

LA RELACIÓN DEL DERECHO LABORAL CON EL DERECHO SOCIETARIO Y SU VISIÓN A PARTIR DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL

 **Michael VIDAL SALAZAR⁽¹⁾**

Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Abogado por dicha casa de estudios. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Gerente del Área Laboral (Human Capital) de Ernst & Young.

SUMARIO

I. Introducción. II. El derecho laboral frente a otras ramas del derecho. III. El derecho laboral frente al derecho societario en nuestros días: una cuestión fundamentalmente de sujetos. IV. Respuesta del derecho laboral ante la posible afectación de los derechos de los trabajadores derivada de la utilización de figuras societarias: instituciones de trascendencia en las relaciones entre el derecho laboral y el derecho societario. 1. La aplicación de los principios del derecho del trabajo. 1.1. El principio de primacía de la realidad. 1.2. El principio de continuidad. 2. El principio de irrenunciabilidad de derechos. 3. La solidaridad y la desnaturalización. 3.1. La solidaridad en materia laboral. 3.2. la desnaturalización. V. Visión del tema a partir de los sujetos de la relación laboral. 1. Visión a partir de la posición de empleador. 1.1. El grupo de empresa y la vinculación económica: la extensión de la posición de empleador por la vinculación empresarial. 1.2. Transmisión de empresas y la reorganización empresarial: la extensión de la posición de empleador por el negocio. 1.3. La subcontratación: la extensión de la posición de empleador por el destaque o desplazamiento de trabajadores. 1.4. La persecutoriedad: la extensión de la posición de empleador por los bienes. 1.5. El caso de la franquicia. 2. Tratamiento del tema desde la posición de trabajador. 2.1. La figura del gerente general nominativo (para efectos societarios). 2.2. La contratación de empresas unipersonales para la prestación de servicios personales. 2.3. El representante de la empresa gerente. 2.4. El agente comercial. VI. Reflexión final.

(1) El presente artículo está dedicado a Valeria y Marcelo por alegrarme la vida con su sola existencia, y a Rosana por todo, pero en especial por su apoyo constante en cada uno de los retos que la vida me impone.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo nos da la oportunidad de abordar los algunos puntos de encuentro (y desencuentro) que existe entre el Derecho Laboral (o Derecho del Trabajo) y el Derecho Societario, ampliamente vinculados pero a la vez muchas veces contrapuestos. Los desencuentros que puedan existir tendrán de seguro su principal origen en los distintos parámetros sobre los que se enmarcan cada una de estas ramas del Derecho. Mientras el Derecho Laboral tiende a guiarse de la realidad, el Derecho Societario tiene una visión más formal. Mientras el Derecho Laboral contempla una visión que incluye una situación real (y por ello la necesidad de adaptarse a cada momento o época), el Derecho Societario se basa en ficciones. Definitivamente, esto no desmerece en nada el importante papel que juega el Derecho Societario en el ordenamiento jurídico, y en especial, en el desarrollo económico del mundo actual. Tampoco nos debe llevar a determinar una desconexión total entre una especialidad y la otra. Seguramente, en muchos casos un trabajo de ambos llevará a una solución no solo jurídicamente aceptable, sino además justa. Por ello, estudiar la reacción del Derecho Laboral frente al Societario nos permitirá un mejor entendimiento y, por tanto, mejores soluciones, en aquellas situaciones en las cuales confluyan.

Para tales efectos, nuestro estudio tendrá cuatro partes: la primera dirigida a graficar la importancia de la interrelación del Derecho Laboral con otras ramas del Derecho; la segunda, que nos presentará cuál es la situación actual de la relación del Derecho Laboral con el Derecho Societario; la tercera, en la que trataremos las respuestas del Derecho Laboral frente a la posible afectación de los derechos de los trabajadores por la utilización de figuras societarias; y, la cuarta, en la que revisaremos cómo esa problemática hoy gira fundamentalmente en la situación de los sujetos de la relación laboral, tocando algunos aspectos relevantes de la legislación peruana.

II. EL DERECHO LABORAL FRENTE A OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Sin lugar a dudas, hoy en día la interrelación de las distintas ramas del Derecho se hace indispensable. Siendo la materia objeto de estudio y regulación del Derecho Laboral las relaciones de trabajo, que pertenecen al quehacer diario de las sociedades, es común la necesidad de recurrir a otras ramas del derecho para solucionar determinadas cuestiones. Así pues, son de aplicación en el campo de las relaciones laborales reglas del Derecho Civil, Tributario, Constitucional, Internacional, Administrativo, Procesal, y claro, como no, del Derecho Societario.

Dicha interrelación, da la posibilidad de regular instituciones no solo de forma coherente sino además de potenciarlas. De allí que Del Rey Guanter señale que "los principales conceptos, instituciones y normas jurídicas no solo han de interactuar por pura necesidad de coherencia y armonía, de forma que no se desarrollen

contradicciones entre la regulación de una misma institución por reglas de carácter administrativo, mercantil o laboral, sino también porque en esa relación se crea una sinergia enriquecedora dado que las aportaciones provenientes de los distintos ámbitos jurídicos potencian el perfeccionamiento ordenador interior de tal institución"⁽²⁾.

En el caso del Derecho Laboral, como hemos descrito anteriormente, además se ha observado que su interrelación ha ido contemplando mayores áreas del Derecho, abandonando esa situación de contradicción-dependencia con el Derecho Civil, para relacionarse, por necesidad, con otras ramas del derecho. En esa medida, el mismo Del Rey Guanter afirma que "la interdependencia del Derecho del Trabajo con otros ámbitos y disciplinas jurídicas se ha intensificado de forma muy relevante en las últimas décadas. Tras un periodo de 'autoafirmación', de acentuación de su disciplina jurídica y como parcela del ordenamiento con personalidad y caracteres propios y definitorios —especialmente con respecto al Derecho Civil—, lo cierto es que, por paradójico que pueda parecer, a medida que el ordenamiento laboral va madurando, más evidente se hace la necesidad de tener en cuenta las aportaciones de todo tipo de disciplinas jurídicas y la obligación de completar y considerar la influencia que las regulaciones no laborales tienen sobre preceptos ordenadores laborales"⁽³⁾.

Esa interdependencia, sin embargo, no puede ignorar los fines para los que nació el Derecho del Trabajo. En ese marco, es necesario tener presente su finalidad tuitiva, basada en que "la singularidad principal del trabajo humano como objeto de transacción o intercambio radica en que es un bien inseparable de la persona del trabajador. A diferencia de las transacciones sobre cosas o mercancías o sobre bienes de capital, los contratos sobre actividades de trabajo implican o comprometen personalmente (podríamos decir físicamente) a quienes han de prestarlas"⁽⁴⁾. De allí el origen de los límites que muchas veces se imponen a los actos de intercambio que tienen por objeto este recurso o bien económico⁽⁵⁾.

Así tampoco es posible dejar de lado su finalidad compensadora, la misma que explica claramente varios de los principios o instituciones aplicadas para la solución de controversias en el ámbito laboral, y que se explica en que "en la estructura de distintas formaciones sociales históricas y actuales, se encuentra otro rasgo característico de las relaciones de trabajo: la desigualdad de fuerza contractual o poder de negociación entre las partes o sujetos individuales de las mismas"⁽⁶⁾. Ello nos lleva a la necesidad de compensar la debilidad contractual del trabajador, lo que se evidencia en el ámbito laboral en una "legislación de condiciones mínimas de

(2) DEL REY GUANTER, Salvador. "Introducción". En: AAVV. *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. La Ley, Madrid, 2007. p. 21.

(3) Ídem.

(4) MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y Joaquín GARCÍA MURCIA. *Derecho del Trabajo*. Decimo séptima edición. Tecnos, Madrid, 2008, p. 61.

(5) Ídem.

(6) Ídem.

empleo y trabajo, que impone a los empresarios límites o barreras a posibles abusos de su posición dominante”⁽⁷⁾.

En este ámbito, está claro que las finalidades del Derecho Laboral antes citadas, no justificarían un abuso por parte del trabajador, ni la afectación al derecho de terceros que no hayan sido “cómplices” en la posible afectación de derechos laborales.

En todo caso, en nada perjudica estas notas la interrelación del Derecho Laboral con otras ramas del derecho, tanto en el campo del Derecho Privado como del Derecho Público. En ese sentido, Cruz Villalón afirma que, “al tomarse como referencia una parcela de la realidad social, el Derecho del Trabajo comporta una intervención transversal del conjunto del ordenamiento jurídico sobre las relaciones laborales. De este modo, el Derecho del Trabajo se integra tanto en el ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público, pues se trata de las normas de uno y otro campo a lo laboral; es Derecho Privado, en la medida en que aborda unas relaciones entre trabajadores y empresarios, entre sindicatos y asociaciones patronales que tienen el carácter de sujetos privados y establecen entre ellas relaciones contractuales privadas; pero es en igual medida Derecho Público por cuanto que esas relaciones laborales se desarrollaron con un fuerte intervencionismo y protagonismo por parte de los poderes públicos, lo que determina la presencia de incluyentes normas públicas en la materia”⁽⁸⁾.

Partiendo de tales ideas pasaremos a analizar cómo confluyen en la actualidad el Derecho Laboral y el Societario.

III. EL DERECHO LABORAL FRENTE AL DERECHO SOCIETARIO EN NUESTROS DÍAS: UNA CUESTIÓN FUNDAMENTALMENTE DE SUJETOS

La fuerte interrelación que existe hoy en día entre el Derecho Laboral y el Derecho Societario tiene su origen —principalmente— en la evolución que los sistemas producción han tenido, y la activa participación en tal desarrollo de las instituciones societarias.

Definitivamente, considerando que las relaciones laborales son parte inescindible de los sistemas productivos, la posible afectación de los derechos de los trabajadores constituye un factor siempre presente en las nuevas formas de organización que las empresas van implementando.

Tal situación fue observada hace más de 20 años por la Organización Internacional del Trabajo, cuando en su 87ª Conferencia Internacional se dejó constancia

(7) *Ibidem*, p. 62.

(8) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio del Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2008, p. 51.

que “la mundialización y la rápida evolución de los sistemas de producción engendran a la vez nuevas oportunidades y problemas para el empleo. En todo el mundo, las empresas tienen que adaptarse lo antes posible a nuevas técnicas, a nuevos competidores, ya los flujos financieros errabundos, lo cual suele ir en detrimento del empleo especialmente de las grandes empresas, ya que se reorganiza el trabajo para lograr objetivos de productividad, o se introducen sistemas de producción de alto coeficiente capital para satisfacer las normas de calidad que exigen los mercados mundiales”⁽⁹⁾.

Frente a lo antes planteado, la situación actual (ya desde hace varios años) nos muestra la implementación de varios cambios en las formas de organización empresarial, con una tendencia marcada a la descentralización, es decir, a la atomización de la figura formal del empleador.

Así pues, Cruz Villalón afirma que “el efecto principal, inmediato y casi generalizado que provoca la expansión de las fórmulas de descentralización productiva es el redimensionamiento del tamaño de las empresas, en concreto el incremento de las pequeñas y medianas empresas, en algunos casos la extensión de las empresas extremadamente reducidas; dato evolutivo que parece extendido en casi todos los países desarrollados, si bien lo sea con diferente entidad en unos y otros casos”⁽¹⁰⁾.

El efecto en las relaciones laborales de esta situación lo describe acertadamente Valverde Ascencio cuando indica que “para poner de manifiesto cómo frente a cada vez una más evidente concentración económica y empresarial —donde los mecanismos de control no tienen por qué ser ya ni siquiera societarios— nos encontramos con una diversidad de formas de organización empresarial que tiende realmente a la desagregación de grandes sociedades como titulares del contrato de trabajo y a formas de desconcentración productiva que llegan, incluso, a la denominada tendencia a la desaparición de formas de trabajo tradicionales y la afectación más inmediata del ejercicio de las facultades de dirección empresarial”⁽¹¹⁾.

Queda claro, pues, que, a partir de las nuevas formas de producción, pensar en una relación laboral clásica resulta desfasado, y no permite una debida evaluación de los problemas que pueden surgir.

Sin embargo, la descentralización no necesariamente debe presentarse como negativa. Así pues, Monereo Pérez manifiesta que “en la vertiente patológica, la descentralización aparece como una técnica de organización empresarial de reducción

(9) Oficina Internacional del Trabajo. 87ª Conferencia Internacional del Trabajo. Reunión 1989. Memoria del Director General de Trabajo Decente. p. 24.

(10) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009, p. 66.

(11) VALVERDE ASCENCIO, Antonio José. “Las relaciones contractuales entre empresas mercantiles y su incidencia en la relación laboral”. En: AA.VV. *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. La Ley, Madrid, 2007. p. 162.

de costes y de riesgos, flexibilizando la utilización de la mano de obra y debilitando el poder de los sindicatos. Ello, no obstante en la última década se tiende a reforzar la idea de concebir la descentralización de la producción con el lado más 'positivo' de las exigencias de la organización empresarial impuesta por la lógica de mercado en las economías desarrolladas de flexibilizar la capacidad productiva, y estableciendo diferenciaciones en el proceso de producción, de tal manera que el núcleo central retenga las funciones accesorias para una completa realización⁽¹²⁾. Y es que en realidad, no tiene porque ser negativa. Una mayor producción derivada de estos cambios en la organización empresarial puede generar mayores beneficios no solo a los empresarios, sino también a los trabajadores. Lo importante solo será que el origen del cambio o su efecto inmediato, no sea la afectación de derechos de los trabajadores.

En todo caso, para efectos de lo que es materia de este trabajo, debemos indicar que estas formas de reorganización empresarial, caracterizadas por la tendencia descentralizadora antes citada, utilizan como mecanismos para implementarse instituciones el Derecho Societario, y en ello van a radicar la mayoría de puntos de relación con el Derecho Laboral.

De esta manera, resulta evidente que el mayor campo de interacción se va a dar en relación con los sujetos del contrato de trabajo, en especial, en el ámbito del empleador.

En esa línea, Toyama Miyagusuku remarca la importancia, en este contexto, de "identificar a los sujetos que hacen posible la relación laboral sin dejar de reconocer la trascendencia de la naturaleza de estos, pues cada vez resulta más complicado reconocer a una de estas partes –por los nuevos fenómenos empresariales, los sistemas económicos, el avance del trabajo autónomo, etc.– para que la legislación laboral pueda brindarles la tutela adecuada en su desenvolvimiento dentro del mundo laboral"⁽¹³⁾.

Puede incluso llegarse a afirmar que el "problema" entre el Derecho Societario y el Derecho Laboral es un problema de definición y determinación de los sujetos en una relación de trabajo. Los empleadores en su pertenencia a un grupo empresarial, en la utilización de la subcontratación o en la transmisión de su negocio, tiene un objeto económico en nada cuestionable, pero que debe ir acompañado de una diligencia debida para no afectar intereses de su personal.

Ahora bien, la interrelación entre el Derecho Laboral y el Derecho Societario también se puede dar en otros campos, fundamentalmente en supuestos en que la utilización de figuras societarias pueden encubrir una relación laboral, ya no porque

(12) MONEREO PÉREZ, José Luis. "Grupos de Empresa y Subcontratación". En: *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Trotta, Madrid, 1994. p. 245.

(13) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011. p. 9.

pueda constituir un camuflaje del empleador, sino por no permitir identificar claramente la calidad de trabajador de la persona contratada, tal como puede suceder en el caso de las empresas unipersonales o la figura del gerente nominativo (que revisaremos más adelante).

Sin perjuicio de lo antes señalado, no podemos tampoco dejar de reconocer que, en muchos casos, las disposiciones societarias serán de utilidad para resolver cuestiones de naturaleza laboral, aludiendo para ello la interrelación entre ambas figuras, tal como puede suceder con las normas que regulan la fusión de empresas o los grupos de empresa en nuestro país, aplicadas ante el vacío que hoy encontramos en esas materias.

Finalmente, debemos indicar que este tema no se agota en los sujetos de la relación laboral. En general, el campo laboral tiene una constante interacción con el societario. Un ejemplo claro de ello se presenta con la regulación de la participación en las utilidades y la exigencia de tal obligación a las asociaciones sin fines de lucro⁽¹⁴⁾. Otro, la utilización de instituciones del derecho societario para regular y entender figuras como el *stock option*. Sin embargo, considerando los alcances del presente trabajo nos limitaremos al análisis del tema a partir de los sujetos de la relación laboral.

IV. RESPUESTA DEL DERECHO LABORAL ANTE LA POSIBLE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE FIGURAS SOCIETARIAS: INSTITUCIONES DE TRASCENDENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO LABORAL Y EL DERECHO SOCIETARIO

Considerando el contexto descrito en puntos anteriores no queda otra conclusión que la necesaria y continua adaptación del Derecho Laboral a los requerimientos actuales del campo en el que se desarrollan las relaciones de trabajo. En ese

(14) En este caso, la interacción entre el Derecho Laboral y el Societario se manifiesta en la necesidad de determinar la obligación de repartición de utilidades a los trabajadores, para cuyo efecto se hace indispensable la utilización de conceptos societarios. En ese sentido, la Resolución Administrativa N° 633-2008-Lima, estableció que la entidad empleadora no está obligada a repartir utilidades tomando en cuenta para ello que "sin considerar que la inspeccionada es un organismo de cooperación técnica internacional y, como tal tiene la condición de sujeto exonerado del impuesto a la renta, de conformidad con el inciso b) del artículo 19° de la Ley del Impuesto a la Renta al cumplir con los supuestos establecidos en la citada norma, esto es, que su instrumento de constitución comprenda alguno o varios de los siguientes fines: Beneficencia, asistenta social, educación, cultura, científica, artística, deportiva, política, gremiales y/o vivienda; que sus rentas se destinen a sus fines especificados en el país, que no las distribuyen, directa o indirectamente, entre los asociados y que en sus estatutos esté previsto que su patrimonio de destinará, en caso de disolución, a cualquiera de los fines señalados, aún cuando la disposición estatutaria a que se refiere este inciso no sea exigible a las entidades e instituciones de cooperación técnica internacional" (citada en TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Augusto EGUIGUREN PRAELI. *Jurisprudencia sobre Inspecciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009. p. 154). De esta manera, instituciones societarias como el objeto social y la disolución, colaboran con el Derecho Laboral para determinar la obligación o no de repartir utilidades entre los trabajadores.

sentido, Sanguinetti Raymond manifiesta que “primero la crisis económica, que se instalará en las economías de los países industrializados a partir de la década de los setenta, y más tarde los procesos de reconversión tecnológica y empresarial puestos en marcha para hacer frente a sus efectos, han tenido la virtualidad de desencadenar en la mayor parte de ordenamientos un vasto proceso de revisión crítica de las pautas tradicionales de crecimiento del sistema normativo laboral, al hilo del cual se ha venido demandando con cada vez mayor insistencia la introducción de cambios en sus estructuras institucionales, con el fin de hacerlas permeables a los nuevos contextos en los que han de operar”⁽¹⁵⁾.

En esa misma línea, Cruz Villalón señala que “el estudio de un sector del ordenamiento jurídico tan sensible a los cambios sociales y económicos como es el Derecho del Trabajo, no puede ser completo si progresivamente no se va tomando en consideración el contexto de cambio de la realidad social en el que se desenvuelve la norma laboral, analizando no exclusivamente los problemas de ‘validez’ de sus disposiciones, sino igualmente los de eficacia”⁽¹⁶⁾.

Así pues, la situación exige del Derecho Laboral una reacción, que lo lleve a una adaptación a los nuevos tiempos, a una modernización, pero sin perder de vista sus fines y su origen.

De esta manera, el Derecho Laboral reacciona frente a estas situaciones con los mecanismos que tiene a la mano. Los problemas que puede suscitar su interrelación con el derecho societario originan la aplicación de instituciones que permiten un resguardo de los derechos de los trabajadores. A nuestro entender esos mecanismos están constituidos fundamentalmente por la aplicación de principios propios del derecho del trabajo tales como el principio de primacía de la realidad, de continuidad y de irrenunciabilidad, así como por la utilización de figuras como la solidaridad y la desnaturalización. Tales instrumentos serán revisados en las siguientes líneas.

1. La aplicación de los principios del derecho del trabajo

Tal como sucedía, y sucede hasta ahora, en los casos de desencuentro con el Derecho Civil, el Derecho Laboral recurre a sus principios para hacer frente a aquellas situaciones legitimadas por el Derecho Societario, pero cuestionables desde su visión.

Dichos principios no son otra cosa que “ideas fundamentales e informadoras de nuestro ordenamiento jurídico laboral, cuya finalidad es la orientar su actuación

(15) SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos*. ARA, Lima, 1997. p. 23.

(16) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009. p. 16.

y cimentar su naturaleza tuitiva o protectora”⁽¹⁷⁾. Como puede observarse de la definición citada, el origen de estos principios está en la situación de indefensión y falta de poder de negociación en la que comúnmente se encuentra el trabajador frente a su empleador.

Si bien, cualquiera de los principios del derecho laboral podría constituirse en un mecanismo útil para situaciones de esta naturaleza, los que más comúnmente aplicados son el principio de primacía de la realidad, el de continuidad y el de irrenunciabilidad de derechos.

1.1. El principio de primacía de la realidad

Sin duda, el más conocido de los principios del Derecho del Trabajo, y el que mejor expresa el campo en que se mueve esta rama del Derecho, apunta a la prevalencia de lo sucedido en los hechos frente a lo consignado en los documentos.

En esa línea, Plá Rodríguez lo define como aquel principio según el cual “en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero”⁽¹⁸⁾. Dicha definición ha sido recogida por el Tribunal Constitucional peruano⁽¹⁹⁾, el mismo que además ha señalado que “este principio ‘se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa’”⁽²⁰⁾.

La utilización de este principio en nuestro ordenamiento, como respuesta a una mayor utilización de figuras ajenas al derecho laboral es graficada por Toyama Miyagusuku al indicar que tal situación “ciertamente, ha motivado una respuesta estatal y que se manifiesta en la existencia de reconocimientos expresos del principio de primacía de la realidad, así como en una mayor fiscalización laboral (Ministerio de Trabajo) y tributación - laboral (Sunat), y la emisión de resoluciones y sentencias que resuelven sobre la base de este principio”⁽²¹⁾.

Y es que, en realidad, más allá de su consagración expresa en el ordenamiento, el principio de primacía de la realidad está presente en cada uno de los operadores del Derecho Laboral, especialmente en aquellos a los que se le ha delegado la facultad de solucionar conflictos de esta naturaleza laboral. En ese sentido, no es raro que muchas situaciones límite o “grises” sean resueltas por la autoridad de trabajo y el Poder Judicial a partir de la aplicación de este principio, en especial si la

(17) BOZA PRO, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011. p. 142.

(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. De Palma, Buenos Aires, 1998. p. 313.

(19) STC Exp. N° 01944-2002-AA/TC.

(20) STC Exp. N° 0025-2007-AI/TC.

(21) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 70.

discusión tiene su origen en la necesidad de determinar la existencia de una relación laboral y quiénes son sus partes.

1.2. El principio de continuidad

Vinculado comúnmente con la preferencia por la contratación laboral permanente frente a la temporal, también se identifica a este precepto con la continuación de la relación laboral aún frente a las limitaciones formales que puedan haberse establecidos para ello.

En esa línea, De Los Heros Pérez Albela afirma que “el principio de continuidad tiene que ver con la vitalidad de la relación laboral a pesar de determinadas circunstancias que pueden aparecer como razón o motivo de terminación, tales como los cambios o transformaciones laborales, la sucesión laboral, la presencia de incumplimientos y nulidades, las interrupciones de la relación laboral y los despidos violatorios de derechos fundamentales”⁽²²⁾. En esos mismos términos recoge la definición del principio de continuidad la Corte Suprema⁽²³⁾.

La aplicación de este principio es trascendental en casos de cambio de empleadores formales en el tiempo, y permite que una operación comercial o societaria no perjudique al trabajador, quedando imposibilitado de poder reclamar sus derechos o determinar ante quién es acreedor.

2. El principio de irrenunciabilidad de derechos

El principio de irrenunciabilidad prohíbe que los actos de disposición que recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con invalidez la trasgresión de de esta regla⁽²⁴⁾.

De los principios en mención es el único que tiene reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento (artículo 26, inciso 2), pero a su vez sobre el que más discusión presenta en relación a sus alcances, derivado justamente del texto constitucional que presenta una doble limitación. Primero, en relación al ámbito de aplicación. La norma constitucional señala que “en la relación laboral se presentan los siguientes principios”, consignando en el inciso 2 el “carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. A partir de ello hay quienes han alegado que este principio solo es aplicable cuando la disposición de un

(22) DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso. “Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción?”. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro de Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS, Lima, 2004, p. 196.

(23) Casación N° 2144-2005-Lima.

(24) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 127.

derecho es entre las partes de una relación laboral (trabajador-empleador), mas no cuando se realiza frente a un tercero⁽²⁵⁾, limitando así sus alcances.

De otro lado, la regulación constitucional permite alegar que los únicos derechos que podrían ser irrenunciables son aquellos contenidos en normas imperativas consagradas en la Constitución y la ley, con lo cual no podrían ser objeto de aplicación del principio, derechos contenidos en convenios colectivos o la costumbre⁽²⁶⁾. Sin embargo, por lo menos en el caso del convenio colectivo, una interpretación de ese tipo constituiría un desconocimiento de la fuerza vinculante de tal fuente de derechos, reconocida por la propia Constitución en su artículo 28°, inciso 2⁽²⁷⁾.

Más allá de estas discusiones –que es importante tener presente, pero escapan a la materia de estudio del presente trabajo– es importante resaltar que el principio de irrenunciabilidad de derechos ha sido utilizado fundamentalmente para cuestionar la validez de aquellos acuerdos o declaraciones de trabajadores celebrados en un marco en el cual ven perjudicados sus derechos indisponibles, tal como podría suceder en un contexto de transmisión de empresas, por ejemplo.

3. La solidaridad y la desnaturalización

Frente a las posibles situaciones de desencuentro con el Derecho Societario, además de los principios ante citados, el derecho laboral utiliza como instrumentos para hacer prevalecer sus fines, figuras que permiten resguardar los derechos de los trabajadores.

Los instrumentos más comunes utilizados por el Derecho Laboral en estos casos son la solidaridad y la desnaturalización. El primero consiste en una figura por la cual se hace responsable del cumplimiento de una o más obligaciones a dos sujetos, distintos y reconocidos. En la segunda, se parte de considerar que existe una situación irregular, por la cual una situación legítima en principio se ha vuelto ilegítima, generando ello determinadas consecuencias. Tal situación deslegitimada podría llegar a ese estado sea por una comprobación en la realidad de determinadas circunstancias o, simplemente, por el incumplimiento de algún requisito formal.

Si bien las instituciones antes señaladas suelen estar recogidas por la legislación, como vamos a observar, la jurisprudencia o las autoridades

(25) Así por ejemplo, la STC Exp. N° 000529-2010-PA/TC que establece, con relación a una cesión de derechos laborales celebrada entre los trabajadores demandantes y una empresa distinta a su empleador, que “dicho acto no contraviene ni infringe el principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores toda vez que, según lo alegado por los propios recurrentes, dicho acto no tiene como plataforma una relación laboral, es decir, no se celebra en el contexto de una relación laboral en el que las partes de dicho acto coinciden con las calidades de empleador y empleado, y en el que el objeto constituya una cesión de derechos laborales”.

(26) En este caso podemos citar la STC Exp. N° 0008-2005-AI/TC en la cual se señala que “el citado principio “no cubre, pues, a aquellos [derechos] provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre”.

(27) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 132.

administrativas la aplican en la práctica, aún cuando no exista una disposición normativa que las recoja, incluso, en virtud de los principios del Derecho Laboral antes mencionados.

3.1. La solidaridad en materia laboral

Partiendo de los fines propios del derecho del trabajo, podemos observar que la solidaridad aplicada en el ámbito laboral es una solidaridad con características propias frente a la solidaridad como institución jurídica civil.

En efecto, y tal como señala Valverde Ascencio (comentando el derecho español), “podríamos hablar de una solidaridad específica, cuyo fundamento no está en la concurrencia de elementos consustanciales de la misma en la teoría de las obligaciones civiles sino en la búsqueda de soluciones de garantía para los trabajadores en los distintos supuestos de hecho que dan lugar a la misma”⁽²⁸⁾. Así pues, la solidaridad en materia laboral tiene como principal finalidad la protección del trabajador y, por ello, puede resultar a veces tan variable.

Incluso el citado autor va más allá, afirmando que “la exigencia de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho del Trabajo (...) no toma en consideración siquiera el presupuesto más básico y elemental de la misma, significa, simplemente, que su fundamento no es de justicia formal sino material, procesal si se quiere; pero plantea –o puede hacerlo– distorsiones según los casos que se puedan incluir en esta solución que, como decimos se hace genérica”⁽²⁹⁾. Ello explicaría por qué en nuestro ordenamiento a veces la solidaridad ha sido aplicada en supuestos que, en principio, no responden a su lógica inicial.

En la legislación peruana, la solidaridad ha sido recogida como una forma de protección preventiva en supuestos legalmente aprobados en los que, sin embargo, se considera, puede existir alguna afectación eventual del derecho de los trabajadores, tal como sucede en la intermediación o tercerización. De esta manera, un contrato de intermediación puede estar bien celebrado y las partes haber cumplido con los elementos que legitiman esa contratación, pero ello no excluye de responsabilidad solidaria al contratante si es que la fianza otorgada por el contratado resulta insuficiente para atender las deudas con sus trabajadores. Lo mismo sucede en la tercerización, en la cual puede no haberse presentado ninguna situación que la invalide, y sin embargo, el contratante siempre mantendrá su posición de responsable solidario frente a las obligaciones del contratado con su personal.

Además de ello, la solidaridad comentada (en intermediación y tercerización) cumple con la exigencia impuesta por el Código Civil, en relación a su necesario origen legal o convencional, graficado en lo dispuesto por el artículo 1183°

(28) VALVERDE ASCENCIO, Antonio José. Ob. cit., p. 188.

(29) *Ibidem*, p. 189.

del citado cuerpo normativo que establece que “la solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”. Tal disposición, que en la lógica del Derecho Civil busca no generar situaciones de inseguridad jurídica en los sistemas de contratación y comercio no siempre es recogida en el ámbito laboral, lo que le da a la solidaridad en este campo características especiales, muchas veces cuestionadas.

Así pues, se ha establecido responsabilidad solidaria en supuestos de transmisión de empresa vinculadas o de venta de bienes (bajo la regla de la persecutoriedad, que revisaremos más adelante), supuestos en los que no existe una previsión legal sobre el particular (es decir, que establezca responsabilidad solidaria). Como ejemplo de ello podemos citar la Casación N° 932-2002-Lima, en la que incluso se considera inaplicable el artículo 1183° del Código Civil. En dicho pronunciamiento se establece que “al haberse establecido en las instancias de mérito la solidaridad en el pago, atendiendo al carácter persecutorio de los bienes laborales, y por la existencia de vinculación económica entre la demanda y las codemandadas, estando a la naturaleza de los derechos en litigio, no resulta aplicable al caso de autos los artículos setentiocho y mil [ciento] ochentatrés del Código Civil y el artículo setenta de la Ley General de Sociedades”.

Otro ejemplo del tratamiento de la solidaridad por la jurisprudencia peruana la encontramos en la Casación N° 2406-2009, en la cual se establece que “debido al carácter tuitivo del Derecho Laboral o a la prioridad en el pago de estas obligaciones establecido en los artículos 24° y 26° de la Constitución Política del Perú, corresponde el pago solidario de los beneficios sociales entre empresas vinculadas económicamente con respecto a los créditos laborales de sus trabajadores que mantengan pendientes una de ellas, sin perjuicio de reconocer que cada una de las empresas tengan autonomía y personalidad jurídica propia y, además, tengan una relevancia unitaria en el ámbito laboral como si se tratara de una sola empresa con pluralidad de empresarios, regida por el principio general de responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación en el principio de primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas y la irrenunciabilidad de derechos laborales reconocidos en el artículo 26° inciso 2) del a Constitución Política del Estado”.

Es evidente pues que, en el ámbito laboral, la solidaridad no necesita estar pactada ni recogida en una disposición normativa para ser aplicada a una determinada circunstancia. Tal situación ha sido reconocida expresamente por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, en el que estableció que “existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configura los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresa o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”.

Más allá de la inaplicación de la limitación contenida en el artículo 1183° del Código Civil, que finalmente podría sustentarse en las reglas sobre supletoriedad (recuérdese que uno de los requisitos para que proceda la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil a relaciones reguladas por otras normas –según el artículo IX de su Título Preliminar– es que no sean incompatibles con la naturaleza de estas últimas, lo que podría alegarse en este caso a partir de la función tuitiva del derecho laboral), nótese pues que los supuestos mencionados por el Pleno grafican dos circunstancias distintas.

En efecto, primero hace referencia a una situación legítima o regular, citando los supuestos de vinculación económica y grupo de empresa y, luego, a una circunstancia basada en un fraude. Ello nos lleva nuevamente a la discusión sobre los alcances de la solidaridad. Hay que recordar que al declarar que dos empresas son responsables solidarias no se cuestiona la legitimidad de las mismas ni de sus actos, simplemente se les hace responsables a ambas. Pero además, en el ámbito laboral, no se desconoce la naturaleza y validez de la relación entablada con el trabajador. Nos explicamos. Si en un grupo de empresas yo fui contratado por la empresa A y luego por la empresa B, y esta última incumple con sus obligaciones, la responsabilidad solidaria de estas empresas me permite reclamar a cualquiera de ellas, pero sin desconocer que mi última empleadora fue B y no A.

En un supuesto de fraude, lo que se denuncia es que una empresa se ha hecho pasar por mi empleadora cuando en realidad dicha posición la ocupó otra empresa. Tal situación puede ser resuelta a partir de la declaración de desnaturalización de un supuesto permitido por ley o simplemente de la aplicación del principio de primacía de la realidad, más no de la solidaridad, y tendría como consecuencia práctica que yo sea considerado, para todos los efectos como trabajador de la empresa a la que realmente prestaba servicio. Así pues, si la empresa C contrata los servicios de la empresa D para que construya un edificio, y en la práctica quien dirige y fiscaliza es C, se presentaría una situación fraudulenta cuya consecuencia sería que los trabajadores de D sean considerados trabajadores de C.

Siendo ello así, incluir a los casos de fraude como un supuesto de solidaridad desconoce la naturaleza de esta figura –el fraude–, y la consecuencia que debe acarrear su declaración, que no es otra que la invalidez de las relaciones que se originaron a partir del mismo. Este análisis se extiende también a aquellos supuestos de grupo de empresa o transmisión de personal entre empresas vinculadas, en los que se pueda configurar una situación fraudulenta, tal como sucede cuando la empresa principal del grupo es la que dirige la actividad del personal de una empresa secundaria o subordinada, o se implementa una transferencia ficticia de personal.

En consecuencia, los dos primeros supuestos mencionados por el Pleno estarían referidos a situaciones que no presentan algún matiz de fraude, tal como la rotación de personal por empresas del mismo grupo o vinculadas económicamente, o la dirección de una empresa sobre otras de su grupo o vinculada económicamente

a esta (no de su personal), en cuyos casos habría responsabilidad solidaria pero no una situación de fraude que lleve a variar la situación contractual de los trabajadores (considerándoseles en una planilla distinta a la que formalmente pertenecen).

Solo quedará en discusión si la mera pertenencia a un grupo económico o la mera vinculación económica da origen a la responsabilidad solidaria o si es necesario algún factor adicional como la rotación del personal entre las empresas obligadas o la dirección empresarial antes citada. A nuestro entender, la respuesta dependerá de cada caso en particular.

3.2. La desnaturalización

Como ya hemos adelantado, la desnaturalización es una figura que implica no solo la asunción de responsabilidades, sino también el reconocimiento de una realidad, hasta ese momento, negada.

Se trata de una figura además que es utilizada en varios campos del Derecho Laboral, vinculada comúnmente a situaciones que el ordenamiento considera excepcionales y, por tanto, implican el cumplimiento de determinados requisitos, sustanciales y formales. Así pues, podemos apreciar reglas de desnaturalización en la legislación sobre contratos de trabajo sujetos a modalidad (temporales) y convenios de modalidades formativas laborales. Con relación a nuestro objeto de estudio, se establecen reglas de desnaturalización tanto en la legislación de intermediación laboral como en la de tercerización.

El efecto de la desnaturalización no es otro, ya lo hemos señalado, que el reconocimiento de una situación encubierta. En los supuestos de contratación temporal, conlleva a que el trabajador sea considerado como personal contratado a plazo indeterminado. En el caso de las modalidades formativas laborales, a que el beneficiario sea considerado como trabajador. En la intermediación laboral, a que el trabajador de la empresa de servicios o la cooperativa de trabajo sea considerado trabajador de la empresa usuaria. Y, en la tercerización, a que el trabajador de la empresa tercerizadora sea considerado trabajador de la empresa principal.

Como puede apreciarse, comúnmente la desnaturalización estará ligada a la aplicación del principio de primacía de la realidad, en especial cuando lo que se incumplen son requisitos de tipo sustancial. Sin embargo, tal vinculación no se presenta –necesariamente– cuando el requisito incumplido es de naturaleza formal, tal como sucede, por ejemplo, con la falta de un registro. En dichos casos, la desnaturalización se impone como una sanción.

Los requisitos antes mencionados constituyen, entonces, presunciones, que en la mayoría de casos además son absolutas (es decir, no admiten prueba en contrario), y que establecen, en el caso que es materia del presente trabajo, la existencia de una relación laboral, ahí donde la misma no estaba declarada.

Finalmente, debemos mencionar que la desnaturalización podría ser también alegada sin un sustento legal específico. Como ejemplo de ello, podemos revisar la STC Exp. N° 1 02111-2012-PA/TC, en la cual, más allá de citarse el artículo 4-B del Decreto Supremo N° 003-2002-TR para identificar el objetivo de la tercerización, fundamenta la desnaturalización de la comprobación de una situación fraudulenta. El citado pronunciamiento señala que “al margen de lo establecido en la ley de la materia, una operación (subcontratación fraudulenta) que no tiene otra fin que el aumento de las ganancias empresariales, a costa de la ilegítima disminución de los derechos de los trabajadores (y no mediante la búsqueda real de la eficiencia empresarial), se encuentra completamente vedada. Y ello no solo porque en este caso desaparece la finalidad constitucional y legal que justifica la intervención en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación representa un supuesto de instrumentalización de la dignidad de los trabajadores inadmisibles en el Estado Constitucional”.

De esta manera, al igual que la solidaridad, nos encontramos ante instrumentos que permiten hacer frente a situaciones en principio admitidas por el ordenamiento, cuya operación es viabilizada mediante instituciones del derecho societario, pero que pueden (y hablamos en términos de potencialidad, pues muchas veces la regulación se basa en presunciones, en especial en la desnaturalización) incurrir en supuestos de fraude o situaciones de abuso que, según el mismo ordenamiento, merecen ser subsanados o corregidos.

V. VISION DEL TEMA A PARTIR DE LOS SUJETOS DE LA RELACION LABORAL

Considerando los puntos más comunes en los que se entrecruzan el Derecho Laboral y el societario, como ya hemos señalado, parecería que tal vínculo tiene una amplia relación con la determinación de los sujetos en una relación laboral.

En efecto, las instituciones del Derecho Societario son utilizadas a efectos de hacer viable distintas formas de organización empresarial, cada vez más utilizadas por los actores comerciales. Pero muchas veces también son utilizadas en una situación pasiva dentro de la contratación de servicios, es decir, por el contratado. Así pues, si bien la problemática se presenta con mayor frecuencia en la figura del empleador, también puede tener trascendencia en la figura del trabajador.

Las situaciones que se pueden presentar son numerosas, e incluso pueden suponer cuestiones discutibles tanto en la visión de la calidad de empleador como en la de trabajador. En todo caso, trataremos las más frecuentes.

1. Visión a partir de la posición de empleador

Ya hemos señalado que la problemática del Derecho Laboral frente a las instituciones del Derecho Societario se presenta con mayor frecuencia cuando se trata de determinar la calidad de empleador, tanto formal como real.

Así pues, se afirma que “las tendencias globalizadoras han provocado que actualmente la figura del empleador asuma diversas manifestaciones que van desde una simple relación bilateral entre una persona natural frente a otra, hasta figuras complejas y de carácter triangular o multilateral (services o intermediación laboral, outsourcing o tercerización de servicios, subcontratación, grupo de empresas, etc.) supuestos que pueden confundir al trabajador inmerso en estas situaciones respecto a identificar a su empleador”⁽³⁰⁾.

En las siguientes líneas analizaremos las situaciones más comunes en que se presenta tal situación.

1.1. El grupo de empresa y la vinculación económica: la extensión de la posición de empleador por la vinculación empresarial

El grupo de empresas es el primer ámbito en que encontraremos la problemática objeto de estudio en este trabajo. La misma está tan presente que, en muchos casos, la relación entre el Derecho Laboral y el Societario se va a dar tanto en un contexto de fricción como en uno de coordinación. Así pues, es el derecho societario el que prestará al laboral sus instituciones para poder definir cuando nos encontramos ante un grupo empresarial y cuando no. A su vez, reglas societarias como la independencia de cada empresa para afrontar sus obligaciones no necesariamente serán recogidas, o incluso, serán apartadas por el Derecho Laboral.

Nuestro ordenamiento es un claro ejemplo de ello. Actualmente, la legislación laboral no nos presenta una definición propia de lo que se entiende por grupo de empresa. Para encontrar alguna definición debemos recurrir a normas de distinta naturaleza.

Las primeras referencias a esta definición las encontramos en la Resolución SBS N° 445-2000 (28/06/2000) que en su artículo 8° señala “entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión”.

En ese mismo sentido, mediante Resolución Conasev N° 090-2005-EF/94.10 (23/12/2005) se define como grupo de empresas al “conjunto de personas jurídicas,

(30) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., pp. 20-21.

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” (artículo 7°).

Más recientemente, el Decreto Supremo N° 008-2008-TR (Reglamento de la Ley de MYPE) estableció en su artículo 4° que, “se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad y objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas”.

Como puede apreciarse todas las definiciones coinciden en dos rasgos característicos: una pluralidad de personas jurídicas y la sujeción al control de una misma persona o conjunto de personas (naturales o jurídicas).

En el ámbito laboral, a nivel nacional la única referencia al concepto de grupo de empresas lo encontramos en el Proyecto de Ley General del Trabajo (PLGT) que establece que “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”.

La definición del PLGT agrega a los rasgos anteriores el carácter permanente de la unidad. De esta manera, queda fuera de la definición asociaciones de naturaleza temporal como el consorcio⁽³¹⁾, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria frente a terceros que la Ley General de Sociedades (LGS) sujeta a los casos en que se haya pactado o lo disponga una norma⁽³²⁾, supuesto en el que podrían encajar las deudas u obligaciones generadas a partir de una relación laboral. Habrá que ver en la práctica cómo reacciona la jurisprudencia frente a tal disposición (de entrar en vigencia), es decir, si se sujeta a la misma o la deja de lado como ha sucedido con el artículo 1183° del Código Civil.

Ahora bien, el tema del grupo de empresa resulta relevante para el Derecho Laboral por las consecuencias que pueden generarse de tal agrupación, especialmente, cuando la misma supone un grado de dependencia o subordinación directa entre las empresas que lo constituyen. Sobre el particular, Castello señala que en dichos casos “en los grupos de empresa se observa un fenómeno de disociación entre la empresa y el verdadero titular del poder de dirección y organización, que está colocado afuera de la misma. En el Derecho del Trabajo interesa particularmente llegar hasta el centro de control o dominación, para determinar el contratante real del trabajador (y el verdadero receptor de su trabajo). Es así que en esta disciplina, la

(31) Definidos por la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) como “el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar de forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía” (artículo 445°).

(32) “Artículo 447°.- Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidad a título particular.
Cuando el consorcio contrate a terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio solo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley”.

existencia de una pluralidad de empresas unidas por lazos de dominación debería hacer caer la individualidad en cada una de ellas. Por eso, en el orden estrictamente laboral el grupo debería ser considerado como un único empleador, dejándose al margen la personalidad jurídica de cada empresa”⁽³³⁾.

Tal situación también se presenta cuando se observa el entrecruzamiento de obligaciones económicas de empresas de un mismo grupo, supuesto en el que el mismo Castello señala que se “pone de manifiesto que la autonomía de las distintas unidades del grupo es meramente formal y no sustancial, el Derecho Laboral está habilitado para dejar de lado las estructuras jurídicas (normalmente societarias) que vienen dadas por el Derecho Civil y Comercial, para revalorar la noción de sujeto de derecho”⁽³⁴⁾.

A dichos casos se pueden agregar situaciones más complejas en las que el personal circula por las empresas del grupo o pertenece a áreas compartidas, las mismas que han sido incluso calificadas como supuestos fraudulentos de grupo de empresas⁽³⁵⁾. Sin embargo, la calificación de fraude en este caso podría ser discutible en tanto, mientras se respeten sus derechos, el grupo de empresa e incluso la circulación de los trabajadores por el mismo no debería considerarse como un supuesto irregular.

Y es que, como señala Toyama Miyagusuku, “los grupos de empresas no son cuestionables ni reprimibles por las normas laborales si las empresas actúan con independencia y no existe una simulación o fraude”⁽³⁶⁾. Eso sí, en el caso de la circulación por ejemplo, las empresas se sujetan a determinadas reglas enfocadas en el necesario respeto de derechos del trabajador en el tiempo. Para graficar tal afirmación podemos citar a Arce Ortiz cuando señala que “dado que la circulación dentro del grupo implica un cambio de empresa, la necesidad de estabilidad del trabajador en este ámbito presenta una singularidad adicional: el respeto a la acumulación del tiempo de servicios. Solo dentro del marco de un único contrato de trabajo, el trabajador podrá computar acumulativamente su antigüedad con el objeto de adquirir ciertos derechos legales o convencionales, o acaso incrementar su cuantía”⁽³⁷⁾.

La razón de lo antes señalado deriva de los abusos en que puede incurrirse y que son comentados por el mismo Arce Ortiz cuando afirma que “la presencia de

(33) CASTELLO, Alejandro. *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006. p. 182.

(34) *Ibidem*, p. 183.

(35) Así pues, Valverde Ascencio, comentando la jurisprudencia española, señala que la misma entiende que “hay un grupo de empresa fraudulento cuando se dan, entre otros, los siguientes rasgos: confusión patrimonial y contable entre todos los miembros del grupo; existencia de elementos de identificación del grupo como tal como una unidad; circulación de los trabajadores entre las diferentes empresas del grupo a través de sucesivas relaciones contractuales” (VALVERDE ASCENCIO, Antonio José. Ob. cit., p. 172).

(36) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 25.

(37) ARCE ORTIZ, Elmer. *La Circulación de Trabajadores en el Grupo de Empresas*. Universidad de Cádiz / Mergablum, Cádiz, 2003, p. 162.

una fuerte tradición de enlazar el contrato con la personalidad jurídica de las empresas agrupadas, facilita auténticas rotaciones de personal por la vía de contratos temporales. Es decir, cada vez que expira un contrato existe otra empresa del grupo dispuesta a contratar nuevamente los servicios del trabajador. Por lo demás, el amplio abanico de contratos sujetos a modalidad ofrece a la gestión empresarial del grupo, mantener dentro de sus fronteras a trabajadores 'móviles', disciplinados respecto al ejercicio de sus poderes y partícipes de su 'cultura', sin valorar el interés por la estabilidad que tiene el trabajador⁽³⁸⁾.

Frente a estas situaciones, la solución por la que opta comúnmente el Derecho Laboral es recurrir a la solidaridad, con todo lo que ello supone (explicado en líneas anteriores). En ese sentido, Castello afirma que "como para el resto del ordenamiento jurídico (...) cada empresa integrante del grupo tiene su propia personalidad jurídica y un patrimonio separado, la forma jurídica que usualmente se emplea para viabilizar la responsabilidad en el terreno práctico es la solidaridad pasiva de todos los integrantes del grupo"⁽³⁹⁾. En ese mismo sentido, Díaz Julie Rotchschild, comentado el ordenamiento uruguayo, y resaltando la innecesaria comprobación de fraude para ello manifiesta que "en materia laboral, jurisprudencia y doctrina consideran mayoritariamente que los integrantes de un grupo responden en forma solidaria por deudas laborales, sin necesidad de demostrar fraude ni intención ilícita"⁽⁴⁰⁾.

Hay que reconocer, pues, que existirán casos en los cuales se pueden presentar situaciones fraudulentas, en las cuales se coloca en planilla de una empresa a trabajadores que laboran en realidad para otra. En dichos casos, la situación no puede ser atendida con la solidaridad entre empresas, sino con la aplicación del principio de primacía de la realidad y la consideración del trabajador en la planilla que le corresponde.

Por su parte, la jurisprudencia peruana ha resuelto asuntos de este tipo, aplicando incluso, en algunos casos, varios instrumentos a la vez, tal como podemos apreciar en la Casación N° 2406-2009-Lima, en la cual resuelve a favor de la demandante aplicando "el principio general de la responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación en el principio de primacía de realidad por encima de las formas jurídicas y la irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos en el artículo 26° inciso 2) de la Constitución Política del Estado". La tendencia, en todo caso, apunta a responsabilizar solidariamente a las empresas de un mismo grupo, pero comúnmente a partir de un factor de conexión adicional (de tipo laboral) a la mera vinculación económica. En el caso citado, tal factor lo constituyó el traslado de la trabajadora demandante de una empresa a otra, aun cuando

(38) *Ibidem*, pp.164-165.

(39) CASTELLO, Alejandro. *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006. p. 184.

(40) DÍAZ JULIE ROTCHSCHILD, Soledad. "Los Grupos de Empresa desde la perspectiva uruguayo". En: *Instituciones de Derecho Empresarial*. APECC, Lima, 2010, p. 225.

la misma se materializó mediante una renuncia a la primera calificada como inválida por derivar, según la Corte Suprema, de intimidación.

En todo caso, tendremos que esperar a una regulación laboral del tema, lo que a nuestro entender, sería lo más conveniente considerando los diversos ámbitos que ello implica, incluso a nivel de relaciones colectivas.

En ese marco, el PLGT establece que "cuando un trabajador presta servicios en varias empresas que confirman un grupo, estas son solidariamente responsables por sus derechos. La prestación de servicios simultáneos para más de una empresa debe constar expresamente en el contrato" (artículo 7°). Además de presume la existencia de grupo de empresas en los siguientes supuesto: (i) cuando desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva; (ii) cuando existe relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras; (iii) cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes; (iv) cuando los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas naturales; y, (v) cuando utilicen una idéntica denominación, marca o emblema.

Finalmente, regula el traspaso de personal entre empresas del mismo grupo, estableciendo que ello "no afecta las remuneraciones, la categoría, ni la antigüedad del trabajador" (artículo 9°).

Como puede apreciarse, el factor utilizado en el PLGT para establecer la solidaridad es el de prestación de servicios en las empresas del grupo, consideradas solidariamente responsables, lo que consideramos razonable. Sin perjuicio de ello, es muy probable que aún con esta regulación vigente, se siga sancionando los supuestos fraudulentos, sea declarando una responsabilidad solidaria de las empresas involucradas, o aplicando el principio de primacía de la realidad para determinar al verdadero empleador.

Finalmente, y en relación a un tema cuyo debate amerita un espacio propio, el PLGT regula como un tipo de sindicato, al de grupo de empresa (artículo 313°).

1.2. Transmisión de empresas y la reorganización empresarial: la extensión de la posición de empleador por el negocio

El segundo supuesto que revisaremos en esta parte es el de la transmisión de empresa. Para tal efecto, podemos definir esta figura como aquella operación por la cual un titular transfiere su unidad productiva a otro. Formalmente ello supone el cambio del empleador, sin embargo, para efectos laborales, se considera que hay una extensión de este derivada del mantenimiento del negocio.

Para tal efecto, centraremos el tema a una transferencia entre empresas no vinculadas. El caso contrario (empresas vinculadas) encajaría en las reflexiones realizadas en el punto anterior.

Siendo así, como señala Toyama Miyagusuku, en la “transferencia del negocio de una empresa a otra sin que existan vínculos económicos entre ambas (...), la nueva empresa asumirá las contingencias laborales, pero si se trata de un fraude o simulación (un caso de desprendimiento patrimonial relevante para evitar el pago de los beneficios laborales), la empresa vendedora deberá responder en forma solidaria por el cumplimiento de las obligaciones laborales”⁽⁴¹⁾.

Entonces en el ámbito de lo legalmente aceptado (es decir, situaciones no fraudulentas) debe analizarse a qué se obliga o que pasivo asume la empresa adquirente.

En este caso, el instrumento utilizado por el Derecho Laboral para afrontar esta figura es el principio de continuidad. Al respecto, Neves Mujica nos comenta que en esa “dirección apunta la solución que debe darse al supuesto en el que el empleador sea una persona jurídica: si se disuelve y liquida esta, las relaciones laborales se extinguen, previo procedimiento administrativo (...); pero si se transfiere a otros propietarios o se fusiona con otra empresa (...) o se escinde en dos o más unidades, en atención al mismo principio mencionado, entonces los contratos laborales prosiguen”⁽⁴²⁾. Supone pues la continuación del contrato de trabajo.

En el mismo sentido, Toyama Miyagusuku afirma que “la razón que justifica la vigencia de las relaciones laborales a pesar de la subrogación o suplantación de la parte empleadora reside en el llamado principio de continuidad que predica la idea de atribuirle la más larga duración a la relación laboral. En este sentido, como se prosigue con la misma empresa o el mismo giro del negocio, no hay razón que permita suponer la terminación del contrato de trabajo: la relación laboral continúa a pesar de esa sustitución”⁽⁴³⁾.

La aplicación de este principio además se hace más necesaria, o hasta indispensable, en legislaciones como la nuestra en la que no se prevé regulación alguna. Así pues, Ugaz Olivares manifiesta que “tal omisión es compensada con el principio de continuidad del contrato de trabajo. En efecto, la relación contractual laboral admite que la parte empleadora sea sustituida en cambio, no consciente que tal circunstancia suceda con el trabajador”⁽⁴⁴⁾.

En la actualidad el ordenamiento peruano no regula específicamente las consecuencias de la transmisión de empresas, salvo en materia de relaciones colectivas de trabajo, cuando el artículo 43° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR) establece que el convenio colectivo “continúa en vigencia, hasta el vencimiento de

(41) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 130.

(42) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 35.

(43) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., pp. 28-29.

(44) UGAZ OLIVARES, Mauro. “Transmisión de empresa y convenio colectivo”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley, Lima, 2009, p. 401.

su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares”.

Ahora, si bien la transmisión de empresa puede suponer una extinción total del ente titular del negocio, ello no siempre va a ser así. En efecto, la transmisión de empresa puede suponer también que el antiguo titular del negocio se incorpore a un nuevo todo sea por una fusión (que da origen a una nueva persona jurídica) o una absorción (que supone la dilución del antiguo titular en otra ya existente). Asimismo, la transmisión puede suponer la división del titular en dos personas jurídicas distintas, lo que supone una escisión. Estos fenómenos son conocidos como supuestos de reorganización y “forman parte de una fenomenología mucho más compleja, que más que al status jurídico de la empresa atañe a una de las fórmulas de actividad financiera más consolidada (la circulación accionarial como inversión y como instrumento de concentración de capitales)”⁽⁴⁵⁾.

En estos casos, el ordenamiento societario le da una mano al laborar, permitiendo que, de forma conciliada con la finalidad de este último, pueda encontrar medidas para la protección de trabajadores afectados con la situación presentada. Así pues, el artículo 344 de la LGS establece que “la absorción por una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personería jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas”. Ello sustentaría el mantenimiento de las relaciones laborales existentes a la fecha de la absorción y de las deudas que de estas puedan derivarse. Lo mismo sucedería en el caso de la escisión, a partir de lo señalado por el artículo 367° de la LGS, que señala que “por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo con los requisitos y las formalidades prescritas por ley”. Dentro de ese patrimonio estará considerado el pasivo laboral existente⁽⁴⁶⁾.

Por su parte, la jurisprudencia ha resaltado la obligación del titular adquirente de asumir las obligaciones laborales del titular anterior fundamentando ello en el mantenimiento de la misma empresa. Así pues, la Casación N° 991-2005-La Libertad, estableció que “cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor la unidad económica y social que constituye la empresa sigue siendo la misma. En base a los anterior, la Corte en este caso concluye que la empresa receptora deberá abonar los derechos sociales por todo el récord laboral del trabajado transferido”. Incluso, la Corte Suprema, tal como

(45) FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. “Fusiones y escisiones: aspectos laborales”. En: *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Trotta, Madrid, 1994, p. 117.

(46) Un análisis en este sentido lo encontramos es realizado por Toyama Miyagusuku (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., pp. 30-31).

podemos comprobar en la Casación N° 760-96⁽⁴⁷⁾, ha extendido tal obligación a derechos de cualquier origen (legal, convencional o contractual), e incluso habiendo existido una renuncia expresa a la facultad de exigir tales derechos, en lo que entendemos corresponde a una particular aplicación del principio de irrenunciabilidad (recuérdese que el mismo no es aplicable en caso de derechos de origen contractual).

Sin perjuicio de todo lo antes señalado, debe quedar de manifiesto que la transmisión de responsabilidad no puede suponer el darle validez a pactos celebrados con miras a causar un daño al adquirente. En ese sentido, Luque Parra señala que “las condiciones de trabajo cuyo mantenimiento debe respetarse son todas aquellas que se venían disfrutando con anterioridad y que no tuviesen su origen en un pacto individual o colectivo fraudulento con el objeto de perjudicar la posición del empresario cesionario”⁽⁴⁸⁾.

Por último, el PLGT, al igual que en el caso del grupo de empresas, también contiene algunas disposiciones en relación a la reorganización de empresas y la transmisión de empresas. En efecto, en su artículo 9° establece que, en caso de reorganización empresarial, por cualquier forma (fusión, absorción, escisión, u otra distinta) las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados. Además agrega que “los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresas y no afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados”.

En relación a la transmisión de empresas, el artículo 10° del PLGT regula la obligación del empleador sustituido, o en su defecto, del adquirente, de notificar del traspaso a los trabajadores y sus representantes. También establece la responsabilidad obligatoria del sustituido y el adquirente, por las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al primero, de origen contractual, convencional o legal, nacidos antes de la fecha de sustitución. Finalmente, dispone que el adquirente responda por las obligaciones nacidas después de la sustitución.

1.3. La subcontratación: la extensión de la posición de empleador por el destaque o desplazamiento de trabajadores

La subcontratación supone en nuestros días uno de los supuestos de contratación más frecuentes. Sin embargo, no ha dejado de ser el más controvertido. Tanto en su versión de intermediación laboral como en la tercerización, ha sido objeto de un debate constante.

(47) El citado pronunciamiento señaló, refiriéndose al proceso de escisión de Electrolima S.A., que dio origen a Edegel, Edenor y Edelsur, que “las nuevas empresas debían asumir la carga laboral existente y respetarse los convenios colectivos, laudo arbitrales y demás actos jurídicos celebrados”.

(48) LUQUE PARRA, Manuel. “Transmisión de empresas: consecuencias jurídicas”. En: *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. La Ley, Madrid, 2007. p. 247.

Si bien hay quienes ven a esta figura, y en especial a la tercerización, como un instrumento de desarrollo y crecimiento⁽⁴⁹⁾, una buena parte de la doctrina ha dejado entrever la preocupación que su uso supone para los derechos laborales.

Al respecto, Ojeda Avilés ha manifestado que “a diferencia de cuanto veremos en otras figuras que han contribuido a la deconstrucción del Derecho del Trabajo, la de las contratas y subcontratas es tan vieja como la propia economía de mercado, de donde la labor que hemos de abordar en este momento consiste no tanto en analizar su identidad, cuanto en ponderar cómo ha evolucionado tan antigua figura para adoptar un perfil tan moderno, capaz de impregnar las áreas más avanzadas de la tecnología y de construir el *outsourcing* estratégico en el corazón de las empresas”⁽⁵⁰⁾.

La preocupación frente a esta situación la ponen de manifiesto Ermida Uriarte y Coteluzzo cuando afirman que “desde la perspectiva de los trabajadores la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay solo un paso, paso que no solo se da muy frecuentemente, sino que además, en muchas ocasiones es el objetivo perseguido o uno de los objetivos perseguidos”⁽⁵¹⁾.

En todo caso, a nuestro entender, los procesos de subcontratación nunca suponen una ventaja o mayores derechos para los trabajadores, o por lo menos, no lo supone sin que con ello se afecte a otros trabajadores⁽⁵²⁾. Siendo así, el papel que juega el derecho del trabajo en este ámbito es evitar que la utilización de estas figuras por parte de las empresas, absolutamente legítima, no afecte gravemente los derechos de sus trabajadores, y menos aún, sean implementadas con dicho objeto.

Con dicho fin, es importante identificar en qué supuestos la subcontratación puede ser cuestionada. Sobre el particular, recogiendo lo señalado por Arce Ortiz⁽⁵³⁾, podemos hablar hasta de tres supuestos distintos. El primero, el de la empresa pantalla estructural, en el que dicha empresa entabla sus negocios jurídicos con un soporte empresarial básico que le permita dirigir la labor de sus trabajadores, es decir, contratistas sin materiales de trabajo o medios de producción propios. En este caso, tales materiales o medios de producción son entregados o arrendados

(49) Puede revisarse CORNEJO VARGAS, Carlos. “Tercerización de Servicios: Expresión legal de una manera eficiente de hacer empresa”. En: *III Congreso de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos*. SPDTSS, Lima, 2008. p. 105 y ss.

(50) OJEDA AVILÉS, Antonio. *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*. La Ley, Madrid, 2010. p. 123.

(51) ERMIDA URIARTE, Oscar y Natalia COTOLUZZO. *Descentralización Tercerización Subcontratación*. Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2009. p. 18.

(52) Un amplio estudio de las consecuencias de estos fenómenos lo podemos encontrar en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. En: *Ius et Veritas*. N° 29. Lima, 2004. p. 143 y ss.

(53) ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006. pp. 27-28.

por precio simulado por la empresa que contrata el servicio. El segundo supuesto es el de la empresa pantalla coyuntural, en cuyo caso la citada empresa tiene recursos materiales propios, pero no los utiliza en negocios jurídicos puntuales. Si bien cuenta con actividad empresarial propia, contando con trabajadores y medios de producción, en determinados negocios jurídicos actúa como prestamista laboral. Y finalmente, tenemos el caso de las empresas que tienen elementos materiales y personales propios, pero tal situación es meramente formal, en tanto dejan el poder de dirección del personal encargado del servicio objeto de subcontratación a la empresa que contrata el mismo. En este caso, el contratista sería un empresario mercantil real o verdadero, aunque al no ejercer el poder de dirección no puede ser considerado empleador.

Para el citado autor, “en estos casos solo cabe aplicar el fraude de ley. Y ello, porque se están utilizando mecanismos aparentemente lícitos, como lo es la subcontratación, para encubrir reales sesiones de mano de obra. El efecto de ello, no se debe a otro que el de desarticular el montaje fraudulento y aplicar la norma que corresponde al caso concreto”⁽⁵⁴⁾.

El ordenamiento laboral ha respondido a estos casos, tanto normativa como jurisprudencialmente, alegando la desnaturalización de la subcontratación o aplicando el principio de primacía de la realidad, declarando la existencia de una relación laboral entre los trabajadores y las empresas contratantes del servicio.

Así pues, en el ordenamiento peruano se regulan supuestos de desnaturalización tanto para la intermediación (artículo 5° de la Ley N° 27626) como para la tercerización con desplazamiento de personal (artículo 5° de la Ley N° 29245). La consecuencia de esta desnaturalización es la declaración de existencia de una relación laboral entre el trabajador de la empresa contratada y la empresa contratante. Es cierto, sin embargo, que algunos de los supuestos de incumplimiento suponen un incumplimiento de un requisito formal, en cuyo caso, como hemos mencionado en líneas anteriores, estamos ante el tratamiento de la desnaturalización como una sanción.

Tal desnaturalización también ha sido recogida por la jurisprudencia. Como ejemplo de ello podemos mencionar la STC Exp. N° 06371-2008-PA/TC, que en un supuesto de intermediación declaró fundada la demanda de reposición por desnaturalización fundando su decisión en que “los servicios que venía prestando la demandante no obedecían a una necesidad complementaria” sino “labores que constituyen actividad principal y permanente de la empresa requirente”. En un supuesto como este, el fraude no responde a como maneja la empresa su sistema de producción sino en las labores del trabajador, cuya contratación bajo la modalidad comentada no es permitida por ley.

(54) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., p. 29.

Ejemplos similares se presentan a nivel administrativo, en el cual se ha declarado la desnaturalización de la tercerización cuando “las actividades de la empresa referida no se realizan por cuenta propia y con sus propios recursos financieros, al haber recibido ésta de la principal mediante un contrato de mutuo una suma de dinero” (Resolución N° 005-2009-Piura)⁽⁵⁵⁾. En materia de intermediación, a nivel administrativo se ha concluido que “la empresa inspeccionada no es una de intermediación laboral ni de tercerización (...) más aún si se tiene en cuenta que el gerente general de la empresa de intermediación asuma la misma función en la empresa usuaria” (Resolución N° 019-2008-Amazonas)⁽⁵⁶⁾.

Sin embargo, además de la utilización de la desnaturalización, y a efectos de establecer una garantía constante, tanto en materia de intermediación y de tercerización con desplazamiento, se ha establecido la responsabilidad solidaria entre la empresa contratante y la contratada frente a los derechos de los trabajadores de esta última.

En el caso de la intermediación la solidaridad resulta aplicable ante la insuficiencia de la fianza que debe ser otorgada por la empresa de servicios o la cooperativa de trabajo (artículo 25° de la Ley N° 27626), y alcanza solo a deudas de origen legal y convencional (artículo 26° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR).

En cuanto a la tercerización, se establece la solidaridad permanente hasta un años después de culminado el desplazamiento (artículo 9° de la Ley N° 29245). Tal solidaridad se limita a únicamente a las obligaciones derivadas de normas legales (artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1038).

Es importante observar que la solidaridad cubre supuestos de intermediación y tercerización legalmente permitidos, mientras la desnaturalización cubre supuestos de ilegalidad, sea por incumplimiento de requisitos sustantivos como meramente formales.

Para concluir, es importante mencionar lo establecido en el PLGT, en el cual, además de modificarse algunos conceptos (entre los que destaca la incorporación de las actividades complementarias como objeto de tercerización), se establece la solidaridad (que alcanza solo a derechos de origen legal) además de las situaciones en las que hay destaque o desplazamiento, cuando no lo hay pero la empresa que presta el servicio lo hace de manera exclusiva a la contratante, o forma con esta parte de un grupo económico (artículo 72°). Asimismo, haciendo referencia a la aplicación del principio de primacía de la realidad, el PLGT prevé la desnaturalización de la subcontratación en aquellos casos en que se presenta un fraude o se

(55) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Augusto EGUIGUREN PRAELI. Ob. cit., p. 105.

(56) *Ibidem*, p. 99.

configura una infracción de los supuestos de procedencia establecidos para cada caso (artículo 70°).

Si a ello podemos agregar que se establece el derecho de los trabajadores de la empresa contratada bajo tercerización a percibir utilidades de la empresa contratante (artículo 218°), puede observarse que el esquema propuesto es aún más proteccionista que el actual.

1.4. La persecutoriedad: la extensión de la posición de empleador por los bienes

En este acápite dedicado a la posición de empleador, trataremos la figura de la persecutoriedad de los bienes del negocio, a partir de la cual, los bienes del empleador quedan gravados por las deudas que mantiene con sus trabajadores, pudiendo estos rematar el mismo aún cuando la propiedad hubiese sido transferida. Siendo así, podría considerarse que, para efectos del cobro de una deuda laboral, la posición de empleador se extiende al adquirente de un bien de la empresa contratante.

El fundamento de esta institución está en el carácter preferente de las acreencias laborales sobre las de otra naturaleza, así como en que “el típico mecanismo de evasión del privilegio laboral es que el empleador proceda con transferencias de sus bienes a terceros para evitar que el crédito laboral privilegiado pueda ser ejecutado”⁽⁵⁷⁾. Al respecto, la Corte Suprema ha descrito esta figura de la siguiente manera:

“Que, en lo concerniente al carácter preferente de los adeudos laborales, su naturaleza reposa en el hecho de que la relación genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el trabajador y el empleador. La primera está referida a las condiciones laborales mientras la segunda, es una garantía que vincula el patrimonio del deudor al cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales. Segundo: Que, la acción persecutoria tiene por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. No se trata de identificar quien o quienes ejercen actualmente la posesión de los bienes de la empresa originaria, o si hay algún vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador, de lo que se trata es de identificar los bienes, tener certeza de que pertenecieron al empleador deudor; y eventualmente, realizarlos” (Casación N° 341-2000-Lima).

Sin embargo, considerando sus efectos, que afectan definitivamente a terceros, los supuestos en que puede materializarse esta institución deben ser limitados. Su aplicación general y libre podría llevar a una situación de inseguridad jurídica

(57) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derecho persecutorio laboral sobre el ex patrimonio del empleador”. En: *Gaceta Jurídica*. N° 75. Lima, diciembre 2004. p. 189.

grave. Ello puede explicarse afirmando que “existe una razón de fondo que imposibilita que pueda atribuirse efecto persecutorio per se a los créditos laborales: la ausencia de un signo de reconocibilidad o, en otras palabras, la falta de elementos que publiciten el derecho”⁽⁵⁸⁾. En ese sentido, “se suele establecer un periodo en el cual se presume que toda transferencia es calificada como evasión en el cumplimiento de obligaciones laborales (fuero de atracción) o se analiza simplemente las actitudes –conductas dolosas o culposas– del empleador de no abonar las remuneraciones y beneficios sociales”⁽⁵⁹⁾.

Siguiendo la línea citada, la legislación peruana ha previsto la aplicación de la persecutoriedad en supuestos taxativamente establecido. Así pues, el Decreto Legislativo N° 856 establece lo siguiente:

“Artículo 3°.- La preferencia o prioridad (...) se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones:

- a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;
- b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo”.

Pese a lo antes señalado, la jurisprudencia ha optado por considerar que limitarse a los supuestos establecidos por ley afectaría el carácter preferente reconocido por el artículo 24° de la Constitución e incluso, principios constitucionales como el *in dubio pro operario*. La posición de la Corte Suprema sobre el particular puede graficarse de la siguiente manera:

“Quinto.- Pues bien, el artículo 24° de la Constitución Política establece, en su segundo párrafo que ‘el pago de la remuneración y de los beneficios sociales tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador’.

(58) MESINAS MONTERO, Federico G. “Ineficacia de los actos del empleador por fraude o en periodo de sospecha (crítica a la persecutoriedad)”. En: *Actualidad Laboral* N° 156. Lima, noviembre 2006. p. 32.

(59) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derecho persecutorio laboral...”. Ob. cit.

Es decir, que dicha norma constitucional no establece ningún requisito o condición previa para que los trabajadores sean pagados de manera preferente a otros acreedores. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 856, en sus artículos 3° y 4° establece condiciones no previstas por el legislador constituyente, es decir, el contenido del citado Decreto Legislativo resulta incompatible con lo normado en la Constitución. Sexto.- Consecuentemente con lo anterior los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 856, importaría la violación de los principios de jerarquía, de supremacía de la Constitución y del *in dubio pro operario...* (Casación N° 2335-2003-Lambayeque).

A nuestro entender, esa concepción abierta de los supuestos en los que puede aplicarse la persecutoriedad, si bien tiene lógica desde la finalidad tuitiva del derecho laboral, resulta excesiva considerando el perjuicio que puede causar a un tercero de buena fe.

Tal situación constituye, entonces, un supuesto en el cual, la regulación legal ha respetado los límites adecuados, pero la jurisprudencia ha excedido los mismos sin medir las consecuencias.

En esa lógica, el PLGT propone una lista de casos en que procede la persecutoriedad, que aunque más larga, también es taxativa (artículo 232°)⁽⁶⁰⁾.

A nuestro entender, si bien algunos de los supuestos merecerían algunas precisiones, la lista se orienta en el sentido de resguardar el derecho de terceros, y con ello no constituye una protección desproporcionada de los derechos laborales en juego.

1.5. El caso de la franquicia

Aunque menos frecuente que el resto, el contrato de franquicia también constituye una figura que puede ayudarnos a entender la relación entre el Derecho Laboral y el Societario.

(60) La lista incluye los siguientes supuestos:

- Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor.
- En los casos extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, al comprobarse que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción o abandona el centro de trabajo.
- Cuando los acreedores del empleador hayan embargado un tercio o más de los activos de este o solicitado la ejecución de garantías respecto de igual proporción de los activos.
- Cuando el empleador adeuda cincuenta por ciento (50%) o más de las remuneraciones y beneficios de sus trabajadores durante más de tres meses consecutivos.
- Cuando un proceso judicial del empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda.

En esa línea, podemos mencionar al contrato de franquicia. Como característica relevante de esta figura, podemos señalar que “los establecimientos ajenos –los franquiciados– coexisten con los propios de la empresa fundadora de una relación aparentemente unitaria, puesto que su rasgo característico radica justamente en llevar al usuario la impresión de que se trata de la misma empresa, la fundadora, y no de alguien ajeno que adopta su estilo y vende sus productos como forma de obtener un beneficio”⁽⁶¹⁾.

La problemática de este tipo de contratos lo grafica la jurisprudencia española cuando señala que “si el titular de la marca o red comercial lleva un control al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados y el resultado del proceso de trabajo, lleva a asumir una titularidad empresarial y desplaza a su corresponsal mercantil franquiciado, por lo que en las relaciones con los trabajadores del negocio responderá también como tal el empresario a la hora de hacer efectivos los derechos de sus empleados” (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 14 de enero de 2005).

2. Tratamiento del tema desde la posición del trabajador

Para concluir con este trabajo, y esta vez desde la posición del trabajador, nos gustaría tratar algunas figuras que son viables desde el Derecho Societario, pero que merecen algunos comentarios desde la visión del Derecho Laboral.

2.1. La figura del gerente general nominativo (para efectos societarios)

El primer caso está referido al caso de los gerentes generales nominativos, es decir, aquellos que son designados en dicho cargo pero no realizan las labores propias de un gerente, sino únicamente las formales, constituidas esencialmente por la firma de documentos oficiales de la sociedad.

Al respecto, debemos empezar por dejar en claro la calidad de trabajador del gerente general, cuando cumple íntegramente las labores de gerencia encomendada, es decir, cuando gerencia. Si bien la calidad de trabajador ampliamente calificado le da un estatus especial, a nuestro entender es imposible negar su situación de subordinación. Ello, sin embargo, no deja de constituir determinada problemática que grafica Martínez Moreno al indicar que “uno de los problemas de mayor relevancia que, desde el punto de vista jurídico-laboral, se plantea en torno a la prestación de servicios de los altos directivos de las empresas y, en particular, en torno a su régimen jurídico, se refiere al modo de ejercicio de sus funciones y a si en ellas concurre o no la nota de dependencia propia de los trabajadores asalariados”⁽⁶²⁾.

(61) OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., p. 236.

(62) MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *La Relación de Trabajo Especial de Alta Dirección*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994. p. 147.

Como hemos mencionado, consideramos que resulta innegable que el gerente general cumple con su labor bajo una relación de subordinación. En esa medida, coincidimos con Pasco Lizárraga cuando afirma que “aunque nunca debe desafiarse el poderío de la audacia, cabe asumir como valor entendido que el desempeño del cargo de gerente de una sociedad coloca a quien lo ocupa en situación de subordinación frente a la misma”⁽⁶³⁾.

Tal situación de subordinación puede explicarse afirmando que “la dependencia técnica en este sentido estricto fue sustituida por una diferente acepción de la misma que la identifica con un poder de significado puramente organizativo y de carácter y alcance general, que solo ostenta el propio empresario, equivalente a la facultad de organizar y orientar su negocio. El ejercicio de estas facultades concurre en casi todos los casos, aún en los que los supuestos de trabajo de las elevadas cuantificación”⁽⁶⁴⁾.

Lo antes señalado puede ser confirmado si consideramos que “el gerente ostenta dos características que harían cuando menos difícil, y en nuestro concepto imposible, sostener que no se encuentra subordinado. En primer lugar, por que forma parte integrante, indelible, de la estructura orgánica de la sociedad, de la empresa. La conforma desde dentro, es parte de ella, al extremo que solamente a través de los actos del gerente (y quienes con él la componen) aquellas pueden actuar en el mundo real. (...) En segundo lugar, por que el gerente tiene por definición, entre sus principales obligaciones, la de acatar las directivas que les cursen los órganos sociales de superior jerarquía. (...) Quiere decir que con todo el poder interno que le supone integrar la cúpula administrativa de la sociedad, es inherente al ejercicio del cargo el sometimiento del gerente a los mandatos y determinaciones del directorio, es caso de existir, o de la junta general, en todos los casos”⁽⁶⁵⁾.

Ahora bien, la discusión pendiente sería determinar si un gerente general puede ser designado bajo esa calidad y no ser considerado trabajador, o si en todo caso, la carga de la prueba de una situación contraria le corresponde a él.

Desde nuestro punto de vista, y tal como es aceptado por el Derecho Societario, la figura de un gerente general nominativo, es decir, solo para efectos tributarios puede ser admitida. Sin embargo, consideramos que se trata de un supuesto excepcional y que el gerente general, por regla, es trabajador. Siendo pues la figura bajo comentario una excepción es el empleador, en cualquier supuesto, el que debe acreditar que la designación no supuso la existencia de una relación laboral,

(63) PASCO LIZÁRRAGA, Mario. “Sugerente sociedad. Algunos Aspectos del contrato de gerencia frente a la legislación laboral”. En: *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos*. SPDTSS, Lima, 2008. p. 149.

(64) MARTÍNEZ MORENO, Carolina. Ob. cit., p. 180.

(65) PASCO LIZÁRRAGA, Mario. Ob. cit., p. 152.

o tal vez, ni siquiera una prestación (lo que puede resultar más discutible considerando que algún servicio se cumplió más allá de que no haya existido pago alguno).

Lo antes señalado, en nuestro contexto actual, se ve reforzado por la presunción de laboralidad contenida en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) según la cual, acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario. En todo caso, el tema se centrará en la acreditación de la prestación de servicios, para lo cual el demandante tendrá posibilidad de alegar las presunciones e indicios que considere pertinente, a lo que se puede suma la regla de experiencia (utilizada por los jueces para resolver conflictos sometidos a su competencia), que en este caso, entendemos, jugaría a favor del gerente.

Solo para concluir, recientemente, mediante la RTF N° 3193-5-2012, el Tribunal Fiscal ha reiterado su posición en relación a que las funciones de dirección no implican necesariamente la existencia de una relación laboral, pues estas pueden brindarse mediante un contrato de naturaleza civil. Consideramos que se trata de una opinión bastante discutible en la medida que quién dirige ocupa, en esa instancia, la calidad de empleador a través de una delegación que se explica justamente en una relación de dependencia a este. Si ello no se justifica en una figura como la del contrato de gerencia (que como veremos más adelante, es de por sí discutible), consideramos que estamos ante una situación en que la relación laboral puede presumirse. De esta forma, este ejemplo nos muestra como la interrelación del Derecho Laboral con otras ramas del Derecho, en este caso, el Tributario, siempre puede tener puntos de conflicto.

2.2. La contratación de empresas unipersonales para la prestación de servicios personales

Esta figura nos presenta la posibilidad de que personas naturales constituyan personas jurídicas de manera individual, tal como sucede en el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL). En términos generales se conoce a esta figura como empresas unipersonales.

En la práctica, tal figura societaria se ha constituido en una de las formas más comunes de tratar de ocultar la existencia de una relación laboral. Y decimos “tratar” pues, en la mayoría de casos, tal intento ha sido superado ampliamente por la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Aún cuando en nuestro ordenamiento no se ha constituido en una situación alarmante gracias a la reacción inmediata de los operadores del derecho, asombra verificar que en otros ordenamientos no ha sucedido lo mismo, al punto de considerar

su crecimiento como uno de los caminos para la reducción del número de beneficiarios del derecho del trabajo⁽⁶⁶⁾.

En todo caso, se trata de una fórmula societaria que es materia de cuestionamiento constante desde el ámbito laboral, y que lleva a que quien contrata a una persona jurídica de esta naturaleza se vea obligado a reunir elementos suficientes que le permitan probar tal calidad, a efectos de deslindar cualquier obligación de naturaleza laboral.

2.3. El representante de la empresa gerente

Esta figura nace de la posibilidad de que una persona jurídica puede ejercer la gerencia de otra persona jurídica, nombrando para ello a una persona natural que la represente y que asuma las responsabilidades de cualquier gerente (artículo 193° de la LGS). Es cierto pues que “la sociedad gerente no es ni podrá ser trabajador, y ciertamente no está protegida por la normativa laboral, pero la sociedad gerenciada mantiene sobre la misma todo el poder que tiene sobre sus trabajadores, y la sociedad gerente tiene las mismas obligaciones y responsabilidades que tienen los trabajadores de la sociedad gerenciada”⁽⁶⁷⁾.

Siendo ello así, la posición del representante nombrado por la empresa gerente, puede colocar a la empresa gerenciada en calidad de empleadora de este, o por lo menos puede llevarnos a afirmar que estamos ante una ficción legal. Ello, toda vez que “sin ser trabajador de la sociedad gerenciada, y sin desmedro de la importancia de la sociedad gerente, el representante es quien asume la principal y por poco la única actividad física, tangible del contrato. Se trata casi de una ficción legal, soportada principalmente por la autorización normativa, aunque también por los límites que tiene la sociedad gerenciada frente al representante. Al no ser este su trabajador, y ni siquiera estar vinculado contractualmente con la misma, la sociedad gerente carece de poderes directos sobre él: aunque le dé órdenes todos los días, no lo puede sancionar, ni lo puede despedir. Para prescindir de sus servicios, tendrá que solicitar su sustitución a la sociedad gerente –de acuerdo a lo que contractualmente se haya estipulado en este materia– o remover a la sociedad gerente; cualquier acto directo sobre el representante carecería de eficacia jurídica”⁽⁶⁸⁾.

La problemática en este caso gira entonces alrededor de que “en el, a veces extraño ámbito llamado realidad, el representante está reflexionando, tomando decisiones y ejecutándolas no solo por su representada, sino también por la sociedad gerenciada, pues ambas operan – como todas las personas jurídicas – solo mediante actos de personas naturales, y él es la persona natural que actúa por ambas. Él es

(66) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “La coyuntura del Derecho Laboral en el Pensamiento Iuslaboralista”. En: *Estudios en Homenaje al Profesor Héctor - Hugo Barbajelata*. Montevideo, 1997. p. 387.

(67) PASCO LIZÁRRAGA, Mario. Ob. cit., p. 152.

(68) *Ibidem*, p. 154.

quien asiste a las negociaciones de un contrato y quien los firmará; el quién adopta las medidas diarias de dirección de la empresa; el quien –como establece la normativa laboral al describir a los trabajadores de dirección– sustituye a la sociedad gerenciada cuando ejerce su representación frente a otros trabajadores o a terceros, así como las funciones de administración y control; él quien recibe las felicitaciones o admoniciones de los directores y sus llamadas telefónicas”⁽⁶⁹⁾.

Siendo ello así, se trata de una figura en la que los límites y zonas grises constituyen una materia que puede ser objeto de discusiones interesantes.

2.4. El agente comercial

Por último, tenemos el caso de aquella persona (agente) que celebra un contrato con una empresa, por el cual se obliga frente a ésta, de manera continuada o estable y a cambio de una retribución, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena.

Si bien el “rasgo distintivo capital estriba en que el agente desarrolla su actividad con independencia”⁽⁷⁰⁾, en los supuestos en que el contratado sea una persona natural (incluso, en los supuestos que esté recubierto por una figura de empresa unipersonal) considerando las características de este contrato, debe tenerse presente que la posibilidad de que, por la forma en que se preste el servicio, la relación sea considerada como laboral estará latente. La situación se hace aún más contingente si se presentan indicios que pueden llevar a considerar que estamos ante un encubrimiento de la relación laboral, tal como puede suceder si quien es contratado prestó servicios antes a la empresa contratante en calidad de trabajador.

VI. REFLEXIÓN FINAL

De lo revisado en el presente trabajo, hemos podido apreciar que existe un constante cambio en las relaciones comerciales y las formas de manejarlas, lo que definitivamente tiene implicancia en el manejo de las relaciones laborales. Constituye, entonces, un reto para el Derecho Laboral adaptarse a las nuevas situaciones, siendo conciente de la cada vez más frecuente interrelación con otras ramas del Derecho.

(69) *Ídem*.

(70) GINES I FABRELLAS, Anna. “En las fronteras del Derecho del Trabajo: Contratos de Agencia y de Transporte”. En: *Sociedad Mercantil y Relación Laboral. La Ley*, Madrid, 2007. p. 492.