídica propia..... 26

1.3.1. El concepto de empleador en nuestro ordenamiento jurídico: la recepción de fuerza de trabajo como elemento clave para su identificación..... 26

1.3.2. La acepción del empleador complejo: el grupo de empresas como empleador..... 27

CAPÍTULO II

PRINCIPALES DESAFÍOS DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO..... 33

2.1. La determinación de la configuración de un fraude (inexistencia de un grupo de empresas) y el consecuente reparto de utilidades de la única empresa

real.....	34
2.2. La protección del trabajador frente al cambio de titular en la empresa.....	43
2.2.1. El objeto de la transmisión.....	44
2.2.2. El alcance de la subrogación del nuevo titular.....	45
2.2.2.1. Presupuestos de la subrogación.....	45
2.2.2.2. Ámbito de la subrogación.....	46
2.2.2.3. Criterios para la subrogación del nuevo titular de la empresa.....	47
2.2.3. Lo mecanismos a través de los cuales puede producirse la transmisión.....	50
2.2.3.1. Reorganización empresarial con pérdida de personería jurídica: fusión y escisión.....	55
2.2.3.2. Reorganización empresarial sin pérdida de personería jurídica: transmisión de empresa y reorganización simple.....	57
2.3. La circulación de trabajadores entre las empresas que conforman el grupo y su afectación a la estabilidad laboral y reconocimiento de beneficios sociales.....	63
2.4. ¿El remedio peor que la enfermedad? Crítica al Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2008	67
2.4.1. Modelo peruano de atribución de responsabilidad solidaria	69
2.4.2. Evidenciando su verdadero alcance y errada aplicación	

CAPÍTULO III

PRINCIPALES DESAFÍOS DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

3.1. Las formas permitidas por ley para generar organizaciones sindicales fuera del ámbito de la empresa	88
3.2. La negociación colectiva entre un GDE laboral y un sindicato de grupo. Principales desafíos	92
3.3. El poder de dirección único como distintivo para el fomento de la negociación colectiva	

por encima del nivel de empresa	97
3.4. El arbitraje como instrumento para aplicar la negociación colectiva a nivel de grupo por tratarse de una “primera negociación”	99
3.5. La validez de la proyección del derecho de huelga en los grupos de empresas con poder de dirección único	104
Conclusiones	106
Referencias bibliográficas	108



INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación reviste de especial importancia por cuanto se estudia un aspecto de la relación laboral que no tiene regulación expresa en el régimen de la actividad privada —ni en el derecho individual ni en el derecho colectivo peruano—, pero que, por medio de decisiones judiciales se ha generado una casuística orientadora sobre determinados problemas jurídicos. Sin embargo, las ejecutorias en cuestión no son uniformes lo que genera trabas para la construcción de una postura sólida que rinda reverencia a la seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Precisamente, la laguna normativa respecto a la regulación de los grupos de empresas ha desencadenado un escenario desprovisto de predictibilidad en las resoluciones judiciales frente a determinadas problemáticas que acontecen en el ámbito del derecho individual del trabajo. Sumado a ello, la posición adoptada por nuestra Corte Suprema y Tribunal Constitucional frente al ejercicio de la libertad sindical en los grupos de empresas es prácticamente nula, aspecto que se agrava con el hermetismo por parte del empresariado para abordar esta materia.

Por si fuese poco, a la fecha, los trabajos de investigación sobre la materia resultan escasos para la alta complejidad que caracteriza a los grupos de empresas. Precisamente, esta dicotomía entre concepción del grupo de empresas y su aplicación práctica ha exacerbado un escenario desprovisto de garantías para los trabajadores y empleadores que no solo se agota en la relación jurídico-sustantiva, sino que puede proyectarse hasta en la relación jurídico-procesal.

No obstante, se cuenta con amplia bibliografía extranjera, así como legislación y jurisprudencia de otros países que, de manera cuasi premonitora, han abordado —creemos con éxito— los principales problemas jurídicos que serán objetivo de la presente investigación.

Bajo este escenario, la ausencia normativa respecto a la regulación de los grupos de empresas ha desencadenado un escenario desprovisto de seguridad jurídica tanto en el ámbito individual como en el colectivo.

Debido a ello, resulta de imperiosa necesidad apoyarse en otras herramientas que nos provee nuestro ordenamiento jurídico a efectos de compensar la mencionada falta de regulación, resultando la jurisprudencia el instrumento más idóneo e imparcial.

No obstante, de la revisión de los principales fallos judiciales expedidos por nuestro Tribunal Constitucional y Corte Suprema, se advierte una carencia de predictibilidad en las resoluciones judiciales frente a determinadas problemáticas que acontecen en el marco de los grupos de empresas.

En vista a estos antecedentes teóricos, jurídicos y jurisprudenciales dispersos, nos vemos motivados en esbozar un producto académico que coadyuve a la unificación de estos de una manera armoniosa y garantista para cada una de las partes intervinientes: trabajadores, sindicatos, empleadores y operadores de justicia.

En esa línea, la presente investigación académica tiene como objetivo central proponer la necesidad de que se discuta sobre la identificación del grupo de empresas como empleador y, sobre esa base, solucionar los principales problemas jurídicos sobre derecho individual y colectivo del trabajo en el marco de los grupos de empresas y esbozar una solución pragmática que deberá ser ejecutada por nuestros magistrados.

Por otro lado, conviene señalar que el método de trabajo consistirá en un análisis de interpretación de las normas, así como el planteamiento de una construcción dogmática sobre qué solución nos brinda nuestro ordenamiento jurídico para los principales conflictos jurídicos en materia de derecho individual y colectivo del trabajo.

Finalmente, se recurrirá a los métodos inductivo y sintético, toda vez que mientras se aborde el contexto peruano frente a los grupos de empresas (premisas), se podrá colegir cuál es el adecuado tratamiento de este fenómeno dentro de un marco de Estado Social de Derecho (conclusión).

EL GRUPO DE EMPRESA LABORAL. ASPECTOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

CAPÍTULO I

LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el presente capítulo del trabajo de investigación se demostrará la validez en la configuración de los grupos de empresas (en adelante, “GDE”) a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

De igual manera, se demostrará la razonabilidad y necesidad de que nuestra jurisprudencia adopte la corriente del «empleador complejo». Para que así pueda otorgar personería jurídica al GDE y este pueda responder de manera solidaria frente a cualquier acreencia laboral. Con ello, no solo se aplicará un remedio frente a la laguna jurídica existente respecto a la regulación de los GDE, sino que se empleará una fuente de derecho (jurisprudencia) como herramienta para la defensa de los derechos laborales de los trabajadores.

1.1. Esencia de los grupos de empresas e identificación de construcciones impropias

Desde un inicio debemos partir con las siguientes premisas, siendo la segunda consecuencia de la primera: (i) el derecho es una construcción social; y, (ii) los grupos de empresas son figuras reales y legales.

La primera premisa se apoya en el hecho que, a lo largo del tiempo, se ha podido evidenciar que el derecho ha ido desarrollándose o actualizándose conforme a las diversas situaciones que se han presentado en la sociedad moderna. Así, ha venido actuando como una herramienta reguladora de tales situaciones.

Además, en relación con la segunda premisa, se tiene que a dichas construcciones empresariales se les cataloga como reales en tanto, actualmente, se están empleando en varios países (entre ellos, el Perú) con regularidad; es decir, forman parte de la realidad económica y del mercado peruano. Es más, no es ajeno al conocimiento general que muchas de las

principales empresas del país¹, forman parte –o lideran– un grupo empresarial² y/o están económicamente vinculadas.

Ahora bien, en lo que concierne al atributo de “legalidad”, es pertinente desarrollar dicho concepto sobre la base de dos visiones igualmente importantes que, por ser paralelas, han venido siendo estudiadas por separado, cuando lo idóneo hubiese sido complementarlas.

Nos referimos a la óptica laboral y a la óptica mercantil con las que deben analizarse a cada una de las empresas que conforman el grupo. La primera, sin lugar a duda, versa sobre la reflexión a efectuarse si se presenta una relación jurídica de materia laboral, para ello basta examinar la presencia o ausencia de los elementos esenciales de una relación de trabajo y, de ser necesario, rasgos de laboralidad³. Por su parte, la segunda se remite al examen para determinar la configuración y presencia de una persona jurídica, para ello basta remitirse a las disposiciones legales previstas en el Código Civil y Ley General de Sociedades.

Este método de análisis no se circunscribe a una discusión puramente jurídica, por el contrario, se materializa en la en la coexistencia del GDE mercantil y el GDE laboral que, de concentrarse en una sola persona jurídica, será determinante para poder advertir la existencia de un GDE sometido a los lineamientos previstos por nuestro ordenamiento jurídico.

1.1.1. El GDE mercantil y la necesaria superación de un examen superficial (formal)

Los GDE son un fenómeno económico que surge del desarrollo de la concentración empresarial, puesto que se crea “*para lograr una posición de dominio sobre el mercado y*

¹ Se hace referencia a las empresas que se detallan en el siguiente ranking empresarial: <<http://www.merco.info/pe/ranking-merco-empresas>> Consultado el 16 de noviembre de 2021.

² En atención a los grupos empresariales que se advierten en las siguientes relaciones: <http://www.smv.gob.pe/Frm_Relacionados.aspx?data=B5C77F8C6BF989E2D2220F8ED366A4EF1CB0260F56> Así como: <http://www.smv.gob.pe/Frm_GrupoEconomico.aspx?data=9BFB89FCFDC5C7825C76A9364552DA8F22C480AFB0> Consultados el 16 de noviembre de 2021.

³ Los rasgos de laboralidad más relevantes han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 08 de julio de 2015, recaída en el Expediente No. 03917-2012-PA/TC. Criterio que se ha visto replicado por la Corte Suprema en la Casación Laboral No. 26279-2017-Lima.

poder controlar los abastecimientos de materias primas y la formación de los precios” (ECHAIZ MORENO, 2001, pág. 37).

Debido a la primera y segunda revolución industrial, nace el modelo de la concentración económica, el cual se caracteriza por el rol protagónico que ostenta la sociedad comercial. Acto seguido y por el propio dinamismo del mercado económico, las empresas tuvieron la necesidad de estar en constante expansión; sin embargo, estos procesos resultaban cada vez más tediosos, en la medida que todas las actividades se concentraban en una única sociedad. Es así como se adopta la estrategia de expansión externa, con la adquisición y control de otras sociedades, este mecanismo de los GDE se impuso y perdura hasta la fecha.

Precisamente, conviene traer a colación que la concentración empresarial puede manifestarse de las siguientes maneras: (i) con pérdida de personería jurídica, en la que todas o algunas de las empresas participantes reúnen en una sola su personalidad jurídica (fusiones); y, (ii) sin pérdida de personería jurídica, manteniéndose como sujetos de derecho, con la opción o no, de crear un nuevo sujeto de derecho, que vendría a ser el caso de los GDE.

Pues bien, si nos avocamos a la doctrina nacional, Echaíz define al GDE (mercantil) como aquel que: *“refleja con notoriedad que estamos ante empresas agrupadas, siendo el término “empresas” de carácter amplio y permite subsumir toda clase de organización destinada a la actividad empresarial”* (ECHAIZ MORENO, 2001, pág. 56).

Por su parte, Hundskopf las cataloga como: *“uniones de empresas que conservan por sí solas su individualidad, es decir, su independencia por lo menos formal, aunque en algunas ocasiones no en el aspecto funcional, en donde prima una relación de subordinación–dependencia, que se ejerce sometiendo a las mismas a una dirección unificada”*.

En buena cuenta, si bien las empresas que integran el grupo son independientes entre sí – desde una perspectiva jurídico–formal–, a la par, actúan con sujeción a criterios de subordinación y dependencia.

Sin desmedro de lo antes señalado, un aspecto trascendental a resaltar es el hecho de que, en ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa, el empresario tiene la libertad para determinar la forma de organizar sus actividades (CASTELLO ILLIONE, 2006, pág. 84). En tal sentido, se ha evidenciado en el ordenamiento jurídico peruano una tendencia hacia su regulación, pero ésta se ha ido dando de forma dispersa, es decir, por sectores⁴.

En efecto, desde el derecho societario, la toma de decisión de constituir un GDE es válida y ajustada a derecho⁵, pues bien, en lo concerniente a su origen, este último puede darse de dos formas: (i) sin pérdida de personería jurídica, es decir, a través de una reorganización simple⁶ y/o transmisión de empresa; o, (ii) con pérdida de personería jurídica, por medio de una fusión⁷ o escisión⁸.

Sin perjuicio del contenido de las normas con rango legal antes esbozadas, se debe hacer mención de que, si bien dichas reglas dotan de legalidad a la decisión empresarial de crear un GDE, esta disposición tiene –como base– un respaldo de mayor rango. Precisamente, desde el derecho constitucional, la Constitución reconoce como derechos fundamentales a la libertad de empresa⁹ y a la libertad contractual¹⁰.

Así las cosas, por un lado, se tiene al derecho a la libertad de empresa, reconocido a favor de los empleadores, el cual se traduce en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial, dentro de los marcos de la Constitución y la ley, de manera que es una libertad específica porque tiene características, requisitos y procedimientos propios que deben ser respetados (RUBIO CORREA M. , 1999, pág. 227).

⁴ Los referidos intentos se materializan en la Ley General del Impuesto a la Renta, aprobada por D.S. 055-99-EF; el Reglamento de la Ley General del Impuesto a la Renta, aprobado por D.S. 122-94-EF; art. 105° de la Ley General de Sociedades – Ley 26887; la Resolución 445-2000 y la Resolución 446-2000, ambas emitidas por la Superintendencia Nacional de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones; la Resolución 90-2005-EF/94.10 – Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos aprobada por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores; el T.U.O. de la Ley General de Minería, aprobado por D.S. 014-92-EM; el art. 16° de la Ley de la Actividad Empresarial del Estado – Ley 24948.

⁵ De conformidad a lo dispuesto por el artículo 333° y siguientes, de la Ley General de Sociedades – Ley 26887.

⁶ En atención a lo previsto por el artículo 391° y siguientes, de la Ley General de Sociedades – Ley 26887.

⁷ Acorde a lo dispuesto por el artículo 444° y siguientes, de la Ley General de Sociedades – Ley 26887.

⁸ Tal como lo prevé el artículo 367° y siguientes, de la Ley General de Sociedades – Ley 26887.

⁹ En atención a lo señalado por el artículo 59° de la Constitución Política del Perú.

¹⁰ Conforme queda consagrado en el inciso 14, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

En esa misma línea, se ha determinado que el contenido esencial de la libertad de empresa comprende los siguientes cuatro aspectos: *“la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; la libertad de organización; la libertad de competencia; y, la libertad para cesar las actividades”* (KRESALJA ROSELLÓ, 2004, pág. 541)¹¹.

Adicionalmente, la Ley General de Sociedades en su artículo 105° prevé que una sociedad controlada es: *“aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones”*.

De modo tal que, para la configuración de un GDE mercantil en nuestro país, ante la ausencia de norma expresa que regule su constitución y desarrollo, este debe gozar de tres características indispensables –en línea a lo previsto por los autores nacionales precitados–, a saber:

- (i) Autonomía jurídica: consiste en la existencia de una pluralidad de empresarios independientes que conservan la titularidad sobre sus establecimientos; por consiguiente, los sujetos son los que soportan con su patrimonio las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial conjunta (HUNDSKOPF EXEBIO, 1999, pág. XX).

Al respecto, conviene destacar que se puede distinguir entre dos niveles de autonomía jurídica: (i) el nivel externo, es decir, la empresa vista desde el Estado, los acreedores, los socios y sus empleados; y, (ii) el nivel interno, en el cual esta autonomía se puede ver limitada por la sociedad controladora, en tanto supone la gestión, participación en utilidades y asunción de riesgos (MORALES ACOSTA, 1994, pág. 26).

¹¹ El antes señalado, contenido esencial, ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 11 de agosto de 2005, recaída en el Expediente 03330-2004-AA (Fundamento Jurídico 13).

- (ii) Relación de control: sobre este punto, conviene destacar la diferencia entre control y dominación, para ello nos valemos del aporte de Echaiz Moreno: *“la dominación es la capacidad que tiene un sujeto (persona natural o jurídica) para ejercer influencia sobre una sociedad, imponiéndole conductas empresariales aún en contra de su voluntad (entendiendo por “voluntad” lo decidido por el titular o titulares de la sociedad), mientras que el control es el ejercicio concreto (la materialización) de esa capacidad”* (2002, pág. 62 y 63).

En consecuencia, se puede concluir que para que exista control es necesario que la empresa dominante pueda real y efectivamente dirigir a la empresa controlada hacia los fines que el grupo persigue, sea que esto se lleve a cabo por medio de la tenencia de acciones o participaciones con derecho a voto.

- (iii) Dirección unificada: esta característica se define como *“transferir el poder de dirección, planificación y gestión de la empresa que normalmente incumbe a sus titulares, hacia un tercero (que puede ser, incluso, ajeno a dicha empresa) y que tiene la calidad de sujeto dominante”* (HUNDSKOPF EXEBIO, 1999, pág. XXIII).

En la misma línea, debe añadirse que: *“la dirección unificada puede incidir significativamente en tres áreas de la empresa: (i) en la política de planificación de la empresa y del grupo a medio y largo plazo; (ii) en la política de organización, que incluye a la política de financiación y la de personal; y, (iii) en la política gerencial, la que ayuda a supervisar el desarrollo de las actividades de las empresas agrupadas”* (FALCONI CANEPA, 2005, págs. 10-11)

En la medida que se ha precisado el marco teórico del GDE mercantil, resulta pertinente preguntarse cómo identificar aquellos supuestos de fraude. Pues bien, para tal finalidad, nuestro ordenamiento jurídico nos ha provisto de las siguientes herramientas:

- (i) Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por Resolución SMV No. 019-2015-SMV-01: en cuyo artículo 7° define a los grupos económicos delimitando el universo de sociedades y/u otros entes jurídicos¹² regulados por la SMV a los cuales exige obligación de comunicación y consolidación de estados financieros. Asimismo, se regula un concepto de control que le permite identificar a los entes jurídicos pertenecientes al grupo económico de que se trate.
- (ii) Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobada por Resolución SBS No. 5780-2015: cuyo artículo 8° define a los grupos económicos para identificar las sociedades y/u otros entes jurídicos que integran el grupo de empresas supervisadas por la SBS, para cuantificar el impacto de sus actividades de cara a los fondos administrados por ella.
- (iii) T.U.O. de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo No. 179-2004-EF y su Reglamento (Decreto Supremo No. 122-94-EF): en la Ley se hace referencia al concepto de “empresas vinculadas”, el cual se usa con el propósito de aplicar reglas especiales que impidan que el fisco se perjudique por el actuar de contribuyentes que, gracias a su especial vinculación, podrían subvaluar o sobrevalorar el monto de las contraprestaciones en sus relaciones.

¹² El término “entes jurídicos” es utilizado tanto por el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, emitido por la SMV, así como en las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, emitidas por la SBS. Este concepto incluye (i) patrimonios autónomos gestionados por terceros que carecen de personalidad jurídica; así como, (ii) contratos asociativos donde no se crea una persona jurídica distinta a las partes.

En consecuencia, puede alegarse –con absoluta firmeza– que, no basta detenernos en el ámbito mercantil, es decir, en la mera revisión del cumplimiento de requisitos para la constitución de una empresa y que goce de personería jurídica, pues estos aspectos –muchas veces– se agotan en el plano de la formalidad y para la solución de conflictos, lo indispensable, es llegar a la verdad material.

Lo antes expuesto, encuentra sustento en el hecho de que la propia normativa especial sobre la materia no regula a los GDE ni mucho menos sus requisitos para su desarrollo acorde a Derecho. Con lo cual, es perfectamente “válido” que en un –supuesto– GDE una de las empresas tenga el noventa y nueve por ciento (99.99%) de acciones de todas las otras empresas del conglomerado, aspecto que se presenta con regularidad en la actualidad y, definitivamente, no da luces de que estemos frente a un GDE real y que las empresas que lo compongan, verdaderamente, gocen de independencia y no sean una simple apariencia.

1.1.2. El GDE laboral y la identificación de las construcciones impropias

Como se ha desarrollado en el acápite previo, de acuerdo con el marco legal vigente, la constitución los GDE mercantiles no está prohibida por el derecho, por el contrario, es una de las tantas manifestaciones del legítimo derecho a la libertad de empresa. Por tanto, en el presente apartado se desarrollará el concepto, principales características y la configuración de una construcción impropia del GDE laboral.

Para comenzar, nos remitimos a la definición de GDE postulada por el profesor Castello: *“aquel que se constituye cuando dos o más empresas se relacionan por vínculos estables de dominación o control, sea éste directo o indirecto, interno o externo, o se encuentran bajo la influencia dominante de una o más personas físicas o jurídicas, con independencia de la forma jurídica u organizativa que adopten (centralizada o descentralizada) y actúen bajo una dirección económica unificada”* (CASTELLO ILLIONE, 2007, pág. 171).

De igual manera, la doctrina –en su mayoría– concierta que los grupos de empresas se caracterizan por abrazar los siguientes atributos: (a) pluralidad de componentes; (b) autonomía jurídica; (c) relación de dominación–dependencia; y, (d) dirección unificada (PLA

RODRÍGUEZ, 1981, págs. 187-188). A continuación, se desarrollarán los alcances de cada uno de éstos (ECHAIZ MORENO, 2001, pág. 59):

- (i) Pluralidad de componentes: no hay grupo sino hay más de un componente. Se alude a la pluralidad de personas jurídicas independientes.
- (ii) Autonomía jurídica: en tanto se esté ante una autonomía jurídica y no económica; formal y no real; de derecho y no de hecho; normativa y no empresarial.
- (iii) Relación de dominación–dependencia: se busca que el grupo se mueva como un conjunto orgánico. Lo más habitual es que se presente el supuesto de una sociedad madre y sociedades filiales; pero también puede darse el caso de que no haya una sociedad predominante, sino varias más o menos equivalentes. Lo importante es que siempre haya un sistema de organización. Este último supuesto se denomina grupos de empresas por coordinación y en este tipo de grupo no existe una relación de dependencia o control.
- (iv) Dirección unificada: No toda coordinación entre empresas constituye un conjunto económico. Es necesario el sometimiento de todas las entidades del grupo o de todas menos una, a cierto control; entiéndase a la posibilidad de sustituir la voluntad de la entidad miembro, por otra voluntad.

Además, es un hecho que la fenomenología de los GDE es sumamente compleja, variada y cambiante. Sin desmedro de ello, nos avocaremos a desarrollar la clasificación más comúnmente recogida por la doctrina y empleada en la práctica jurídica: GDE por coordinación y GDE por subordinación. A continuación, expondremos una síntesis respecto a cada uno de estos:

- (i) GDE por subordinación: aquellos en los que las sociedades agrupadas se ordenan entre sí en torno a una relación jerárquica de dependencia, siendo la sociedad matriz simultáneamente sociedad dominante. En los grupos verticales la dirección unitaria (en definitiva, la política empresarial de las diferentes sociedades del grupo) viene marcada unilateralmente por la sociedad matriz. En buena cuenta, para Castello Illione se configura una relación de control–dependencia que se traduce en la constitución de un grupo por subordinación (2007).
- (ii) GDE por coordinación: cuando el poder de negociación de las unidades del grupo es suficiente para imponer, o al menos influir, sobre los objetivos y las estrategias globales del conjunto, se instituye una relación horizontal, paritaria o de igualdad (ARCE ORTIZ E. , 2003, pág. 61). En este tipo de grupo existe un interés empresarial y una gestión compartidos entre todos los integrantes, pero no existe dependencia o control (CASTELLO ILLIONE, 2007, pág. 175).

Pues bien, sobre la base de los enunciados antes esgrimidos, la principal diferencia radica en que, si bien en los GDE por coordinación existe dirección unitaria, al igual que en los GDE por subordinación, el primero es el resultado directo del acuerdo entre las empresas que deciden agruparse; mientras que, en el segundo, lo que prima es la secuela de la dominación o control de la empresa matriz.

A su vez, resulta pertinente abordar aquellos supuestos que permitan dilucidar a ciencia cierta cuándo se está frente a un GDE laboral legítimo y cuándo frente a una construcción impropia, así como las herramientas de las cuales pueden valerse nuestros operadores de justicia.

Para ello, es sustantivo partir de la premisa que el derecho fundamental a la libertad de empresa –como cualquier otro derecho– no es absoluto; por consiguiente, su ejercicio no

debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública¹³. Tampoco puede vulnerar otros derechos fundamentales, como el derecho al trabajo. Mucho menos puede apartarse de los principios rectores del ordenamiento jurídico, ni contravenir los principios propios del derecho del trabajo.

Lo anterior, ha sido ratificado por el maestro Carlos Blancas Bustamante, quien acertadamente sostiene que: *“El empleador cuando ejerce su poder de dirección actúa, por consiguiente, como titular del derecho fundamental a la libertad de empresa, siendo este el que inviste de legitimidad prima facie a dicho poder, el mismo que no es absoluto, dado que el trabajador es igualmente titular de derechos fundamentales”* (2013, pág. 101).

Por otro lado, se tiene el derecho a la libertad contractual, el mismo que se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público¹⁴.

Entonces, cuando se evidencie una vulneración sobre los derechos de un trabajador o grupo de trabajadores, resulta propicio solucionar dicha controversia en mérito a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho y la Economía Social de Mercado¹⁵.

En esa línea, corresponde ser enfáticos en señalar que al momento de analizar cualquier problemática que surja en torno a un GDE, se debe renunciar a la visión patológica respecto a este último, es decir, a aquella postura que sostiene que todo GDE contiene un supuesto de fraude a la ley, abuso de derecho o precarización de las relaciones laborales.

¹³ De conformidad al artículo 59° de la Constitución Política del Perú.

¹⁴ Ese es el contenido que le ha atribuido el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos: Expediente N.° 7339-2006-PA/TC; y, Expediente N.° 02175-2001-PA/TC, por citar algunos ejemplos.

¹⁵ Conforme rezan los arts. 43° y 45° de la Constitución Política del Perú, respectivamente.

Se cree, que una de las posibles causas que ha dado pie a esta visión patológica frente a los GDE es la notable distinción que se advierte entre «persona jurídica» y «empresa», aspecto que ha pasado desapercibido en el ámbito del Derecho Laboral.

¿A qué se hace referencia con ello? Pues bien, la persona jurídica puede definirse como aquella abstracción o ente dotado de derechos y obligaciones que persigue un objeto social con o sin fines de lucro, cuyo nacimiento y eficacia depende del cumplimiento de los requisitos previstos por ley y de su inscripción ante registros públicos¹⁶; por el contrario, la empresa es una concreción de elementos tangibles (personas, capital social, bienes materiales y capacidades técnicas y financieras) e intangibles (aspiraciones y realizaciones), que por medio de la producción, transformación y/o prestación de servicios pretende satisfacer las necesidades del mercado para obtener una utilidad o beneficio¹⁷.

La acotación antes indicada reviste de especial trascendencia pues, el primer análisis a efectuarse para poder identificar una construcción impropia de los GDE será determinar si se está frente a una pluralidad de empresas o, por el contrario, ante una empresa que ha creado entes que utiliza para su beneficio y fines perversos.

En esa línea, para diferenciar un GDE legítimo de aquellas construcciones impropias¹⁸, siguiendo a Castello Illione, se debe advertir que este debe entenderse como aquella pluralidad de empresas articuladas bajo una dirección económica unitaria (noción amplia) o bajo un control o dominación (noción restringida) (2006).

Así, la doctrina española e italiana, en atención a los propósitos perseguidos por los grupos de empresas, *“han clasificado a éstos en patológicos y fisiológicos. Los patológicos serían aquellos grupos que se crean con la finalidad de evitar el control jurídico y repartir el riesgo*

¹⁶ Para la construcción de esta definición se ha tomado en consideración el Título I de la Sección Segunda del Libro I del Código Civil, referido a las Personas Jurídicas.

¹⁷ A efectos de construir el acotado concepto, se ha tomado en cuenta las definiciones recopiladas en el siguiente enlace web: < <https://www.promonegocios.net/mercadotecnia/empresa-definicion-concepto.html> >
Consulta: 28 de noviembre de 2019.

¹⁸ Se estima pertinente hacer mención que no se respalda la concepción de un “Grupo de Empresas Fraudulento”. Este como tal, no existe. Ello, en la medida que no se advierte la presencia de los elementos que configuran a esta institución. En atención a ello, se ha optado por la clasificación de “construcciones o figuras impropias”.

económico, mientras que los fisiológicos serían los que la pluralidad jurídica se justificaría en razones de competitividad, eficiencia organizativa, etc.” (CASTELLO ILLIONE, 2009).

Precisamente, respecto a las configuraciones patológicas o impropias de los grupos de empresas, se ha propuesto como mecanismo de solución, el llamado “rasgado o levantamiento del velo societario”. Si bien dicha teoría es ampliamente conocida por medio de la doctrina, esta no se encuentra contenida en una norma positiva, pese a ello, dicha situación no ha impedido que sea empleada por la judicatura, esto último de verifica de vasta jurisprudencia –incluso de materia laboral¹⁹–.

Con la herramienta antes invocada se ha planteado *“evitar que detrás de un formalismo jurídico se desarrollen actividades con perjuicio de ciertos accionistas de la sociedad o terceros. (...) Hay consenso en que los fundamentos de la institución del rasgado del velo societario son dos: evitar el fraude y controlar el abuso de derecho”* (HERRERA GONZÁLES-PRATTO, 2011, pág. 43).

Dicha herramienta, podría ser beneficiosa para los trabajadores, frente a un supuesto en el cual el juzgador le exigiese probar la dirección unitaria o de aprovechamiento efectivo de la prestación del servicio; prueba que podría terminar siendo “diabólica” (HERRERA GONZÁLES-PRATTO, 2011, págs. 43-44). Sin perjuicio que dicho proceder del juzgador contravenga el Principio de Veracidad (artículo I del Título Preliminar de la Ley No. 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo) y el Principio de Primacía de Realidad²⁰.

De igual manera, se cuenta con otra herramienta que permitiría advertir la configuración de una construcción impropia de los GDE, para ello los magistrados podrán recurrir a la “técnica de los indicios” elaborada por el profesor Castello Illione, quien postula lo siguiente:

¹⁹ Sentencias recaídas en el Expediente No. 7172-2006 de la Sala Laboral de Lima y Expediente No. 50005-2011 de la Sala Laboral Transitoria de Lima.

²⁰ El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 01388-2011-PA/TC (FJ 4) ha definido el alcance del precitado principio en los siguientes términos: *“En cuanto al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional ha precisado, en la STC N.º 1944-2002-AA/TC, que “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.*

“[c]omo generalmente el grupo no admite o reconoce su propia condición, la presencia de la dirección unificada se suele buscar mediante la técnica de los indicios: existencia de planificación común en materia económica, financiera, comercial, tecnológica, laboral; trasiego de personal entre empresas; utilización común de maquinaria, locales, personal, asesores; existencia de directores o administradores comunes; préstamos o subvenciones entre las empresas; garantías cruzadas, etc.” (CASTELLO ILLIONE, 2009).

Dicho esto, conviene traer a colación el alcance de las teorías del abuso de derecho y fraude a la ley, para ello se recurre a la opinión de Ordoqui Castilla, quien identifica las siguientes diferencias sustanciales entre ambas figuras que, si bien están relacionadas, son diferentes:

“a) En el abuso de derecho se ejercita un derecho subjetivo, desviándose de su fin, causando un daño. En el fraude a la ley se infringe un derecho objetivo que es, en el caso, la norma aplicable, buscando su transgresión al amparo de otras diferentes; b) En el abuso de derecho hay exceso por mal uso del derecho subjetivo; en el fraude a la ley hay mal uso del derecho objetivo, usando las normas en forma torcida. Sin perjuicio de ello, ambas figuras coinciden en el extremo que buscan fines opuestos a lo determinado por el ordenamiento jurídico” (2010, pág. 104).

En virtud de lo antes desarrollado, se advierte que el análisis de los conflictos en materia laboral frente a los GDE contempla diversas aristas que dificultan su solución. Por ello, no

se comparte aquellas posturas rígidas y absolutistas, pues frente a supuestos como estos se debe recurrir a un examen minucioso y cauto de cada uno de los elementos que se presentan.

Finalmente, se debe resaltar –nuevamente– la trascendencia de efectuar un análisis en conjunto de los enfoques mercantil y laboral para la solución de cualquier conflicto que pudiese surgir en el marco de un GDE, que siempre persiga la verdad material y no acabe en una revisión formalista; máxime si hasta la fecha opera un supuesto de ausencia normativa para solucionar desavenencias laborales como veremos a continuación.

1.2. La laguna jurídica en la regulación de los grupos de empresas en el derecho laboral peruano: la jurisprudencia como herramienta clave para compensar tal deficiencia

Como bien se ha adelantado, los GDE carecen de regulación especial en materia laboral²¹, configurándose así un supuesto de laguna jurídica. Se ha empleado el término “laguna del Derecho” toda vez que se entiende como tal a aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y que debiera estar regulado por el sistema jurídico (RUBIO CORREA, 2017, pág. 261).

En atención a dicha carencia de marco normativo, la jurisprudencia viene atendiendo la problemática en cuestión por medio de la analogía, de esta manera aplica normas sectoriales²²

²¹ Si bien somos conscientes de la existencia del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado por Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, así como de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 008-2008-TR; dispositivos legales que regulan determinados aspectos que permiten evidenciar la presencia de un “grupo económico” y “vinculación económica”, no están siendo considerados como normativa sobre la materia para la presente tesis por dos motivos: (i) no recogen la concepción ni prevén la diferencia entre GDE formal y GDE laboral; y, (ii) su ámbito de aplicación se circunscribe a las micro y pequeña empresa de la actividad privada.

²² Nos referimos a las siguientes: (i) Ley del Impuesto a la Renta; (ii) Resolución CONASEV 772-97-EF/94.10; (iii) Resolución CONASEV 090-2005-EF-94.10, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, modificado por las Resoluciones CONASEV 005-2006-EF-94.10 y 016-2007-EF-94.10, respectivamente; (iv) Resolución SMV 019-2015-SMV-01; (v) Resolución SBS 445-2000; (vi) Resolución SBS 5780-2015; (vii) Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Sobre el particular, debemos señalar que la Resolución CONASEV 772-97-EF/94.10 **ha sido derogada** por la Resolución CONASEV 090-2005-EF-94.10 y, esta a su vez **ha sido derogada** por la Resolución SMV 019-2015-SMV-01; mientras que la Resolución SBS 445-2000 **ha sido derogada** por la Resolución SBS 5780-2015.

No obstante, las normas derogadas antes precitadas han venido siendo aplicadas hasta la fecha en sendas ejecutorias que han resuelto controversias de GDE, es decir, se han resuelto causas sobre la base de normas derogadas. Aspecto que, recientemente ha sido observado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte

que, si bien brindan cierto aporte para comprender esta compleja forma de desarrollo productivo, no se pronuncian sobre qué hacer cuando la libertad de empresa y libertad contractual, propias del empleador, colisionan con otros derechos constitucionales –como el derecho al trabajo–, ni mucho menos esclarecen la atribución de responsabilidad.

En buena cuenta, estos cánones no abordan el problema central antes descrito desde el área competente del derecho, siendo el Derecho Laboral el llamado a atender dichas circunstancias; por tanto, estimamos que nuestros jueces incurren en un desacierto al emplear dichas herramientas normativas como mecanismos de solución, dejando de lado otros aspectos importantes e instrumentos imprescindibles.

La acotada inexactitud se debe a que nuestros jueces al advertir la presencia de una laguna jurídica²³ recurren a la integración jurídica (analogía) respecto a las normas de otras especialidades (premisa errada), sin considerar –que muchas veces– la respuesta estaría en los principios generales del Derecho y los principios propios del Derecho del Trabajo solucionar la controversia.

En vista a lo anterior y para resolver los casos que se configuren en torno a los GDE, se propone una serie de herramientas para compensar dicha deficiencia normativa, las cuales califican como fuentes del derecho que no vienen siendo empleadas por los jueces al momento de efectuar su análisis, las mismas que se estima coadyuvarían a resolver las controversias relacionadas a los GDE.

En ese sentido, se debe traer a colación que nuestra Constitución²⁴ no solo reconoce la existencia de lagunas y vacíos legales, sino que exige al juez su solución jurídica; de igual forma, atiende que el derecho es un sistema compuesto tanto por normas positivas como por principios –generales y particulares– que coadyuvan a dicho propósito (RUBIO CORREA,

Suprema de la República, principalmente, por atentar con la doctrina jurisprudencial señalada en la Casación Laboral 15284-2018-Cajamarca. Como ejemplo de lo anterior tenemos: Casación Laboral 13722-2019-Lima (26 de octubre de 2021) y la Casación Laboral 24742-2018-Lima (16 de noviembre de 2021).

²³ Se cree que, en buena cuenta, esto puede deberse al desarreglo en el que incurre la propia Constitución en su inciso 8, del artículo 139° que reza lo siguiente: “*El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario*”.

²⁴ Según el inc. 8, del art. 139° de la Constitución Política del Perú.

2015, pág. 33).

Igualmente, lo antes indicado toma mayor valor al tomarse en consideración lo dispuesto por el T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por D.S. N.º 017–93–JUS²⁵; el Código Civil²⁶; y, la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley N.º 29497²⁷; cuerpos legales que coinciden en el sentido de que los magistrados no deben dejar de impartir justicia frente a una ausencia de norma positiva, es más, para resolver dicha controversia se les insta a recurrir a los principios generales del Derecho, así como tratados internacionales y principios del Derecho Laboral.

Estando, entonces, a la notoria relevancia que reviste la función jurisdiccional para supuestos como este –de ausencia normativa–, la jurisprudencia juega un rol protagónico e inmediato para la construcción de una corriente de criterios para determinados supuestos que se generen en el marco de un GDE. Las posturas asumidas por nuestros magistrados deben ser, por tanto, objetivas, certeras y orientadoras.

Atendiendo a nuestro contexto actual, en donde nuestra jurisprudencia dista de ser uniforme y de abordar los conflictos en torno a los GDE con el enfoque correcto, se ha estimado pertinente recurrir al Derecho comparado, principalmente a algunas de las posiciones más predominantes emitidas por el Tribunal Supremo Español a modo ilustrativo para identificar a un GDE laboral, así como para comparar las posiciones adoptadas por este Colegiado Supremo y compararlas con los pronunciamientos emitidos por nuestra Corte Suprema, lo que sin duda resulta ser bastante ilustrativo.

²⁵ En cuyo numeral 3), del artículo 184º, sobre deberes de los Magistrados indica lo siguiente: “*A falta de norma jurídica pertinente, los Magistrados deben resolver aplicando los principios generales del Derecho y preferentemente los que inspiran el Derecho Peruano*”.

²⁶ En cuyo Título Preliminar indica lo siguiente:

“[...]”

Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley. Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Artículo X.- Vacíos de la ley. La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación”.

²⁷ El citado cuerpo legal en su artículo IV, sobre *Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral* sostiene que: “*Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República*”.

Así tenemos que, como punto de partida se debe señalar que la construcción jurisprudencial de la doctrina del grupo de empresas, para efectos laborales, ha recogido a través de diferentes pronunciamientos²⁸, cuáles son los caracteres que debe reunir un GDE para posteriormente deducir de ellos que existe una responsabilidad laboral común.

En ocasión a ello, se ha señalado que ya no cabe identificar GDE mercantil²⁹ y GDE laboral, puesto que puede darse el primero sin existir el segundo. De modo tal, la búsqueda del empresario real dentro de unas relaciones laborales concretas es la que lleva a la jurisprudencia a estimar que existe un grupo de empresas que debe responder por sus obligaciones laborales en tanto empleador.

Esto último puede apreciarse de la Sentencia del 30 de junio de 1993, Recurso 720/1992 (RJ 1993\4939) por medio de la cual el Tribunal Supremo Español prevé lo siguiente: *“la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad”*.

No obstante, nuestra jurisprudencia nacional no ha seguido la pauta dada por el Tribunal Supremo Español, por el contrario, ha procedido con efectuar un análisis escaso (por perder de vista detalles que resultan determinantes) y rígido (por adoptar una visión patológica frente a los GDE). En efecto, la crítica antes expuesta se ve reflejada en las siguientes ejecutorias supremas: Casación Laboral N.º 951-2005-Lima, Casación Laboral N.º 3733-2009-Lima, Casación Laboral N.º 3069-2009-La Libertad y Casación Laboral N.º 4871-2015-Lima.

Sin desmedro de lo anterior y ante la configuración de una de las problemáticas de los GDE, como es la atribución de responsabilidad frente al incumplimiento de obligaciones laborales, el Tribunal Constitucional ha estimado que vinculación empresarial no es suficiente fundamento para atribuir responsabilidad a efectos laborales. En efecto, el máximo intérprete

²⁸ El Tribunal Supremo Español ha brindado notables aportes por medio de las siguientes ejecutorias: Sentencia del 3 de mayo de 1990 (RJ 1990/3946) y Sentencia del 26 de enero de 1998, Rec. 2365/1997 (RJ 1998/1062).

²⁹ De conformidad a lo dispuesto por el artículo 42 del Código de Comercio Español.

establece que no basta la presencia de vinculaciones accionariales, financieras o económicas para atribuir responsabilidad laboral en el grupo; sin embargo, no establece qué elementos serían necesarios para que se configure un grupo de empresas a efectos laborales; solamente exige *algo más* que la mera vinculación empresarial. Dicha postura ha quedado recogida en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1124-2002 (FJ 4) que señala:

“(…)Por otro lado, sí corresponde que se examine la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., al haberse impugnado la sentencia recurrida en el extremo que la declaró fundada. Así, este Tribunal considera que al ser planteada la demanda ante la amenaza de ceses masivos de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. y en representación de estos, no existe relación material con la empresa Telefónica Perú Holding S.A. que sustente la relación procesal entablada con ella, dado que esta última no es la entidad empleadora”.

Sin embargo, el acotado razonamiento resulta disímil en comparación al recogido por la Corte Suprema en la Casación Laboral N.º 932-2002-Junín. Este último sienta un precedente de observancia obligatoria, por medio del cual se impone responsabilidad solidaria respecto al pago de obligaciones de carácter laboral dado que: (1) los derechos reclamados por ostentar naturaleza laboral gozan del privilegio de la persecutoriedad previsto en el artículo 3º del Decreto Legislativo 856, y; (2) existe vinculación económica entre todos los codemandados. Por tanto y haciendo uso del control difuso, inaplica los siguientes artículos del Código Civil: por un lado, el artículo 78º, referido al Principio de Autonomía de la Persona Jurídica; y, por otro lado, el artículo 1183º, respecto a que la solidaridad no se presume, sino que debe pactarse expresamente o estar prevista por norma expresa.

Por otro lado, y en lo concerniente a una de las principales problemáticas advertidas en los GDE, la transmisión de empresas, el Tribunal Supremo Español ha indicado que es lícita la sustitución del empleador; sin embargo, perderán tal cualidad una vez revisada las particularidades en la cual se desarrolló dicha operación empresarial. Este criterio se ve reflejado en la Sentencia del 5 de marzo de 2013 (RJ 2013/3649) que concluye lo siguiente: *“(...) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate (...)”*.

En atención a la misma problemática, resulta interesante traer a colación el criterio adoptado en fuero nacional por la Corte Suprema en la Casación Laboral N.º 951-2005-Lima, la cual postula que la validez de una transmisión de empresa dependerá del respeto irrestricto de los principios laborales y constitucionales, por ello, es imprescindible que la misma no contenga intrínsecamente un fraude para los derechos de los trabajadores involucrados. En consecuencia, en tales supuestos se debe aplicar el Principio de Continuidad, de modo tal que todos los derechos laborales, ya sea de origen legal o convencional, así como las condiciones de trabajo que los trabajadores gozaban con la empleadora originaria perduren en el tiempo.

Por último, cabe destacar la Casación Laboral N.º 1162-2013-Junín³⁰, ejecutoria que recoge los aportes del maestro Elmer Arce, (ARCE ORTIZ E. , 2008, pág. 142) y así concluye que existen dos supuestos de subrogación patrimonial: (i) la cesión de posición contractual, para la cual se aplicará lo recogido por el artículo 1435º del Código Civil; y, (ii) la transmisión de empresa –o, sucesión de empresarios–, el cual se desarrolla en un escenario de proceso de reestructuración patrimonial a través de mecanismo de la transmisión de empresa.

Sobre la base de las sentencias antes citadas se puede colegir que entre la jurisprudencia española y peruana se abrazan coincidencias, pero a su vez, se advierte que el análisis nacional muchas veces –por no decir siempre– se decanta por una visión patológica de los GDE, lo que trae como consecuencia que se expidan pronunciamientos irrazonables que contienen medidas desproporcionales y hasta materialmente imposible de cumplir.

³⁰ Criterio que a su vez ha sido confirmado en la Casación Laboral N° 4573-2013-Junin.

A su vez, queda en evidencia que nuestra jurisprudencia no ha respondido a —quizás— la interrogante que tiene la condición de “punto de partida” del análisis ante cualquier conflicto jurídico en el marco de un GDE, a saber: ¿Quién es y cómo identifico al «empleador» dentro del GDE?

En resumen, se postula que los conflictos que surjan en torno a los GDE deben ser resueltos con el empleo de la jurisprudencia, pues así se podrá compensar la ausencia de regulación en materia laboral y, a la par, se creará una tendencia jurisprudencial que permitirá dibujar el camino correcto para el desarrollo de las relaciones laborales en el marco de un GDE, no sin antes brindar las herramientas pertinentes para la identificación del «empleador» dentro del GDE, aspecto sustancial que desarrollaremos a continuación.

1.3. La identificación del empleador en los grupos de empresas y la asignación de personería jurídica propia

En el presente apartado del trabajo de investigación se desarrollará la posibilidad de atribuir a los GDE la categoría de empleador, atributo que los habilitaría a gozar de personería jurídica propia, hilo conductor para que respondan por las obligaciones e incumplimientos que se le atribuyan y queden demostrados en juicio.

1.3.1. El concepto de empleador en nuestro ordenamiento jurídico: la recepción de fuerza de trabajo como elemento clave para su identificación

Nuestro marco normativo laboral se ha encargado de aportar suficientes acepciones que permiten esbozar una definición del «trabajador», conocer sus derechos e inclusive sus obligaciones. Sin embargo, este vasto desarrollo normativo no tiene reflejo en la otra parte que compone la relación de trabajo: el empleador.

En efecto, nuestra Constitución Política del Perú solo lo menciona en el artículo 24° cuando refiere que el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

Por su parte, nuestra norma rectora para el desarrollo de las relaciones laborales individuales, el T.U.O. de la Ley de Productividad y Productividad Laboral aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (en adelante, “LPCL”), tampoco define al empleador como tal. No obstante, existen dos artículos que resulta trascendentales para poder esbozar una concepción sobre este actor.

Así tenemos al artículo 3° de la LPCL que señala: *“El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada”*. Mientras que el artículo 9° del mismo cuerpo normativo prevé: *“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, (...). El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”*.

Señalado lo anterior, se puede deducir que empleador es toda persona natural o jurídica que se beneficia y dirige los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato de trabajo. Siendo irrelevante si la relación laboral se circunscribe a una empresa o varias, en la medida que la norma analizada no prevé ello, ni mucho menos impide una interpretación como esta.

Partiendo de dicha premisa, se puede concluir que el empleador como tal y a diferencia del trabajador, no necesita estar identificado de una manera personalísima, sino que este puede ser el resultado de una ficción jurídica, como ocurre con las personas jurídicas (empresas). Sumándose, inclusive, la posibilidad de recoger la validez de que un empleador no sea el “rostro” de una empresa, sino de varias. Este supuesto se enmarca en la clasificación de “empleador compuesto” que abordaremos más adelante.

1.3.2. La acepción del empleador complejo: el grupo de empresas como empleador

Sobre este punto, debemos partir de la premisa que aporta —acertadamente— el profesor Baz Rodríguez, la misma que vemos replicada en la regulación respecto a los GDE en nuestro ordenamiento jurídico, y versa sobre lo siguiente: *“Son tres, en esencia, los rasgos tipológicos manejados por el legislador para la institucionalización de la empresa de grupo: la existencia de una relación de **dependencia**; el ejercicio, a partir de ésta, de una **dirección unitaria**; y la persecución correlativa o lógica, a través de esta última, de un **interés unitario del grupo en su conjunto**”* (BAZ RODRÍGUEZ, 2002, pág. 46).

Atendiendo a las particularidades innatas de un GDE, las cuales —evidentemente— distan de del binomio clásico persona física / persona jurídica con la que se identificaba al empleador “tradicional” durante todo estos años, es necesario que se migre a una concepción de titularidad compartida en la parte empleadora siempre que este suscriba o disfrute el objeto del contrato por todas las personas físicas o jurídicas que integran un grupo o, en su defecto, por uno de ellos solamente, pero en nombre de todos los demás. Advirtiéndose así, como apunta Baz Rodríguez, una **pluralidad de empleadores o cotitularidad del contrato de trabajo**, reconocimiento que traerá como consecuencia inmediata la responsabilidad solidaria respecto al trabajador (2002, pág. 54).

Es preciso destacar que, atendiendo a estos rasgos propios de un GDE, debemos desterrar la concepción tradicional de empleador y adoptar una amplia y flexible toda vez que: *“(…) la condición de empleador no nace sólo de la celebración formal del contrato de trabajo, sino de la realidad de los hechos y, de esa manera, empleador es quien efectivamente emplea a otro y recibe su prestación de trabajo o, la persona que frente al trabajador actúa como tal”* (DE LA VILLA GIL, 2010, pág. 23).

Si se toma en consideración la legislación comparada, tenemos las siguientes acepciones para conceptualizar al empleador:

- (i) El Código de Trabajo de Chile prevé en su artículo 3°, literal a) lo siguiente: *“empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los*

servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.

Inclusive, agrega: *“Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”.*

- (ii) El Estatuto de los Trabajadores de España, en su artículo 1.2 prevé: *“A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.*

Así las cosas, puede concluirse que tendrá la condición de empleador aquel sujeto que «recibe» los servicios del trabajador y «ejecuta» el poder de dirección sobre un trabajador. Este precepto resulta sumamente útil, como bien anota el maestro Sanguinetti Raymond, para:

“combatir lo que se ha venido en llamar el «agujero negro» de la «irresponsabilidad organizada», caracterizado por el empleo de fórmulas jurídicas de diverso tipo y naturaleza para eludir las obligaciones y responsabilidades que corresponden al empleador o reducir abusiva y artificialmente las condiciones laborales. Una realidad que, aunque presente en otras etapas, ha encontrado en el auge de las estrategias de fragmentación productiva su caldo de cultivo” (2018, pág. 119).

En efecto, es un hecho que a la fecha se ha evidenciado una insuficiencia de los mecanismos existentes para proteger todos los casos de disociación entre contratación y dirección del trabajo. El antídoto, como bien anota el profesor Castello Illeone sería que: *“La solidaridad permite atrapar al empleador mediato, plural y complejo, haciendo responsable a todas aquellas personas físicas y jurídicas que participen de las diversas funciones y cualidades propias del empleador”* (2004, pág. 146).

De esta manera, la jurisprudencia uruguaya ha construido la noción de «empleador complejo» para aquellos supuestos en los que existe una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician simultáneamente de los servicios de un trabajador, pero que en principio carecen de lazos de dependencia entre sí y no están sometidas a un mismo centro de dirección, lo que les aleja de la figura del conjunto económico (CASTELLO ILLEONE, 2004).

En idéntico tenor, la jurisprudencia española se ha decantado por acoger también la figura del «empleador complejo» y extender la responsabilidad a aquellas empresas que: (i) se hayan visto beneficiadas con la prestación de labores del trabajador; y, (ii) ha hayan ejercido poder de dirección sobre el trabajador.

En esa línea y, como acertadamente señala el profesor Sanguinetti Raymond, el Tribunal Supremo Español³¹ ha recogido que:

“cuando la actividad de un empresario distinto del que contrató al trabajador «traspasa» la «simple y natural consecuencia» del contrato mercantil «y alcanza cotas de dirección», resulta «evidente» que «tal persona se incorpora desde ese instante al circuito empresarial» y adquiere la cualidad, no «sucesor de la otra empresa», sino de «coempresario integrado en el circuito rector y originador de decisiones», al que le son aplicables

³¹ A modo de referencia, se tienen las siguientes ejecutorias: STS de 5 de marzo de 1985 (RJ 1985/1274), la STS de 17 de julio de 1985 (RJ 1985/3797).

«todas las obligaciones que a tal cualidad le corresponden» con carácter solidario respecto del «otro empresario», toda vez que «la pluralidad de empleadores implica siempre, en relación con los trabajadores, responsabilidad solidaria» (2018, pág. 141).

Ahora bien, en aras de evidenciar con mayor facilidad aquellos supuestos de cotitularidad del contrato de trabajo, se estima necesario traer a colación la clasificación propuesta por el catedrático Baz Rodríguez (2002, págs. 214-215), a saber:

- (i) Cotitularidad contractual: generada a partir de la estipulación expresa en el contrato de trabajo (primigenio o sobrevenido) de una pluralidad de receptores de la prestación laboral, pudiendo involucrar a un único trabajador o a un grupo determinado.
- (ii) Cotitularidad convencional: derivada de aquellas situaciones en las que el GDE (o una parte del mismo) se autodefine en un convenio como una organización laboral unitaria dotada “planilla única”. En este supuesto, el poder de dirección y organización responde a la dirección laboral única y común al grupo; o también cuando las funciones de un grupo de trabajadores se desarrollan indiferenciadamente a favor de una pluralidad de empleadores dentro del grupo.
- (iii) Cotitularidad fáctica: consistente en el funcionamiento del grupo de empresas, de hecho, como una única organización laboral, sin que exista pacto contractual o convencional y al margen de que concurren o no circunstancias reveladoras de la existencia de fraude de ley o abuso de derecho. También se aprecia en la utilización indiferenciada y en interés común, por varios empleadores del grupo, de uno o varios trabajadores, sin que exista una base contractual o convencional que lo avale expresamente.

De manera predominante, en la experiencia peruana, se materializa este último supuesto, el del «empleador complejo» por cotitularidad fáctica pues, es en la realidad de los hechos y en la particularidad de cada caso, donde finalmente se advierte su existencia y esta labor no puede recaer en nadie más que en un tercero imparcial, como lo son nuestros jueces. Quienes valiéndose de herramientas procesales³² (declaración de parte, declaración de testigos, pericia, prueba de oficio, inspección judicial) podrán advertir con meridiana claridad la presencia o no de un GDE para efectos laborales.

Sin perjuicio de lo esbozado hasta este punto, es menester manifestar nuestra postura sobre la posibilidad del acogimiento del “empleador complejo” en nuestro ordenamiento. Así pues, si bien postulamos su aplicación por nuestra jurisprudencia, debemos ser categóricos en señalar que este antídoto es una figura **residual** y **excepcional**.

En modo alguno, puede interpretarse que esta es la regla por aplicarse en todos y cada uno de los casos en donde se evidencia la presencia de un GDE que, es precisamente, el error que se ha venido arrastrando hasta la actualidad. Por el contrario, nuestra jurisprudencia debe ser cautelosa en identificar la **conurrencia** de estos requisitos: (i) dos o más empresas se benefician de la labor de un trabajador; y, (ii) dos o más empresas dirigen de manera simultánea o alternativa la labor de un trabajador que no forma parte de su planilla.

Adicional a ello, consideramos pertinente aportar una serie de indicios para identificar la plasmación del supuesto de «empleador complejo», a saber:

- (i) La impartición continua y sistemática de instrucciones sobre la forma de organización del trabajo de otra empresa.
- (ii) La intervención en la política remunerativa de otra empresa.
- (iii) La interferencia en las relaciones colectivas de trabajo de otra empresa.

³² Todas ellas contempladas en los artículos 192° y siguientes del Código Procesal Civil, aplicables supletoriamente al proceso laboral de conformidad con la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497.

- (iv) La determinación del número de trabajadores por contratar y/o despedir de otra empresa.
- (v) La imposición de objetivos o metas a cumplir por los trabajadores de otra empresa.

De modo tal que, cuando se aprecie la concurrencia de los dos requisitos antes señalados (supuesto de hecho), desencadenará como consecuencia jurídica: por un lado, el reconocimiento de personería jurídica al GDE; y, por otro lado, la atribución de responsabilidad solidaria para todas las empresas que constituyen el conglomerado.

Recordemos además que, como bien sostiene Baz Rodríguez, resulta imprescindible lo primero para llegar a lo segundo en la medida que la “sujetividad” es el elemento técnico en el que se apoya el sistema jurídico para atribuir efectos y consecuencias jurídico-patrimoniales (2002, pág. 59).

En mérito a lo antes expuesto, se propone que con la aplicación de la tesis del «empleador complejo» frente a los conflictos jurídicos que se desarrollen en los capítulos siguientes, nuestros operadores de justicia reconozcan la personalidad jurídica del GDE para que este responda las obligaciones propias de todo empleador, entre ellas la atribución de responsabilidad solidaria. Siendo esta propuesta práctica, inmediata y eficaz en mérito a la laguna jurídica sobre la regulación en materia laboral de los GDE.

CAPÍTULO II

PRINCIPALES DESAFÍOS DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

El propósito de nuestro primer capítulo descansó en la importancia de resaltar que existen dos tipos de GDE, uno “económico” y el otro “laboral”. Para efectos de determinar si estamos ante un GDE válido en el ámbito laboral será imprescindible la coexistencia de requisitos formales y sustanciales. Pues, como bien se anotó de manera precedente, en el marco de un GDE laboral será empleador aquel que «reciba» los servicios del trabajador y «ejecute» el

poder de dirección sobre este último. Esta concepción admite, por tanto, la existencia de un «empleador complejo».

Sin desmedro de ello, debemos destacar que, como bien anota el maestro Elmer Arce: “(...) *la búsqueda del empleador en el grupo responde a un proceso casuístico y riguroso, que ha de articularse necesariamente desde elementos prestados de la teoría económica, a efectos de superar la errónea concepción unitaria que persigue al grupo de empresas*” (2003, pág. 84).

Así pues, en las líneas siguientes, plantearemos un listado de los problemas que se suscitan de manera recurrente en el plano de las relaciones laborales individuales y que involucran al «empleador complejo», tanto en el seno de un GDE por subordinación o coordinación³³; así como la identificación de un falso GDE y la consecuencia jurídica correspondiente en resguardo de los derechos laborales de los trabajadores afectados con dicha medida.

Sumado a ello, formularemos cuál –desde nuestro punto de vista– viene a ser el análisis por practicar en cada uno de estos supuestos para arribar a una solución que satisfaga los intereses de los trabajadores y sea consciente, por supuesto, de las garantías atribuibles al empleador.

De igual manera, manifestaremos nuestra posición frente a las decisiones adoptadas por nuestro Supremo Tribunal de Justicia, con el propósito de evidenciar si el análisis impartido para la solución de estas controversias resulta razonable, proporcional y válido.

2.1. La determinación de la configuración de un fraude (inexistencia de un grupo de empresas) y el consecuente reparto de utilidades de la única empresa real

Tal como hemos sustentado previamente, el grupo de empresas mercantil no es equivalente al grupo de empresas laboral. La configuración de un GDE laboral exige la presencia de una

³³ Sin perjuicio del esfuerzo que se hará por identificar los problemas más recurrentes en torno a los GDE, no es menos cierto que, predominantemente, estos conflictos se materializan con mayor frecuencia en los GDE por subordinación. Precisamente, en prácticamente la totalidad de la jurisprudencia aportada en este trabajo de investigación, queda desnudada la presencia de esta subcategoría.

serie de factores que, de no suscitarse, evidenciarían que la configuración es fraudulenta y se incurriría en abuso de derecho.

Así las cosas, hemos identificado una relación de causales que nos permitirían identificar una la presencia de una figura impropia de los GDE laborales y, por tanto, la inexistencia de este último, estas son:

- (a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo: desde una perspectiva individual, supone la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de dos o varias empresas del grupo; desde una perspectiva colectiva, la confusión de planillas que determina que las diversas empresas reciban la prestación de labores.
- (b) Confusión patrimonial y unidad de caja: el primero se produce cuando entre las empresas del grupo existe un funcionamiento económico unitario y las empresas actúan en el ámbito financiero y mercantil conforme a criterios comunes y pautas coordinadas, en otras palabras, es el proyectar la apariencia externa de unidad. Un ejemplo de lo anterior puede ser cuando las empresas presentan el mismo objeto social, comparten imagen publicitaria, los logos y/o colores de las compañías guardan semejanza, ostentan el mismo domicilio, entre otros.

La segunda, se evidencia en casos de interrelación de bienes, intereses, derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas, propiciándose una confusión de actividades y patrimonios. Un ejemplo de este supuesto es cuando se verifica que entre las empresas se hacen préstamos económicos.

- (c) Utilización fraudulenta de la personería jurídica: consiste en la creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretenda la

dispersión o elusión de responsabilidades laborales. El remedio para este supuesto es la aplicación del “levantamiento del velo societario”, pues nos permitirá destruir la apariencia fraudulentamente creada y evidenciar al verdadero empleador, quien deberá hacerse cargo de las obligaciones y responsabilidades inherentes.

Este supuesto se materializa cuando toda la actividad productiva de las empresas del grupo es decidida e implementada por la empresa dominante, verificándose un “administrador único” para todas las empresas del grupo.

- (d) Uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los trabajadores: la dirección unitaria, por sí misma, es un atributo del GDE mercantil, sin embargo, este adoptará una connotación negativa si se verifica que se recurre a un uso abusivo con el único propósito de afectar los derechos de los trabajadores para que las empresas involucradas satisfagan sus intereses. Un claro ejemplo de lo anterior es cuando una empresa matriz crea empresas subsidiarias con menos de 20 trabajadores, de modo tal que no estén obligados por ley a distribuir utilidades, pese a que la fuerza de trabajo ha propiciado ganancias para el conglomerado.

Consideramos que este listado podría ir fluctuando con el tiempo, pues al no existir regulación expresa en materia laboral sobre los GDE, nos remitimos a la casuística que pueda ir suscitándose. Por ello, una vez más, destacamos la labor jurisdiccional como agentes estabilizadores y responsables de fijar parámetros adecuados de análisis.

Ahora bien, frente a estos escenarios, ¿qué solución cabría? Pues como punto de partida correspondería declarar la inexistencia de un GDE laboral y el consecuente reconocimiento de beneficios sociales desconocidos de manera ilegítima por este falso GDE.

En retrospectiva, hemos considerado pertinente citar las figuras jurídicas mayormente empleadas para defraudar los derechos laborales en el marco de un “aparente” GDE que, una vez dilucidado su abusivo actuar, tuvo como consecuencia el reconocimiento de un único empleador y el reconocimiento de sus beneficios sociales. Veamos cuáles son:

- (a) Comisión Mercantil: El artículo 237° del Código de Comercio establece que se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

Uno de los primeros casos que se resolvieron en Corte Suprema en el marco de un GDE fue el de las empresas Unión de Cervecerías Backus y Johnston S.A. y San Ignacio S.A., siendo que esta última fungió de la principal comercializadora de los productos de la primera.

Ambas empresas, desde el mes de julio del año 2006, formaron parte del Grupo SABMiller. Este suceso marcó un hito importante para ambas compañías pues modificó la fórmula contractual sobre la que descansó su prestación de servicios.

Nos explicamos: (i) durante el periodo 1997 a 2006 imperó la celebración de un contrato de distribución, por medio del cual Backus vendía sus productos a San Ignacio para que esta última compañía se encargase de la comercialización, distribución y venta, por cuenta propia; mientras que, (ii) durante el periodo 2007 a 2011 rigió un contrato de comisión mercantil, a través del cual San Ignacio vendía en representación de Backus sus productos, contra el pago de una comisión como retribución por sus servicios.

En esta ocasión nos remitiremos al segundo periodo, el cual ha objeto de análisis de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social

Transitoria de la Corte Suprema bajo la Casación Laboral 22608–2017–Lima de fecha 09 de diciembre de 2019, emitiendo la siguiente valoración:

“La determinación del real empleador del actor no se presenta como consecuencia de la existencia de subordinación directa que ejercía Unión de Cervecerías Peruanas Backus Johnston S.A.A. sobre el actor, sino por la determinación de que Unión de Cervecerías Peruanas Backus Johnston S.A.A. y San Ignacio S.A. En Liquidación (empleador formal del actor) eran en el terreno de los hechos una única empresa, quienes pretendieron crear la ficción de la existencia de dos empresas, a través de la suscripción de contratos mercantiles.”

Se arriba a dicha conclusión luego de la valoración de “Actas de reuniones” en las que participaron los gerentes de Backus y San Ignacio, en las cuales se dejó en evidencia que Backus decidía sobre el funcionamiento de San Ignacio. De igual manera se cuenta con cartas y correos electrónicos que demuestran la injerencia que tenía Backus sobre el manejo de las relaciones laborales en San Ignacio –al autorizar préstamos, vacaciones, capacitaciones, entre otros–. En adición, obran declaraciones testimoniales que ponen en manifiesto que el personal de San Ignacio estaba subordinado a Backus. De modo tal que, si bien el “titular” del poder de dirección era la empresa San Ignacio, en la realidad de los hechos, el “ejecutor” era Backus.

- (b) Tercerización de Servicios: De conformidad a la Ley 29245, se trata de una forma de organización empresarial por la que una empresa (principal) encarga una o más fases de su proceso productivo a una o

más empresas (tercerizadoras), para que esta última lleve a cabo un servicio u obra bajo su propia cuenta y riesgo.

El primer caso materia de análisis no solo se desarrolló en el marco de un GDE, sino que además fue en el ámbito de una concesión. Este hecho no es menor pues la experiencia nos ha podido advertir que, por lo general la empresa a la que se le otorga la buena pro, no necesariamente tiene todos los “recursos” para poner en marcha la administración de determinados bienes de dominio público, como por ejemplo las carreteras. ¿Resulta inválido? En absoluto, porque no existe disposición normativa que lo prohíba, por lo que únicamente se despojaría de validez en la medida que se evidencie alguno de los supuestos que permita demostrar la inexistencia del GDE por la materialización de fraude y abuso de derecho.

Así tenemos la Casación Laboral 10032-2016-Lima de fecha 31 de mayo de 2018, que resolvió declarar infundado los recursos de casación presentados por las empresas codemandadas, Concesionaria Vial del Perú S.A. (CoviPerú) y Opecovi S.A.C. En el presente caso es preciso destacar el análisis practicado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, que citamos a continuación:

“La codemandada COVIPERÚ manifestó que en cuanto a las actividades que desarrollan los trabajadores, señaló que la empresa OPECOVI no solo se dedica a la explotación y monitoreo sino a la administración, y que este extremo de la operación de recaudación y administración de los peajes ha sido contratado mediante un contrato de locación de servicios con la empresa OPECOVI para que ellos solo se encarguen de la administración de los peajes. De otro lado, también

se concluye que los ingresos percibidos por la codemandada OPECOVI por concepto de peaje iban directamente a las cuentas de la codemandada COVIPERÚ, es decir que no existió autonomía empresarial de la tercerista. El Colegiado Superior ha concluido que, para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa tercerizadora OPECOVI fue la de proporcionar el personal quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que, debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la codemandada COVIPERÚ.”

En buena cuenta, se logró dejar evidencia que el contrato celebrado entre las codemandadas no califica como una tercerización, toda vez que, para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa Opecovi ha sido la de proporcionar el personal a la empresa CoviPerú.

El segundo caso recae en la Casación Laboral N.º 1741–2017–Lima de fecha 19 de marzo de 2019, este caso versa sobre el pedido de reconocimiento de vínculo laboral único con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. a razón de que se habría configurado una desnaturalización de tercerización entre dicha empresa y la codemandada Telefónica Servicios Comerciales. Otro aspecto que fue meritado por el Colegiado Supremo fue el hecho de que ambas compañías integraron un GDE (Grupo Telefónica). Dicho esto, nos remitiremos al principal examen hecho por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, a saber:

“En relación a los hechos constatados por el Inspector de Trabajo, se debe tener en cuenta además de lo descrito anteriormente, que la codemandada, no cuenta con plena autonomía ya que se encontraba limitada y sujeta a la aprobación de la empresa Telefónica del Perú para realizar actividades distintas a lo detallado en el contrato; además, que Telefónica de Servicios Comerciales, tiene como cliente principal a Telefónica del Perú S.A.A., siendo sus demás clientes: Telefónica Móviles S.A.C. y Telefónica Multimedia S.A.C., que pertenecen al mismo grupo económico.

(...)

Es así, que el actor se encontraba en una relación de trabajo directa con la empresa principal, manteniendo Telefónica del Perú S.A. el poder de dirección, lo que ha quedado demostrado con los diversos medios probatorios señalados en líneas precedentes; además, las funciones realizadas se efectuaban en los ambientes de la empresa principal, conforme se acredita con el contrato de arrendamiento, que corre en fojas doscientos cincuenta y cuatro a doscientos cincuenta y siete, con los bienes y recursos de ésta, bajo su cuenta y riesgo, no encontrándose bajo subordinación de la empresa tercerizadora.

Ahora bien, se advierte de los actuados la carencia de autonomía financiera, técnica y funcional de la empresa Telefónica de Servicios Comerciales, condición para que una empresa sea considerada real y no ficticia, es que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y equipamiento, estableciendo que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento

cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella”.

En contraste, se tiene la Casación Laboral N.º 05047–2018–La Libertad de fecha 18 de setiembre de 2019, aquí se abordó el caso de un trabajador que prestó, inicialmente, labores para la empresa Telefónica del Perú S.A.A. desde el 01 de febrero de 1990 hasta el 31 de mayo de 2001, oportunidad en la que presenta su renuncia. Posteriormente, laboró para la empresa Telefónica Centro de Cobros S.A. desde el 01 de junio de 2001 hasta el 20 de julio de 2007, fecha en la que también presenta su renuncia. Bajo tales antecedentes, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, emite el siguiente análisis:

“Conforme al artículo 4º del Decreto Supremo N.º 003–97–TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. En el caso concreto, no se acredita que el demandante haya realizado labores para Telefónica del Perú S.A.A. desde el uno de junio de dos mil uno al treinta y uno de julio dos mil siete, por lo que no corresponde el reintegro de utilidades.”

Al comparar las dos últimas ejecutorias supremas podemos reparar que, el único rasgo distintivo entre ambas fue que, en el primer caso, operó una “tercerización de servicios”, mientras que, en la segunda, no. Pese a que ambas empresas integraron el Grupo Telefónica. Esto nos permitiría concluir que es imperativa la presencia de un factor adicional a la simple configuración de un GDE formal (económico) para poder determinar el fraude. En efecto, se requiere de un juicio de valor que se ciña a los hechos y pruebas para poder concluir si se ha

materializado o no un GDE laboral. Como vemos, pese al nuevo paradigma productivo, una de las herramientas más útiles es la identificación de quién(es) ejerce(n) el poder de dirección y quién(es), finalmente, se beneficia(n) con la fuerza de trabajo.

En suma y como bien lo ha venido determinando nuestra Corte Suprema, corresponderá que el verdadero empleador asuma el reintegro de beneficios sociales, siendo el más reclamado la participación de utilidades que, al realizarse el peritaje correspondiente, por lo general, se logra determinar una considerable suma a favor de los trabajadores.

2.2. La protección del trabajador frente al cambio de titular en la empresa

El cambio de titularidad del empleador se configura cuando existe una variación respecto al titular de la empresa que ostenta el poder de dirección sobre un determinado grupo de trabajadores; toda vez que cede –total o parcialmente– su condición de empleador a una nueva persona jurídica.

Como bien anota Ubillús Bracamonte, el GDE acude a diversos tipos de transmisión de empresas a lo largo de su actividad productiva con el propósito de adaptarse a los vaivenes de la economía globalizada, ya que con estas medidas se permite esta organización policorporativa incursione o abandone mercados o sectores productivos, permitiéndole conseguir mejores resultados empresariales (2017, pág. 393).

Cuando este supuesto se materializa, puede ocurrir que surjan reclamos por parte de los trabajadores, quienes alegarían ver afectada su estabilidad laboral y/o derechos adquiridos con su empleador primigenio, llegando en algunos casos a “desconocer” a este nuevo empleador. Posiblemente, dicha disconformidad sea formulada con el primer empleador, quien, amparándose en el acuerdo privado celebrado con el nuevo empleador, podría desentenderse.

Este escenario motiva la intervención de nuestro Poder Judicial, a fin de que asuman, no sólo una condición de garantes de los derechos de los trabajadores, sino una postura razonada que permita dar solución a este problema.

Ahora bien, la doctrina es pacífica al considerar que, frente a este supuesto deben imponerse dos principios: por un lado, el Principio de Continuidad; y, por otro lado, el Principio de Progresividad y no regresividad.

Los puntos antes comentados, nos motivan a abordar los siguientes asuntos: (i) el objeto de la transmisión; (ii) los mecanismos a través de los cuales puede producirse la transmisión; (iii) el alcance de la subrogación del nuevo titular.

2.2.1. El objeto de la transmisión

Como bien lo hemos adelantado, la transmisión puede ser total, o bien, una transmisión parcial de la empresa, entendiendo por tal a uno de sus centros de trabajo y/o de una de sus unidades productivas.

Recordemos, que la empresa es la organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades, dirigida por el empleador y tendente a la obtención de un fin que es, normalmente, la producción de bienes y/o de servicios para el mercado.

Por ende, para que exista empresa lo transmitido debe contar con personal, es decir, no habrá transmisión de empresa en tanto únicamente se transmita bienes inmuebles y elementos materiales. De darse este último supuesto podría cuestionarse sí se ha llevado a cabo de acuerdo con ley o, si, por el contrario, se evidencia un fraude a la ley para evitar las consecuencias propias del cambio de titularidad del empleador.

Ahora bien, coincidimos con Ubillús Bracamonte cuando sostiene que: *“(...) el hecho que la empresa cedente deja de ser la empleadora de la entidad económica transmitida es el fundamento para afirmar que la transmisión de empresa intragrupo no puede ser*

considerado como un elemento de consideración de las empresas del grupo como una pluralidad de empleadores” (2017, pág. 398).

Lo antes esbozado nos permite afirmar que, en principio, la transmisión de empresas en el marco de un GDE es una figura jurídica válida que, perderá dicha esencia, de demostrarse que se incurra en fraude contra los trabajadores.

En definitiva, lo sustancial es poder evidenciar que, después de la transmisión, el cedente podrá continuar ejerciendo la actividad empresarial del cesionario y respetará íntegramente los derechos laborales adquiridos por la fuerza laboral cedida.

2.2.2. El alcance de la subrogación del nuevo titular

Es meritorio destacar que el objeto de la transformación es que la empresa, centro de trabajo o unidad productiva mantenga su autonomía productiva luego de concretada la operación societaria (fusión, escisión, transmisión de empresa y reorganización simple).

De este modo, conviene traer a colación lo postulado por Medina Valenzuela, quien refiere que la subrogación no se extiende a supuestos de transmisión de titularidad de solo elementos o bienes patrimoniales, ni a la simple transferencia de mano de obra, que de forma separada son componentes de la organización productiva, integrada por capital más trabajo (2016, pág. 131).

2.2.2.1. Presupuestos de la subrogación

Como indicamos en las líneas precedentes, advertimos dos presupuestos a efectos de que se pueda materializar un cambio de titularidad en el empleador. El primero de estos es que exista un vínculo contractual con un determinado grupo de trabajadores el cual puede ser de naturaleza indefinida o temporal; el segundo presupuesto será la continuidad de la actividad empresarial una vez materializada la transmisión de empresa (total o parcial).

Ahora bien, es perfectamente viable y legítimo que las relaciones laborales puedan extinguirse con anterioridad a la transmisión. Para ello, será determinante identificar el momento exacto en que ello ocurra para poder concluir si reviste o no de legalidad.

En efecto, el adquirente no está obligado a la subrogación contractual respecto de relaciones laborales extendidas con anterioridad a la transmisión. Claro está que si la terminación de una relación laboral ha sido inmediatamente anterior a la transmisión ese hecho calificaría como un abuso de derecho pues perseguiría únicamente beneficiar a las empresas, afectando derechos laborales. Por ello, debe evaluarse con extremada cautela las extinciones contractuales en momentos próximos al cambio de titularidad.

2.2.2.2. Ámbito de la subrogación

Sobre el particular, destacamos que la subrogación operará sobre cualesquiera condiciones de trabajo, a fin de procurar que ningún trabajador se vea afectado en su estabilidad laboral respecto a su categoría profesional, antigüedad, jornada, remuneraciones, beneficios colectivos, condición de afiliado, entre otros. En buena cuenta, no debe hacerse ninguna discriminación respecto a la fuente de estos derechos o condiciones adquiridas como a las cuáles pueden ser de origen contractual y convencional.

En primer término, sobre las condiciones derivadas del convenio colectivo se debe tener presente que:

- (a) El nuevo empleador se subroga, sin que se admita pacto en contrario, a los beneficios colectivos Vigentes al momento del traspaso. De modo tal que las condiciones contenidas en el convenio colectivo de la empresa transmitente y respetadas inicialmente por la adquirente dejarán de ser exigibles a partir del momento en que se suscribe un nuevo convenio en la empresa cesionaria.

- (b) El convenio colectivo ha de estar en vigor al momento de la transmisión caso contrario carecería de lógica que la empresa adquirente deberá subrogarse respecto del contenido de un convenio colectivo emitido con posterioridad a la fecha en que los trabajadores habían dejado de prestar labores para la empresa transmitente. Bajo esa misma lógica, tampoco existe obligación de subrogar se respecto del contenido de un convenio colectivo cuya vigencia hubiera concluido en el momento de la transmisión.

Por otro lado, conviene destacar aquellas condiciones de trabajo adquiridas por medio de un proceso judicial. En estos casos hay que tomar en consideración que, si el proceso está en trámite, la empresa cesionaria deberá comparecer al litigio bajo la figura de “sucesión procesal”. A nuestro criterio, dicho proceder no puede ser cuestionado por la autoridad judicial, siempre que medien los documentos sustentatorios que acrediten la transmisión (total o parcial). Ahora bien, una vez emitida la sentencia con calidad de cosa juzgada, la empresa cesionaria se subroga a las obligaciones producto del fallo emitido en el mencionado proceso.

Este aspecto debe ser considerado al momento de efectuarse las negociaciones previas a la transmisión, de modo tal que el nuevo titular esté informado del estado de los procesos en materia laboral que se tramiten contra la empresa cedente. Indudablemente, el ocultamiento de información por parte de la empresa cedente pondrá en evidencia una actitud maliciosa que, de ser descubierta, constituiría una causal válida para frustrar la operación.

2.2.2.3. Criterios para la subrogación del nuevo titular de la empresa

Una vez materializado el cambio (total o parcial) en la titularidad del empleador, se debe tomar en consideración dos principios del Derecho del Trabajo: (i) principio de continuidad; y, (ii) principio de progresividad y no regresividad.

El principio de continuidad apunta que, en ninguna circunstancia, se podría extinguir las relaciones laborales de los trabajadores en ocasión a la transmisión; por el contrario, el nuevo titular asume, íntegramente, los derechos y obligaciones laborales del anterior empleador.

Por su parte, el principio de progresividad y no regresividad obliga que el nuevo empleador reconozca los derechos y condiciones adquiridas por los trabajadores cedidos, en otras palabras, que estos sean interpretados como un parámetro mínimo e indispensable, el cual puede siempre ser mejorado, pero nunca disminuido ni anulado.

Lo antes expuesto no es óbice para que el nuevo titular de la empresa pueda introducir cambios en las condiciones laborales, será perfectamente válido siempre que se realice con sujeción a límites de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad; quedando habilitado el trabajador a impugnar en sede judicial aquellos que estime producidos de modo irregular.

En lo concerniente a la comunicación de la transmisión, debemos resaltar que no existe una norma expresa que obligue a los empleadores a transmitir por medio escrito o electrónico esta decisión empresarial punto sin embargo consideramos sustancial que se proceda con una comunicación oportuna e inclusive una asamblea con los trabajadores y sus representantes a fin de que tomen conocimiento de los términos en los cuales se realizará la transmisión, pues esto permitirá trasladar tranquilidad del respeto a sus derechos laborales y así evitar cualquier posible reclamo; máxime si no se requiere contar con la autorización de los trabajadores para esta reorganización empresarial.

Claro está, que el hecho de que los trabajadores tengan conocimiento de este pacto como en modo alguno implica que tengan un derecho a participar en este o cuestionarlo, mucho menos interpretarlo como un despido.

En efecto, la subrogación no aplica a los trabajadores con lo cual no es necesario que éste deba prestar su conformidad al cambio de titularidad del empleador; por consiguiente, una vez que tome conocimiento de su nuevo empleador quedará sujeto a este último, no siendo

posible desconocerlo como tal ni cuestionar su poder de dirección como a fiscalización y sanción.

Entonces, situándonos en el supuesto que el trabajador una vez informado del cambio de titularidad decida, deliberadamente, no presentarse al centro de trabajo, el nuevo titular se encontrará habilitado a iniciarle un procedimiento de despido por inasistencia injustificada o abandono de trabajo que, de discutirse en instancia judicial, no daría lugar a una reposición ni indemnización por despido arbitrario.

Sobre el particular, consideramos pertinente traer a colación la Casación Laboral N.º 04573–2013–Lima expedida con fecha 02 de diciembre de 2013, a través de la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente prevé que:

“Nuestra legislación laboral actual omite regular las consecuencias laborales de una transmisión empresarial; sin embargo, dicha omisión es compensada con el principio de continuidad de la relación laboral. En efecto, el principio de continuidad permite que el nuevo titular de la empresa asuma las obligaciones del titular originario y el respeto de los derechos laborales adquiridos por los trabajadores comprendidos en la transmisión, viéndose impedido de extinguir el vínculo con esos. Para que una transmisión empresarial resulte válida y conforme los principios laborales y constitucionales, es requisito que la misma no contenga intrínsecamente un fraude para los derechos de los trabajadores involucrados; en dicha medida; el nuevo empleador deberá respetar todos los derechos laborales, ya sea de origen legal o convencional, que los trabajadores gozaban con la empleadora originaria, lo

cual incluye además el respeto de las condiciones bajo las cuales se prestaban los servicios”.

Finalmente, quisiéramos abordar una cuestión netamente operativa, pero no por ello menos importante, nos referimos al procedimiento a seguir en la planilla electrónica en ocasión de la transmisión. El sistema no prevé este tipo de variación, lo que obliga al empleador cedente a dar de baja al trabajador y al empleador cesionario a incluirlo en su planilla consignando la fecha de la transmisión. Lo antes indicado podría ser interpretado negativamente por los entes fiscalizadores y los trabajadores; sin embargo, es posible que el nuevo titular realice una modificación en la fecha de ingreso de manera posterior, lo que deberá ser informado a cada trabajador de manera oportuna y, por supuesto, verse reflejado en las boletas de pago en aras de no incurrir en una contravención a los principios que rigen frente a esta reorganización empresarial antes desarrollados.

2.2.3. Los mecanismos a través de los cuales puede producirse la transmisión

La transmisión de empresas, en palabras de Ubillús Bracamonte, es un mecanismo de reestructuración empresarial habitual en los grupos de empresas, que tiene como requisito objetivo la sucesión de una “entidad económica” que no solo engloba a la empresa como ente abstracto, sino que incluya además a la mano de obra, materiales e instalaciones. Por su parte, el requisito subjetivo descansa en el cambio en la titularidad de la “entidad económica” (2017, págs. 394-397).

En buena cuenta, este cambio de titularidad deber ser concebido como la sustitución del empleador, quien funge como titular de la “entidad económica”.

En línea lo anterior, también es posible continuar una actividad empresarial en supuestos en los que no tienen lugar la transmisión íntegra de la empresa, sino que el cambio de la titularidad se circunscribe de un centro de trabajo o de una unidad productiva de la empresa. En estos casos, las consecuencias jurídicas –continuidad laboral y respeto de condiciones labores– deben replicarse igualmente.

Antes de analizar las vertientes en las cuales se materializan el cambio de titularidad del empleador, debemos traer a colación la siguiente interrogante: ¿la adquisición de participación accionarial es equiparable a la adquisición de la empresa? Para absolver correctamente la pregunta debemos analizar un ejemplo de dicho escenario. Imaginemos que la empresa “A” ha transmitido un paquete de acciones a la empresa “B”, formalmente, la empresa “A” mantiene su propia identidad.

Desde nuestro punto de vista, no puede equipararse la absorción de las acciones a una absorción con extinción de la sociedad absorbida, en la medida que la empresa adquirida demuestre que mantiene su personalidad jurídica propia y, por tanto, no lleva consigo, aunque sea total, la extinción de aquella y su sucesión por la entidad adquirente, sino que expresa sólo un cambio en la titularidad de las participaciones del capital social. En consecuencia, siempre que se demuestre que las acciones adquiridas no afecten la existencia y personalidad de la sociedad, parece claro que no se configurará una transmisión de empresa y no será aplicable los efectos jurídicos de esta.

Al respecto la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la Casación Laboral N.º 01162–2012–Lima, ha previsto –acertadamente– la diferencia entre la transmisión de empresa y cesión de posición contractual, veamos:

“[E]xisten dos supuestos de subrogación patronal: el primero, que se transfiera al trabajador mediante la figura de cesión de posición contractual, y segundo que se transfiera al trabajador en el marco de un proceso de reestructuración patrimonial a través del mecanismo de la transmisión de la empresa. (...) para la primera de las fórmulas citadas, se aplica supletoriamente el artículo 1435 del Código Civil, referido a la cesión de posición contractual, en cuyo caso, de conformidad con dicho dispositivo legal se requiere que la otra parte (trabajador cedido) preste su conformidad; (...). En lo

que concierne a la segunda de las fórmulas mencionadas, esto es, la transmisión de empresa, como ya se ha indicado líneas arriba, se produce un cambio de titular, manteniéndose la misma empresa, con sus elementos patrimoniales y personales, cambiando únicamente el titular de la misma; cabe resaltar, que para que opere esta figura societaria, no es necesario el consentimiento del trabajador de la empresa originaria, toda vez que el traspaso de trabajadores en dicho escenario resulta imperativo para que la unidad económica y social (empresa) continúe desarrollando su actividad productiva, esto implica que la incorporación del trabajador en la planilla del nuevo titular de la misma sea una consecuencia necesaria y razonable para la eficacia del acto jurídico válidamente celebrado”.

Dicho pronunciamiento marcó un importante hito pues dejó en evidencia la diferencia entre dichas instituciones jurídica, destacando que no es necesaria la autorización del trabajador cedido para la validez de la transmisión de empresa. Este criterio, reviste de especial relevancia pues por medio de este se concreta un apartamiento al precedente vinculante establecido en la Casación Laboral N.º 00951–2005–Lima:

“(…) en virtud del principio de despersonalización del empleador, que constituye un elemento implícito de nuestro ordenamiento jurídico y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política de 1993 que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de realización de la persona (artículo 22), aun cuando se haya producido una novación subjetiva en la relación laboral por el cambio del empleador ello no

extingue el contrato de trabajo, ni lo modifica, por el contrario importa transferir al adquirente los contratos de trabajo del personal que laboraba en el negocio cedido asumiendo así el nuevo titular todas las obligaciones derivadas del mismo, aún las generadas en forma retroactiva a la fecha en que asume tal condición”.

Particularmente, discrepamos de esta última postura pues refleja una visión patológica respecto a la transmisión de la empresa que, bajo la apariencia de sustentarse en el Principio Tuitivo atenta con otros principios igualmente importantes, como lo son el Principio de Libertad de Empresa (libertad de organización), Principio de Buena Fe y Principio de Seguridad Jurídica.

Lo antes expuesto, en modo alguno invalida el cuestionamiento de esta operación empresarial, sino que reconoce la validez *prima facie* de la transmisión de empresa, salvo que se demuestre en juicio que adolece de fraude, simulación y/o se ha incurrido en abuso de derecho.

En efecto, esta conclusión en modo alguno implica no considerar los derechos de posibles trabajadores afectados toda vez que seguirá siendo responsable la sociedad titular de la empresa y no la persona que hubiera adquirido sus participaciones sociales. Ello, no excluye que el adquirente de tales acciones pueda contraer responsabilidades frente a los trabajadores de la sociedad adquirida siempre que medie un acuerdo privado de corresponsabilidad³⁴.

Nuestra postura tiene asidero en lo aportado por el maestro Carlos Blancas cuando sostiene que: *“El empleador cuando ejerce su poder de dirección actúa, por consiguiente, como titular del derecho fundamental a la libertad de empresa, siendo este el que inviste de*

³⁴ La posición antes esgrimida ha sido amparada por el Tribunal Supremo Español en las siguientes ejecutorias: (i) STS de 19 de enero de 1987; y, (ii) STS Cataluña de 31 de enero de 1991.

legitimidad prima facie a dicho poder, el mismo que no es absoluto, dado que el trabajador es igualmente titular de derechos fundamentales” (2013, pág. 101).

En esa línea, tenemos a la Casación Laboral N.º 04375–2017 de fecha 24 de octubre de 2019, por medio de la cual la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria señala que:

“Se aprecia que las demandadas han seguido el procedimiento legalmente establecido para la escisión, según lo establecido por el artículo 367º de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, sin que haya existido una cesión de posición contractual, por lo que no es necesario informar a los trabajadores sobre la escisión, así como tampoco recabar su consentimiento. Ahora bien, el solo hecho de que los trabajadores transferidos mantengan sus mismos cargos en sus mismas ubicaciones, categorías, remuneraciones y fecha de ingreso, no es óbice para analizar si otros derechos han sido alterados, como por ejemplo la libertad sindical. El ordenamiento que regula los aspectos colectivos también pretende lograr que prevalezcan los acuerdos que hayan sido suscritos entre las partes, inclusive después de que se ha producido una variación en el empleador por cualquier motivo relacionado con aspectos societarios y estructurales.”.

Este criterio avala nuestra posición e, inclusiva, permite concluir que el cuestionamiento no se agota en beneficios individuales, sino que, merecen igual protección, aquellos que responden a una fuente convencional. De modo tal que se suman más aspectos por merituar al momento de evaluar la validez de una transmisión de empresa.

Aclarado lo anterior y retomando las modalidades para el cambio de titularidad, debemos tener en consideración que se trata de un concepto de gran amplitud que comprende un negocio jurídico en el cual se ha producido un cambio en el titular de la empresa o empleador. Esta reorganización empresarial puede darse afectando o no la personería jurídica de la empresa cedente. A continuación, abordaremos cada uno de estos supuestos.

2.2.3.1. Reorganización empresarial con pérdida de personería jurídica: fusión y escisión

A través de una fusión de sociedades dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad, preexistente o de nueva creación. En concordancia con lo anterior, la fusión puede producirse bien mediante la absorción por una sociedad ya constituida de otra u otras sociedades, o bien mediante la constitución de una nueva sociedad que integra a las anteriores.

Es cierto que una fusión acarrea la extinción de la personalidad jurídica; sin embargo, esto no supone la desaparición de la empresa de la que era titular la sociedad que se extingue.

A nuestro modo de ver se evidencian tres supuestos en la fusión de sociedades: (i) la disolución de todas o algunas de las sociedades que se fusionan; (ii) la transmisión del bloque patrimonial de las sociedades disueltas a la sociedad fusionante, bien se trate de una nueva sociedad o, en su defecto, una sociedad preexistente; (iii) el trasvase de los socios que integraban las sociedades extinguidas por la fusión a la sociedad fusionante.

En lo que concierne al patrimonio social de la sociedad fusionada, debemos precisar que la sociedad fusionante es la que recibe este último, aspecto que evidencia con claridad un cambio de titularidad de la empresa.

Es importante traer a colación que este supuesto calificará como fraude a la ley, siempre que se emplee para conseguir la ruptura de los vínculos laborales aun cuando la actividad empresarial continúe. En otras palabras, cada vez que se evidencie la contravención a los

principios de buena fe, continuidad laboral e irrenunciabilidad de los derechos laborales, se podrá concluir la materialización de un supuesto de fraude a la ley y abuso de derecho por parte del empleador.

En dicho sentido se ha pronunciado la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en la Casación Laboral N.º 00765-2000-Moquegua de fecha 01 de diciembre de 2000, al destacar la irrenunciabilidad de derechos laborales en supuestos de fusión de empresas, veamos:

“[L]os trabajadores no pueden hacer renuncia tácita ni expresa de sus derechos laborales, bajo sanción de nulidad, la misma constituye el principio de irrenunciabilidad de derechos; además alega que la Ley 2259 que establece que los principios de persecución, conexión económico y continuidad que nacen de una transferencia, fusión o venta de negocios por lo que el nuevo propietario de la mayoría de acciones debe mantener dichas obligaciones para con sus trabajadores tanto en el pago de sus remuneraciones como en el mantenimiento de sus condiciones de trabajo preexistentes en el centro de trabajo; y que en el acta de transferencia se consignó el compromiso de no modificar o rebajar los derechos sociales de los trabajadores”.

En el caso materia de análisis, se consignó en el acta de transferencia —como uno más de los “acuerdos” entre las partes involucradas— la rebaja o modificación de los derechos laborales de los trabajadores. Situación que, a todas luces, pone en evidencia que este habría sido el real propósito de dicha reorganización empresarial, la cual es nula *per se*. Además, la comentada ejecutoria aporta una regla de análisis para todos los casos futuros de semejante naturaleza: **bajo ningún supuesto, se admite un menoscabo a la estabilidad y derechos**

laborales (individuales y/o colectivos) contra los trabajadores objeto de la transformación empresarial.

Como puede apreciarse, este criterio marcó un hito importante pues fue uno de los primeros pronunciamientos sobre la materia, postura que desde el 2000 se ha mantenido inamovible hasta la fecha. Proceder que felicitamos en aras de garantizar los derechos laborales de los trabajadores inmersos en estas transformaciones empresariales.

2.2.3.2. Reorganización empresarial sin pérdida de personería jurídica: reorganización simple

A diferencia de los supuestos antes estudiados, en estos la empresa, centro de trabajo o unidad productiva no pierde su personería jurídica.

En atención a lo previsto por el artículo 391° y siguientes de la Ley General de Sociedades – Ley 26887: “*Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los **aporta** a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos **aportes**” (el énfasis nos compete).*

Entonces, se trata de una forma de reorganización empresarial, cuyo beneficiario es la sociedad que separa el bloque patrimonial y lo transfiere a otra, convirtiéndose la sociedad aportante en accionista de la sociedad receptora. Evidenciándose tres momentos: (i) una sociedad transfiere un bloque patrimonial a otra; (ii) la sociedad receptora, a cambio, emite acciones a favor a la sociedad transferente; (iii) la sociedad transferente se convierte en accionista o socia de la sociedad receptora.

Este «bloque patrimonial», en concordancia a lo desarrollado previamente, no puede versar únicamente sobre activos para efectos laborales, pues esto representará una evidencia de fraude. Por el contrario, deberá integrar pasivos y activos, como lo prevé el numeral 2 del artículo 369° de la Ley General de Sociedades – Ley 26887. Entiéndase que por activos nos referimos a los bienes (dinero, derechos de cobro, muebles, inmuebles, entre otros) que

permiten que la empresa desarrolle sus actividades; mientras que los pasivos son las deudas u obligaciones que la empresa tiene (por ejemplo, los trabajadores).

Surge, por tanto, la pregunta: ¿Bajo qué supuesto una reorganización simple debe ser declarada nula? Cuando se demuestre que esta se efectivizó con el único propósito de ocasionar perjuicio a los trabajadores objeto de la transferencia.

Sobre este asunto, respaldamos la postura adoptada por Ubillús Bracamonte, quien sostiene que:

“Uno de los más habituales ejemplos de este tipo de decisiones ilícitas del empleador lo constituye la existencia de indicios de operaciones de descapitalización en la transmisión de empresas, inactividad productiva de la filial, transmisiones a título gratuito o con transferencia de pasivo, entre otras, en las cuales una filial queda en situación de fuerte dependencia financiera, industrial y comercial que suscita sospecha sobre la posible transmisión irregular de empresas (...)” (2017, pág. 118).

Propiciamente, un caso como el descrito previamente ha merecido del análisis de nuestros operadores de justicia³⁵. En efecto, la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima en la sentencia de vista recaída en el Expediente N.º 12402–2013–0–1801–JR–LA–01 resolvió la demanda presentada por los trabajadores afiliados al Sindicato Único de Trabajadores en Operaciones Tajo de la Empresa Administradora Cerro S.A.C. contra las empresas Volcan Compañía Minera S.A.A. y Empresa Administradora Cerro S.A.C.

³⁵ Si bien es cierto que se trata de una sentencia de vista y no de una postura adoptada por la Corte Suprema, debemos destacar que ello se debió a que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema declaró improcedentes los recursos de casación presentados por las codemandadas. Con dicho pronunciamiento, la sentencia de vista adquirió la calidad de cosa juzgada y ha servido como referente desde su expedición.

El conflicto inicia debido a que, en un primer momento, los trabajadores de la Unidad Minera Cerro de Pasco laboraron para la empresa Volcan hasta el mes de febrero de 2011. Sin embargo, en un segundo momento y mediante un proceso de reorganización simple, Volcan segregó una parte de su bloque patrimonial (Unidad Cerro de Pasco) y la aportó a la empresa –recientemente creada– Administradora Cerro, en calidad de empresa subsidiaria.

En atención a dicha reorganización simple, los trabajadores cedidos experimentaron las siguientes afectaciones: (i) Pérdida del derecho a la participación en las utilidades, en tanto Administradora Cerro alegaba un estado de insolvencia económica; (ii) Pérdida de labor efectiva pero remunerada desde setiembre del año 2011, a razón de la suspensión imperfecta de los contratos de los demandantes; y, (iii) Pérdida de labor efectiva y remuneraciones desde marzo del año 2013, por motivo de la suspensión perfecta impuesta a los demandantes.

Bajo tales antecedentes, el Colegiado Superior se decantó por declarar *ineficaz* la transmisión de trabajadores de la empresa Volcan a la empresa Administradora Cerro; en consecuencia, ordenó a Volcan reconocer –nuevamente– a dichos trabajadores en su planilla, asignarles labor efectiva, reintegrarles las remuneraciones dejadas de percibir y pagarles las utilidades por los ejercicios 2011 y 2012.

Consideramos pertinente destacar los siguientes extractos de la sentencia de vista objeto de comentario:

“En relación con la organización simple, podemos colegir que, ésta se presenta como una alternativa jurídica para conseguir la reestructuración económica entre grupos empresariales. En el caso que nos amerita, las codemandadas en sus respectivos escritos de contestación de demanda, han señalado que pertenecen al mismo grupo empresarial. Siendo el caso que Volcán Compañía Minera S.A.A. en virtud a un proceso de reorganización simple en conformidad con la Ley

General de Sociedades N.º 26887, se creó la Empresa Administradora Cerro S.A.C., (de la cual es accionista Volcán en un 99.99% y la Administradora Chungar S.A.C. es accionista de un 0.01 %) para la segregación del bloque patrimonial Unidad Cerro de Pasco y su aporte a la subsidiaria Empresa Administradora Cerro SAC, con los procedimientos, modalidades, requisitos, requeridos por dicha Ley.

Por ello, este colegiado en modo alguno cuestiona el derecho de las codemandadas a organizarse en el marco de las normas legales que le son aplicables, no obstante, ello, lo que debe analizarse es si en el ejercicio de los derechos y libertades empresariales de las codemandadas y la posterior conformación de un grupo económico, se ha defraudado de modo objetivo otras disposiciones que afectan los derechos de los trabajadores demandantes.

(...)

De lo expresado y verificado en los actuados, se puede concluir, que pese a las razones que supuestamente respaldan la reorganización simple, se ha podido acreditar que se ha provocado una situación desventajosa a los trabajadores transferidos de Volcán Compañía Minera S.A.A. a Administradora Cerro S.A.C., pues como se ha demostrado dicha reorganización simple ha provocado una disminución en sus ingresos económicos y por tanto en su patrimonio y en su bienestar personal y familiar, por el contenido económico y social de las remuneraciones y beneficios sociales, lo que contraviene arbitrariamente al

Principio de Progresividad así como la no regresividad de los derechos de los trabajadores, evidenciándose además la inobservancia de la preferencia de la condición más favorable, lo que conlleva a desconocer los derechos laborales de sus trabajadores, circunstancia proscrita por Tratados Internacionales y la Constitución, de lo que se puede concluir que **la transferencia de los trabajadores a las planillas de Administradora Cerro S.A.C. resulta ineficaz por fraude a la Ley**".

(El énfasis nos corresponde)

Sobre el particular, coincidimos parcialmente con el examen practicado por el Colegiado Superior toda vez que advertimos las siguientes omisiones u errores:

- (i) En primer lugar, debió la analizarse la génesis de la problemática ocasionada, es decir, advertir si se ha configurado o no un GDE (laboral), pues sobre la base de los hechos y pruebas aportadas al proceso, queda manifiesto que no existe una pluralidad de empresas;
- (ii) En segundo lugar, se analizó la transmisión de empresa sin reparar que, previo a esta, operó una reorganización simple y esta debió ser examinada de manera precedente, la razón: se hubiese podido determinar esta es nula toda vez que no cumple con los presupuestos necesarios (la continuidad de la actividad empresarial una vez materializada la transmisión de empresa ya sea total o parcial);
- (iii) En tercer lugar, se incurre en error al determinar que la transmisión de empresa es *ineficaz*, cuando lo correcto debió ser que se declare *nula*³⁶.

³⁶ Código Civil.

Causales de nulidad. Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3.-

Este hecho no es uno menor pues, al declararse *ineficaz* implica que el negocio jurídico *existe* y es *válido*, pero ha *perdido* efectos por razones voluntarias o legales desde su declaración en adelante; en cambio, de haberse catalogado como *nulo* hubiese conllevado que el negocio jurídico deviene en *inexistente* e *insubsanable* por ser incompatible con nuestro ordenamiento jurídico (*inválido*), lo que inclusive avalaría el reclamo de beneficios adicionales —en otro proceso— a favor de los trabajadores afectados. Recordemos que, en palabras del profesor Rómulo Morales, “*La nulidad implica la improductividad automática y general de los efectos* (MORALES HERVIAS, 2011)”. Por su parte, Aníbal Torres refiere que “*el acto es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos como cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas*” (TORRES VÁSQUEZ, 2018). A fin de dilucidar la diferencia entre una y otra figura jurídica, nos remitimos a la aclaración aportada por Emilio Betti, quien refiere que un negocio en el cual falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales o constitutivos es *inválido*; en cambio, es *ineficaz* el negocio en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, y sin embargo impide su eficacia una circunstancia extrínseca a él (1995, pág. 184)

- (iv) Finalmente, consideramos que se desaprovechó una valiosa oportunidad de sentar una postura sobre qué medida debió tomar Volcan para pagar correctamente el importe por concepto de participación de utilidades a reintegrar, habida cuenta que, para efectuar un pago acorde a Derecho, hubiera correspondido hacer un recálculo de dicho concepto por cada periodo, tomando en consideración los días efectivamente trabajados así

Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4.- Cuando su fin sea ilícito. 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta. 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7.- Cuando la ley lo declara nulo. 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.
Causales de anulabilidad. Artículo 221.- El acto jurídico es anulable: 1.- Por incapacidad relativa del agente. 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. 4.- Cuando la ley lo declara anulable.

como las remuneraciones de los trabajadores, tanto de Volcan como de los trabajadores transferidos. De modo tal que se pueda determinar, a ciencia cierta, el importe que efectivamente hubiera correspondido a todos los trabajadores (tanto a los que sí recibieron oportunamente el pago, como a los transferidos), evitándose así, aplicar una cifra arbitraria³⁷.

2.3. La circulación de trabajadores entre las empresas que conforman el grupo y su afectación a la estabilidad laboral y reconocimiento de beneficios sociales

Otra problemática recurrente y también de especial relevancia en el tratamiento de los GDE que hoy nos atañe, como señala Quispe Yanarico, es la posible afectación a la estabilidad laboral en ocasión a la circulación de los trabajadores en las empresas que conforman el grupo empresarial (2016, pág. 17).

Este supuesto ha sido desarrollado y analizado finamente por el destacado académico Elmer Arce, quien sostiene:

“(...) no se deben prohibir las prácticas de circulación intragrupo, no sólo porque en muchos casos es fundamental para su subsistencia, sino porque el cambio de empresa no siempre habrá de acarrear efectos perniciosos al trabajador. (...) Pero tampoco cabe una displicencia legal en la medida que una vez producido el cambio de empresa en el seno del grupo este hecho genera diversos y nuevos efectos, cuya regulación de ninguna manera puede dejarse al arbitrio de las

³⁷ Para ilustrar dicha afirmación se plantea un ejemplo: si la repartición de utilidades de Volcan hubiera ascendido a S/500,000.00 por los años 2011 y 2012, respectivamente, y ésta a su vez se hubiera repartido sobre un universo de 100 trabajadores; luego del mandato contenido en la sentencia, a dichos 100 trabajadores se debieran sumar los 20 trabajadores demandantes (de Administradora Cerro); motivo por el cual, los S/500,000.00 no se debieron repartir entre los 100, sino entre los 120 y, precisamente, para pagarles a esos 20 trabajadores, Volcan debió proratear dicho importe entre éste nuevo universo. Consideramos que no sería válido que Volcan afecte al grupo de 100 trabajadores, quienes de buena fe recibieron dicho pago, llegando al extremo de exigirles la devolución del dinero, pero a la par, está el derecho de los 20 trabajadores de Administradora Cerro. Quizás, una solución pacificadora sería que en los ejercicios siguientes Volcan efectúe un descuento sobre las utilidades de los 100 trabajadores, sin afectar así sus remuneraciones.

partes, salvo que se trate de una circulación pactada a iniciativa del trabajador. (...) Por eso, aun cuando la circulación se sustente en razones económicas, tecnológicas o productivas, dejando al margen cualquier interés fraudulento y/o especulativo, y, por ende, eclipse el interés del trabajador a la estabilidad en el empleo, aquélla debe encontrar sus límites en el respeto a otros intereses, tales como los de índole personal, profesional o, incluso, los de trascendencia constitucional de los trabajadores” (2003, págs. 94-94).

En buena cuenta, lo correcto frente a este tipo de escenarios es que se aplique como regla general la perdurabilidad de las condiciones de trabajo, sobre la base del principio de continuidad laboral; caso contrario, se incurrirá en un evidente acto de mala fe y de grave afectación al trabajador. Cabe precisar que los derechos del trabajador son imperativos e irrenunciables, de modo tal que actúan como un mecanismo de protección frente a cualquier uso abusivo del poder de dirección que ostenta todo empleador.

Además, una razón más a tomar en consideración al momento de analizar este supuesto es el hecho que, las empresas que conforman el GDE han concertado la decisión de circular al trabajador o determinados trabajadores. Frente a ello, la lógica jurídica —Teoría de los Actos Propios³⁸— nos permite concluir que, si el GDE se valió de un ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de empresa para defraudar al ordenamiento y generar un perjuicio al trabajador, al ser advertido lo anterior y sancionado en sede judicial con el reconocimiento y pago de los derechos laborales menoscabados, no resultaría razonable la invocación a una afectación a su derecho a la libertad de empresa.

No obstante, no se es ajeno a que se presenten escenarios particulares que apremien de un especial tratamiento, frente a estos deberá efectuarse una ponderación entre el derecho a la

³⁸ Esta doctrina busca que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano, sancionando a las personas que se comportan en forma contradictoria a través de la imposibilidad de reclamar derechos que, de otra forma, pudieron haber hecho valer (BULLARD GONZALES, 2010).

libertad de empresa y el derecho al trabajo, con la finalidad de arribar a un punto medio que aspire a cautelar la armonía entre los intereses de ambas partes.

Sobre este punto, se estima pertinente traer a colación dos ejecutorias supremas que abordan esta problemática, las mismas que citamos a continuación:

- (i) Casación Laboral N.º 10759–2014–Lima de fecha 09 de marzo de 2015: *“Las codemandadas, integrantes del grupo "Distriluz", contrataron al demandante para que preste sus servicios de asesoría técnica especializada en tecnología informática, acreditándose la naturaleza laboral de la relación contractual que ha existido con las codemandadas, quienes se han beneficiado de las labores del demandante. Por tanto, corresponde el pago solidario de los beneficios sociales entre las codemandadas, sin perjuicio de reconocer que cada una de las empresas tengan una autonomía y personalidad jurídica propia”*.
- (ii) Casación Laboral N.º 11312–2015–La Libertad de fecha 28 de junio de 2016: *“Las empresas codemandadas conforman el "Complejo Turístico Luna Rota", admitiendo que el demandante fue trabajador, sin embargo, no lo inscribieron en planillas porque laboraba para todas las empresas del grupo, las mismas que efectuaron pagos al demandante a través de recursos de caja, hojas simples las que denominó planillas. Por tanto, existe responsabilidad solidaria entre esas personas jurídicas por constituir un grupo de empresas”*.

En ambos casos se han analizado supuestos de circulación de trabajadores donde el trabajador demandante trabajaba de manera simultánea para todas las empresas del GDE, bajo un esquema de contratación civil (locación de servicios) cuando de los hechos y pruebas aportadas al proceso quedó demostrado que el demandante estaba subordinado.

Frente a supuestos como estos, consideramos que resulta pertinente la aplicación de una responsabilidad solidaria, ya que se ha incurrido una *confusión de planillas* donde ni el propio trabajador sabe, a ciencia cierta, quien es su verdadero empleador. Por lo que, en aras de salvaguardar sus beneficios laborales, la fórmula más conveniente resulta ser la imputación de responsabilidad solidaria, en la medida que no se cuestiona la autonomía e independencia de las empresas que conforman el conglomerado, sino que se está en búsqueda del ejercicio del poder de dirección, elemento clave.

Por otro lado, como afirma Quispe Yanarico, en un escenario de descentralización productiva –propio de los GDE– resulta perfectamente factible que se evidencien casos de disminución o diferenciación de remuneraciones y/o beneficios sociales (2016, pág. 17). La causa principal de ello sería el hecho de la incompatibilidad de las políticas salariales y escalas remunerativas de cada una de las empresas que integran el grupo empresarial.

Lo antes acotado tiene como principales consecuencias: (i) diferencia en la determinación de los salarios básicos entre trabajadores que, posiblemente, efectúen trabajo de igual valor; (ii) falta de percepción de beneficios o incentivos –bien sea que provengan de fuente colectiva o de la liberalidad del empleador– tales como día libre por cumpleaños, bono por desempeño, facilidades para estudios, entre otros; (iii) imposibilidad de acceder a comisiones o, en todo caso, que estas sean de menor valor, dado que está sujeto a las políticas internas de cada empresa y a su presupuesto; (iv) incompatibilidad en el importe a percibir por concepto de utilidades, debido a que no comparten idéntica actividad, el reporte de sus ventas, alza de precios o consumidores.

Frente a ello, se recomienda que los GDE –sobre todo aquellos por subordinación– fijen políticas remunerativas debidamente sustentadas en aras de evitar incurrir en discriminación salarial, por no otorgar una remuneración acorde a las funciones, responsabilidades y valor de dicho trabajo.

Finalmente, debemos dejar por sentado que, ante el cambio de titularidad del empleador, sin perjuicio que este se desarrolle en el marco de un GDE real o una construcción impropia,

siempre deberá procurarse la aplicación del principio de continuidad y del principio de progresividad y no regresividad.

2.4. ¿El remedio peor que la enfermedad? Crítica al Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2008

Los días 27 y 28 de junio de 2008 las Cortes Superiores de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Cañete, Lima Norte, Cuzco, Del Santa, Huancavelica, Huánuco, Huaura, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali llevaron a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral. Oportunidad en la que se abordaron cuatro temas de índole laboral, entre ellos: “Responsabilidad Solidaria en las obligaciones laborales”.

Una vez fijada la temática, se abrió debate sobre la siguiente cuestión: “*¿En materia laboral resulta procedente disponer la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales en supuestos distintos a los previstos en el artículo 1183 del Código Civil o en forma exclusiva y excluyente en los casos regulados por esta norma?* Sobre el particular se sustentaron las siguientes ponencias:

Primera Ponencia: *Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino además en los casos en los que existe vinculación económica o grupo de empresas.*

Segunda Ponencia: *Existe solidaridad en las obligaciones laborales únicamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil, siendo ésta la única norma legal que establece los criterios de solidaridad para el cumplimiento de las obligaciones”.*

Producido el debate correspondiente, se emitieron las siguientes posturas:

“Postura número uno.- Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino además en los casos en los que existe vinculación económica o grupo de empresas.

Postura número dos.- Existe solidaridad en las obligaciones laborales únicamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil, siendo ésta la única norma legal que establece los criterios de solidaridad para el cumplimiento de las obligaciones.

Propuesta Legislativa.- Se considera necesario solicitar a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República para que en ejercicio de sus facultades presente una iniciativa legislativa respecto a la regulación de la solidaridad en materia laboral”.

(El énfasis nos corresponde).

Finalmente, por unanimidad (66 votos), se arribó a la siguiente conclusión plenaria:

“Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.

Asimismo, acordaron que se presente una propuesta legislativa en el siguiente sentido: **Solicitar a la Sala Plena de la Corte**

Suprema de Justicia de la República para que en ejercicio de sus facultades presente una iniciativa legislativa respecto a la regulación de la solidaridad en materia laboral”.

(El énfasis es nuestro).

Pues bien, sobre la base de lo antes expuesto, sustentaremos nuestra crítica frente al acuerdo arribado por los magistrados de las Cortes Superiores participantes. Para ello, analizaremos cuál es el modelo peruano previsto para la atribución de responsabilidad y, acto seguido, cuestionaremos cuál es el verdadero alcance (entiéndase “exigencia”) y cuál viene siendo su errada aplicación por nuestros operadores de justicia.

2.4.1. Modelo peruano de atribución de responsabilidad solidaria

Como se ha podido advertir de la primera parte de este trabajo académico, es factible que se presenten GDE y construcciones impropias; como postula el destacado académico Sanguinetti Raymond, estas últimas recurren a la elusión como mecanismo para obtener una reducción de garantías para los trabajadores, lo que evidentemente promueve la precarización de las relaciones laborales, así como una minoración significativa de sus condiciones de trabajo (2009, págs. 9-10).

Frente a dicho escenario adverso para los trabajadores, el Derecho del Trabajo ha intervenido a través de nuestra doctrina y jurisprudencia para abordar estos conflictos jurídicos sobre la base de los preceptos del Derecho Civil; en buena cuenta, aquellos cimientos para la atribución de responsabilidad civil han sido trasladados al ámbito de las relaciones laborales.

Aunque, como bien anota Crisanto Castañeda para este ejercicio resulta imperativo aplicar el principio de especialidad de las normas laborales y las reglas de supletoriedad del derecho común. Además, en mérito del principio de unidad del ordenamiento jurídico, el Derecho Civil auxiliará al Derecho del Trabajo sobre la base de estos lineamientos: (i) se aplicará el derecho común ante la presencia de un vacío normativo laboral, es decir, cuando una cuestión concreta no esté resuelta por una norma, concepto o principio del Derecho del Trabajo; y, (ii)

se aplicarán las normas civiles sin vulnerarse normas, concepto o principios del Derecho Laboral (2018, pág. 5).

Sobre la base de tales premisas y por ser la responsabilidad solidaria una institución del Derecho Civil debe ser aplicada en el Derecho de Trabajo respetándose su esencia, máxime si no cuenta con regulación expresa en esta rama del derecho, salvo en determinados supuestos. A continuación, graficaremos la legislación vigente sobre la materia:

<u>DERECHO CIVIL</u>	
Código Civil	<p><i>“Artículo 1183.- Carácter expreso de solidaridad</i></p> <p><i>La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”.</i></p>
	<p><i>“Artículo 1188.- Extinción de solidaridad</i></p> <p><i>La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.</i></p> <p><i>En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores se rigen por las reglas siguientes:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.</i> <i>2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.</i> <i>3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.</i> <i>4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción”.</i>

<u>DERECHO DEL TRABAJO</u>	
Ley N.° 29245 Ley que regula los servicios de tercerización	<p><i>“Artículo 9°.- Responsabilidad de la empresa principal</i></p> <p><i>La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación</i></p>

	<i>de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.</i>
Ley 27626 Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores	<i>“Artículo 25.- De la responsabilidad solidaria En caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a las empresas usuarias, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria”.</i>
Ley Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo	<i>“Artículo 103°.- Responsabilidad por incumplimiento a la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores</i> <i>En materia de seguridad y salud en el trabajo, la entidad empleadora principal responde directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, personas que presten servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios, los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones. [...]”.</i>
Ley 28806 Ley General de Inspección del Trabajo	<i>“Artículo 42.- Responsabilidades empresariales</i> <i>42.1 Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición normativa corresponda a varios sujetos conjuntamente, éstos responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.</i> <i>42.2 En materia de seguridad y salud en el trabajo, la empresa principal responderá directamente de las infracciones que, en su caso se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones. Asimismo, las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios responderán directamente de las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones”.</i>

Sobre la base de la recopilación normativa antes expuesta, creemos que es factible arribar a las siguientes conclusiones:

- La responsabilidad solidaria, necesariamente, debe estar regulada por ley o en título expreso.
- Las causales de extinción de solidaridad tienen como consecuencia directa liberar a los codeudores sobre la totalidad de la obligación. Los supuestos habilitantes son la novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios.
- En las relaciones laborales se presenta con regularidad el supuesto —de extinción de solidaridad— de novación. En efecto, en los escenarios de cambio de titularidad del empleador, por lo general, las empresas intervinientes celebran un acuerdo interno en cualquiera de los siguientes términos: (i) se obligan a que el “empleador primigenio” responda frente a cualquier reclamo posterior referido a las obligaciones laborales mientras se comportó como empleador de los trabajadores, es decir, hasta antes de transmisión de empresa; o, (ii) se obligan a que el “nuevo empleador” asuma todos los reclamos laborales que pudiesen surgir luego de la celebración del acuerdo. Por lo que sería sustancial que, en aras de procurar la seguridad jurídica y preservar la buena fe de las partes, tomen en consideración el contenido de estos acuerdos al momento de resolver las problemáticas que pudiesen surgir.
- Desde nuestro punto de vista, el único supuesto para restarle validez y eficacia a estos acuerdos sería cuando quede acreditada que ha mediado un supuesto de abuso de derecho y/o fraude a la ley con sentencia firme.
- Nuestra legislación laboral solo contempla, expresamente, la responsabilidad solidaria en los supuestos de tercerización de servicios, intermediación y seguridad y salud en el trabajo, no así para aquellos casos donde se evidencie la presencia de un GDE.
- En nuestra opinión, la excepción a esta premisa podría darse cuando se advierta que: (i) el desarrollo del GDE es posible gracias a la implementación de un esquema de tercerización de servicios o intermediación laboral; (ii) ha acaecido un accidente de

trabajo o enfermedad profesional en el marco de un GDE; (iii) en mérito a la naturaleza alimentista de los beneficios sociales y en aplicación del principio de persecutoriedad, se ordene el pago solidario de dicha obligación.

Sobre este último supuesto resulta imperativo detenernos y desarrollar el mismo por la trascendencia que tiene para la correcta resolución de controversias sobre reintegro o pago de beneficios sociales en el ámbito de un GDE.

Pues bien, sobre el particular conviene destacar que la Constitución Política del Perú en su artículo 24° ha previsto que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador; principio que guarda relación con lo previsto por el artículo 11° del Convenio N.º 95 de la OIT, el cual contempla que los créditos laborales tienen preferencia en los casos de quiebra o liquidación de una empresa y deberán ser pagados antes que los acreedores ordinarios³⁹.

En esa línea argumentativa, el artículo 1° del Decreto Legislativo N.º 856 regula que los créditos laborales están compuestos por las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones y, en general, cualquier beneficio establecido por ley que se le adeude a los trabajadores. De igual manera, el inciso b) del artículo 3° del precitado cuerpo normativo recoge que la preferencia o prioridad de los créditos laborales se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio en los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley.

En buena cuenta, se puede concluir que el “carácter preferencial” reconocido en la Constitución no puede verse opacado por ninguna otra norma de inferior jerarquía pues se afectarían los créditos laborales de los trabajadores, los mismos que ostentan el atributo de ser un derecho alimentario que merece protección ante la desigualdad existente frente al empleador, dado el carácter tuitivo del Derecho Laboral.

³⁹ Al respecto, si bien es cierto que este convenio no se encuentra ratificado por nuestro país, no es menos cierto que tiene carácter de *recomendación*.

La consagración de la prioridad por garantizar los créditos laborales sobre cualquier otra obligación está sólidamente consagrada en instancia administrativa y judicial. Como muestra de lo anterior, podemos remitirnos a los siguientes pronunciamientos: (i) Informe N.º 0109-2020-MTPE/2/14.1 de fecha 20 de noviembre de 2020 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; (ii) Sentencias recaídas los expedientes N.º 4922-2007-PA/TC (fundamento 6) y N.º 0020-2012-P1/TC (fundamento 16); y, (iii) Casaciones N.º 932-2002-Lima y N.º 741-2001 Lima (considerandos Tercero y Cuarto).

Precisada la base normativa para la atribución de responsabilidad solidaria e identificados los supuestos legales en que ella resulta aplicable, nos remitiremos a efectuar nuestra crítica frente a la concepción recogida en el Pleno Jurisdiccional Nacional del 2008, así como a la errada “exigibilidad” que se le ha atribuido hasta la actualidad.

2.4.2. Evidenciando su verdadero alcance y errada aplicación

La decisión plenaria del 2008 reviste de especial relevancia ya que es la única disposición explícita que regula la atribución de responsabilidad en un supuesto de GDE. Sin embargo y como demostraremos más adelante, ha incurrido en sendos errores que no coadyuvan a una resolución de conflictos en el marco de la razonabilidad, proporcionalidad y justicia.

En primer término, resulta mandatorio analizar cuál es su verdadero alcance o exigibilidad frente a los operadores de justicia desde su celebración. Así, conviene traer a colación la base legal que regula la exigibilidad de los acuerdos jurisdiccionales:

T.U.O. DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL	
D.S. 017-93-JUS	
Iniciativa legislativa de la Corte Suprema.	<i>“Artículo 21.- La Corte Suprema tiene iniciativa legislativa, en los asuntos que le son propios. Los Magistrados por intermedio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, dan cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia, de los vacíos y deficiencias legislativas que encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como de las contradicciones e incompatibilidades constitucionales, sin perjuicio de la iniciativa que sobre este propósito pueda asumir directamente el propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, o la Sala Plena de la Corte Suprema.</i>

	<i>En el primer caso, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial da trámite al pedido del Magistrado sin calificar su contenido, a menos que dicho Consejo o la Sala Plena de la Corte Suprema lo haga suyo con expresa mención del autor de la iniciativa”.</i>
Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial	<p><i>“Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.</i></p> <p><i>Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.</i></p> <p><i>Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.</i></p>
Plenos jurisdiccionales	<i>“Artículo 116.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”.</i>

<u>CÓDIGO PROCESAL CIVIL</u>	
Precedente judicial	<i>“La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.</i>

De lo expuesto, puede apreciarse que contamos con dos términos contrapuestos, promovidos por distintos grupos de operadores de justicia y, por supuesto, con diferente grado de vinculatoriedad. En el presente gráfico procuraremos esclarecer estas diferencias:

TIPO DE JURISPRUDENCIA	OBJETO	OPERADOR	OBLIGATORIDAD
Doctrina Jurisprudencial Vinculante o Pleno Supremo	Fijar principios jurisprudenciales para todas las instancias judiciales.	Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República.	Sí, además califica como fuente de derecho.
Plenos Jurisdiccionales	Fijar criterios para el ámbito de celebración. No incluye a Corte Suprema.	Jueces Superiores a nivel nacional, regional o distrital.	No, además no califica como fuente de derecho.

Sobre la base de lo expuesto, **queda desvirtuada toda posibilidad que el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2008 elaborado por magistrados de Cortes Superiores tenga la condición de “vinculante”** ya que, como bien hemos apuntado, solo los plenos supremos o la doctrina jurisprudencial vinculante expedida por las Salas Especializadas de la Corte Suprema ostentan tal grado de obligatoriedad⁴⁰. En consecuencia, formalmente, constituye un error el atribuirle tal vinculatoriedad a este acuerdo jurisdiccional.

Habiendo cuestionado el aspecto formal de este acuerdo jurisdiccional **no vinculante**, resulta pertinente analizar su contenido material. Como bien hemos destacado precedentemente, en materia laboral no se aprecia una norma positiva que defina ni circunscriba la aplicación de la responsabilidad solidaria, salvo las excepciones propuestas⁴¹ a las cuales podría sumarse la prevista por el Proyecto de Ley General del Trabajo que recoge la figura de GDE con responsabilidad solidaria en materia laboral. Así en su artículo 6º menciona lo siguiente: *“Hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica o productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general. Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, estas son solidariamente responsables por sus derechos”*.

Pese a ello, la jurisprudencia, en aplicación del Pleno Jurisdiccional Nacional del año 2008, se ha decantado por atribuir responsabilidad solidaria en los –mal llamados– “GDE

⁴⁰ Además de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que resuelvan acciones de garantía, sean o no precedente vinculante.

⁴¹ Véase páginas 69 y 70 de la presente tesis.

fraudulentos” y GDE (propios), peor aún, sin discernir entre las diferencias latentes entre vinculación económica y GDE. Se considera que el criterio adoptado por los magistrados resulta errado por las siguientes razones:

- (a) En primer lugar, estos “GDE fraudulentos” son –como se postula– construcciones impropias, es decir, al no cumplir con los elementos esenciales que son el génesis de esta figura jurídica, principalmente la pluralidad, por lo que se debe concluir que jamás se estuvo frente a un GDE. Ergo, al no apreciarse pluralidad, no se puede impartir una responsabilidad compartida, únicamente debe responder la empresa primigenia que dio origen a las demás personas jurídicas⁴² “de cascarón”.
- (b) En segundo lugar, la postura adoptada por la jurisprudencia no hace una merecida distinción entre los GDE y las figuras impropias. Esto último denota de especial relevancia pues, de lo contrario, se incurrirá –como se ha venido haciendo– en una visión patológica frente a los GDE. Criterio que no solo carece de atributos como razonabilidad y proporcionalidad, sino que atenta severamente con el derecho constitucional a la libertad de empresa.
- (c) Por último y no menos importante, se debe rechazar la equiparación que se constata en el Pleno en cuestión en atención a las empresas económicamente vinculadas y los GDE, ya que se tratan de supuestos totalmente distintos. El primero de estos se encuentra desarrollado en el artículo 4° del Reglamento de la Ley MYPE⁴³, el cual podríamos

⁴² Conforme a lo desarrollado en la primera parte de este artículo, se emplea la terminología de “personas jurídicas” ya que estas figuras impropias carecen de los principales atributos que goza una empresa (capital, trabajo, autonomía e independencia).

⁴³ Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente – Reglamento de la Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2008-TR:
“Artículo 4°.- GRUPO ECONÓMICO Y VINCULACIÓN ECONÓMICA
Se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas.

resumir como la posesión que tiene una empresa sobre el capital o ventas de otra, o en su defecto, cuente con personal que ostente poder de decisión en otra empresa. El segundo, no cuenta con base legal que lo defina, pero la doctrina lo asocia a un conjunto de empresas aparentemente autónomas sometidas a una dirección económica única y con personería jurídica propia. Así las cosas, se puede concluir que en todo GDE las empresas que lo componen estarán económicamente vinculadas, pero no todo conjunto de empresas económicamente vinculadas constituirá necesariamente un GDE.

En mérito a lo expuesto, se estima que es responsabilidad de la doctrina laboral y de los jueces desarrollar con mayor precisión la responsabilidad –de mediar fraude a la ley y/o abuso de derecho– en los grupos de empresas; recurriendo, para ello, a nuevos criterios que reposen sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Configurado el grupo económico, éste se mantendrá mientras continúe el control a que se refiere el párrafo anterior. Se considera que dos (2) o más empresas tienen vinculación económica cuando:

- 1. Una persona natural o jurídica posea más de treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*
- 2. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*
- 3. En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges o convivientes entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.*
- 4. El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca en más del treinta por ciento (30%) a socios comunes a éstas.*
- 5. Cuando las personas naturales titulares de negocios unipersonales son cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y cuenten con más del veinticinco por ciento (25%) de trabajadores en común.*
- 6. Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos o comerciales que se adopten.*
- 7. Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.*
- 8. Una empresa venda a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, el ochenta por ciento (80%) o más de sus ventas.*
- 9. Una misma garantía respalde las obligaciones de dos empresas, o cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.*
- 10. Más del cincuenta por ciento (50%) de las obligaciones de una persona jurídica sean acreencias de la otra, y esta otra no sea empresa del sistema financiero.*

La vinculación quedará configurada cuando se produzca la causal y regirá mientras ésta subsista.

Los supuestos de vinculación señalados anteriormente no operarán con empresas pertenecientes a la actividad empresarial del Estado.

En caso el MTPE determine la existencia de un grupo o vinculación económica entre micro y pequeñas empresas, excluirá dichas empresas de los alcances de la Ley cuando corresponda”.

Urge, por tanto, la convocatoria de un nuevo pleno supremo o la expedición de una doctrina jurisprudencial vinculante que regule, adecuadamente, los supuestos que motivarían la atribución de responsabilidad solidaria. Esto último sin perjuicio que, por lo menos a mediano plazo, se promulgue una legislación especial que regule la imputación de responsabilidad⁴⁴.

Ahora bien, la doctrina y legislación comparada permiten efectuar un acercamiento al tratamiento de esta importante institución jurídica que es la atribución de responsabilidad; así, con el aporte de Márquez Mantilla, se ha podido identificar que la responsabilidad del GDE ha sido desarrollada por tres sistemas, a saber: (i) la teoría del riesgo⁴⁵; (ii) la teoría del levantamiento o rasgado del velo societario⁴⁶; y, (iii) las soluciones del derecho común⁴⁷ (2002, págs. 97-102).

Por su parte, el profesor Alejandro Castello destaca que la doctrina extranjera concierta en que existen tres modelos de imputación de responsabilidad, siendo éstos los siguientes (2009):

- (a) El tradicional⁴⁸: parte de la base de la autonomía de cada empresa integrante del grupo y solo acepta la responsabilidad en caso de dolo o fraude; en especial del agente controlante, es decir, solamente admite casos de responsabilidad subjetiva.

⁴⁴ Dado que la responsabilidad solidaria como institución jurídica de naturaleza estrictamente civil ha sido trasladada al plano laboral, se insiste en que, sobre la base de lo previsto por el Código Civil, debe expedirse una norma positiva que contemple los presupuestos de hecho y la consecuencia jurídica de la solidaridad. Salvo, claro está, que se evidencie que la voluntad de las partes prevé su aplicación en determinados supuestos.

⁴⁵ La autora postula que el mundo moderno ha creado la “responsabilidad por riesgo”, la *ratio legis* de este sistema reposa sobre el criterio que aquel que aprovecha las ganancias debe soportar las pérdidas. Es decir, el GDE es solidario en las bonanzas y en los perjuicios.

⁴⁶ Márquez Mantilla refiere que, frente a ciertos supuestos especiales puede prescindirse de la forma externa de la personalidad jurídica y penetrar en la interioridad de esta, a fin de descubrir los reales intereses que actúan en su interior. Ello, para trastocar la responsabilidad limitada y optar por una ilimitada que cautele los intereses de terceros.

⁴⁷ La autora refiere que todavía se puede recurrir a los remedios clásicos que brinda el derecho común, o sea, la simulación y el fraude como vicios constitutivos o sobrevinientes. En efecto, la complejidad del problema en torno a los GDE exige la utilización de toda suerte de herramientas desde las viejas del derecho común, hasta las más modernas.

⁴⁸ También llamado “*entity law approach*”.

- (b) El sistema de la unidad del grupo⁴⁹: atribuye responsabilidad solidaria o subsidiaria a la sociedad matriz o madre cuando existe dominación total, en otras palabras, solo acepta un modelo de responsabilidad objetiva.
- (c) El sistema dual germánico⁵⁰: prevé regímenes de responsabilidad diferenciados según se trate de grupos de derecho o, de hecho. Cuando el grupo es de derecho o contractual (fruto de un contrato) por el cual una filial se somete contractualmente a la dirección de una matriz, el reverso de tal sujeción es el establecimiento de una responsabilidad de la dominante por las pérdidas que tuviera la filial. En cambio, tratándose de grupos de hecho o fácticos (ausencia de contrato de dominación), la sociedad matriz debe compensar a los terceros por los perjuicios causados como consecuencia de las directrices desventajosas emitidas.

Bajo la inspiración de aquellos sistemas de responsabilidad en los GDE, se pretenderá efectuar un breve esbozo sobre posibles soluciones en torno a la imputación de responsabilidad frente a terceros, no sin antes advertir un aspecto que no ha sido abordado por nuestra legislación y, por consiguiente, dificulta aún más este escenario.

Sobre el particular, cabe destacar que nuestro marco normativo se ha preocupado por definir quién es un trabajador, enumerar sus derechos y señalar las obligaciones de su empleador; sin embargo, no existe un solo apartado que defina el concepto de empleador.

No obstante, se destaca el notable aporte del profesor Arce, quien postula lo siguiente: “(...) *todo aquel que despliega un poder de dirección, esto es, quien organiza, fiscaliza y sanciona los incumplimientos producidos en la prestación de servicios del trabajador, es empresario*” (2003, pág. 95). Esta definición se condice con la prevista en el artículo 4º del Proyecto de Ley General del Trabajo, la cual prevé: “*Empleador es la persona natural o jurídica, patrimonio autónomo, entidad asociativa, con o sin fines de lucro, y de naturaleza privada o pública, que contrata servicios regulados por esta Ley*”.

⁴⁹ Comúnmente denominado “*enterprise approach*”.

⁵⁰ Igualmente, llamado “*dualist approach*”.

En virtud de tales acotaciones, a continuación, se presenta una propuesta de solución para la presente problemática, la cual deberá seguir las siguientes consideraciones:

- (a) Como punto de partida se debe determinar a ciencia cierta si se está frente a un GDE o ante una construcción impropia, es decir, si se verifica la presencia de una pluralidad de empresas o, por el contrario, pluralidad de entes subordinados a una empresa.

Para ello se deberá verificar si se materializan los elementos que configuran una empresa y, en consecuencia, un GDE. Ante la duda, se podrá optar a herramientas tales como el levantamiento del velo societario o la técnica de los indicios.

- (b) En caso se evidencie una construcción patológica de los GDE, la responsabilidad se atribuirá exclusivamente a la empresa que lo ha creado recurriendo para ello a la simulación, fraude y/o abuso de derecho. Esto se debe a que jamás se estuvo frente a una pluralidad, por lo que la responsabilidad a imputarse, bajo ningún supuesto, puede ser compartida. En buena cuenta, para este análisis se recurre al Principio de Primacía de la Realidad.
- (c) Si, por el contrario, se advierte la presencia de un GDE, se deberá en primer lugar, reconocérsele la condición de «empleador complejo» y, en mérito a lo anterior, corresponderá imputarse una responsabilidad solidaria, proceder que se encuentra reforzado con la aplicación del principio de persecutoriedad de los créditos laborales, en la medida que hasta la fecha no se cuenta con normativa laboral que prevea tal supuesto⁵¹.

51 Esto último con el propósito de no apartarnos de las exigencias contempladas en el artículo 1183° del Código Civil, el cual sostiene que para imputar responsabilidad solidaria es necesario que esta esté pactada por las partes o amparada por ley. Advirtiéndose tal imposibilidad en lo que concierne a los GDE, creemos pertinente que, a través de la jurisprudencia que adopte la tesis del «empleador complejo» para la atribución de responsabilidad solidaria, postura que inclusive —desde nuestro punto de vista— se encuentra respaldada por el principio de persecutoriedad de los créditos laborales.

Como se ha podido advertir, no se ha aplicado el criterio de imputación de responsabilidad solidaria prevista actualmente en el Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral del 2008, dado que se rechaza el criterio adoptado. Ello, en palabras de Puntriano Rosas, en la medida que equipara la figura de “grupo de empresas” con la figura de “empresas económicamente vinculadas”⁵²; y, también porque la postura adoptada por el Pleno –responsabilidad solidaria– evidencia una visión patológica de los grupos de empresas (2016, pág. 4).

Dicho prejuicio respecto a los grupos de empresas constituye una interpretación temeraria, puesto que se atentaría contra la seguridad jurídica y derecho de defensa de los justiciables al aplicarse dicha regla en supuestos que deben analizarse caso a caso por la complejidad propia de dicho fenómeno productivo.

Sin desmedro de la crítica antes esbozada, estimamos pertinente insistir en la propuesta del «empleador complejo», pues con ella se atribuirá personería jurídica a los GDE, los cuales hasta la fecha son entes abstractos desprovistos de tal atributo, lo cual representa un obstáculo para la solución de los problemas jurídicos en el seno del derecho individual del trabajo antes desarrollados.

Postulamos lo anterior, ya que actualmente frente al reto de no contar con una regulación especial en torno a los GDE, los conflictos jurídicos solo pueden ser resueltos en sede judicial, cuyos pronunciamientos —como bien hemos dejado en evidencia— no se apoyan necesariamente en criterios objetivos, razonables ni homogéneos.

Este contexto afecta gravemente dos pilares muy preciados en supuestos como estos de ausencia normativa: la seguridad jurídica y predictibilidad de las sentencias judiciales. En efecto, si la corriente jurisprudencial fuese uniforme, tanto los trabajadores como los empleadores podrían conocer a cabalidad qué proceder está permitido o rechazado por nuestro ordenamiento jurídico, lo que además significaría poner en advertencia a la parte empleadora de aquellas conductas pasibles de sanción, proceder que sin lugar a duda se

⁵² Como bien se ha señalado previamente, todo grupo de empresas estará conformado por empresas vinculadas económicamente, pero no toda empresa vinculada económicamente constituirá un grupo de empresas.

traduce en una garantía para la fuerza trabajadora.

Por ello, insistimos, de otorgarles a los GDE (reales) la condición de «empleador complejo» se abandonarían dos aspectos que, en lugar de esclarecer han representado una sombra en este arduo y complejo trabajo de identificar cuándo estamos frente a un GDE para efectos laborales, a saber: la visión patológica de los GDE y la presunción –errada– de pluralidad, caminos que, de un modo u otro, han traído como resultado pronunciamientos dispares en sede judicial y una caprichosa imposición de responsabilidad solidaria sin antes analizarse la verdadera existencia de un GDE.

Así las cosas y de ampararse la tesis propuesta, nuestros operadores judiciales tendrán una herramienta dilucidadora, válida y eficaz para atribuir responsabilidad solidaria entre las empresas que conforman el grupo y solucionar con plena predictibilidad los problemas jurídicos en torno al derecho individual del trabajo; garantizándose, inclusive, la seguridad jurídica, pues estamos seguros que los empleadores tomarán las medidas necesarias para ajustarse a estos parámetros de legalidad previstos a través de la jurisprudencia y, a la par, los trabajadores estarán instruidos de las garantías con las que cuentan para defender sus derechos laborales.

CAPÍTULO III

PRINCIPALES DESAFÍOS DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

El propósito del presente capítulo es exponer una postura crítica a la regulación actual del derecho fundamental a libertad sindical en el marco de un grupo de empresas laboral. Para tal finalidad y atendiendo a la anomia normativa en torno a los GDE, estimamos conveniente adoptar una visión crítica que, en palabras del destacado jurista Ermida Uriarte se traduce en la “(...) *la necesidad de revisitarlo [la libertad sindical] analíticamente para detectar sus fortalezas y debilidades en determinados contextos. Crítica desde la valoración positiva, crítica para mejorar, para determinar qué es lo que no funciona y así poder corregirlo, para definir en qué y cómo este instituto podría ser más eficaz*” (68, pág. 34).

Uno de nuestros mejores exponentes sobre la materia, el profesor Alfredo Villavicencio define a la libertad sindical como: *“el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y en el derecho de aquellos y estas a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses comunes”* (2010, pág. 87).

La trascendencia de este derecho humano ha quedado plasmada en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”), la Declaración de Filadelfia, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y Declaración Universal de Derechos Humanos. Pudiendo afirmarse, tal como lo destacaba el profesor Alfredo Villavicencio durante sus lecciones universitarias, *“que es uno de los derechos más importantes –sino el más importante– del Derecho del Trabajo, pues se trata de un derecho para crear más derechos”*⁵³.

En nuestro país, el derecho fundamental de la libertad sindical se encuentra consagrado en el artículo 28° de nuestra Constitución Política del Perú, el cual reza lo siguiente:

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

- 1. Garantiza la libertad sindical.*
- 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

- 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.*

⁵³ Idéntica opinión comparte el maestro Ermida Uriarte cuando señala que: *“La libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerrequisito o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es «un derecho para tener derechos», un derecho generador o creador de otros derechos”*. En: *“Crítica a la Libertad Sindical”*, Derecho PUCP, N.º 68, 2012. Pg. 36.

De igual manera, la Cuarta Disposición Final y Transitoria referida a la “Interpretación de los derechos fundamentales” del precitado cuerpo legal prevé que: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

Dicho enunciado, nos remite al Convenio 87 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, así como al Convenio 98 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949.

El primero de estos recoge en su artículo 2° un mandato expreso y amplio sobre la vertiente de sindicación: *“Los trabajadores y los empleadores, **sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones**, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”* (El énfasis nos corresponde).

En buena cuenta, no se prevé limitación alguna para el ejercicio de la llamada “libertad sindical positiva”, la cual ha sido definida por nuestro Tribunal Constitucional como aquella que *“(…) [c]omprende el derecho del trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical”*⁵⁴.

Por su parte, el Convenio 98 en artículo 1° contempla una protección amplia contra *“todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”*. Asimismo, prohíbe de manera expresa todo acto de injerencia en perjuicio del libre ejercicio de este derecho:

⁵⁴ Fundamento Jurídico No. 8 de la sentencia recaída en el Expediente 008-2005-PI, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra diversos artículos de la Ley No. 28175, publicada el 19 de febrero de 2004.

“Artículo 2

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”.

(El subrayado es nuestro).

En esa misma línea argumentativa, el primer párrafo del artículo 4º de la Recomendación 163 de la OIT, prevé de manera expresa que las legislaciones nacionales deben permitir que la negociación colectiva se desarrolle a cualquier nivel, quedando a su libre determinación. De modo tal que el Estado no pueda imponer ni prohibir un determinado nivel de negociación en perjuicio de los trabajadores.

Bajo tales premisas, nos adelantamos en afirmar el innegable acceso y ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores que integran un GDE laboral, siendo que el eventual conflicto jurídico podría suscitarse en cómo accionarlo en este determinado contexto, donde se ha superado el binomio trabajador-empleador y se ha impuesto uno donde destaca un «empleador complejo».

A modo de referencia, conviene traer a colación los preceptos recogidos por el Tribunal Supremo Español, los mismos que resultan muy ilustradores para la salvaguarda del derecho

de huelga en el ámbito de los GDE. Así tenemos la Sentencia 888/2018 de fecha 3 de octubre de 2018, la cual recoge lo siguiente:

*“En estos casos, existe una cierta fragmentación de la actividad empresarial, de cuya legitimidad no cabe dudar, de modo que su actuación coordinada puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquier de las empresas del grupo. No hay comunicación de responsabilidades y cada empresa responde frente a sus propios trabajadores, **pero sí existe una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos**, alguna de las cuales se desprende directamente de las propias previsiones legales (como ocurre con el fenómeno de los convenios de grupos de empresas en los que pesa sobre todas sus integrantes la obligación de respeto de los derechos de negociación colectiva o libertad sindical, en su caso, y las que pudieran derivar del ejercicio de huelga por parte de los trabajadores para presionar sobre la negociación del convenio, por ejemplo). También sucede, en otras circunstancias, con el ejercicio del derecho a la huelga en empresas vinculadas por fenómenos de descentralización productiva, en el que pesa sobre el grupo que funciona como una organización productiva y/o comercial, cuanto menos, **el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental que ejerza cualquier colectivo de trabajadores de empresas pertenecientes al grupo**; deber que enlaza sin dificultar de las indudables ventajas productivas y de todo orden que se desprenden de este tipo de vinculación grupal”.*

(El énfasis es nuestro).

Desde nuestro punto de vista y en concordancia a la herramienta que hemos venido postulando como esclarecedora frente a estos desafíos que conciernen a los GDE laboral, consideramos que el poder de dirección es el camino para poder encauzar el ejercicio de la libertad sindical, el mismo que debe ir de la mano con el reconocimiento de un «empleador complejo» con quien se podrá materializar el ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores.

3.1. Las formas permitidas por ley para generar organizaciones sindicales fuera del ámbito de la empresa

Nuestra regulación ordinaria está compuesta por la Constitución de 1993, cuyos principales extremos y concordancias hemos citado de manera precedente. Sumada a estas, tenemos al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR (en adelante, “LRCT”) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 011-92-TR (en adelante, “RLRCT”).

Estos dispositivos, como bien sostiene el maestro Villavicencio Ríos, a diferencia de los preceptos contemplados en los instrumentos internacionales antes precitados, adoptan un modelo descentralizado de relaciones laborales, en la medida que solo se tolera la sindicación a nivel de empresa o centro de trabajo, limitación que se proyecta de igual manera en las esferas de la negociación colectiva y huelga (2010, págs. 32-33).

El modelo peruano, debido a la adopción de limitaciones al libre ejercicio de la libertad sindical –en los términos contemplados por la OIT–, ha sido objeto de 16 observaciones del Comité Sindical de la OIT que, si bien han sido enmendadas en su mayoría, aún persisten algunas.

A continuación, señalaremos cuáles son las formas permitidas por la LRCT y su Reglamento para la formación de un sindicato⁵⁵, así como sus requisitos:

Formas permitidas

- **De empresa**, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador en uno o más centros de trabajo, unidades, áreas o categorías.
- **De actividad**, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad o que concurren en una misma actividad.
- **De gremio**, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.
- **De oficios varios**, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.

(Artículo 5° LRCT)

- **De grupos de empresas.**
- **De cadena productiva o redes de subcontratación.**
- **De cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen conveniente.**

(Artículo 4° RLRCT)

⁵⁵ Para estos efectos, se está considerando las nuevas disposiciones introducidas al RLRCT gracias al Decreto Supremo 014-2022-TR, vigente desde el 14 de julio de 2022.

<p>Requisitos para ser miembro</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato. ○ No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita. ○ No estar afiliado a otro sindicato del mismo ámbito. <p>(Artículo 12° LRCT)</p>
<p>Requisitos para su creación</p>	<p>Para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliarse por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza.</p> <p>(Artículo 14° LRCT)</p>

Fuente: Elaboración propia.

De lo expuesto, puede advertirse que, por un lado, la LRCT no contempla expresamente el derecho a sindicación a nivel de GDE (supraempresarial); y, por otro lado, se tiene que el RLRCT –con la modificatoria introducida por el Decreto Supremo N.º 014-2022-TR– sí contempla tal posibilidad. No es objeto del presente trabajo de investigación centrarnos en la discusión sobre la constitucionalidad de esta reciente modificatoria, la cual está siendo discutida en las instancias correspondientes. Por lo que, al quedar en suspenso dicho extremo –por el momento–, a lo largo del presente capítulo nos ceñiremos a lo previsto por la LRCT en estricto.

Precisado lo anterior, a la luz del artículo 5° de la LRCT, podría pensarse que esta “limitación” podría servir como argumento para que el GDE laboral postule que no se encontraría obligado a recibir un pliego de reclamos y negociar a este nivel. No obstante, este “argumento” se agota en una interpretación literal y de rango legal que ha caído en desuso. Motivo por el cual, sería plenamente válido invocar los lineamientos establecidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT, pues en ellos queda establecida la libertad de organizarse como

mejor convenga y se proscribire todo acto de injerencia que impida o limite este amplio derecho.

Postura que, de ser invocada en un proceso judicial o arbitral de materia laboral, debería ser admitida por los órganos revisores, toda vez que la Décima Disposición Complementaria de la Ley No. 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo establece, como una regla de interpretación para la resolución de conflictos laborales, que:

“Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

En buena cuenta, respalda la interpretación y ejercicio de los derechos a la luz de los tratados internacionales, los cuales ostentan una jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento.

Llegado a este punto, manifestamos nuestra absoluta convicción respecto a la validez de formar un sindicato a nivel de grupo, afiliarse a este y negociar a favor de sus agremiados con un GDE laboral. Sin desmedro de ello, compartimos la posición adoptada por Mario Pasco Cosmópolis cuando sostiene que: *“(…) los trabajadores se deben poder organizar como ellos consideren. No obstante, en qué circunstancias o bajo qué formas está obligado a negociar el empleador es un tema distinto y eso sí debería estar normado, en aras de la predictibilidad que he mencionado y con la finalidad de tener conocimiento de dónde me van a venir los pedidos de negociación”* (46, pág. 473).

El comentario materia de análisis se circunscribe, en estricto, a los lineamientos operativos para el libre ejercicio de este derecho, es decir, a aspectos procedimentales que faciliten su desarrollo; de modo tal que ambas partes sean las beneficiadas en tanto estén informadas sobre determinados estadios y plazos —quizás— que sería recomendable estén consignados en una normativa especial, la cual serviría de guía y garante para los empleadores y los gremios sindicales.

3.2. La negociación colectiva entre un GDE laboral y un sindicato de grupo de empresas. Principales desafíos

En lo concerniente al ejercicio de la negociación colectiva, como bien hemos señalado de manera precedente, somos de la opinión que este derecho no debe verse mermado por el solo hecho de que se evidencie una carencia de regulación especial en torno a los GDE. Ello, en la medida que existen sendas normativas de rango constitucional que avalan la conformación de sindicatos de ámbito supraempresarial, permitido lo anterior, no habría razón válida ni razonable para entorpecer una negociación colectiva a este nivel.

Sin desmedro de ello, hemos advertido la configuración de determinados inconvenientes que podrían convertirse en desafíos para el gremio sindical que desee negociar a este nivel supraempresarial. En aras de simplificar la comprensión de cada uno de estos, nos valemos del siguiente flujograma:

De lo expuesto, procederemos con esbozar nuestros comentarios sobre cada una de las fases a desarrollarse en el marco de una negociación colectiva, así como nuestra posición sobre cada uno de los problemas identificados:

- (i) En primer lugar, será imperativo que se lleve a cabo una asamblea general en la cual se apruebe el Pliego de Reclamos (en adelante, “PdR”). Una primera interrogante que surge es si debe existir un número mínimo de afiliados por cada empresa que integre el sindicato para llevar a cabo dicha convocatoria. Otra cuestión que genera debate es, si debe instaurarse un quórum para los miembros de cada empresa que integren el sindicato. Si bien podría pensarse que estos aspectos resultarían menores, debemos superar la concepción tradicional de negociación colectiva a nivel empresarial, bajo este escenario estamos ante una pluralidad de empleadores y trabajadores de diferentes empresas. Por lo que en aras de que sus miembros se encuentren debidamente representados podría aspirarse a que se delimiten tales aspectos o, en su defecto, se deje a la libre discrecionalidad de sus integrantes.
- (ii) Acto seguido, el PdR será presentado al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, “MTPE”), entidad que estará a cargo de la notificación⁵⁶. En este punto, un aspecto crucial —debido a la falta de verificación en manos del MTPE— es la debida consignación del domicilio de la parte a la cual se pretende emplazar, en estos casos, la parte empleadora. Ahora bien, surgen sobre este punto nuevas interrogantes: ¿se debería consignar el domicilio de todas las empresas a las que se pretende involucra en la negociación? ¿O, en su defecto, sería posible que estas empresas designen a una como representativa? Si bien se tratan de aspectos que podrían quedar a discrecionalidad del

⁵⁶ Esta propuesta se plantea como análoga a la presentación del PdR en las convenciones de rama de actividad o gremio previstas en el artículo 53° del T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR.

GDE, consideramos que resultaría imperativo que manifiesten su voluntad por escrito ante el MTPE.

- (iii) Luego, las empresas involucradas o la empresa designada como representativa recibirían el PdR elaborado por el sindicato. Cuestión que, si bien a primera vista podría apreciarse como de puro trámite, podría acarrear consecuencias perjudiciales para la parte trabajadora en la medida que, de hacerse un inadecuado emplazamiento, la parte empleadora podría —válidamente— invocar la nulidad del acto de notificación, lo que dilataría el procedimiento. Este escenario podría suscitarse en tanto no se tendría absoluta claridad sobre: ¿si se debiese notificar a cada una de las empresas a las que se desea involucrar? ¿o en su defecto, bastaría notificar a la empresa que sea designada como representativa?
- (iv) Después, la empresa representativa o las empresas involucradas tendrán la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción con la presentación de su escrito de oposición. En este punto, consideramos que podrían presentarse los siguientes aspectos por considerar: ¿Solo la más representativa debe ejercer derecho de defensa? ¿Sería válido que cada empresa presente su escrito de oposición? Estando en el supuesto que alguna(s) no presente(n) su escrito de oposición ¿el MTPE debería que dicho “silencio” obliga a las demás? Sin perjuicio de tales interrogantes, hasta este punto se abren dos variantes:
- Que se presente oposición: el MTPE remitirá al Sindicato el o los escrito(s) de oposición presentado(s), el cual o los cuales podrán ser absueltos por el Sindicato, siendo finalmente el MTPE quien resuelva —en instancia plural— tomando en consideración las posiciones de ambas partes.

De resolverse que procede la negociación, se iniciará la negociación colectiva por trato directo; de ser el caso que el GDE no instale el mismo el Sindicato estará plenamente habilitado a solicitar al MTPE su intervención para una Conciliación.

Instalada la Conciliación y de evidenciarse la inasistencia o falta de deseo por conciliar por parte del GDE se declarará frustrada la misma. Pese a ello, el Sindicato podrá requerir al MTPE el inicio de un Extraproceso. Ante la inasistencia del grupo de empresas o falta de propuesta de esta parte se tendrá por agotada la misma.

Llegado a este punto, al Sindicato le quedaran las siguientes opciones -excluyentes entre sí-: el arbitraje o la huelga.

- Que no se presente oposición: se iniciará la negociación colectiva y corresponderá la instalación de trato directo, el mismo que de verse frustrado habilitará al Sindicato a solicitar una Conciliación ante el MTPE; de no prosperar este camino, podrá requerir un Extraproceso en el que intervendrá el MTPE. Agotadas estas vías sin éxito alguno, el Sindicato podrá optar entre iniciar una huelga o un arbitraje.

Pese a ello, reiteramos que estos inconvenientes podrían ser superados fácilmente siempre que medie la buena fe entre las partes y las facilidades del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para la solución de estas controversias. Claro está que una regulación sobre la materia sería un aliciente para el debido encauzamiento de la negociación colectiva entre un GDE laboral y un sindicato de grupo de empresas.

3.3. El poder de dirección único como distintivo para el fomento de la negociación colectiva por encima del nivel de empresa

La descentralización productiva ha generado un fuerte impacto en el desarrollo y manejo de las relaciones laborales que respondían al modelo fordista donde imperaba el binomio empleador–trabajador. Efectivamente, este nuevo esquema de producción, materializado en los GDE laborales, implica que coexistan distintos conglomerados de trabajadores con intereses comunes.

Este nuevo paradigma, como ya lo hemos venido sosteniendo a lo largo del presente capítulo, no constituye un limitante para la negociación a nivel de grupo. Bajo tal premisa y de materializarse una negociación a este nivel, se obtendrá como producto un “convenio colectivo de grupo”, el cual puede definirse como: *“(…) aquel cuyo ámbito de aplicación abarca a una pluralidad de empresas, íntimamente conectadas en su actividad y vinculadas entre sí por nexos accionariales y directivos, siendo su objeto la regulación integral, completa y homogénea de las relaciones laborales de todos los trabajadores empleados por aquellas”* (BAZ RODRÍGUEZ, 2002, pág. 443).

Estando a lo anterior, podemos esbozar tres condiciones para la negociación colectiva a nivel de grupo: (i) la existencia de un GDE laboral; (ii) la presencia de un interés grupal del conglomerado de empresas; y, (iii) la presencia de una dirección laboral común.

La primera condición hace referencia a la necesidad de que estemos ante la presencia de un GDE con efectos laborales, es decir, frente a uno que supere la apariencia formal (GDE mercantil).

El segundo requisito, hace alusión a la voluntad común por parte de las empresas que integran el conglomerado de lograr determinados objetivos, adoptar políticas internas similares, compartir determinados valores corporativos, entre otros.

La tercera condición alude a la dirección laboral común que conlleva la presencia de un «empleador complejo», el cual estará presente en aquellos supuestos donde exista una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician simultáneamente de los servicios de un trabajador, pero que en principio carecen de lazos de dependencia entre sí y no están sometidas a un mismo centro de dirección, lo que les aleja de la figura del conjunto económico (CASTELLO ILLEONE, 2004).

Ahora bien, claro está que la concurrencia de las condiciones antes establecidas será advertida con mayor facilidad en los grupos de empresas por subordinación, donde precisamente la jerarquía de la empresa matriz destaca sobre las demás integrantes del grupo. Así las cosas, se simplificaría la identificación de la empresa matriz y su emplazamiento para negociar a nivel de grupo, toda vez que es esta quien, finalmente, toma las decisiones organizacionales y ostenta el poder de dirección.

En contraposición, este ejercicio resulta más complejo cuando se trata de un grupo de empresas por coordinación en donde, precisamente, su rasgo distintivo es la ausencia de dependencia entre las empresas agrupada. No obstante, consideramos que una posible salida frente a este supuesto sea el emplazamiento al órgano de gestión, es decir, al grupo como ente.

En efecto, tal como lo venimos sosteniendo, de acogerse la tesis del reconocimiento del «empleador complejo» respecto al GDE —sin discriminar si se trata de un por subordinación o coordinación—, con el solo hecho de atribuirle personería jurídica será mucho más factible que los trabajadores interesados pueda organizarse como mejor les convenga, formular un pliego de reclamos, negociar con el GDE, pactar un convenio colectivo y, de ser necesario para llegar a tal fin, instaurar una medida de autotutela como la huelga.

Claro está que con la aplicación del «empleador complejo» será mucho más sencillo identificar al empleador, a diferencia de como ocurre ahora, en donde el trabajador se encuentra desprovisto de herramientas suficientes e idóneas que le permitan, con absoluta

certeza, identificar quién, finalmente, emite las directivas y se ve beneficiado con la puesta de su fuerza de trabajo.

Así, la otorgarle personería jurídica al GDE con la acepción del «empleador complejo» se podrá, con mayor facilidad, ejercer los derechos que componen la libertad sindical de todo trabajador. Claro está que, debido a la pluralidad de empleadores y complejidad que podría conllevar el aspecto procedimental de esta negociación colectiva, resultaría deseable que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dicte pautas para este supuesto atípico en el marco de las relaciones colectivas de trabajo.

3.4. El arbitraje como instrumento para aplicar la negociación colectiva a nivel de grupo por tratarse de una “primera negociación”

Por los apartados previos desarrollados, ha quedado evidenciado que la limitación que podría suscitarse para la negociación colectiva a nivel de grupo debido al contenido 44° de la LRCT, el cual regula las formas permitidas de negociación, a saber:

“Artículo 44.- La convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser:

a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.

b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella.

c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas”.

No obstante, esta limitación de rango legal no es óbice para concretar una negociación colectiva a nivel de grupo siempre que exista un sindicato de GDE y un GDE laboral que

negocie. Las máximas de la experiencia, apoyadas en el modelo descentralizado imperante, nos permiten adelantar opinión respecto a que esta “nueva modalidad” quizás no sea bien recibida por los empleadores que integran un GDE laboral, manifestando su resistencia. Posición que, seguramente, se materializará en la negativa de aceptar la conformación de un sindicato de grupo y la recepción de su pliego de reclamos.

Ante el supuesto que un grupo de trabajadores suficientes –de acuerdo con la LRCT– ha logrado agruparse y conformar un sindicato de grupo, advertimos la configuración de dos potenciales escenarios conflictivos a ser abordados de la siguiente manera:

Por un lado, el surgimiento de un primer y único sindicato a nivel de grupo; bajo este ejemplo tendríamos aquel supuesto en el que por vez primera un grupo de trabajadores se ha organizado y agrupado de un sindicato de nivel supraempresarial. Así las cosas, nuestra jurisprudencia nos ha brindado una herramienta de heterocomposición: el arbitraje potestativo (PASCO LIZÁRRAGA, SÁNCHEZ REYES, & UGAZ OLIVARES, págs. 477-478).

Precisamente, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 003561–2009–PA/TC ha definido el derecho a la negociación colectiva en los términos siguientes:

“13. [...] En buena cuenta, el principio de la negociación libre y voluntaria incluye: a) la libertad para negociar, entendida como la libertad de elegir entre acudir o no a negociar y de negociar con una o con otra organización sindical, y b) la libertad para convenir, entendida como la libertad para ponerse o no de acuerdo durante la negociación.

Por dicha razón, puede concluirse que los convenios de la OIT sobre negociación colectiva no imponen la obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni obligan a los Estados a imponer coercitivamente la negociación colectiva; sin

embargo, ello no debe entenderse como que los Estados tengan que abstenerse de adoptar medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva que hayan establecido.

21. Y es que el ejercicio del derecho de negociación colectiva no se limita sólo a la presentación de los pliegos de peticiones y a la celebración de convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan por finalidad regular las condiciones de trabajo y de empleo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto, y la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos”.

Por dicha razón, en los Fundamentos Jurídicos 5, 8 y 9 del auto aclaratorio correspondiente al Expediente 03561–2009–PA/TC, se concluyó que el arbitraje al que se hace alusión en el artículo 61° de la LRCT es el arbitraje potestativo. El cual implica que, si una de las partes decide someter los puntos materia de negociación al arbitraje, la otra parte debe aceptarlo.

Este suceso promovió la dación de la Directiva General denominada “Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados “extraproceso”, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional”, aprobada por Resolución Ministerial 076–2012–TR; en cuyos artículos 6.7.3 y siguientes ha previsto lo siguiente:

“6.7.3. A partir de esta interpretación constitucional, el arbitraje potestativo debe entenderse como una forma legítima de resolución de los conflictos colectivos, que puede ser válidamente utilizada por aquella parte que, obrando de buena fe, no logra en la etapa de negociación arribar a un

acuerdo con su contraparte. Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional da cuenta de que nuestro sistema de relaciones colectivas opta por un modelo que no estimula que los conflictos queden abiertos, sino que procura, de acuerdo con el mandato de la Constitución, “formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

6.7.4. *Conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional, los dos supuestos que habilitan a las partes interponer el arbitraje potestativos –especificados en el artículo 61–A del Reglamento de la LRCT, incorporado por el artículo 1 del Decreto Supremo 014–2011–TR– son cuando: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.*

6.7.5. *En ese sentido, el arbitraje potestativo puede ser interpuesto por cualquiera de las partes, incluso cuando la Autoridad Administrativa de Trabajo ya haya tomado conocimiento del conflicto y venga promoviendo mecanismos compositivos dentro del conflicto. Cualquier cuestionamiento u oposición a la instalación del tribunal o al inicio de la instancia arbitral deberá ser planteado ante dicha instancia en estricto respeto del principio competence–competence.*

Asimismo, en cumplimiento de dicho principio la autoridad administrativa de trabajo no es competente para analizar o verificar si los supuestos que habilitan el sometimiento del conflicto a la instancia arbitral se verifican en el caso concreto”.

Es por ello por lo que, ante el supuesto que se trate de una primera negociación en estricto, el gremio sindical cuenta con sólidos argumentos jurídicos y jurisprudenciales que lo

habilitarían, ante la negativa del GDE laboral, a recurrir al arbitraje potestativo para sustentar la necesidad de negociar a este nivel supraempresarial. El rol de los árbitros será fundamental pues no solo se tratará de admitir esta nueva forma de negociación sino de emitir un fino juicio de valor sobre si, en función a la realidad de cada una de las empresas, corresponderá negociarse por todas las empresas en igual tenor o, por el contrario, de manera escalonada.

Por otro lado, el surgimiento de un sindicato a nivel de grupo con previa negociación a nivel empresarial; este supuesto enmarca la posibilidad de que con anterioridad se ha venido negociando a nivel empresarial, es decir, por cada empresa que integra el grupo y estas deciden agruparse como un sindicato de grupo o, por el contrario, pese a la existencia de estos sindicatos de empresa, surge un sindicato de grupo.

Estando a lo anterior, la doctrina nos ha manifestado que no existe una postura pacífica para abordar este último escenario. No obstante, como alternativas se postulan las siguientes:

“Para algunos, se trataría de la primera negociación y por tanto sería posible trasladarse a arbitraje. Para otros no es primera negociación y, por tanto, la única manera acordar el cambio de nivel sería a través de un acuerdo; y si no hay acuerdo, los trabajadores tendrán que valerse de las defensas que correspondan para presionar ese cambio de nivel, que sería obviamente la huelga en este caso particular” (PASCO LIZÁRRAGA, SÁNCHEZ REYES, & UGAZ OLIVARES, pág. 478)

En virtud de lo expuesto hasta este punto, nos reafirmamos en la plena validez que reviste el derecho de los trabajadores a conformar un sindicato a nivel de grupo y proponer la instalación de una negociación colectiva con el GDE laboral. Si bien consideramos que, en aras de salvaguardar los principios de predictibilidad y seguridad jurídica, resulta necesario una regulación en materia laboral sobre los GDE, creemos que los conflictos jurídicos de índole colectivo –también– pueden ser resueltos en la vía judicial y/o arbitral.

3.5. La validez de la proyección del derecho de huelga en los GDE laboral

Llegado este punto, el último —pero no menos importante— bastión del derecho a la Libertad Sindical, nos ratificamos y guardamos coherencia con nuestra posición inicial: el sindicato de grupo de empresas está plenamente habilitado a ejercer su derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga.

Dicha premisa irrefutable —desde nuestro modo de ver— podría presentar algunos inconvenientes procedimentales para su ejercicio en el marco de un GDE. A saber, hemos identificado los siguientes:

- (i) Al no estar previsto legalmente la conformación de un sindicato de grupo de empresas ¿sería posible que el MTPE rechace el ejercicio de dicho derecho? Como bien hemos indicado de manera precedente, el derecho de huelga tiene una construcción a nivel constitucional, respaldada inclusive por instrumentos internacionales como lo son los convenios de la OIT.
No obstante, podría darse el supuesto que, en aplicación del “Principio de Legalidad” se recurran a argumentos para rechazar su ejercicio.
- (ii) Podría darse el supuesto en que el Sindicato de la “Empresa A” decida sumarse a la huelga del Sindicato de la “Empresa B” ¿Sería posible aprobar este tipo de huelgas “por solidaridad” en el marco de un GDE? ¿Qué requisitos deberían contemplarse para una “huelga parcial” o “huelga masiva”?

Como propuesta de solución respecto al problema i), somos de la opinión que, a fin de procurar el ejercicio de este derecho fundamental, correspondería que se adopte la acepción del «empleador complejo», por medio del cual se simplificará la búsqueda inagotable del “empleador” propio del binomio empresa-trabajador, el cual ha dejado de ser la regla general en nuestros días, migrando así a un esquema donde se admita la cotitularidad de la fuerza de

trabajo, la misma que hace posible la atribución de personería al GDE con el genuino propósito de no privar a los trabajadores del libre ejercicio de su derecho de huelga. Bajo esta premisa, creemos que se ha aportado una alternativa de solución frente al primer inconveniente detectado, en la medida que un derecho constitucional no puede ser privado en mérito a restricciones de rango legal e infralegal (procedimental).

No está demás precisar que, como todo derecho debe ser ejercido en estricto respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que debe procurarse que se asegure el ejercicio de este derecho sin incurrir en prácticas desmesuradas.

Por otro lado, en mérito al problema ii), creemos que podríamos identificar hasta dos supuestos que motivarían el ejercicio de este derecho de autotutela, siendo que, para cada uno de ellos, desde nuestro punto de vista, se deberían contemplar criterios distintos para su solución, a saber:

- Huelga como producto del incumplimiento de un convenio colectivo: frente a este escenario en concreto consideramos que una medida razonable sería que solo el sindicato afectado por el no acatamiento de los términos pactados ejerza su derecho, ya que, materialmente, es el perjudicado lo que de manera automática lo colocaría en un supuesto de necesidad de ejercer este mecanismo de daño legítimo. Si, por el contrario, estamos ante el escenario en donde todas las empresas del grupo han incumplido con honrar los pactos colectivos celebrados respecto a los trabajadores, estimamos que es pertinente y razonable que todas las organizaciones sindicales formen una alianza colectiva para hacer respetar sus derechos.
- Huelga como mecanismo de presión para negociación: por tratarse de una herramienta que persigue como propósito el impulsar la materialización de un acuerdo por parte de un grupo de trabajadores que responden a una pluralidad de empleadores, creemos que es lógico y razonable que se permita una huelga “por solidaridad”, ya que todos los agremiados persiguen un objetivo común que los beneficiará como colectividad. Cabe destacar que, con la adopción de la acepción del

empleador complejo, el camino para concretar este derecho resultaría mucho más sencillo pues se simplificaría la compleja labor relacionada al emplazamiento del empleador y la comunicación posterior a efectuarse ante la Autoridad de Trabajo, evitando así que sea declarada improcedente o ilegal, según corresponda.

Sin perjuicio de ello, creemos firmemente que las cuestiones objeto de análisis podrían ser superadas si se expidiera una regulación sobre el particular, pues con ella el Sindicato podría tener claridad sobre las reglas a seguir para su libre ejercicio de huelga y el MTPE impartiría decisiones acertadas y homogéneas sobre determinados supuestos, aspectos que coadyuvarían a la seguridad jurídica y predictibilidad.

Conclusiones

En mérito a los hechos, análisis y cuestiones advertidas a lo largo del presente trabajo académico, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- (1) La jurisprudencia es una herramienta idónea e inmediata frente a la laguna jurídica existente respecto a la regulación de los GDE.
- (2) Nuestro ordenamiento jurídico laboral se ha concentrado en identificar al trabajador mas no al empleador. Es necesario que nuestra jurisprudencia supere tal deficiencia y adopte la corriente del «empleador complejo» para que así pueda otorgar personería jurídica al GDE.
- (3) Para la identificación del «empleador complejo» se necesitará de la concurrencia de estos requisitos: (i) dos o más empresas se benefician de la labor de un trabajador; y, (ii) dos o más empresas dirigen de manera simultánea o alternativa la labor de un trabajador que no forma parte de su planilla. Sumado a ello, los siguientes indicios permiten concluir su presencia, a saber: (i) la impartición continua y sistemática de instrucciones sobre la forma de organización del trabajo de otra empresa; (ii) intervención en la política remunerativa de otra empresa; (iii) a interferencia en las relaciones colectivas de trabajo de otra empresa; (iv) la determinación del número de

trabajadores por contratar y/o despedir de otra empresa; y, (v) la imposición de objetivos o metas a cumplir por los trabajadores de otra empresa.

- (4) Resulta imperativo que nuestros operadores de justicia (y legisladores) efectúen un análisis formal y material sobre la distinción entre GDE mercantil y GDE laboral para un óptima regulación y solución de los conflictos jurídicos que puedan suscitarse.
- (5) El GDE laboral se caracteriza por abrazar los siguientes atributos: (a) pluralidad de componentes; (b) autonomía jurídica; (c) relación de dominación–dependencia; y, (d) dirección unificada.
- (6) Ante la inexistencia de un GDE laboral, la consecuencia jurídica a ser impartida por la jurisprudencia es el reconocimiento de un único vínculo laboral con el real empleador y el consecuente pago de utilidades.
- (7) Frente al cambio de titular en la empresa, el cual puede materializarse en supuestos con pérdida de personalidad jurídica (fusión o escisión) o sin pérdida de personalidad jurídica (transmisión de empresa y reorganización simple), siempre debe primar la aplicación del principio de continuidad y el principio de progresividad y no regresividad.
- (8) Cuando se configure un supuesto de circulación de trabajadores entre las empresas que conforman el grupo en el que se afecte la estabilidad y condiciones laborales de los trabajadores o se incurra en un supuesto de “confusión de planillas”, deberá imputarse una responsabilidad solidaria para asegurar la continuidad de su vínculo laboral en estricta aplicación del principio de continuidad y el principio de progresividad y no regresividad.
- (9) Nuestra jurisprudencia ha aplicado erradamente el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, al equiparlo a un pleno casatorio o doctrina jurisprudencial vinculante, cuando carece de dicha obligatoriedad. Además, el pleno en cuestión contiene una visión patológica de los GDE al no discriminar un supuesto de fraude, vinculación económica y GDE real.

- (10) La responsabilidad solidaria debe estar prevista por ley o título expreso. Sin embargo, la excepción a tal premisa serán los siguientes supuestos: (i) el desarrollo del GDE es posible gracias a la implementación de un esquema de tercerización de servicios o intermediación laboral; (ii) ha acaecido un accidente de trabajo o enfermedad profesional en el marco de un GDE; (iii) en mérito a la naturaleza alimentista de los beneficios sociales y en aplicación del principio de persecutoriedad, se ordene el pago solidario de dicha obligación.
- (11) Pese a que no se cuente con regulación expresa en materia de derechos colectivos para los GDE, nuestra Constitución y tratados internacionales prevén que los trabajadores pueden organizarse como mejor les convenga. Por lo que queda garantizado el derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga.
- (12) Para el fomento de la negociación colectiva a nivel de grupo es necesaria la presencia de estas condiciones: (i) la existencia de un GDE laboral; (ii) la presencia de un interés grupal del conglomerado de empresas; y, (iii) la presencia de una dirección laboral común
- (13) El arbitraje es el instrumento para aplicar la negociación colectiva a nivel de grupo por tratarse de una “primera negociación”.

Referencias bibliográficas

AGREDA ALIAGA, J. (2010). Las implicancias jurídicas del traslado de trabajadores en empresas del mismo grupo. Lima: *Soluciones Laborales*, (29).

ALBURQUEQUE, R. Los grupos de empresas en el Derecho Laboral. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/861/5.pdf>

ALJOVIN GAZZINI, C. (1993). La protección de los accionistas minoritarios en los grupos de empresas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ARCE ORTIZ, E. (2003). El concepto jurídico de grupo de empresas en el Derecho del Trabajo. Aspectos individuales de la cuestión. Lima: *Asesoría Laboral* (abril).

ARCE ORTIZ, E. (2003). Grupo de empresas y Derecho Laboral. *Ius Et Veritas* (26), 245–258.

ARCE ORTIZ, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. (Primera edición). Lima: Palestra.

AYLWIN CHIORRINI, A. y ROJAS MIÑO, I. (2005). Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico-laborales en el Derecho Comparado. *Ius Et Praxis*, 11 (2), 197–225.

BARBAGELATA, H. (2009). *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.

BARREIRO, G. (1999). Notas sobre la Descentralización Productiva en la Empresa y su Escisión Interna. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (94).

BAZ RODRÍGUEZ, J. (2015). El despido colectivo en las empresas de grupo. En *Trabajo y Derecho* (1), enero.

BETTI, E. (1995). Teoria generale del negozio giuridico. En J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato*.

BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2013). *Derechos Fundamentales de las Personas y Relaciones de Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

BOLDO RODA, C. (1996). Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. Navarra: Arizandi, 291–312.

BUENO MAGANO, O. Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/861/4.pdf>

BULLARD GONZALES, A. (2010). Los fantasmas sí existen: La doctrina de los actos propios. *Revista IUS ET VERITAS*, 52-60.

CANESSA, M. (2008). Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el "ius cogens" laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (72), 111-151.

CARHUATOCTO SANDOVAL, H. (2005). La utilización fraudulenta de la persona jurídica. Lima: Jurista Editores.

CASTELLO ILLEONE, A. (2004). La solidaridad en las obligaciones laborales. *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Paraná.

CASTELLO ILLIONE, A. (2006). *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

CASTELLO ILLIONE, A. (2007). Grupo de Empresas: Enfoque Laboral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*(30).

CASTELLO ILLIONE, A. (20 de marzo de 2009). *Cuaderno 10. Relaciones Laborales en los Grupos de Empresas*. Recuperado el 05 de mayo de 2018, de AMATRA IV: <http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-10>

CRISANTO CASTAÑEDA, A. C. (2018). La responsabilidad civil (contractual) en las relaciones laborales a la luz de la jurisprudencia casatoria en el Perú. En S. P. Social, VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (págs. 52-77). Chiclayo: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CRUZ VILLALÓN, J. (1992). La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Madrid: Trotta.

CRUZ VILLALÓN, J. (1996). Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. (38), 31-74.

DE LA VILLA GIL, L. E. (2010). EL concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo. En A. A. BLASCO PELLICER, *El empresario laboral* (págs. 13-41).

DEL CASTILLO GUZMÁN, J. (2012). Reflexiones acerca del Proyecto de la Ley General del Trabajo en el Perú. Informativo Caballero Bustamante.

ECHAIZ MORENO, D. (2000). Gaceta Jurídica Sección de Actualidad Jurídica. En: http://works.bepress.com/daniel_echaiz/41/

ECHAIZ MORENO, D. (2001). *Los grupos de empresas: bases para una legislación integral*. Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

ECHAIZ MORENO, D. (2001). La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo. Lima: *Revista Jurídica del Perú*, (20).

ECHAIZ MORENO, D. (2010). *Instituciones de Derecho Empresarial*. Lima.: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC.

ELGUETA, D. (2014). El concepto de Estado social y democrático de derecho en el Tribunal Constitucional. Lima: *Economía y Derecho (Volumen 6, Número 22)*, 105–116.

ELÍAS LAROZA, E. (2015). *Derecho societario peruano: La Ley General de Sociedades del Perú* (2a ed. ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

ERMIDA URIARTE, Ó. (68). Crítica a la Libertad Sindical. *Derecho PUCP*, 33-61.

FALCONI CANEPA, J. (2005). *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*. Lima: Grijley.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2018). *Abuso de derecho: Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Motivensa.

GARCÍA MURCIA, J. (2013). *Derechos del trabajador y libertad de empresa: 20 casos de jurisprudencia constitucional*. Navarra: Arazandi.

GARRIDO, C. (1998). *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos: expansión y*

desafíos en la era de la apertura y la globalización. México: Siglo Veintiuno.

GOIG MARTÍNEZ, J. M. (2006). *El Sistema Constitucional de derechos y libertades según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Universitas Internacional.

HERNÁNDEZ BEJARANO, M. Definición laboral de grupo de empresas y el carácter excepcional de su condición como empleador. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468874>

HERRERA GONZÁLES-PRATTO, I. (1996). Transmisión de empresa y principio de continuidad. *Asesoría Laboral*, (67), 23–25.

HERRERA GONZÁLES-PRATTO, I. (2011). Grupo económico vs. vinculación económica y rasgado del velo societario. *JuS. Doctrina & Práctica*, (11).

HERRERA GONZÁLES-PRATTO, I. (noviembre de 2011). Grupo económico vs. vinculación económica y rasgado del velo societario. *JuS. Doctrina & Práctica*. (11).

HUNDSKOPF EXEBIO, O. (1999). Elementos constitutivos de los grupos de empresas. *Informativo Legal Rodrigo*, 153.

HUNDSKOPT, O. (1999). Empresa y Sociedad: ¿porqué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades? *Informativo Legal Rodrigo*, vol. 152, XVIII y ss.

HUNDSKOPT, O. (2000). El contrato de grupo. Razones para regular los grupos de empresas bajo un contrato. *Ius et Praxis* N.º 31, 149–168.

HUNDSKOPT, O. (2014). Problemática suscitada con la denominada reorganización simple. *Ius Et Praxis*, (45), 147–173.

HURTADO COBLES, J. (2005). *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Barcelona: Bosch.

KAUFMAN, Bruce E. (2008). El Principio Fundamental de las relaciones laborales y el Derecho del

Trabajo. En Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, *Relaciones Laborales en el mundo. 43 estudios en Homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez de sus amigos profesores e investigadores de los cinco continentes*. Lima: Editorial Grijley.

KRESALJA ROSELLÓ, B. (2004). La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En varios autores, *Libro Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LORA ALVAREZ, G. (s.f.). El grupo de empresas: ¿entidad empleadora? *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 196–211. En: <https://studylib.es/doc/4609206/el-grupo-de-empresas--¿entidad-empleadora%3F>

MARQUEZ MANTILLA, P. M. (2002). Protección de los acreedores de grupos de empresas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

MAYOR SÁNCHEZ, J. L. Los consorcios empresariales, los grupos de empresas y el derecho del trabajo. Una nueva forma de hacer empresa en el Perú. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, (104).

MAYOR SÁNCHEZ, J. L. Los grupos de empresas y su tratamiento en la Jurisprudencia Nacional. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, (133).

MEDINA VALENZUELA, I. (2016). Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más allá de la aplicación del Principio de Continuidad. *Derecho & Sociedad*, 129-138.

MEJÍA MADRID, R. (2006). Transmisión de empresas y relaciones laborales. *Foro Jurídico*, 3 (6), 23–28.

MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE, S. (1993). Los grupos de empresas: ¿Definitivamente una unidad de negociación de ámbito empresarial y no supra empresarial? En *Actualidad Laboral*, (43).

MOLÍS GARCÍA-ATANCE, J. El grupo de empresas con efectos laborales. En *Trabajo y Derecho*, (4).

MONEREO PÉREZ, J. L. (2002). *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de*

empresas: una propuesta de reforma. Granada: Comares.

MONEREO PÉREZ, J. L. (2013). Nuevas formas de organización de la empresa, entre la centralización y la descentralización. La empresa en transformación permanente. En *Relaciones Laborales*, (1), 287–346.

MORALES ACOSTA, A. (1994). Los Grupos de Sociedades. *Advocatus, Primera época* (6).

MORALES HERVIAS, R. (2011). *Las patologías y los remedios del contrato*. Lima: Jurista Editores.

MORESO, J. J. (2010). Conflictos entre principios constitucionales. En varios autores, *Pensar el Derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*, 69–94. Lima: ARA Editores.

NEVES MUJICA, J. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

OBANDO BLANCO, R. (s.f.). Principios generales. El abuso del derecho y la buena fe. Lima: *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*.

ODORQUI CASTILLA, G. (2010.). *Abuso de derecho*. (Segunda Edición. ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

PASCO LIZÁRRAGA, M., SÁNCHEZ REYES, C., & UGAZ OLIVARES, M. (46). Mesa Redonda "Negociación Colectiva y Grupo de Empresas". *Derecho & Sociedad*, 469-482.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1980). Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: La comunidad de bienes. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (2).

PLA RODRÍGUEZ, A. (1981). Los grupos de empresas. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, (6), 187–192.

PUNTRIANO ROSAS, C. (2016). La responsabilidad solidaria por deudas laborales en grupos empresariales a propósito de reciente jurisprudencia. Lima: *Jurídica*, 4–5.

QUISPE YANARICO, D. (2016). Algunas reflexiones respecto a la responsabilidad solidaria entre

empresas de un mismo grupo empresarial. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

RAMOS QUINTANA, M. I. (2015.). *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*. Albacete: Bomarzo.

RASO-DELGUE, J. (2008). La protección del empleo en épocas de transformación del trabajo. En Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, *Relaciones Laborales en el mundo. 43 estudios en Homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez de sus amigos profesores e investigadores de los cinco continentes*. Lima: Editorial Grijley.

RODRÍGUEZ CHÁVEZ, R. Y. (2015). El interés social y el interés grupal en los grupos de empresas por subordinación: tutela del interés social de las sociedades dominadas. Lima: Tesis (Mag.) – Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado. Mención: Derecho de la Empresa.

RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Vols. I, III y IV). Lima: Fondo Editorial PUCP.

RUBIO CORREA, M. (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. (Undécima edición ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.

RUBIO CORREA, M. (2017). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2009). Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, (1), 389–416.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2014). Nuevas formas de organización empresarial y derecho del trabajo. En *Foro Jurídico*, Año 2 (3).

SANGUINETTI RAYMOND, W. (2018). El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales. En W. y. SANGUINETTI RAYMOND, *Impacto Laboral de las Redes Empresariales*. Granada: Editorial Comares.

SANTIAGO REDONDO, K. (1991). Consideraciones en torno a los grupos de empresas. En especial, las prácticas de circulación de trabajadores. En *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, (2), 454–471.

SEMINARIO TEMAS DE DERECHO LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2006). *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral: Primer seminario: temas de derecho laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra

SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ, M. El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (48).

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (2009). *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (Segunda edición ed.). Lima: Grijley.

SUMAR ALBÚJAR, O. (2008). Derecho empresarial y constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (análisis de casos). En *Themis*, (55).

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000). *Los "grupos de empresas" ante la jurisprudencia social española*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000). *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas: modernas fórmulas de regulación*. Madrid: Consejo Económico y Social.

TORRES VÁSQUEZ, A. (2018). *Acto Jurídico* (Vol. II). Lima: Jurista Editores.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. y. (2006). Grupo de Empresas, Transmisión de Empresa y Persecutoriedad Laboral: ¿Cuáles son sus alcances? En *Derecho & Sociedad*, (28).

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2015). El tratamiento jurídico de las reestructuraciones empresariales en el Derecho Laboral peruano. En *Laborem*, (14).

UBILLÚS BRACAMONTE, R. E. (2017.). *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

VILLACORTA CORCUERA, W. W. (2014). Responsabilidad Solidaria del Grupo de Empresas o sus Integrantes o por sus Deudas Laborales. En *Soluciones Laborales para el Sector Privado*, (83).

VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2009). Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones. En varios autores, *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI* (págs. 61–92). Lima: ARA Editores.

