

# LA SUBCONTRATACIÓN EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS<sup>(1)</sup>

## I. APUNTES SOBRE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

La organización conocida como “grupo de empresas”, cuya raíz se encuentra en el Derecho Mercantil es conceptualizada por dicha disciplina como “un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo (...)”<sup>(2)</sup>.

No existe hasta la fecha una tesis única respecto a la causa de aparición del *agrupamiento* empresarial, sin embargo, en lo que se refiere a economías emergentes como la nuestra, los teóricos del Derecho Mercantil consideran que algunas de las razones son las siguientes<sup>(3)</sup>:

- a) Los grupos permiten a las empresas que los conforman que posean necesidades de financiación conseguir el capital dentro del grupo lo cual evita las complicaciones del mercado externo.

---

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la misma Casa de Estudios. Docente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad ESAN. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(2) EMBID IRUJO, José Miguel. “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. En: *Ekonomiaz*. Revista Vasca de Economía. N° 68, año 2008, p. 85.

(3) Cf. GARMENDIA LAZKANO Aitor y DEL ORDEN OLASAGASTUI, Olga. “Estructuras de propiedad y grupos empresariales en España”. En: *Ekonomiaz*. Revista Vasca de Economía. N° 68, año 2008, pp. 105-106.

- b) Si se accede al capital externo la pertenencia de la empresa a un grupo empresarial le permite obtener mejores condiciones.
- c) Los propios miembros del grupo pueden prestarse internamente servicios empresariales complementarios (distribución por ejemplo) los cuales pueden ser deficitarios en economías emergentes.
- d) Más fácil acceso a la tecnología por parte de proveedores externos, quienes se muestran menos reacios en ceder su tecnología a empresas que pertenecen a grupos con reputación internacional que a aquellas que se presentan en forma independiente.
- e) Mayor facilidad en la transferencia de conocimientos entre los miembros del agrupamiento empresarial.
- f) Los grupos pueden hacer uso del mercado de trabajo interno para facilitar la transferencia del conocimiento entre las filiales.
- g) Posibilidad de reasignar recursos monetarios de una empresa a otra dentro del grupo.

En la misma línea, Jesús Baz sostiene, que “(...) la razón de ser de las empresas de grupo (...) consiste en la explotación conjunta de recursos, actividades, conocimientos, experiencia productiva u organizativa. Esto es lo que en la terminología de la ciencia empresarial se denomina como ‘sinergias productivas’ (...)”<sup>(4)</sup>.

La finalidad del agrupamiento, en palabras de Frisch, es obtener el mejor rendimiento empresarial<sup>(5)</sup>, objetivo que no es per se ilícito, aunque no puede ser pasado por alto desde la óptica del Derecho del Trabajo debido a sus implicancias en nuestra disciplina. Como afirma Arce<sup>(6)</sup>, la inexistencia de regulación del grupo en el ámbito laboral supone inclinar la balanza a favor del principio del rendimiento frente a la mejora de condiciones laborales de los trabajadores pues es imposible sostener que existe una defensa de los intereses laborales si el interlocutor empresarial permanece oculto. Esta dicotomía de intereses del empresario y de

---

(4) BAZ RODRÍGUEZ, Jesús. *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 16.

(5) Cf. FRISCH PHILIPP, Walter. “Grupos de sociedades”. En: *Las sociedades anónimas*. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año 1, N° 3, UNAM, setiembre-diciembre de 1986. p. 1069. Tomado de: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/>>.

(6) Cf. ARCE ORTIZ, Elmer. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*. Editorial Mergablum, Madrid, 2003, p. 72.

los trabajadores se ve desequilibrada aún más cuando la legislación laboral no extiende su tutela al personal subordinado al grupo, pero cuya contrapartida formal en la relación de empleo es la empresa individualmente considerada<sup>(7)</sup>.

Es evidente que esta forma de organización empresarial derivada de las transformaciones económicas posee, qué duda cabe, efectos importantes en nuestra disciplina, pues tras la aparente multiplicidad de empresarios que conforman el grupo puede existir en los hechos un único empleador, cuya determinación resulta primordial a efectos de imputar fundamentalmente el cumplimiento de las obligaciones de carácter laboral y previsional en relación al personal subordinado a aquel, así como su antigüedad laboral. La frase “puede existir” no es casual, pues es factible que el grupo de empresas no siempre concentre en la dirección unitaria el poder de decisión en política laboral. Deberá determinarse quién y en qué casos tiene el poder de decisión a efectos laborales para verificar en qué situaciones es el grupo, las unidades empresariales o ambos, el verdadero empleador<sup>(8)</sup>.

El rasgo que define a los grupos de empresas, según lo manifiesta el profesor Camps Ruiz<sup>(9)</sup> radica en la dirección unitaria que comparten la diversidad de empresas, esto supone que pese a la pluralidad jurídico-formal, existe una unidad económica. Para Martín Valverde, “(...) el grupo de empresas se caracteriza por la existencia de dos o más entidades jurídicamente independientes o autónomas, pero que actúan en sus relaciones de intercambio de manera integrada o simplemente coordinada, adoptando decisiones en común, pudiendo con ello llegar a crear la apariencia de un único ámbito de organización y gestión, una realidad económica unitaria (...)”<sup>(10)</sup>.

Arce<sup>(11)</sup>, por su parte, afirma que los grupos se configuran por la existencia de varios empresarios jurídicamente independientes que al encontrarse sometidos a una dirección única de contenido general constituyen una unidad económica. Sobre la independencia jurídica de los empresarios (generalmente sociedades), el autor sostiene que cada unidad empresarial aparte de contar con autonomía

---

(7) Nuestro legislador no abandona el criterio personalista para determinar al empleador pues asocia su figura a la de una persona individual, sea natural o jurídica, pero no a una pluralidad de personas.

(8) Cf. ARCE ORTIZ, Elmer. “Grupo de empresas y Derecho Laboral”. En: *Ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XIII, N° 26. p. 258.

(9) Cf. CAMPS RUIZ, Luis Miguel. “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” En: AA.VV. *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*. Ed. Trotta, Madrid, 1994, p. 87.

(10) MARTÍN VALVERDE. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 388.

(11) Cf. ARCE, *Grupo de empresas ...* Ob. cit., p. 249.

técnica, administrativa e incluso hasta un objeto social propio, debe poseer independencia económica limitada a la actuación de la dirección económica común. Esta independencia económica mínima es necesaria toda vez que su ausencia llevará al entendimiento de que no existen empresas para formar un grupo sino una sola empresa cuya formalización jurídica es grupal<sup>(12)</sup>.

En cuanto a la tipología o clasificación de los grupos de empresas, los modelos de mayor difusión son dos, los grupos por coordinación u horizontales, y los grupos por subordinación o empresariales.

Los grupos por subordinación incorporan en su organización a una empresa que posee el dominio o control sobre las demás. Este control se deriva de la existencia de vínculos financieros o corporativos entre las empresas debido a la posesión de una mayoría en el capital social o por el control en la toma de decisiones de la sociedad. Esta estructura de grupo empresarial es la que evidencia con mayor claridad el funcionamiento integrado, siendo su máxima expresión la existencia de una sociedad *holding*, la cual controla o domina a las demás a través de la posesión de todas o la gran mayoría de las acciones representativas del capital social de las mismas<sup>(13)</sup>.

Como variantes en la estructura de los grupos por subordinación podemos mencionar a los denominados “grupos en forma radial o de estrella” en los cuales una o varias empresas poseen acciones de las filiales o empresas dominadas, y “grupos en forma piramidal o en cadena”, en estos las empresas dominantes tienen participación en el capital de otras empresas que a su vez ostentan la titularidad del capital social en otras sociedades del grupo y estas a su vez en otras sucesivamente.

Los grupos por coordinación se caracterizan por la ausencia de una sociedad dominante o que ejerce el control en las demás. “(...) En estos casos la actuación integrada de las empresas o entidades afectadas puede ser el flujo igualmente de una pura coordinación de hecho y estrategia común, o de la existencia de conexiones financieras, orgánicas, personales o funcionales entre las mismas, bien porque unas empresas tengan participación en el capital de otras, bien porque tengan en común algunos de sus directivos o miembros de los órganos de gobierno y administración sociales (...)”<sup>(14)</sup>.

---

(12) *Ibidem*.

(13) MARTIN VALVERDE. *Ob.cit.*, pp. 388-389.

(14) *Ibidem*, p. 389.

La jurisprudencia española ha tratado de manera amplia al agrupamiento empresarial, habiendo el Tribunal Supremo señalado que son elementos que definen al grupo de empresas, la pluralidad de personas jurídicas que lo conforman, la independencia jurídica de las mismas, y su vinculación en plano de igualdad o coordinación<sup>(15)</sup>. Sin embargo, no atribuye en general al grupo de empresas la condición de empleador sino que se concentra en aquellos casos en los que la agrupación empresarial es fraudulenta, es decir, que se constituye con el propósito de encubrir la existencia de un único empresario tras la aparente pluralidad con la finalidad de evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores<sup>(16)</sup>. Arce sostiene acertadamente que “la jurisprudencia reconoce al grupo como empleador allí donde realmente no existe grupo, sino una sola empresa con apariencia formal de grupo”<sup>(17)</sup>. Se atribuye efectos laborales al grupo en situaciones de fraude a la ley.

A guisa de ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo Español (TS) de fecha 21 de diciembre de 2000 (STS 9505/2000), se sostuvo lo siguiente:

“SEGUNDO.- (...) y se afirmó que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es *necesaria*, además, la presencia de elementos adicionales” (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1.990 y 30 de junio de 1.993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993, “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. (...) El caso que hoy se enjuicia, (...) la única razón de la condena efectuada contra las empresas es la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo, elemento que (...) carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria (...).”

Más adelante, en la propia sentencia, el TS señala que para lograr la responsabilidad común de los conformantes del grupo empresarial hace falta un plus,

---

(15) Tomado de SEMPERE NAVARRO Antonio y ARETA MARTINEZ María. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario”. En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 48, Madrid, 2004, p. 100.

(16) ARCE. *La circulación* ... p. 48.

(17) Ídem.

un elemento adicional, el cual se presenta cuando la vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales, que enumeraremos seguidamente<sup>(18)</sup>:

- i) Funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo.- Este indicio parte de reconocer un único centro de organización, fiscalización y sanción en las relaciones laborales, siendo este funcionamiento unitario la consecuencia de una situación de confusión patrimonial entre las empresas del grupo. La confusión patrimonial implica, por ejemplo, la utilización conjunta de recursos humanos entre las empresas vinculadas, comparten espacio físico, coincidencia en el objeto social, identidad de domicilio, entre otros.
- ii) Confusión de plantillas o de trabajadores.- Implica la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas que no son en términos formales los empleadores del trabajador. Será importante para este indicio aquellas situaciones por las que el trabajador pasa de una organización a otra sin cambio de contrato. Lo

---

(18) Vid ARCE. *La circulación ...* Ob. cit., pp. 48-58. En una reciente sentencia emitida el 23 de octubre de 2012 (STS 7296/2012), la Sala de lo Social del TS ha señalado lo siguiente en relación al grupo de empresas: "(...) La cuestión ha sido abordada por esta Sala en numerosas sentencias en las que viene manteniendo una constante doctrina. Así, en la sentencia de 8 de junio de 2005, recurso 150/04, establece: 'En el marco de la responsabilidad compartida por los integrantes del grupo, en la aludida sentencia, en la de 21 de diciembre de 2000 (recurso 4383/99) y otras posteriores, hemos declarado que para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son.

En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo'. Por su parte la sentencia de 3 de noviembre de 2005, recurso 3400/04 señala: 'Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. **En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales.** En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes (STS 21/12/2000, rec. 4383/1999; STS 26/12/2001, rec. 139/2001), o de una dirección comercial común (STS 30/04/1999, rec. 4003/1998), o de sociedades participadas entre sí (STS 20/01/2003, rec. 1524/2002) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. (...)'" (énfasis nuestro).

relevante es determinar los supuestos en que las empresas integrantes del grupo hayan actuado como meros centros de trabajo al trasladar al trabajador de una a otra sin formalidad jurídica.

- iii) Confusión de patrimonios, lo cual supone el aprovechamiento común al interior del grupo de recursos materiales. Martín Valverde, citando una sentencia del TS del 9 de junio de 1995, denomina a este elemento como “caja única”, afirmando que, “(...) cuando los patrimonios de las distintas empresas se encuentran comunicados, o incluso llegan a confundirse, de tal forma que sus respectivos fondos y activos se aplican indistintamente al funcionamiento de unas y otras sociedades, se habla de la existencia de “caja única”, lo que a su vez determinará una comunicación de responsabilidades entre las diversas empresas del grupo (a efectos de un descuelgue salarial, para el que se tuvo en cuenta la situación del grupo como una unidad) (...)”.
- iv) La búsqueda mediante la configuración de empresas aparentes, es decir, sin sustrato real, de una elusión de responsabilidades laborales. Esto no es otra situación que el fraude.

Esta corriente jurisprudencial del TS que pone de relieve a los grupos fraudulentos supone la aplicación de la doctrina societaria del levantamiento del velo, siendo limitada pues no comprende en su totalidad a los grupos empresariales sino solamente a aquellos casos en que lo que existe en los hechos es una única empresa con apariencia de grupo. Cierta sector de la doctrina española es crítico a este mecanismo argumentativo del TS afirmando que los indicios que el TS plantea son concebidos por los tribunales como simples “rasgos” que reflejan una “imagen fenoménica” y que permiten criterios de valoración muy laxos. Esto genera que la jurisprudencia de nivel jerárquico inferior posea criterios valorativos discordantes en casos inclusive idénticos<sup>(19)</sup>.

Ante esta posición del TS, un sector de la doctrina española <sup>(20)</sup> propone dos operaciones interpretativas que no se desprenden de la recurrencia al levantamiento del velo societario, que pasamos a comentar.

---

(19) Vid. M.J. HERRERA DULCE: *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*. Cisspraxis, Valencia, 2000. p. 39, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. “El desvelo de los grupos de empresa”. En: *Revista Aranzadi Social*. Nº 5, 1998. Citados por; BAZ. Ob. cit., p. 66.

(20) BAZ. Ob. cit., p. 69 y ss.

En primer lugar, se sugiere una aplicación autónoma del artículo 1.2 del Estatuto de Trabajadores español<sup>(21)</sup> a los grupos de empresas sosteniendo que es posible imputar la cotitularidad del contrato de trabajo a dos o más empresarios que formen parte de un grupo sin verificar una conducta fraudulenta, sino atendiendo al beneficio simultáneo o sucesivo que perciban de la prestación de servicios de un trabajador.

Este planteamiento pone su atención en los derechos y obligaciones que se derivan de una relación laboral, citando como ejemplo el ejercicio del poder de dirección por una instancia común a varias empresas del grupo orientando el trabajo a la consecución de objetivos compartidos; las funciones que se encomiendan al trabajador a favor de varias empresas del grupo, constituyendo el ámbito funcional de la relación laboral y generando la cotitularidad del contrato de trabajo entre dichas empresas; el contenido de los pactos contractuales entre las partes que pueden evidenciar la presencia de una única relación laboral, entre otros. La utilización de este criterio interpretativo, manifiesta el autor, permitirá aplicar el artículo 1.2 del E.T. a los “grupos verdaderos” y no solamente fraudulentos, y además restringir el uso desmedido de los elementos indiciarios planteados por el TS, en particular el de “plantilla única” pues para el autor la movilidad del trabajador al interior del grupo no supone necesariamente la existencia de una organización laboral única.

Compartimos la inquietud doctrinaria de comprender en el análisis a los grupos de empresas verdaderos y no solamente a aquellos de corte fraudulento pero nos queda la duda de la pertinencia de invocar el artículo 1.2. del ET en tanto este contiene una tipificación de empresarios que no comprende al grupo de empresas. Sobre el particular, Arce reconoce la existencia de una laguna en el artículo 1.2 ET<sup>(22)</sup> que impide que los grupos de empresas estén automáticamente comprendidos en sus alcances. Sin perjuicio de esto último, es menester advertir que Baz evidencia en su teoría que, como lo señalamos anteriormente, existirán grupos empresariales con implicancia laboral si la dirección única es la que toma las decisiones de política laboral.

En segundo lugar, se sugiere considerar al grupo como una “unidad empresarial” en función de una interpretación teleológica de las normas, es decir, busca

---

(21) Artículo 1.2. ET: “A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

(22) ARCE. *La circulación* ... Ob. cit., p. 38.



establecer el alcance de un precepto legal atendiendo a aquellos objetivos que se buscó conseguir mediante su establecimiento, en otras palabras, el sentido de la norma aplicable. Por ejemplo, tratándose del aspecto sindical, se permitiría negociar colectivamente en el ámbito de grupo<sup>(23)</sup>. En esta línea de pensamiento, Baz considera oportuna la creación de un Derecho Laboral especial de la empresa de grupo. Esta argumentación tiene sus límites en tanto nuestro sistema jurídico parte de una concepción personalista del empleador, inclusive a nivel sindical, no existiendo un *telos* orientado al grupo como empleador.

Luego de lo expresado huelga reiterar que no existe una concepción única de grupo de empresas ni sus efectos laborales. Sin embargo, es importante para la disciplina laboral, a diferencia de la mercantil, ubicar al real empleador. No ocurrirá siempre, que el grupo sea el empleador, habrá que determinar en cada caso concreto quien ostenta el poder de dirección. Esto supondrá la difícil tarea de verificar quién posee la “capacidad de decidir sobre el sentido económico de la prestación de trabajo según el plan empresarial”<sup>(24)</sup>.

Advertimos que este ejercicio no es nada sencillo, máxime si los grupos van cambiando constantemente su configuración, aunque debemos anotar que en los grupos por subordinación resultará menos complicado determinar cuál de todas las empresas que los conforman es la que detenta el poder directriz al ser la que toma las decisiones económicas relativas al ejercicio de la actividad laboral o si lo hace la agrupación en su conjunto. Resulta trascendente verificar la identidad del empleador, pues ello tiene impacto directo tanto en la estabilidad laboral del personal que sea rotado de una empresa a otra como de aquellos beneficios que se adquieran en función al tiempo laborado. No será similar la situación de un trabajador que es trasladado a cada empresa del grupo mediante una relación laboral de duración determinada por decisión de la dirección unitaria grupal y que cada empresa le reconozca la antigüedad que venga arrasando de su empleador anterior frente a aquel a quien se le resuelve el contrato en cada cambio de empleador formal con la finalidad de evitar que acumule antigüedad laboral.

---

(23) BAZ. Ob. cit., p. 78

(24) ARCE. *La circulación ...* Ob. cit., pp. 84-85.

## II. REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN LA NORMATIVA PERUANA

---

A pesar de las grandes implicancias que posee el agrupamiento empresarial en las relaciones laborales, pues existe una suerte de “huida” o “encubrimiento” del empleador real detrás de la pluralidad, nuestra normativa carece de regulación laboral expresa de los grupos de empresas, debiéndonos remitir a lo establecido en otras ramas del Derecho.

Como podrá advertirse de las normas glosadas en este acápite, la mayoría de las mismas regulan la vinculación económica empresarial y pocas los grupos de empresas. Tengamos en cuenta que la vinculación económica no supone per se la existencia de un grupo empresarial, aunque la presencia de este sí supone vinculación económica entre sus miembros. Recordemos que una de las grandes razones del agrupamiento empresarial es precisamente la económica.

Sin embargo, resulta conveniente citar los cuerpos legales que norman a la vinculación económica, pues, como podrá advertirse, algunos supuestos que generan la vinculación empresarial también configuran al grupo de empresas, como la existencia de un control o dirección común a varias empresas. Estos criterios son los que hemos recogido de las normas que expondremos seguidamente, obviando el relativo al volumen de operaciones entre las empresas que no constituye necesariamente un indicio de agrupamiento empresarial.

### 1. Ley del Impuesto a la Renta, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF (en adelante, LIR)

Su artículo 32 se refiere al valor de mercado en el caso de transacciones a efectos de gravar las mismas con el Impuesto a la Renta.

La norma señala textualmente que “en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente. (...)”.

En la determinación del valor de mercado, el artículo 32-A considera que “(...) dos o más personas, empresas o entidades son **partes vinculadas** cuando una de ellas participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra; o cuando la misma persona o grupo de personas participan

directa o indirectamente en la dirección, control o capital de varias personas, empresas o entidades”.

Advertimos que para la LIR los siguientes elementos generan la vinculación empresarial:

- Participación de una de las empresas directa o indirectamente en la administración, control o capital de la otra.
- Misma persona o grupo de personas dirige a varias empresas.
- Misma persona o grupo de personas controla a varias empresas.
- Misma persona o grupo de personas participan en el capital de varias empresas.

Estos supuestos de dirección unitaria son los que naturalmente llegan a configurar a los grupos empresariales.

## **2. Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 122-94-EF (21/9/1994)**

El artículo 24 de la norma reglamentaria fija diversos criterios para entender cuándo dos o más personas se encuentran vinculadas. A efectos del presente trabajo conviene mencionar a los siguientes:

- Que una persona natural o jurídica posea más del treinta por ciento (30 %) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
- Que más del treinta por ciento (30 %) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
- En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca, en más del treinta por ciento (30 %), a socios comunes a estas.
- Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.

- Que una persona natural o jurídica ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de una o más personas jurídicas o entidades. En tal situación, se considerará que las personas jurídicas o entidades influidas están vinculadas entre sí y con la persona natural o jurídica que ejerce dicha influencia. Se entiende que una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante cuando, en la adopción del acuerdo, ejerce o controla la mayoría absoluta de votos para la toma de decisiones en los órganos de administración de la persona jurídica o entidad.

### **3. Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 055-99-EF**

Esta norma ha recogido en el artículo 54 una definición de empresas vinculadas económicamente, muy similar a la contenida en las normas sobre el Impuesto a la Renta.

Así, el dispositivo establece que la situación mencionada ocurre, entre otros casos, cuando:

- Una empresa posea más del 30 % del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de una tercera.
- Más del 30 % del capital de dos (2) o más empresas pertenezca a una misma persona, directa o indirectamente.
- El capital de dos (2) o más empresas pertenezca, en más del 30 %, a socios comunes de dichas empresas.

### **4. Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, Resolución CONASEV N° 090-2005-EF-94.10, vigente desde el 1 de enero de 2006**

El artículo 5 del Reglamento define a la vinculación como la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado.

Salvo prueba en contrario, la indicada norma presume la existencia de vinculación, en los siguientes casos:

- Entre personas jurídicas:
  - Cuando forman parte del mismo grupo económico.

- Cuando una misma garantía respalda las obligaciones de ambas, o cuando más del 50 % de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.
- Cuando más del 50 % de las obligaciones de una persona jurídica son acreencias de la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.
- Cuando una persona jurídica tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social de otra que le permite tener presencia en su directorio.
- Cuando un tercio o más de los miembros del directorio o de los gerentes de una de ellas son directores, gerentes o trabajadores de la otra.
- Entre personas naturales:
  - Cuando son parientes.
  - Cuando una de ellas es director, gerente o asesor de una persona jurídica en la cual la otra tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social que le permite tener presencia en su directorio.
  - Cuando ambas pertenecen al conjunto de personas que ejercen el control de un grupo económico.
- Entre personas naturales y jurídicas:
  - Cuando la persona natural tiene una participación, directa o indirecta, en el capital social de la persona jurídica que le permite tener presencia en su directorio.
  - Cuando la persona natural es director, gerente o asesor de la persona jurídica, o ha ejercido alguno de tales cargos en alguna oportunidad durante el último año.
  - Cuando la persona natural es director, gerente o asesor de alguna de las personas jurídicas del grupo económico al que pertenece la persona jurídica.
  - Cuando la persona natural pertenece al conjunto de personas que ejercen el control del grupo económico al que pertenece la persona jurídica.

Como grupo económico se entiende al conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales.

Por excepción, se considera que el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30 % de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50 % de los miembros del directorio (artículo 7). Advertimos a la dirección unitaria como presupuesto para la existencia de un grupo de empresas.

Finalmente, y en forma acertada, presume, salvo prueba en contrario, que las personas que ejercen los cargos de apoderados, representantes Legales, directores o gerentes de una persona jurídica ejercen el control sobre ella y que las personas jurídicas vinculadas se encuentran sujetas a un control común (artículo 8).

## **5. Resolución N° 445-2000-SBS, N°mas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico**

El artículo 8 entiende por grupo económico “(...) al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce 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 (...)”

La norma entiende por control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica (artículo 9), presumiendo que existe el mismo entre un grupo económico sobre una persona jurídica cuando la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente de esta persona jurídica se encuentran vinculados por riesgo único al grupo económico.

## **6. Normas laborales vigentes sobre grupos de empresas**

En materia laboral no ha existido una disposición de carácter general que regule a los grupos de empresas, lo cual ha llevado a nuestra jurisprudencia a tomar elementos de las normas citadas anteriormente para determinar cuándo nos encontramos ante una organización de carácter grupal. Es menester comentar que en la normativa que regula a las microempresas existe una referencia a los grupos de empresas, limitada en su ámbito al régimen laboral especial existente en dicho sector.

En efecto, el artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-TR y modificado por Ley N° 30056, excluye de los beneficios previstos en dicha norma para las micro y pequeñas empresas a aquellas que, entre otros casos, conformen un grupo económico que en conjunto no reúnan las características previstas en la norma para permitir el acceso a los beneficios contemplados en ella o tengan vinculación económica con otras empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no cumplan con dichas características.

En el artículo 4 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2008-TR, se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas.

Asimismo, dos (2) o más empresas tienen vinculación económica cuando, entre otros casos:

- Una persona natural o jurídica posea más de treinta por ciento (30 %) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
- Más del treinta por ciento (30 %) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
- El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca en más del treinta por ciento (30 %) a socios comunes a estas.
- Cuando las personas naturales titulares de negocios unipersonales son cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y cuenten con más del veinticinco por ciento (25 %) de trabajadores en común.
- Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos o comerciales que se adopten.

Luego del breve repaso normativo, advertimos que para nuestra legislación, la dirección común (directores, gerentes), el control a través de la participación en

el capital en un determinado porcentaje, o la existencia de socios comunes, son evidencias de vinculación económica e inclusive de agrupamiento empresarial.

## 7. Proyecto de Ley General de Trabajo

Este proyecto vendría a cubrir la inexistencia de una norma laboral general que conceptualice al grupo de empresas.

Así, en su artículo 6 define considera que existe 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 (...)**” (resaltado nuestro).

Luego, en el artículo 7, considera un conjunto de situaciones que generan la presunción *iuris tantum* de existencia de grupo de empresas, a saber:

1. Desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva.
2. Existe relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes.
3. Los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas naturales.
4. Utilicen una idéntica denominación, marca o emblema.

El proyecto otorga preeminencia a los elementos de unidad económica y dirección única para definir al grupo de empresas en concordancia con la doctrina nacional y comparada.

Es importante también comentar que el proyecto contempla algunas consecuencias de laborar en un grupo de empresas como la responsabilidad solidaria de las empresas que conforman por el grupo por los derechos laborales del personal que presta servicios en varias empresas del mismo (artículo 6, 2º párrafo), o el hecho de que el traspaso de personal entre empresas que forman un grupo no afecta las remuneraciones, la categoría, ni la antigüedad del trabajador (artículo 8).

Advertimos también que el proyecto no se preocupa por atribuir la condición de empleador al grupo, de verificarse ello, sino que se mantiene en el formalismo propio de la personalidad jurídica. Creemos que debió declararse expresamente que, ante la evidencia que el grupo de empresas es el empleador, se aplicarán la responsabilidad solidaria indicada así como el respeto a las condiciones



salariales, categoría y antigüedad laboral. Inclusive, quienes ocupen puestos de trabajo similares en distintas empresas del grupo deberían acceder a condiciones de trabajo idénticas.

Estos aspectos contemplados por el proyecto justamente son aquellos más sensibles ante la existencia de un agrupamiento empresarial que asume el rol de empleador. Por un lado, el hecho de que el grupo como un todo, es decir, sus miembros, sean responsables solidariamente por sus derechos laborales, y además se respete su antigüedad y condiciones laborales en tanto su empleador era el grupo económico y no cada empresa, no existiendo justificación para el cese y recontractación cuando se trata de único empleador.

Este reconocimiento del grupo empresarial como empleador exigiría la emisión de normas procedimentales que permitieran al grupo asumir el rol de empleador. Esta posibilidad colisionaría con las normas mercantiles que apuntan a la pluralidad empresarial en términos de eficiencia. Sin embargo, la disciplina laboral, tuitiva del trabajador, debiera imponerse sobre la mercantil. En este punto debemos advertir que un análisis de ese tipo va más allá del propósito del presente trabajo por lo que nos eximimos de efectuarlo.

### III. TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

---

En contraposición a la inexistencia de regulación laboral sobre los grupos empresariales, nuestra jurisprudencia sí ha considerado las implicancias de dicho fenómeno organizativo en sus pronunciamientos, aunque, como se verá luego, en forma imprecisa en algunos casos y contradictoria en otros.

#### 1. Consecuencias de la existencia de un grupo de empresas

Los vocales laborales, en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo el año 2008, acordaron que existía solidaridad en las obligaciones laborales no solamente al configurarse los supuestos contenidos en el artículo 1183 del Código Civil<sup>(25)</sup> sino además, “en los casos en los que exista vinculación económica, **grupo de empresas** o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores” (énfasis nuestro). No existe exigencia de laborar

---

(25) “(...) La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa (...)”.

en forma sucesiva o simultánea para más de una empresa del grupo, ni que exista confusión patrimonial como lo hace el TS español. En otras palabras, parecería que no se apunta únicamente a los grupos fraudulentos.

Lamentablemente, los magistrados no profundizan las razones por las que a su criterio se fija la responsabilidad solidaria en caso de detectar un agrupamiento empresarial y, además, al considerar una consecuencia similar (responsabilidad solidaria) a situaciones de fraude laboral, se evidenciaría una aparente contradicción con lo señalado en el párrafo precedente.

Tampoco se recogen los criterios para determinar la existencia de un grupo de empresas, por lo que entendemos que procedería la recurrencia al ordenamiento común glosado en el acápite anterior.

En este punto es interesante comentar a la Casación N° 328-2012-LIMA, publicada el 28 de febrero de 2014, en la cual la Corte Suprema señala que las prácticas corporativas de holdings no son prohibidas por el Derecho, “(...) y en el campo del Derecho del Trabajo el grupo solamente adquiere significación jurídica cuando a través de su existencia se vulnerar derechos laborales es ostensible fraude a la ley (...)”.

La Corte Suprema en este pronunciamiento parecería inclinarse por una visión fisiológica y no patológica de los grupos de empresas, únicamente atribuyendo implicancia laboral ante la existencia de fraude a la ley, el cual supone que la conformación del mismo ha tenido por objeto la afectación de los derechos laborales del personal que trabaja para el grupo.

## **2. Indicios para determinar cuándo estamos ante un grupo de empresas con implicancia laboral**

La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 951-2005-LIMA atribuyó responsabilidad solidaria a las empresas Aero de continente S.A. y Sistema de Distribución Mundial S.A.C., basándose en el hecho de que la primera era **accionista mayoritaria** de la segunda; y, porque además el trabajador prestó **servicios para ambas**, lo cual se acreditó con los certificados de trabajo otorgados al demandante. Asumimos que la Corte infirió la existencia de dirección unitaria a partir de la mayoría accionaria aunque creemos que debió ser expresamente indicado en su sentencia.

Posteriormente, en la Casación N° 3733-2009-LIMA, la Corte Suprema dispuso la existencia de un grupo económico entre las empresas Grupo RPP S.A. (antes Radioprogramas del Perú S.A.) y Teleflash S.A.C. debido a la “participación de acciones ambas empresas de una misma persona, Manuel Delgado Parker,

la relación familiar de los accionistas que pertenecen al mismo Grupo Empresarial GrupoRPP”. La Corte sustenta su pronunciamiento en el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, Resolución CONASEV N° 090-2005-EF-94.10, aunque en forma superficial pues no verificamos en la sentencia referencia alguna a la dirección unitaria. No basta con que exista un accionista común para que nos encontremos ante un grupo de empresas.

Adicionalmente, conviene señalar que en la Casación N° 3069-2009- LA LIBERTAD la Corte Suprema ha establecido algunos elementos para identificar al grupo económico. En efecto, la Corte señala como elementos para determinar la existencia de un grupo económico a, (i) la participación activa de un mismo funcionario en dos empresas (era subgerente de Recursos Humanos en una y apoderado en otra); (ii) que las empresas posean un mismo domicilio fiscal; (iii) la divulgación de diversos anuncios periodísticos que presentan a ambas empresas como parte de un mismo grupo económico.

En cuanto al Tribunal Constitucional (TC), en la sentencia correspondiente al Expediente N° 6322-2007-PA/TC, el Colegiado determinó la existencia de responsabilidad solidaria de dos empresas de un mismo grupo respecto a las obligaciones laborales de un trabajador aun cuando una de las empresas no fue demandada en el proceso. El TC señaló que en sede judicial ordinaria se concluyó la existencia de un grupo empresarial en razón a que las empresas poseen los mismos accionistas, directivos y también comparten el mismo domicilio. El hecho de que no solamente exista accionariado común sino también directores comunes, evidencia la dirección unitaria entre las empresas.

De lo expuesto vemos que el haz de indicios recogido por la judicatura para verificar la existencia de un grupo de empresas los cuales son, la tenencia de acciones de una empresa en otra, la prestación de servicios de un trabajador para más de una empresa del grupo, los accionistas comunes, directivos comunes, la relación familiar de los accionistas comunes. No advertimos una claridad de indicios por lo que urge la aprobación de normas sobre el agrupamiento empresarial. Lo que sí podemos afirmar es que no existe una fijación en los grupos fraudulentos, y que el solo hecho de que exista un grupo empresarial permite al trabajador de una de las filiales plantear válidamente un reclamo a las demás por el pago de sus beneficios laborales al generarse la responsabilidad solidaria de las filiales.

La jurisprudencia no ha tenido la audacia suficiente para calificar como empleador al grupo empresarial, imaginamos que ello obedece a la ausencia de normas y al criterio personalista de nuestro ordenamiento. Urge, reiteramos normativa que regule dicho fenómeno empresarial.

#### IV. SUBCONTRATACIÓN Y GRUPOS DE EMPRESAS

---

La subcontratación, “efecto jurídico” de la forma de organización empresarial denominado “descentralización productiva”, comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial, se encuentra regulada por la Ley N° 27626 y la Ley N° 29245, y por sus respectivas normas reglamentarias.

La subcontratación de mano de obra aparece cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria. La subcontratación de mano de obra es denominada “intermediación laboral” por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados a la empresa usuaria o cliente.

La intermediación laboral se encuentra regulada en la Ley N° 27626<sup>(26)</sup> y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR<sup>(27)</sup>, dispositivos que permiten la prestación de dichos servicios solo en determinados supuestos y cumpliendo una serie de requisitos y formalidades con la finalidad de brindar mayor protección al trabajador destacado y fomentar la contratación directa de personal.

---

(26) La intermediación laboral en nuestro país se encontró proscrita hasta el año 1978 cuando fue permitida por el Decreto Ley N° 22126, en cuyo artículo 27 autorizó la prestación de servicios a quien no era empleador directo aunque solamente para ejecutar labores complementarias (mantenimiento, limpieza, seguridad).

Posteriormente, en 1986, la Ley N° 24514, norma que derogó al Decreto mencionado anteriormente, amplió el ámbito de la intermediación laboral a labores especializadas. Se entendía como tales a aquellas no comprendidas en las actividades principales que ejecuta la empresa usuaria pero para cuya realización se requiere personal altamente calificado.

Luego, en 1991, la tristemente célebre Ley de Fomento del Empleo, amplía el terreno de la intermediación laboral (hasta ese momento para labores complementarias y especializadas) a labores principales pero de naturaleza temporal. Para ello además de las empresas de servicios complementarios se sumaron las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajadores (cooperativas de fomento del empleo y de trabajo temporal). Es interesante comentar que el texto original del Decreto Legislativo N° 728 estableció como límite cuantitativo al personal destacado al 20 % de la planilla de la empresa usuaria, tope ampliado al 50 % en 1996 por el Decreto Legislativo N° 855.

(27) Es interesante comentar que a partir de lo dispuesto en estas normas no es posible subcontratar personas naturales sino únicamente personas jurídicas constituidas de acuerdo a la Ley General de Sociedades. En efecto, el artículo 2 de la Ley N° 27626 señala que “la intermediación laboral solo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral”. Véase: ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores, Lima, 2006, p. 41.

Es decir, mientras que la regla general es la contratación directa del personal<sup>(28)</sup>, la intermediación laboral es un supuesto excepcional, que se encuentra regulado de manera restrictiva. En efecto, según el artículo 3 primer párrafo de la Ley, “la intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria solo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización”. La excepcionalidad es jurídica pues en los hechos estas formas de organización abundan cada vez más.

Así la normativa anotada permite intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades principales pero temporales<sup>(29)</sup> de la empresa usuaria (cliente), actividades complementarias<sup>(30)</sup> o actividades altamente especializadas. Para ello si bien podrán constituirse empresas de servicios temporales, complementarios, o altamente especializados, es posible que una sola empresa se encargue de intermediar los tres tipos de actividades.

Por otro lado, la subcontratación de bienes y servicios se encuentra normada por la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo N° 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, siendo de aplicación supletoria el marco normativo contenido en el Código Civil.

Las normas en mención disponen que una real tercerización<sup>(31)</sup> implica que el tercero (contratista) ejecute su actividad por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales<sup>(32)</sup> y con el personal bajo su

---

(28) El artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR contiene una presunción a favor de la contratación indefinida al señalar que, “(...) En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

(29) Mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-TR, se precisaron las definiciones de actividad principal y complementaria para efectos de la intermediación laboral, entendiéndose como actividad principal: de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio de la misma. Siendo considerada como tal toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria o principal. Este tipo de intermediación laboral (para cubrir actividades principales) es la más restringida por nuestro ordenamiento, toda vez que se la limita a los supuestos de ocasionalidad (eventualidad) y suplencia (reemplazo) y se la limita cuantitativamente pues los trabajadores destacados a la usuaria no deben exceder del 20 % de la totalidad de su personal.

(30) El artículo 1 del D.S. N° 003-2002-TR, entiende como actividad complementaria a aquella de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

(31) Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación de bienes o servicios.

(32) Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al

exclusiva subordinación<sup>(33)</sup>. Es interesante comentar que a partir del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades ordinarias<sup>(34)</sup> que impliquen desplazamiento continuo<sup>(35)</sup> del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones<sup>(36)</sup> del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales se regularán por el Código Civil y la normativa sectorial especial con la evidente desprotección para los trabajadores que ello supone. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

Este fenómeno denominado “subcontratación” es recurrente en los grupos empresariales, tanto en aquellos grupos subordinados como en los grupos por coordinación. El fraccionamiento del ciclo productivo en los grupos por subordinación o una mayor confianza en la interrelación contractual, tratándose de los grupos por coordinación, pueden encabezar la lista de motivos de recurrencia a la subcontratación<sup>(37)</sup>.

Molina afirma que el grupo constituye “(...) un ámbito particularmente abonado para el establecimiento de relaciones económico-mercantiles articuladas bajo la forma de contratos de obras y/o servicios entre las unidades jurídico-organizativas

---

proceso productivo de la empresa cliente.

Dicha disposición del Decreto Supremo N° 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el Expediente N° 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el Expediente N° 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.

- (33) Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.
- (34) Se entiende por actividades principales u ordinarias aquellas cuya ausencia afecten o interrumpen la continuidad del negocio del cliente. Se trata, sin duda, una enorme permisividad en cuanto a aquellas actividades que pueden ser objeto de la subcontratación, hecho sin duda de por sí cuestionable pues podría llegarse al extremo de que la empresa cliente carezca de trabajadores en planilla.
- (35) Se configura la continuidad cuando:
- a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
  - b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.
- (36) Constituye centro de operaciones el lugar fuera de las instalaciones del cliente al que el personal del tercero se desplaza por indicación de aquel.
- (37) ARCE. *La circulación* ... Ob. cit., p. 125.

autónomas existentes, aun bajo el gobierno estratégico de un centro de decisión común (...)”<sup>(38)</sup>.

La subcontratación en el grupo de empresas no constituye una operación per se fraudulenta cuyo objetivo sea afectar los derechos laborales del personal involucrado en la misma, sino que exige, a nuestro entender, de una mirada más aguda por parte de los operadores jurídicos pues podría existir un real fraude (grupos ficticios) o una aparente licitud que en los hechos constituya una simple cesión de mano de obra.

El análisis de legalidad de la subcontratación tomará distintos matices si el comitente de los servicios o ejecución de la obra es otra filial o el grupo como conjunto.

**Primer escenario.-** El Comitente es la empresa (filial) individual<sup>(39)</sup> y la contratista es otra filial del grupo de empresas: en este caso si bien existiría una aparente licitud pues se trata de dos empresas independientes que se interrelacionan comercialmente (la contratista y la filial que la contrata), no debemos dejar de analizar con más detalle el cumplimiento de aquellos presupuestos de validez de la operación comercial que han sido recogidos en nuestra normativa<sup>(40)</sup> para la subcontratación de bienes y servicios, denominada por nuestro sistema jurídico como tercerización, que son los siguientes:

- Que la contratista ejecute su actividad por su cuenta y riesgo: este elemento de validez de la subcontratación supone verificar que la filial posea cierto nivel de autonomía dentro de la lógica grupal y que por ello asuma las consecuencias en caso no ejecute la actividad a su cargo en forma completa, oportuna y en los términos en los que fue contratada.

No debería suceder una transferencia en el riesgo del encargo al cliente (comitente), pues ello restaría credibilidad a la independencia de la subcontratista frente a aquel.

- Que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales: esto implica que la filial subcontratista maneje recursos financieros que

---

(38) MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*. Editorial Comares, Granada, 2000, p. 66.

(39) La empresa individual es parte de un grupo cuyas decisiones económicas en materia de personal o política laboral las ejerce cada empresa y no el grupo como un conjunto. En este supuesto el empleador es la empresa individual y no el grupo en su conjunto.

(40) Véase Ley N° 29245, Decreto Legislativo N° 1038 y D.S. N° 006-2008-TR.

le permitan prestar el servicio o realizar la obra, que su personal posea conocimientos técnicos suficientes y que además la empresa cuente con el equipamiento necesario. En este punto consideramos inconveniente aplicar lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, cuyo artículo 4.3 permite que la subcontratista emplee herramientas y equipos provistos por el comitente inclusive, pues la ausencia de equipamiento reduciría el servicio o la obra a una simple provisión de mano de obra<sup>(41)</sup>.

- Que la contratista subordine en forma exclusiva y excluyente al personal que emplee para la ejecución del servicio o la obra contratada<sup>(42)</sup>. Esto es muy importante pues, al existir empresas autónomas cada una debería responsabilizarse de la gestión de su personal.

Es común que en el escenario de la subcontratación en un grupo empresarial el trabajador asignado por el subcontratista para la ejecución del servicio u obra a favor de otra empresa del grupo esté sujeto a un mecanismo de circulación al **interior** del grupo, el cual se acentúa si el subcontratista presta sus servicios a más de una filial.

Por ejemplo, si una de las empresas es la encargada de proporcionar los servicios de *back office*, es decir, contabilidad, informática, recursos humanos a las demás empresas del grupo, será natural que el personal asignado por la misma (contratista) vaya rotando por cada una de las filiales (comitente). Esta rotación parte del presupuesto de que la contratista (y a su vez filial del grupo) es la empleadora de este trabajador y que su circulación no afectará su antigüedad laboral, remuneraciones<sup>(43)</sup>.

---

(41) Debemos precisar que no nos oponemos a la posibilidad mencionada en cualquier esquema de subcontratación distinto al estructurado con otra filial en el seno de un grupo de empresas. Esta exigencia obedece a la necesidad de otorgar solidez al esquema bajo análisis en tanto existe un nivel natural de coordinación o subordinación en el grupo empresarial pese a que, en este primer supuesto, existe autonomía entre la filial y el grupo en lo que a política de personal se refiere.

(42) Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador y no por el grupo empresarial.

(43) Puede ocurrir que el desplazamiento (circulación) al interior del grupo tenga incidencia en las remuneraciones y beneficios sociales del personal de la subcontratista en tanto el servicio constituya una intermediación laboral pues como lo señala el artículo 7 de la Ley N° 27626, el personal de las empresas de servicios y de las cooperativas cuando fueren destacados a una empresa usuaria, tienen derecho durante dicho periodo de prestación de servicios a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Esto ocurrirá si existe personal en la usuaria que realice funciones similares, salvo que se aplique la excepción contemplada en el artículo 5 del Reglamento (Decreto Supremo N° 003-2002-TR), la cual dispone que no son extensivos los beneficios que se otorguen por la existencia de una situación especial objetiva, inherentes a calificaciones personales, desarrollo de actividades específicas, particularidades del puesto o el cumplimiento de condiciones específicas.



ni categoría pues se mantiene en la planilla de aquella y solamente cambia el lugar de su destaque o desplazamiento<sup>(44)</sup>.

En cuanto a la cesión de mano de obra, no vemos inconvenientes para entablar una relación de subcontratación de personas (llamada por nuestra regulación como “intermediación laboral”), en tanto se cumplan los presupuestos normativos correspondientes, en nuestro caso, que la filial que preste el servicio o ejecute la obra se encuentre autorizada por la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), y que se cumplan los presupuestos contemplados en las normas en rigor, Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

Para concluir este punto podemos afirmar que es legal la subcontratación entre una filial individual y otra al interior de un grupo de empresas. Será importante verificar en los hechos el cumplimiento de los requisitos legales glosados en este acápite con mucha agudeza pues en cualquier momento el centro de decisiones en política laboral puede pasar al grupo como tal y ello nos llevaría al siguiente supuesto.

Tengamos en cuenta que el grupo de empresas es una organización dinámica por lo que la dirección unitaria puede adquirir relevancia laboral en un momento y luego cederla a las empresas individuales por lo que determinar el supuesto en que nos encontramos puede resultar sumamente complejo para el operador jurídico.

**Segundo escenario.-** El comitente es el grupo empresarial: en este supuesto el servicio o la obra se ejecuta formalmente a favor de una filial del grupo, sin embargo, a diferencia del caso anterior, quien ha decidido la subcontratación y se beneficia con la misma es la dirección unitaria, es decir, el grupo empresarial. Por ende, al ser el comitente el grupo<sup>(45)</sup>, los objetivos empresariales que se ven satisfechos con la prestación del servicio o la ejecución de obra por parte de la contratista no corresponden a cada empresa sino al agrupamiento en su totalidad.

---

(44) Es importante comentar que la circulación incidirá en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo del trabajador que se desplace a más de una empresa comitente pues podría ocurrir que las condiciones en que desarrolle sus labores no sean similares. De acuerdo a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) es el comitente quien debe garantizar un ambiente de trabajo seguro no solamente a su personal sino a los trabajadores de terceros que realicen labores en sus instalaciones (artículo 68). Creemos que este dispositivo no exime al empleador a cumplir con el deber de garantizar la seguridad y salud a su personal durante el desempeño de sus labores, por lo que deberá verificar que las condiciones sean adecuadas antes del desplazamiento y mientras este se efectúe.

(45) Supuesto en el cual la dirección unitaria es quien posee el poder de decisión a efectos laborales.

Esto asoma una instrumentalización de la subcontratación a favor de los intereses de la unión empresarial<sup>(46)</sup>, esquema que supondrá un enorme reto para el operador jurídico pues se debilitará, por obvias razones, la autonomía de la contratista respecto al comitente hecho que atenta contra la solidez de la subcontratación. En efecto, la contratista y la filial que formalmente recibe los servicios o se beneficia de la obra se encuentran sujetas a la dirección unitaria, quien marca la pauta del discurso laboral.

En otras palabras, en los hechos se estaría generando un esquema de subcontratación con personal que por el hecho de formar parte de una empresa que cumple las pautas de la dirección unitaria, posee una relación laboral con el grupo y no con la empresa filial. Recordemos que en estos casos el empleador es el grupo económico. Por ende, este supuesto implicará subcontratar a los propios trabajadores, hecho ilógico desde la normativa laboral.

El personal terminará siendo subordinado por el grupo, verdadero empleador, con lo cual lo que en la forma es una subcontratación, en el fondo pasa a ser una mera interposición por parte de la filial entre el empleador (grupo) y su personal.

Este razonamiento descalificaría a toda subcontratación con verdaderos grupos empresariales en casos en que el grupo, y no la filial individualmente considerada, sea el empleador del personal adscrito a cada empresa integrante del grupo, y por ende, también del empleado por la contratista. Sin embargo, y retomando el hecho que nuestro ordenamiento es personalista al determinar al empleador, si nos detenemos en el aspecto formal se asumiría una posición favorable a esta subcontratación en tanto se cumplan los presupuestos de validez detallados en el acápite anterior.

**Tercer escenario.-** El comitente es el grupo de empresas fraudulento: en este caso ni siquiera podemos referirnos a la contratista como empresa real, pues al carecer de total autonomía no será una empresa sino un centro de trabajo para el grupo ficticio. No podemos referirnos a subcontratación si no existe una real prestadora de servicios.

Por ende, el personal será considerado como contratado en forma indeterminada por la empresa (grupo aparente), ya que se trata de una empresa cuyos centros de trabajo han sido fraudulentamente estructurados como empresas.

---

(46) ARCE. *La circulación ...* p. 130.

**Cuarto escenario.-** Subcontratación de una empresa no filial del grupo: es posible y usual que el grupo contrate a una empresa ajena al mismo, supuesto que puede dividirse en dos, el primero, si el comitente es una filial del grupo, y el segundo si el comitente es el grupo de empresas. Recordemos que en ambos casos el contrato de prestación de servicios o de ejecución de obra se celebraría con una filial y no con el grupo, debido a que el grupo carece de personería jurídica como tal (criterio personalista al que nos hemos referido anteriormente).

En el primer caso, el análisis de validez de la subcontratación de elaboración de bienes o prestación de servicios supone verificar el cumplimiento de los presupuestos legales enunciados en el primer escenario del presente acápite. Los efectos en la estabilidad laboral son los ya estudiados.

El segundo caso resulta de mayor complejidad pues quien recibe los servicios o se beneficia con la obra es el grupo empresarial, por lo que se requiere analizar los elementos de validez teniendo en cuenta que el cliente es una organización compleja no dotada de personalidad jurídica. Veamos cada caso:

- Que la contratista ejecute la actividad por su cuenta y riesgo: este elemento de validez exige verificar que la contratista posea autonomía respecto al grupo empresarial, lo que se traducirá en la asunción de las consecuencias en caso no ejecute la actividad a su cargo en forma completa, oportuna y en los términos en los que fue contratada.

A diferencia del escenario anterior, la independencia es factible en tanto la contratista no se encuentra bajo la dirección del agrupamiento empresarial al no formar parte del mismo.

- Que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales: Esto implica que la subcontratista maneje recursos financieros que le permitan prestar el servicio o realizar la obra, que su personal posea conocimientos técnicos suficientes y que, además, la empresa cuente con el equipamiento necesario.
- Que la contratista subordine en forma exclusiva y excluyente al personal que emplee para la ejecución del servicio o la obra contratada. Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador y no por el grupo empresarial.

Si se cumplen los presupuestos indicados la subcontratación de bienes y servicios por parte del grupo empresarial será válida, no considerándola como un simple destaque de mano de obra.

En cambio, si se trata de un destaque de mano de obra (intermediación laboral) se deberá analizar el cumplimiento de los requisitos de validez previstos en dicha normativa (Ley N° 27626 y Decreto Supremo N° 003-2002-TR) a efectos de evitar que la subcontratación sea reputada como un simple destaque de personas y al desnaturalizarse se ordene la incorporación del personal a la empresa cliente.

La gran interrogante en este punto se produce al encontrarnos ante un supuesto de desnaturalización, sea en el caso de una subcontratación de bienes y servicios o de una subcontratación de personas. Al ser la consecuencia principal la incorporación del personal en planillas del comitente, si el comitente es el grupo y no la empresa individual, lo propio consistiría en que el personal sea incorporado en la nómina del grupo. Lamentablemente, el hecho de que nuestro ordenamiento se ancle sobre el criterio de la personalidad jurídica impediría pretender una incorporación en el grupo como un todo, por lo que la solución pasará por incorporar al trabajador en la filial con la que se hubiera celebrado el contrato. Adicionalmente, deberá considerarse la antigüedad laboral derivada de su prestación de servicios al grupo económico y otorgarle los beneficios generales que se abonen en el grupo y no en dicha filial.

## CONCLUSIONES

---

El agrupamiento empresarial es, sin duda, un fenómeno complejo que debe ser estudiado con mayor detenimiento y, qué duda cabe, contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Lamentablemente, el Proyecto de Ley General de Trabajo, que contiene al menos un intento de regulación, se encuentra absurdamente detenido con base en una decisión política que no nos hace avizorar cambios en lo que resta del presente Gobierno. Ojalá que el próximo reconozca la gran importancia de la aglutinación en un solo cuerpo jurídico de la normativa laboral del país, de la manera técnica como mayoritariamente se ha hecho en el proyecto.

La subcontratación, al igual que el grupo de empresas, es también un mecanismo de vinculación empresarial nada sencillo que exige profunda reflexión por parte del operador jurídico.

Ambos confluyen dada la difusión de este último en el primero, requiriendo entonces un mayor análisis que se nutra no solamente de los criterios contenidos en la normativa y jurisprudencia relativa a la subcontratación, sino que fundamentalmente debe atenderse al particular contexto en que se desenvuelven los grupos empresariales y las consecuencias que se derivan de los mismos en los derechos de los trabajadores involucrados en su organización. Todo análisis debe realizarse desde una óptica tuitiva del trabajador sin detenernos únicamente en los esquemas de subcontratación fraudulentos o los que ocurren en grupos ficticios sino en aquellos que corresponden a grupos reales, cuya existencia es cada vez mayor y se ve respaldada por la normativa mercantil.

No pretendemos para nada abogar a favor de una concepción patológica (restrictiva) del grupo de empresas, sino más bien reconocer su existencia e importancia para el tráfico de las relaciones mercantiles en nuestro país, hecho que, sin embargo, de ninguna manera debiera generar pasividad por parte de nuestro legislador, magistrados o autoridad administrativa de trabajo ante el uso de estas figuras con el propósito de afectar a los derechos de los trabajadores.