



Los Criterios de Vinculación y la Responsabilidad Solidaria en los Grupos de Empresas.

A Propósito de una Casación en Materia Laboral

Erika Valdivieso López¹, Milagros Olivos Celis²

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO	RESUMEN
<p>Historia del artículo: Recibido el 10 de abril de 2012 Aceptado el 15 de mayo de 2012</p>	<p>En observancia de los artículo 5 y 7 del Reglamento de Propiedad indirecta, vinculación y grupos económicos que defienden la vinculación económica y en virtud del principio de la primacía de la realidad queda debidamente probado en autos la vinculación económica y empresarial existente entre la recurrente y (...) al conformar ambas empresas un mismo grupo económico y empresaria, y ello es así no sólo por la participaciones de acciones en ambas empresas de una misma persona, sino por la relación familiar de los accionistas que pertenecen al mismo grupo empresarial, y que ambas empresas funcionan en el mismo local.</p> <p>El presente artículo comenta la Casación Laboral N° 3733-2009-Lima de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (publicado en el Diario oficial El Peruano el 1 de diciembre del 2011), mediante la cual se pretenden establecer los criterios para determinar cuándo existe vinculación económica entre empresas que acarree como consecuencia la obligación solidaria en materia laboral, alegando el principio de primacía de la realidad. Tópicos afrontados de forma insuficiente, pues el resultado es que en dicha resolución- debido a su escasa motivación- plantea más dudas que certezas respecto a este tema discutido, pero al parecer aun no definido.</p>
<p>Palabras claves: Grupos de Empresa, Grupos económicos, vinculación económica, concentraciones empresariales primacía de la realidad responsabilidad laboral</p>	<p>The Linkage Criteria and the Solidarity Responsibility in the Groups of Companies.</p>

Introducción

El presente artículo comenta la Cas. Lab. N° 3733-2009-Lima de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (publicado en el Diario Oficial el 01.12.2011), mediante la cual se pretenden establecen los criterios para determinar cuándo existe vinculación económica entre empresas que acarree como consecuencia la obligación solidaria en materia laboral, alegando el principio de primacía de la realidad. Tópicos afrontados de forma insuficiente, pues el resultado es que en dicha Resolución – debido a su escasa motivación – plantea más

dudas que certezas respecto a este tema tan discutido pero al parecer, aún no definido.

1. HECHOS RELEVANTES

La demandante, Sra. Ramos, interpone una demanda de pago de beneficios sociales contra Radio Programas del Perú S.A. (Grupo RPP S.A.³) y Agencia de Noticias Teleflash S.A.C. alegando que laboró para la demandada como ejecutiva de ventas de publicidad entre el 10.05.1999 hasta el 05.02.2003; fecha en la que fue cesada de manera arbitraria.

¹ Abogada. Postgrado en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster Derecho Privado y Empresarial en la Universidad de Piura. Profesora del Área de Derecho de la Empresa de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo (Perú). Contacto: evaldivieso@usat.edu.pe

² Abogada. Profesora del Área de Derecho de la Empresa de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

³ Se utilizará esta acepción de acuerdo a los datos señalados en la Sentencia.

Sostiene además que Grupo RPP S.A. solo cumplió con pagarle los beneficios sociales correspondientes al sueldo percibido en esta empresa, no así los beneficios correspondientes a las comisiones por venta de publicidad, concepto que era parte de su ingreso mensual y que su empleador, a efectos de encubrirla le exigía emitir facturas por servicios prestados a favor de la empresa Agencia de Noticias Teleflash S.A.C. y de la demandada.

Sobre este punto, las instancias inferiores declaran fundada en parte la demanda, sustentando su decisión en la existencia de un grupo empresarial y económico del cual es parte la demandada y Teleflash S.A.C. La razón de ello es que “en ambas empresas participa como accionista una misma persona; Don Manuel Delgado Parker”.

El Grupo RPP Sociedad Anónima interpone Recurso de Casación contra la Sentencia de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, alegando la inaplicación de los artículos 5° y 7° del Reglamento de Propiedad Indirecta, vinculación y grupos económicos⁴. Señala para el primer caso que “los accionistas de RPP son Genaro Delgado Parker y Héctor Delgado Parker; siendo el señor Manuel Delgado Parker un miembro del directorio lo que no implica, en modo alguno, la existencia de vinculación económica”. Asimismo, señala que “Radio Programas del Perú y Teleflash S.A.C., son empresas distintas y no existe una presencia común de una misma persona en la titularidad de las acciones de ambas durante el periodo reclamado”.

En sus considerandos, la Sala Suprema señala que “los artículos 5° y 7° del Reglamento de Propiedad Indirecta, vinculación y grupos económico (...) definen a la vinculación (económica) como la relación entre dos personas naturales o jurídicas que conlleva a un comportamiento concertado presumiendo su existencia – salvo prueba en contrario – cuando forman parte de un mismo grupo económico, esto es el conjunto de personas jurídicas que lo conforman es ejercido por una misma persona natural o un mismo conjunto de personas naturales entendiéndose por tal la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica”.

Señala asimismo que el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico, además ser impuesto por el carácter tuitivo de nuestra Constitución, por lo que en virtud del mismo, queda probada la “vinculación económica y empresarial” existente entre las demandadas, (i) por la participación de acciones en ambas empresas de una misma persona, Don Manuel Delgado Parker; (ii) por la relación familiar de los accionistas que pertenecen al mismo grupo empresarial y (iii) porque ambas empresas funcionan en el mismo local.

Lamentablemente la motivación de la Sentencia es bastante pobre, lo cual limita el análisis del criterio adoptado por el

Tribunal Supremo, pues se basta con señalar algunos indicios que determinan la existencia de vinculación económica y empresarial, y no hace referencia a los indicios que les han llevado a considerar a existencia de mala fe o abuso por parte de las empresas del grupo, hecho que consideramos importante y al que haremos referencia más adelante.

Se evidencia que desde el punto de vista del derecho laboral, el principal problema es determinar quién es el sujeto que debe hacer frente a las obligaciones laborales: la empresa que ha contratado formalmente al trabajador o el grupo de empresas como tal, porque consideramos que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores.

No es la primera vez – en nuestra jurisprudencia - que se utiliza el criterio de vinculación de empresas o la pertenencia a un grupo económico para establecer la responsabilidad solidaria en materia laboral; sin embargo, la sentencia bajo comentario establece unos criterios de vinculación que a nuestro entender son insuficientes para establecer una obligación de esta naturaleza, sobre todo porque se deja de lado la consideración de quién ostenta el poder de dirección respecto al trabajador.

2. CONCENTRACIÓN ECONÓMICA COMO PUNTO DE PARTIDA

2.1. Las concentraciones empresariales como estrategia de crecimiento económico

La concentración de empresas es un instrumento de integración cuyo objetivo final es la creación de grandes unidades capaces de competir en un mercado determinado⁵. Se trata de una alternativa con innumerables efectos positivos viable para el crecimiento y desarrollo de las empresas, que materializando el axioma la unión hace la fuerza da una respuesta acertada a las exigencias del mundo globalizado⁶. Como bien lo explicaba el autor francés CHAMPAUD CLAUDE⁷ “(hoy) las leyes de la vida económica sólo les dejan (a las empresas) elegir entre vivir agrupados o morir absorbidos, a menos que prefieran la lenta agonía solitaria”.

De esta forma, la natural tendencia expansionista de la empresa moderna ha acabado por transformar aquel universo atomístico donde cada empresa actuaba por separado, y ha dado lugar al surgimiento de los grupos económicos.

⁴ Aprobado por Resolución Conasev N° 090-2005-EF-94.10

⁵ VICENT CHILÍ, Francisco; “Concentración y Unión de Empresas ante el Derecho Español”, Centro Internacional de Estudios de Pamplona, Fareso, Madrid, 1969, p. 126. En la doctrina anglosajona la tipificación de las distintas figuras de la concentración y unión de empresas van muy ligadas al problema de la práctica monopolística. Así sus conceptos se mezclan en los elementos formales o estructurales de la figura con la finalidad económica perseguida. En la doctrina europea continental se habla de

cárteles, de sindicatos industriales, y luego se producen las transcripciones de un idioma a otro.

⁶ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. “La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo”. En Revista Jurídica del Perú, N° 20, 2001, pp. 125 - 137.

⁷ CHAMPAUD, Claude. “Los métodos de agrupación de las sociedades” En Revista del derecho comercial y de las obligaciones, Número 8, Vol. 2, pp. 117-160.

Estos fenómenos se han presentado desde hace varios años en las grandes economías⁸; sin embargo, sólo hace algunas décadas el Perú ha empezado a conocerlas⁹.

A nivel internacional la ola de fusiones empezó desde finales del siglo XIX¹⁰. A diferencia de lo que sucedía en las grandes industrias capitalizadas, en el escenario nacional, si bien los efectos de una economía globalizada se incrementaron, sobre todo en los últimos diez años¹¹, la presencia de las grandes corporaciones empezó desde 1985¹² en razón de las historias empresariales de las familias propietarias, las cuales formaban por aquella época la estructura y dinámica corporativa de los grupos, llegando a alcanzar un poder considerable.

Desde una perspectiva económica, las concentraciones empresariales han sido entendidas como una de las mejores estrategias para fortalecer una empresa, al permitir materializar sus competencias fundamentales¹³ y crear nuevas estructuras en el mercado. El profesor argentino MANÓVIL explica que este fenómeno no es más que un proceso que conduce a la unificación de empresas hasta entonces independientes, para formar empresas mayores¹⁴. Es decir, se produce una sumatoria de esfuerzos para alcanzar una consolidación empresarial o lograr sobrevivencia corporativa.

Cualquiera sea la modalidad adoptada, el resultado final siempre termina siendo la adquisición, por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas; o eventualmente, la creación de una empresa global que definitivamente absorba a las demás intervinientes. De esta manera, se crea una particular configuración en el vínculo económico fortaleciendo las relaciones entre la empresa que integra y la que es integrada¹⁵.

La justificación en la formación de estos grupos se puede analizar desde una perspectiva económica y otra sociológica. Ahora bien, existen tres argumentos concretos que sustentan la decisión de una integración: la Teoría de la Eficiencia, la Teoría del Poder monopólico y la Teoría del Poder político.

Según la primera teoría, el nacimiento de los grupos económicos surge por la búsqueda de eficiencia económica.

En virtud de este argumento un conglomerado tiene mayores ventajas económicas (financieras, productivas, etc.) que no logran las empresas individualmente organizadas, por lo que su integración (entendida como estrategia de gestión) nace como una respuesta al mercado imperfecto. Desde una óptica diferente, la Teoría del Poder monopólico destaca el efecto neutro o adverso que un grupo económico puede llegar a tener sobre el mercado, dado que la intención del grupo no es más que controlar industrias completas y apropiarse de las rentas que esto genera¹⁶, consolidando la mayor parte de sus efectos en el transcurrir del tiempo. Por su parte, el último argumento, utilizando una perspectiva de carácter bastante circunstancial y de naturaleza estrictamente transitoria, explica que la formación de los grupos económicos es motivada por aquellas garantías especiales que pueden llegar a gozar, dadas las relaciones políticas que tengan sus miembros; con cual no sólo se incrementaría el poder económico del grupo, sino también se convertirían en una herramienta para ejercer influencia sobre los procesos de decisión política. La literatura sobre la historia económica peruana ha puesto de manifiesto algunos ejemplos¹⁷.

2.2. Las concentraciones empresariales como objeto de regulación

Desde una perspectiva jurídica, la concentración empresarial ha sido definida sectorialmente, y aunque no se ha usado la mejor técnica legislativa, la intención es loable.

En el derecho nacional, estos fenómenos también han sido definidos por los distintos campos jurídicos. Por ejemplo, el Art. 344° y 438° de la Ley General de Sociedades (LGS), se refiere a algunas formas para lograr una concentración, señalando que éstas pueden ser, a través de una fusión¹⁸, o de los denominados contratos asociativos¹⁹. Por su parte, en el sector financiero, la Ley de la materia²⁰ dando cumplimiento a su objetivo de protección al ahorro ha empleado la denominación de grupos económicos para determinar algunos límites a las operaciones financieras que

⁸ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Las concentraciones de empresas. Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 27

⁹ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Las concentraciones de empresas. Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 27

¹⁰ CALVO y CARRASCOSA, Op. Cit., p. 27. En Estados Unidos, en el sector ferrocarriles y en la industria petrolera; luego, durante los años veinte el mercado bancario, químico y agroalimentario empezó a destacar por esta característica. Posteriormente, en los años sesenta la aplicación de este mecanismo llegó a Europa; y finalmente en los años ochenta se expandió a ambos lados del Atlántico, aunque con intensidad diferente. En el año 2001 dicho fenómeno ya afectaba a la mayoría de países industrializados. Ídem., p. 27 y p. 35.

¹¹ Cfr. ANTO RUBIO, María del Pilar, Op. Cit. pp. 131 – 133.

¹² Cfr. VÁSQUEZ HUAMÁN, Enrique. Estrategias del Poder. Grupos Económicos en el Perú, Lima, Editorial del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2000, pp. 43-59.

¹³ CALVO y CARRASCOSA, Op. Cit., p. 35

¹⁴ MANÓVIL Rafael Mariano. Grupos de Sociedades en el derecho comparado, Ediciones Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p.

¹⁵ MANÓVIL, Rafael Mariano. Op. Cit. p. 86

¹⁶ Ídem. p. 24

¹⁷ Cfr. VÁSQUEZ HUAMÁN, E. Op. Cit., pp. 27-39

¹⁸ Art. 344° de la Ley General de Sociedades.- “Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: 1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o, 2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.”

¹⁹ Artículos 438° y ss. de la Ley General de Sociedades.- Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.

²⁰ Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

estos pueden realizar²¹. En el Derecho Bursátil se utiliza la misma denominación existiendo, incluso, un reglamento para las operaciones de inversión que realiza este tipo de agentes²². Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, las concentraciones empresariales se encuentran recogidas en la Ley N° 26876 concordante con el D.S. N° 017-98-ITINCI²³ y D.S. N° 087-2002-EF²⁴ las cuales contienen el proceso de control previo para este tipo de operaciones, pero sólo cuando las empresas participantes pertenecen al sector eléctrico²⁵. En todos los casos, no se llega a establecer una definición unitaria acerca del fenómeno de concentración empresarial, solo se adoptan algunos elementos característicos en cada construcción legal. A este propósito, una definición bastante precisa la brinda el Art. 3° del Reglamento 139/2004²⁶ de la Comunidad Europea, el cual señala que serán concentraciones (para efectos del Derecho de la Competencia) aquellas operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes.²⁷

En nuestra legislación nacional el concepto de *empresas vinculadas* se evidencia en el artículo 5º Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos²⁸ en virtud del cual (para efectos del comportamiento en el Mercado de Valores) la *vinculación se define como la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado. (...)*

Sobre este tema, la Ex Comisión Nacional de Mercados y Valores (CONASEV) ha establecido en el artículo 7º la definición del grupo económico, señalando literalmente que *“éste es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales. Por excepción, se considera que el control lo ejerce*

una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30% de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50% de los miembros del directorio”.

Sin embargo, esto evidencia que lo regulado, más que un grupo económico, es un conjunto de empresas que se unen manteniendo su independencia en un plano jurídico, aunque so-metidas a una dirección unitaria en el plano económico, es decir, regula un *grupo de empresas*. Si bien es de reconocerse que en las empresas de un mismo grupo existen lazos de vinculación, este concepto es mucho más genérico, por lo que la configuración del *grupo* se construye a partir de éstas²⁹.

En cuanto a la denominación del fenómeno de concentración empresarial, atendiendo a los objetivos y fines perseguidos por cada una de las ramas del Derecho, se ha puesto de manifiesto distintas denominaciones. Por ejemplo, el Derecho Tributario y el Derecho Concursal utilizan la noción de *empresas vinculadas*, el Derecho Financiero se refiere a *grupos económicos*, el Derecho de la Competencia utiliza el concepto *concentraciones empresariales*. De forma más concreta, la Ley General de Sociedades se refiere a determinados supuestos de concentración al regular los modernos contratos de fusión, y formas de adquisición, etc.³⁰⁰

En el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido cuáles son los criterios para considerar la existencia de vinculación económica³¹. El análisis conjunto de estas normativas hace posible apreciar que los alcances de aquel vocablo son bastante amplios; y, aunque a primeras luces podría desembocar en definir el fenómeno materia de este estudio, es importante restringir un poco más el concepto.

mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y derecho, confiere la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa (...). Se entenderá que se han adquirido el control las personas o empresas: que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o que sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos. La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1. Se entenderá que no se produce una concentración: (...).

²⁸ Aprobado mediante Resolución CONASEV N° 90-2005-EF/94.10, publicado el 28 de diciembre del 2005

²⁹ Como refiere GIRGARDO PERANDONES, Pablo. “La empresa de grupo y el derecho de sociedades”, Comares, Granada, 2001, p. 5. “El grupo de sociedades como nueva realidad que impera en los mercados en cuanto unidad económica y que, a su vez, articula la actividad constitutiva de empresa a través de una determinada vinculación entre diversas sociedades”

³⁰ SARGADOY BENGOCHEA, Juan Antonio. “Descentralización productiva y grupo de empresas”, Revista Cuadernos de Derecho Judicial, N° 9, 2000, pp. 9 -12.

³¹ Sustituido por el Artículo 2° del Decreto Supremo N° 190-2005-EF, publicado el 31 de diciembre de 2005 y vigente a partir del 01 de enero de 2006.

²¹ Artículo 314º de la Ley N° 26702.- El total de las inversiones en los activos comprendidos en los numerales 2, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 311º, emitidos por una misma sociedad, o por sociedades que integran un mismo grupo económico o un conglomerado financiero y/o mixto, no puede exceder del veinte por ciento (20%) de las reservas técnicas, del patrimonio mínimo de solvencia y del fondo de garantía de la empresa de seguros. Dicho límite se reduce a la mitad cuando el emisor o emisores pertenecen al mismo conglomerado del que forma parte la empresa de seguros y/o reaseguros.

²² Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos - Resolución CONASEV N° 90-2005-EF/94.10. Publicado el 28 de diciembre del 2005.

²³ Reglamento de la Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio en el Sector Eléctrico. Publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de octubre de 1998.

²⁴ Este segundo Decreto está referido a regular operaciones de concentración en el sector eléctrico que se produzcan como consecuencia de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión - PROINVERSIÓN. Esta normativa fue publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de junio de 2002.

²⁵ Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio del Sector Eléctrico. Publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1997.

²⁶ Reglamento del Consejo (CE) N° 139/2004. Nuevo Reglamento de Concentraciones que sustituye al Reglamento 4064/89. Promulgado el 20 de enero del 2004 y de aplicación a partir del 1 de mayo de 2004.

²⁷ Literalmente el referido artículo señala: *Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: Fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, La adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas,*

Al finalizar este apartado, podemos establecer que los grupos de empresas son una forma de concentración empresarial – aunque no la única – y que además supone el establecimiento de distintas formas de vinculación entre las empresas del grupo, que dependerán de la configuración que éste adopte. En otras palabras, el concepto de vinculación empresarial no agota el concepto de grupos de empresa, en realidad, éste último, abarca al primero. Esta distinción conceptual es relevante porque la responsabilidad solidaria que se pueda o no atribuir a dos o más empresas no debería tanto depender de la forma de vinculación – pues ésta puede ser de lo más variada – sino de su pertenencia o no a un grupo de empresas, a lo cual, deberán añadirse otros criterios de análisis que revisaremos más adelante.

3. LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

3.1. Configuración de los grupos de empresas

Si inicialmente las sociedades como fenómeno jurídico aparecieron con la finalidad de potenciar el esfuerzo del comerciante individual y mantener sus niveles de competencia en el mercado, ya no se discute el hecho que actualmente, debido a los cambios económicos cada vez más frecuentes y marcados, se haga necesario que las sociedades amplíen su ámbito de competencia, pues no será suficiente competir con el mercado local, sino con los mercados internacionales. La necesidad de maximizar la producción minimizando costos para “sobrevivir” en el mercado, o la natural necesidad de diversificar los riesgos, son algunos de los factores que nos permiten ser testigos de – cada vez en mayor número – la formación de grupos de empresas. Éstos han venido a reemplazar el papel que inicialmente le correspondía de manera exclusiva a las sociedades³².

La aparición de los grupos de empresas – que por otro lado no es un fenómeno nuevo en nuestra economía – requiere de un marco legal adecuado que pueda responder a las necesidades de este nuevo tipo de configuración empresarial, no sólo desde el punto de vista societario o empresarial, sino desde otros aspectos jurídicos involucrados, como el tributario, civil, constitucional o laboral, y que extrañamente – pese a que existen normas dispersas – hasta ahora no se ha podido realizar un tratamiento integral de este fenómeno

³² Lo cierto es que nuestro mercado actualmente admite la coexistencia de sociedades individualmente consideradas y grupos de empresas, sin embargo, las mismas exigencias del éste, obliga a las sociedades a adoptar medidas, establecer relaciones y mecanismos que les permitan ser competitivas. En este sentido, ECHAIZ MORENO sostiene “que frente a la competencia en los mercados, los empresarios que quieran sobrevivir, no podrán hacerlo de modo aislado, puesto que ello conduciría al muy probable fracaso, por lo que deberán reunir sus empresas, de manera que la suma de pequeños y medianos configure un ente poderosos, no importando que tal decisión conlleve a perder la autonomía”. ECHAIZ MORENO, Daniel, Op. Cit., p. 127.

³³ Entendemos que esto se justifica en cierta medida porque, al igual que en otras material del derecho comercial, éste obtiene su mayor desarrollo cuando no se encuentra “limitado” por la regulación positiva; no debemos olvidar que el derecho comercial es sustancialmente consuetudinario y su desarrollo se debe a la aplicación de los empresarios de los principios de buena fe y buenas prácticas comerciales. Sin embargo, esto no debe ser

empresarial³³, lo que genera no solo vacíos legislativos, sino que, a falta de una construcción integral, se generan interpretaciones que pueden llegar a vulnerar la naturaleza misma del grupo de empresas³⁴.

Intentar una definición de grupo de empresas es una tarea complicada, pues dada su amplísima variedad en cuanto a la configuración de su estructura, la definición en cualquier caso, sería insuficiente para abarcar la gran variedad de grupos de empresas. Por esta razón, para desarrollar un concepto de grupo de deben tener en cuenta tres elementos determinantes³⁵

- a. La pluralidad de personas jurídicas, que configura el elemento subjetivo
- b. La dirección unitaria, como elemento finalista
- c. El instrumento o medio que pone en relación los dos primeros, frecuentemente caracterizado por el control aunque no es la única forma en la que se presenta.

ECHAIZ³⁶ sostiene que el grupo de empresas es un fenómeno derivado de la concentración empresarial de naturaleza multi-articulada, constituido por dos más empresas jurídicamente autónomas y en el que existe una dirección unificada destinada la satisfacción del interés grupal para lo cual se establecen relaciones de dominación – dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes sobre la empresa o empresas dominadas. Como se dijo en el apartado anterior, el grupo de empresas nace como manifestación y consecuencia de la implementación de una estrategia de concentración empresarial, cuyo fin último es la integración y articulación de dos o más empresas, jurídicamente autónomas sin llegar a formar una nueva personalidad jurídica, caracterizadas por una dirección unitaria y por el control ejercido por la sociedad matriz.

Tal como lo señala EMBID IRUJO el grupo se define –en sentido económico– por la concurrencia de los elementos: la relación de dependencia, directa o indirecta, de una o varias sociedades (dependientes) con respecto a otra (dominantes), y el ejercicio de una dirección económica única por ésta sobre el conjunto de las demás; de forma tal que, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades,

óbice para que, en aras de mantener la seguridad jurídica, se regulen los aspectos generales de los grupos de empresas o en todo caso, aquello cuyo tratamiento aún causa polémica a nivel doctrinario y judicial.

³⁴ Esta forma de organización empresarial y su funcionamiento plantea conflictos que han sido centro de preocupación del Derecho Comercial o Derecho de Sociedades, tales como, por ejemplo, dirección de los grupos, protección a los inversionistas, socios minoritarios, transparencia de los mercados, acreedores de las sociedades y terceros en general; pero también han cobrado protagonismo en el Derecho Tributario en el que han fijado su atención en el grupo de empresas por lo que se decidió regular las relaciones y transacciones que se dan en su interior entre las empresas que lo conforman, velando por la aplicación de impuestos y gravámenes.

³⁵ Sobre el particular, se puede revisar el trabajo de GIRGADO PERANDONES, Pablo; Op. Cit. pp.140 y ss.

³⁶ ECHAIZ MORENO, Daniel; “El grupo de empresas como nuevo tema de derecho societario”; Revista Jurídica del Perú; N° 31, Febrero 2002; p.75.

todas ellas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa³⁷.

De lo dicho hasta aquí, tenemos que, para que se configure un grupo de empresas deben haber dos o más empresas³⁸, las mismas que deben ser jurídicamente independientes y sometidas a una estrategia general común que se consigue a través de la dirección unitaria³⁹. Esta dirección unitaria se configura, entonces, como el elemento nuclear para la existencia de un grupo de empresas, pues “despliega una actividad dirigida desde el órgano de dirección del grupo hacia sus miembros tendente a la realización de aquellos objetivos precisos para alcanzar los fines perseguidos por esta nueva forma de empresa”⁴⁰ Se trata de uno de los principales elementos para sostener que nos encontramos frente a un grupo de empresas o, en términos del Reglamento sobre propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, frente a un grupo económico.

Las formas de configuración de los grupos de empresas son diversas, y pueden derivarse de la forma como se compone el capital, o los órganos de gobierno o cómo se ejerce el control⁴¹, etc.; lo cierto es que en cada grupo de empresas existe una vinculación económica en la que, el beneficio de uno de los miembros del grupo incide sobre el grupo en general, o que se utilicen algunas empresas para apoyar el funcionamiento de otras; y que por otro lado justifica el hecho de la subordinación de los intereses individuales empresariales a los intereses del grupo⁴²; sin embargo, por muy fuerte que sea este vínculo económico, una de las características que no puede dejar de estar presente para que nos encontremos frente a un grupo de empresas es la autonomía jurídica, es decir, el tratamiento individual de cada una de las empresas como persona jurídica distinta a los

demás miembros del grupo; con derechos y obligaciones propias y sobre las cuales responden con su patrimonio⁴³.

3.2. La autonomía jurídica como elemento para establecer la responsabilidad

La autonomía jurídica de las empresas del grupo, viene dada básicamente por su condición de personas jurídicas. A nivel práctico, a partir de la adquisición de la personalidad jurídica por la sociedad con su inscripción en Registros Públicos, las sociedades tienen (i) Condición de sujeto de derecho con capacidad plena, (ii) Autonomía patrimonial, (iii) Separación de responsabilidad entre la sociedad y los socios (salvo sociedades personales);

(iv) Nombre propio y exclusivo y (v) Capacidad para actuación de sus órganos sociales⁴⁴.

Esta autonomía jurídica, adquirida por la sociedad en su configuración contractual⁴⁵, no es solo una protección de las inversiones de los socios y la actividad empresarial de la sociedad (pues la obliga con todo su patrimonio frente a quien contrata y no frente a otros), sino que es una de las razones por las que los empresarios deciden conformar grupos económicos, pues les permite maximizar el impacto de sus inversiones, diversificar sus riesgos y ampliar el margen de sus actividades manteniendo la autonomía propia de la personalidad jurídica adquirida.

En este sentido, la existencia del elemento de autonomía jurídica en la configuración de los grupos de empresas elimina de plano toda posibilidad de establecer alguna obligación solidaria extra lege frente a terceros por las obligaciones de una de las empresas del grupo. Se entiende que cada una conserva su independencia como sujeto de derechos distintos, con patrimonios diferentes⁴⁶.

³⁷ EMBID IRUJO, José Miguel. Grupo de sociedades y accionistas minoritarios, Madrid, Comares 1987, pp. 75-76.

³⁸ Entendemos empresa como el arquetípico sistema de ejercitar las libertades económicas de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado, entendido entonces como el sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad económica en el mercado en el que el elemento principal es su organización espiritual; el ordenamiento de los factores reales y personales que la constituyen. Cabe resaltar que la empresa no es el sujeto que asume responsabilidad jurídica, sino que es el objeto de la actividad del empresario, el mismo que puede configurarse de distintas formas (empresario individual, empresario social, con fin o sin fin de lucro, etc.)

³⁹ “Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica (...)” (Art. 9º de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico; Res. SBS N° 445-2000 del 28.06.2000).

⁴⁰ GIRGADO PERANDONES, Pablo, Op. Cit., p.141. A lo largo de su obra, el autor identifica al grupo de empresas – o mejor, grupo de sociedades – como una nueva modalidad de empresa, dado que la acción de todos los miembros se encuentra destinada a un objetivo común, la finalidad del grupo.

⁴¹ Sobre la configuración de los grupos de empresas puede consultarse el trabajo de HERRERA DUQUE, M. J. Los grupos de empresa en el Ordenamiento Jurídico Español, CISS S.A., Valencia, p. 13.

⁴² ECHAIZ MORENO, Daniel, “Derecho societario...” Op. Cit. pp 267 y ss.

⁴³ En este sentido, Oswaldo HUNDSKOPF sostiene que la independencia de las empresas vinculadas en el grupo diferencia a los grupos de las fusiones en dos aspectos: primero en cuanto a la calificación de sujetos de derecho, ya que en las fusiones las distintas personas jurídicas intervinientes pasan a configurar un solo sujeto de derecho; y segundo; en cuanto al patrimonio, dado que éste es un atributo de la personalidad y que los diversos

patrimonios se unifican – en el caso de las fusiones – constituyendo uno solo. HUNDSKOPF EXCEBIO, Oswaldo; “Derecho Comercial”, Tomo III: Temas Societarios; Fondo de Desarrollo Editorial; Lima, 2000, p. 242.

⁴⁴ En el mismo sentido, Joaquín GARRIGUES sostiene que la atribución de personalidad jurídica le otorga un estatuto jurídico a las sociedades que se caracteriza por lo siguiente: (i) concede a la sociedad una individualidad que permite calificarla como empresario mercantil colectivo; (ii) dota a la sociedad de capacidad y autonomía jurídica para actuar y contratar; (iii) asigna a la sociedad un patrimonio autónomo cuya titularidad le corresponde y (iv) impone al ente colectivo las obligaciones y derechos que integran el “status” profesional propio de los empresarios mercantiles. En: GARRIGUES, Joaquín; “Curso de Derecho Mercantil”. Editorial PORRÚA, México, 1993.

⁴⁵ Véase el Art. 6º LGS. Comentando este artículo, Ricardo BEAUMONT sostiene que, existen dos etapas que se diferencian claramente; primero, la sociedad se constituye por escritura pública y segundo, adquiere su personalidad jurídica, para que sea sujeto de derecho con todas las atribuciones que a ella corresponde, con la inscripción registral. La personalidad jurídica no la adquiere por el hecho de ser contrato de sociedad, es la ley la que le otorga dicha personalidad. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo; “Comentarios a la Ley General de Sociedades”, 6ta. Ed.; Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p.53.

⁴⁶ Quedan a salvo los casos en los que se demuestra una grave defraudación y abuso de la personalidad jurídica, en cuyo caso sería posible – al menos en algunas legislaciones – levantar la autonomía jurídica de las empresas del grupo, siendo la única vía que permitiría en materia civil y comercial, responsabilizar a personas jurídicas distintas a la sociedad. Sobre el instituto conocido como “disregard of legal entity”, puede consultarse el trabajo de DIAZ, Soledad y ROTHSCCHILD Julie; “Los grupos de empresas en Uruguay”, En: Instituciones de Derecho Empresarial, APECC, Lima, 2010, p. 213 y ss. En

Lo afirmado aquí, se corrobora con lo establecido por el Art. 1183º del Código Civil, “la solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”; es decir, si no se ha pactado por las partes; para que se determine la responsabilidad solidaria de la empresa vinculada al grupo, debe existir una norma jurídica habilitante, de tal manera que se elimina la competencia del juez para establecer responsabilidad solidaria en personas jurídicas que no han tomado parte en un proceso.

Aún así, debemos tener en cuenta que la autonomía jurídica tiene dos niveles⁴⁷; el nivel interno y el nivel externo. El primero se manifiesta en la posibilidad de que la sociedad parte de grupo actúe frente a terceros con total independencia, como una organización de naturaleza individual, desvinculada de las demás, de tal manera que reflejan el goce de los tres atributos esenciales de todo empresario; poder de gestión, participación en las utilidades y asunción de riesgos, aunque ya a nivel interno no se ajuste a dichos elementos. En efecto, en el nivel interno se puede vislumbrar el carácter relativo de la autonomía; que si bien es jurídica no es empresarial; pues todos los atributos mencionados líneas arriba se ejercen en función de las directrices que pueda dar el órgano dominante del grupo.

Esta dependencia empresarial, correlato de ser parte de un grupo, es el elemento determinante para establecer la posibilidad de atribuir responsabilidad solidaria a las empresas del grupo, al menos en materia laboral, porque desde el punto de vista del derecho del trabajo, “toda actividad empresarial ha de desplegar un poder de dirección respecto a los trabajadores involucrados en ella, al margen de quien asuma físicamente la responsabilidad de dar la orden, y lo que importa destacar es que toda empresa cuenta con un centro de poder autónomo desde donde se decide la ordenación del trabajo conforme a los fines de la misma”⁴⁸.

Para el caso laboral entonces, más allá de fijarnos en la autonomía jurídica del empresario (en el caso que se encuentre constituido como persona jurídica), lo importante es identificar a quién se le imputará la responsabilidad por el pago de adeudos laborales, a partir de la identificación de quién ejerce directamente el poder de dirección, en este caso, no es la figura aislada del empresario con autonomía jurídica la importante, sino la empresa.

3.3. El grupo como empresa y el ejercicio del poder de dirección

La dependencia empresarial a la que se someten las personas jurídicas que componen el grupo parece ser la causa de que en realidad sea el grupo el que llega a comportarse como una empresa.

Entendemos en este caso “empresa” como aquella forma que adopta el empresario, o los empresarios, para articular las actividades económicas organizadas; que, dentro del contenido de la libertad de empresa consagrado en nuestra Constitución, bien podría ser a través de un grupo⁴⁹.

Sin embargo, reconocer al grupo de empresa como un empleador – bajo determinados supuestos- no es tarea fácil, dada la fuerte tradición personalista del empleador. Porque, aún cuando entendamos que la propia actividad del grupo, concebida en su conjunto, es una empresa explotada por distintas personas con intereses diversos pero que confluyen en un punto común que sustenta la formación del grupo⁵⁰; aún así ¿quién asumiría el papel de empleador frente a los trabajadores de la empresa conformada por el grupo?, pues dado que no existe regulación jurídica al respecto, no podemos – en el otro extremo – imputar responsabilidad a todas las personas jurídicas del grupo, solo por el hecho de formar parte de éste.

Sin ir tan lejos, el mismo hecho de que un trabajador preste servicios en varias empresas del grupo supone ya un problema para la determinación de la responsabilidad del pago de sus obligaciones laborales en caso de cese, que de alguna manera ha sido resuelta a nivel jurisprudencial, pero no legislativo.

Un problema mucho mayor implicaría el que – concibiendo al grupo como una empresa (dado que persigue un fin determinado y para ello organiza capital y trabajo) – se pretenda atribuir responsabilidad a todas las empresas del grupo frente a un trabajador que únicamente prestó servicios para una de ellas. Nos parece que esta postura radicalizaría la función tuitiva del derecho laboral, tergiversándola en contra de la legislación societaria y los principios constitucionales de nuestro régimen económico.

Si tuviéramos una regulación en esta escala los problemas presentados podrían tener una solución mucho más accesible. Un aporte interesante se desprende de la propuesta del Anteproyecto de la Ley General del Trabajo⁵¹ la cual establece cuáles deben ser las características que

el mismo se señala que si bien este es un instituto aplicado a las sociedades comerciales, la doctrina y la jurisprudencia uruguayas han coincidido en la posibilidad de extender sus efectos hacia los grupos de empresas cuando se comete un abuso del derecho.

⁴⁷ ECHAZ MORENO, Daniel, citando a Morales Acosta en: “Instituciones de Derecho Empresarial”, APECC, Lima, 2010

⁴⁸ ARCE ORTIZ, Elmer, citando a ROMAN DE LA TORRE; Op. Cit. p. 174

⁴⁹ Sobre el particular, puede revisarse el estudio de GIRGADO PERANDONES, Pablo; Op. Cit. pp 7 y ss. En este libro el autor señala que “se reconoce la legitimidad del empresario para ejercitar la actividad dentro del marco de la libre empresa, siempre n el límite de la propia Constitución. En este sentido se plantea la libertad no solo del establecimiento de la empresa, sino de su ejercicio, lo cual permite al empresario organizar su actividad profesional a su libre albedrío, eligiendo a tal efecto, cualquier modalidad idónea para el ejercicio de la actividad empresarial, con lo cual, cabe mencionar a la

“empresa de grupo” en cuanto supone la gestión de la actividad empresarial a través de una unidad económica despersonalizada que emplea para el ejercicio de su actividad de diversas personas jurídicas (generalmente sociedades); es decir, un único empresario, pero a la vez, paradójicamente, múltiple.

⁵⁰ De esta manera es concebido el grupo de empresa desde el punto de vista económico, pues al ceder su autonomía decisoria – aun cuando conserven su autonomía jurídica – perderían su condición subjetiva de empresa a favor de una nueva o ya existente empresa policorporativa. Sobre el particular, puede verse el trabajo de RAMIREZ OTERO, Lorena; “El control y los grupos de sociedades en el ordenamiento español”. Revista de Derecho; Vol. 2, Marzo 2001; Universidad de Piura, Piura, p.255.

⁵¹ Cfr. ÁGREDA ALIAGA, Jorge Orlando. “Las implicancias jurídicas del traslado de trabajadores en empresas del mismo grupo”, *Soluciones Laborales*, Nº 29, 2010, pp. 14-15.

definen a los grupos de empresa (Art. 6º), así como las presunciones sobre la configuración del mismo (Art. 7º) y los efectos que se producirían en cuanto a la transferencia de los trabajadores (Art. 8º); no obstante aún no ha logrado materializarse.

Por otro lado, consideramos importante recalcar que la consideración del grupo como empresa se debe limitar – al menos por ahora – al plano laboral a través de la jurisprudencia, toda vez que a nivel legislativo no contamos con una norma que regule el papel de la empresa en los términos que estamos expresando aquí y que tenga efectos en el ámbito civil y comercial. En este último caso, el centro de imputación de derechos y obligaciones no se encuentra en la empresa, sino en la persona jurídica constituida especialmente para el ejercicio de dicha actividad empresarial (el empresario).

Ahora, a partir de la consideración anterior, se plantea la necesidad de elaborar una “jurisprudencia de indicios” los cuales al ser válidamente verificados se podrá tener por acreditado la existencia del grupo de empresas como centro de imputación de normativa, y por tanto se podrá determinar objetivamente, la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo⁵² siempre y cuando se logre identificar quién ejerce la facultad de dirección respecto del trabajador. UBILLUS BRACAMONTE refiere que en España los jueces han establecido características específicas para la aparición del fenómeno empresarial. De esta manera se ha considerado que los elementos esenciales del grupo (pluralidad de empresarios y dirección unitaria) son insuficientes para identificarlo, exigiendo elementos adicionales alternativos en la búsqueda de un concepto de grupo a efectos laborales. Dichos elementos son: a) *Prestación de servicios a distintas empresas del grupo.*⁵³ b) *Confusión de patrimonios y plantilla única.*⁵⁴ c) *Apariencia externa de unidad empresarial y de dirección.*⁵⁵ d) *Creación de empresas aparentes sin sustrato real.*⁵⁶

Estos indicios constituyen pautas de determinación del ejercicio de la dirección unitaria por parte de los grupos de empresas sobre sus trabajadores, es decir, del ejercicio

grupal-integral del poder de dirección, y permite identificar objetivamente quién ejerció el poder de dirección respecto del trabajador.

3.4. El abuso de la configuración jurídica y la responsabilidad solidaria en materia laboral

Ahora bien, es innegable que así como en su configuración natural los grupos de empresas benefician económicamente a sus miembros y a la sociedad, en ocasiones nos encontramos frente a un uso inadecuado de esta forma de organización, porque se pueden crear grupos ficticios o fraudulentos en los que se busca fragmentar arbitrariamente en distintas personas jurídicas lo que en verdad es una única actividad empresarial⁵⁷

Sin embargo, aún cuando consideramos que sería posible considerar el grupo como una empresa (a nivel jurisprudencial y solo en materia laboral) aceptamos que este solo hecho no puede generar la imputación gratuita de la responsabilidad a los miembros del grupo frente a las obligaciones laborales por el solo hecho de ser un grupo de empresas.

Por otro lado, es evidente que, no se puede permitir el abuso del derecho, por lo que, coincidimos con aquél sector de la doctrina que sostiene que, una vez comprobado el fraude a la ley en perjuicio de los intereses de los trabajadores se podría atribuir responsabilidad del grupo como tal, y la responsabilidad individual de las empresas que lo conforman. Creemos que, sin el ánimo de desconocer los numerosos casos en los que la autonomía de la persona jurídica ha servido para evadir obligaciones sobre todo en materia laboral, no se puede vulnerar el principio de presunción de buena fe, es decir, no se puede regular una materia partiendo de que todos los grupos de empresas se forman para desconocer beneficios sociales o para cometer fraude a la ley⁵⁸.

En este sentido, llegar a esta atribución de responsabilidad – si se pretendiera reconocer la responsabilidad solidaria – no debería tomarse tan a la ligera, pues necesariamente debería probarse el fraude a la ley, y no actuar bajo presunciones que

⁵² Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo. “Los grupos económicos y de sociedades”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, pp. 81 -82.

⁵³ Inicialmente la Sentencia de la Corte Superior de Trujillo de 24 de febrero de 1982 declaró que existía responsabilidad solidaria de dos empresas vinculadas en el pago de beneficios sociales cuando la trabajadora había prestado – de manera efectiva- servicios a empresas o negocios conexos y bajo la gerencia de la misma persona. Sentencia de la Corte Superior de Trujillo de 24 de febrero de 1982. Exp. N°112-82.

⁵⁴ En este sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en lo seguidos por Luis Miguel Medina Cueva contra Aero continente S.A. y Sistema de Distribución Mundial S.A.C., atribuyó responsabilidad laboral solidaria a ambas empresas. Para ello se basó en primer lugar en la vinculación vertical entre ellas (Aerocontinente S.A. era la accionista mayoritaria de Sistema de Distribución Mundial S.A.C.); y, en segundo lugar, en el hecho de que el trabajador prestó servicios para las dos, lo cual se acreditó con los certificados de trabajo otorgados al demandante. Casación N° 951- 2005- Lima emitido por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Cfr. UBILLUS BRACAMONTE, Rolando Enrique. “Problemática sobre la identificación del empleador y el tipo de Responsabilidad en los grupos de empresas” En Revista IUS de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo

– USAT. <http://www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/IDENTIFICACION-DEL-EMPLEADOR-UBILLUS.pdf>. Último acceso 17.02.12.

⁵⁵ Para configurar este indicio es necesario la presencia de elementos tales como: la igualdad en el objeto social, la publicidad conjunta y la utilización de las mismas marcas comerciales. Además, se incluyen: la igualdad de domicilio social, infraestructura empresarial común, elementos que ya hemos mencionado como indicativos de la confusión de patrimonios. Este criterio fue asumido en el Exp. N° 4388-2004-BE-A del 30 de diciembre de 2004. UBILLUS BRACAMONTE, Rolando Enrique. Op. Cit. p. 13.

⁵⁶ Este es un indicio de abuso de la personalidad. Un tipo de creación de empresas aparente sin sustrato real se configura en el caso de infra capitalización de empresas, lo cual sucede cuando un empresario crea una empresa sin la provisión de un capital adecuado. Ídem.

⁵⁷ ARCE ORTIZ, Elmer; Op. Cit., pp. 113.

⁵⁸ CARHUATOCTO sostiene que “el Derecho no reprime el fenómeno del control de la persona jurídica en sí mismo, ni el de la dirección societaria. Lo que sanciona es la utilización fraudulenta de dicho poder; así entonces, sólo cuando el control de la persona jurídica sea utilizado para cometer fraude a la ley, fraude contractual, abuso de derecho o daño ilegítimo a terceros, se sancionará dicho fenómeno”. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, La utilización fraudulenta de la persona jurídica, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 20.

finalmente atentan contra la libertad de empresa. Es decir, la determinación de fraude a la personalidad jurídica debe estar rodeada de los mecanismos procesales adecuados que garanticen que, a nivel judicial se llegue a crear convicción en el juzgador al momento de establecer el fraude, que finalmente sustentará la imputación de responsabilidad a las demás empresas del grupo⁵⁹.

En otras palabras; formar parte de un grupo de empresas no tendría por qué generar *a priori* la atribución de responsabilidad solidaria a las empresas del grupo, ni mucho menos exonerar a los magistrados de elaborar el fundamento adecuado para sustentar su decisión⁶⁰.

Esta necesidad de protección de los grupos de empresas no es caprichosa, pues frente a presunciones arbitrarias, encuentra su sustento precisamente en la libertad de empresa, definida como “la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de consumidores o usuarios”⁶¹, cuyo contenido “se encuentra determinado por cuatro tipos de libertades: la libertad de acceso al mercado, la cual significa libertad para emprender actividades económicas en el sentido de la libre fundación de empresas y concurrencia al mercado; en segundo lugar, la libertad de organización, conteniendo la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, en tercer lugar a la libertad de competencia y en último término, la libertad para cesar las actividades”⁶². Lo que debe hacerse entonces, sin que signifique la desprotección de los trabajadores, es conciliar la protección de los mismos, con el rendimiento empresarial, sustentando la acción política, más que en la presencia de un Estado con perfil paternalista, en la adecuada emisión de normas que con una lógica conciliadora, “permita la preservación tanto de la libertad de empresa como de los derechos sociales del trabajador en aras de su mayor integración social”⁶³.

La determinación de la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo supone mucho más que el hecho concreto de la pertenencia a éste. Se deben establecer criterios que permitan, “la identificación de ciertos sujetos, normalmente el aparente empleador y otro que se beneficia del servicio del trabajador, con la finalidad de que estos

respondan de forma conjunta, como si fuesen un mismo patrimonio, por las obligaciones que mantienen pendientes con el trabajador, sería una imputabilidad legítima con el objeto de proteger los créditos del trabajador⁶⁴.

En el caso de la legislación uruguaya, es la doctrina y la jurisprudencia la que establece que los integrantes de un grupo responden en forma solidaria por deudas laborales sin necesidad de demostrar fraude ni intención ilícita, sin embargo se excluye la aplicación de dichas interpretaciones fuera del ámbito laboral⁶⁵.

Al parecer, este criterio es el adoptado en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2008; cuya conclusión es que “*Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el Art. 1183º del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencia la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.*”⁶⁶

Cabe precisar que el sólo hecho de formular un planteamiento en el sentido indicado pone en evidencia que actualmente no existe, ninguna norma que permita establecer la responsabilidad solidaria que se declara⁶⁷.

Nótese que en este caso, se establecen como supuestos distintos, el hecho de que exista vinculación económica o grupos de empresas y la existencia de fraude, por lo que, el primero no supone la necesidad de demostrar la existencia del segundo. Lo cual significa que, por el sólo mérito de encontrarnos frente a un grupo de empresas ya vendría determinada la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo desconociendo la autonomía jurídica de las mismas y sobre todo la determinación de quién ejerce la facultad de dirección.

Esto último es sumamente relevante, pues cuando se determina de quien depende el poder de dirección, es posible que la imputación solidaria no llegue a ser necesaria. Dicho de otro modo, no todos los trabajadores de una empresa perteneciente a un grupo prestan servicios “para el grupo”, pues los habrá quienes ejerzan funciones concretas frente a uno de los miembros sin que este hecho genere entonces responsabilidad solidaria.

Una apreciación distinta parecía tener el Tribunal Constitucional al señalar que la atribución de responsabilidad

⁵⁹ Sobre el particular, ARCE ORTIZ sostiene que si el principio general de la construcción jurisprudencial comporta que la actuación de los grupos de empresas goza de una presunción de validez, y además si los grupos de empresas se encuentran amparados constitucionalmente en el reconocimiento de la libertad de empresa, entonces la entidad del argumento que propicie el derrumbe de dicha presunción de validez ha de ser consistente. Arce Ortiz, Elmer, Op. Cit. p. 117.

⁶⁰ La sentencia bajo cometerio, entre sus fundamentos señala que las empresas son parte de un grupo porque

“(i) por la participación de acciones en ambas empresas de una misma persona, Don Manuel Delgado Parker;

(ii) por la relación familiar de los accionistas que pertenecen al mismo grupo empresarial y (iii) porque ambas empresas funcionan en el mismo local”

⁶¹ Cas. 7320-2005, 26.02.2006. En: Tribunal Constitucional; “La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”; Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p.422

⁶² Cas. 3330-2004-AA, 11.07.2005. En: Tribunal Constitucional; Op. Cit. pp.422-423

⁶³ Sobre el particular, puede revisarse el trabajo de ARCE ORTIZ, Elmer; “Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias”; Palestra Editores; Lima, 2008, p. 42 y ss.

⁶⁴ ÁVALOS JARA, Oxal Víctor; “La tercerización del trabajo en el Perú Análisis de su reciente regulación con especial énfasis en la responsabilidad solidaria derivada de las acciones de subcontratación laboral”, p.17. En:

<http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/26%20Articulo%20laboral%20Oxal%20Avalos%20Jara.pdf> Fecha visita 24.05.2010. Este tema se desarrolla bajo el contexto de la temática de la tercerización, que si tiene una norma positiva que establece la responsabilidad solidaria de las empresas que intervienen en este tipo de contratos.

⁶⁵ DIAZ y ROTHCHILD; Op. Cit. p. 224

⁶⁶ Conclusiones Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2008.

⁶⁷ Al respecto, Molinaro sostiene que “no es posible crear un solo privilegio por vía de analogía, por más que la equidad y la justicia así lo aconsejen, pues es preferible una solución injusta al desorden jurídico que significaría el quebrantamiento de la institución y del sistema que reglamenta”. Citado por MAZA, Alberto José y LORENTE, Javier Armando; “Créditos laborales en los concursos”; 2da. Ed. Astrea; Buenos Aires, 2000, p. 213.

a empresas vinculadas debe estar expresamente reservadas para los casos de abuso o fraude, reconociendo la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, negando la responsabilidad solidaria *a priori* derivada de la existencia de un grupo de empresas cuando no se advierte un abuso de la personalidad jurídica⁶⁸⁶⁹.

4. APRECIACIÓN FINAL SOBRE LA SENTENCIA

En la sentencia bajo comentario, se aprecia que para establecer la responsabilidad solidaria de los demandados se ha establecido como criterio el “uso de un mismo grupo económico y empresarial, participación de acciones ambas empresas de una misma persona Manuel Delgado Parker, la relación familiar de los accionistas que pertenecen al mismo Grupo Empresarial Gruporpp”.

A nuestro entender, dicho criterio resulta excesivo, sobre todo si se tiene en cuenta que lo más relevante para determinar la responsabilidad solidaria de los grupos de empresa frente a sus trabajadores – como se ha señalado líneas arriba - deriva de un análisis del poder de dirección que ejerzan las empresas del grupo, sin embargo dicho análisis no se ha realizado.

Esto es una muestra de que en la práctica jurisprudencial laboral aún existen serias limitaciones o cuestionamientos sobre el tema de la personalidad jurídica independiente de las empresas del grupo, o sin ceñirnos a ello, de la posibilidad de considerar al grupo como una empresa, para lo cual es necesario establecer a quién le corresponde el poder de dirección.

Por ejemplo si existe una “confusión de hecho” entre dos empresas pertenecientes a un grupo, se ha resuelto que el trabajador puede dirigirse contra ambas sociedades y que cuando un trabajador pasa de una sociedad a otra del mismo grupo, debe computar a efectos de su indemnización en caso de despido, el tiempo de servicio prestado a la primera sociedad.⁷⁰ Este punto merece un análisis particular.

Por otro lado, la sentencia bajo comentario hace referencia al principio de primacía de la realidad, pero a nuestro entender, de manera equivocada, pues en este caso se utiliza para exonerar de mayor argumentación o prueba al Tribunal Supremo respecto a la existencia de un grupo de empresas, en lugar de utilizarlo de acuerdo a sus fines, es decir, establecer la existencia de una relación laboral⁷¹.

A partir de esto último, nos preguntamos si no sería mejor establecer – bajo este principio – la existencia de una relación laboral entre la demandada y cada uno de los demandantes (dada la emisión de comprobantes de pago para ambas), basados precisamente en el principio de primacía de la realidad; con lo cual cada una asumiría las obligaciones laborales que le corresponden, en lugar de extender la responsabilidad solidaria solo por el hecho de ser empresas del mismo grupo.

Aún cuando así, se consigue el mismo resultado que la Sentencia comentada (el pago de los beneficios sociales a la demandante por ambas empresas), nos parece que el camino es el adecuado, pues evita vulnerar principios como el de la atribución de responsabilidad solidaria, la libertad de empresa, y la presunción de buena fe.

⁶⁸ Exp. N° 1124-2002-AA, Telefónica Perú Holding S.A., Telefónica del Perú S.A.A. y trabajadores; referida por ROMAN CALZADA, Antonio, “Responsabilidad solidaria en materia laboral del grupo de empresas”, *JUS Doctrina y Práctica*, Diciembre, 2008; Grigley, Lima; p. 349.

⁶⁹ Posteriormente el TC cambió su criterio en el caso Energy Services, al determinar la responsabilidad solidaria de dos empresas del mismo grupo, respecto a las obligaciones sociales frente a un trabajador, aún cuando una de las empresas no fue demandada en el proceso. En dicho supuesto, el TC desestimó una acción de amparo interpuesta por la empresa Energy Services SAC, para dejar sin efecto un fallo del 26° Juzgado Laboral de Lima que le ordena el pago de beneficios sociales cuando aparentemente no había sido demandada en dicho proceso. El juzgado laboral declaró fundada una demanda de pago de beneficios sociales interpuesta por un trabajador contra la empresa Energy Services del Oriente SAC, pero ordenando pagar a Energy Services SAC la suma sentenciada (S/. 11,650.56), porque ambas empresas forman parte de un mismo grupo económico. En la resolución, el

TC considera que el amparo contra la sentencia es improcedente porque Energy Services SAC no interpuso recurso impugnatorio alguno contra la misma y si bien no era parte en el proceso en que fue emitida, formaba con la demandada un grupo económico, por lo que no puede alegar desconocimiento de la sentencia en referencia. Fuente: <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=7760>. Acceso 15.02.2012

⁷⁰ Cfr. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Intereses afectados por la formación de los grupos de empresas y sus mecanismos de protección”. En *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 60, Noviembre 1998, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

⁷¹ El Tribunal Constitucional ha señalado respecto a este principio 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” (STC N.° 1944-2002-AA/TC, fundamento 3)