

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS

**PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE EVIDENCIAN LA
AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS
TRABAJADORES A PARTICIPAR EN LAS UTILIDADES EN LOS GRUPOS
DE EMPRESAS EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

GILMER CHUQUIRUNA CHÁVEZ

Asesor:

Dr. CASTILLO MONTOYA, NIXON JAVIER

CAJAMARCA - PERÚ

2017

COPYRIGHT © 2017 by
GILMER CHUQUIRUNA CHÁVEZ
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS

PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE EVIDENCIAN LA AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS TRABAJADORES A PARTICIPAR EN LAS UTILIDADES EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL PERÚ

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

GILMER CHUQUIRUNA CHÁVEZ

Comité Científico

Dr. Nixon Castillo Montoya
Asesor

Dr. Glenn Serrano Medina
Miembro de Comité Científico

M.Cs. Pedro Cerdán Urbina
Miembro de Comité Científico

Mg. Rocío Salazar Chero
Miembro de Comité Científico

Cajamarca - Perú

2017



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado


PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

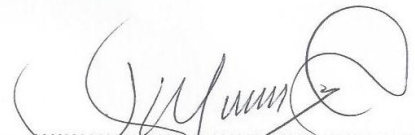
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS


Siendo las 5:30 de la tarde del día 17 de noviembre de Dos Mil Diecisiete, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN SERRANO MEDINA**, en Representación del Director y como Miembro de Jurado Evaluador, **Dr. NIXON CASTILLO MONTOYA**, en calidad de Asesor, **M.Cs. PEDRO CERDÁN URBINA**, **Mg. ROCÍO SALAZAR CHERO**, como integrantes del Jurado Evaluador. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE EVIDENCIAN LA AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS TRABAJADORES A PARTICIPAR EN LAS UTILIDADES EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL PERÚ”**, presentada por el Bach. en Derecho **GILMER CHUQUIRUNA CHÁVEZ**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Comité Científico, y luego de la deliberación, se acordó... APROBAR... con la calificación de 15: Diez y Cinco - Bueno... la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bach. en Derecho **GILMER CHUQUIRUNA CHÁVEZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las 6:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Glenn Serrano Medina
Jurado Evaluador


.....
Dr. Nixon Castillo Montoya
Asesor


.....
M.Cs. Pedro Cerdán Urbina
Jurado Evaluador


.....
Mg. Rocío Salazar Chero
Jurado Evaluador

A:

Rosario Isabella y Camila Daniela, mis hijas

Cinthia Daniela, mi esposa.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a las únicas personas que nunca dejaron de creer en mí, y que con su ejemplo me inspiran a luchar por lo que quiero: mis padres, María Rosalía Chávez Cerquín y Julio Emilio Chuquiruna Bueno.

Las reglas del trabajo están cambiando. Ahora se nos juzga según normas nuevas: ya no importan sólo la sagacidad, la preparación y la experiencia, sino cómo nos manejamos con nosotros mismos y con los demás.

Daniel Goleman, La inteligencia emocional en la empresa.

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTO	vi
INDICE	viii
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
PALABRAS CLAVE.....	xiv
KEYWORDS	xv
INTRODUCCIÓN	xvi
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.Planteamiento del problema	1
1.2.Formulación del problema	4
2. JUSTIFICACIÓN	4
3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN	5
3.1.Espacial	5
3.2.Temporal.....	5
4. HIPÓTESIS	5
5. CATEGORIZACIÓN	6
6. OBJETIVOS	6
6.1.Objetivo general.....	6
6.2.Objetivos específicos	6
7. ESTADO DE LA CUESTIÓN	7
8. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO.....	7

8.1. Tipo de investigación	7
8.2. Diseño de la investigación	8
8.3. Métodos	9
8.4. Instrumentos y técnicas de recolección de datos	11
8.4.1. Recopilación documental.	12
8.4.2. Análisis de contenido.....	12
8.5. Unidad de análisis	12
8.6. Técnicas para la contrastación de la hipótesis	13
 CAPÍTULO II	 14
MARCO TEÓRICO.....	14
SUBCAPÍTULO I: EL PERÚ COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	 14
1.1. Antecedentes.....	14
1.2. Sustento económico del Estado Social.....	16
1.3. Elementos que configuran el Estado Social.....	19
1.4. El Estado Social en la Constitución Peruana.....	25
SUBCAPÍTULO II: LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE TRABAJO .	34
SUBCAPÍTULO III: EL NEGOCIO FRAUDULENTO EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS	 41
3.1. Introducción	41
3.2. La autonomía de la voluntad.....	42
3.3. Acto jurídico y nulidad.....	42
3.4. Fraude a la ley en los grupos de empresas	44
SUBCAPÍTULO IV: LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	47
4.1. Concepto	47

4.2. Supuestos para su aplicación	49
SUBCAPÍTULO V: PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD	51
SUBCAPÍTULO VI: EL DERECHO CONSTITUCIONAL A PARTICIPAR DE LAS UTILIDADES	52
6.1. Introducción	52
6.2. Naturaleza	54
6.3. Finalidad	54
SUBCAPÍTULO VII: LA PERSONERÍA JURÍDICA INDEPENDIENTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	58
7.1. Introducción	58
7.2. Sociedades mercantiles.....	58
7.3. Pluralidad de miembros	60
SUBCAPÍTULO VIII: LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	60
SUBCAPÍTULO IX: LA ESCISIÓN SOCIETARIA	62
9.1. Aspectos generales	62
9.2. Razones para hacer una escisión.....	64
CAPÍTULO III	65
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	65
SUBCAPÍTULO I: PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	65
1.1. Presentación de resultados	65
SUBCAPÍTULO II: ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	67
2.1. Análisis, interpretación y discusión de resultados	67
a) Sector inmobiliario	67

b) Sector producción y comercialización.....	68
c) Sector publicidad	69
d) Sector comercialización de abarrotos.....	69
e) Sector comercialización de vehículos.....	70
 CAPÍTULO IV	 71
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	71
3.1. Contrastación de la hipótesis	71
a) En cuanto a la personería jurídica independiente de las personas jurídicas	 73
b) En cuanto a la responsabilidad limitada de las personas jurídicas	77
c) En cuanto a la escisión de empresas	79
d) Implicancias del uso fraudulento del grupo de empresas en el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas	 82
 CAPÍTULO V	 90
PROPUESTA LEGISLATIVA	90
FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA	 90
 CONCLUSIONES.....	 94
RECOMENDACIONES	95
A los magistrados del Poder Judicial	95
Al Poder Legislativo	96
APÉNDICE	100

RESUMEN

La afectación del derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas en algunos grupos de empresas, se da fundamentalmente por el uso fraudulento de las personas jurídicas conformantes de éstos.

Algunos inversionistas usan fraudulentamente la personería jurídica independiente de las empresas conformantes de los grupos de empresas, normada en la Ley General de Sociedades, para defraudar a las normas que regulan el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de estas empresas.

Algunos inversionistas usan la responsabilidad limitada de las empresas conformantes de los grupos de empresas, regulada en la Ley General de Sociedades para defraudar las normas que regulan el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de estas empresas.

Algunos inversionistas usan a la figura societaria de la escisión de empresas regulada en la Ley General de Sociedades, para defraudar las normas que regulan el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de estas empresas.

El conflicto de la libertad de empresa versus el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas de los grupos de empresas, se solucionaría regulando su determinación tomando como base de cálculo la renta neta consolidada de todo el grupo de empresas.

ABSTRACT

The affectation of the constitutional right of the workers to participate in the profits of the companies, is mainly due to the fraudulent use of the legal persons conforming to them.

Some investors fraudulently use the independent legal status of companies conforming to groups of companies, regulated in the General Law of Companies, to defraud the rules that regulate the right of workers to participate in the profits of these companies.

Some investors use the limited liability of companies that make up the groups of companies regulated in the General Companies Act to defraud the rules that regulate the right of workers to participate in the profits of these companies.

Some investors use the company's corporate spin-off regulated by the General Companies Law to defraud the rules that regulate the right of workers to participate in the profits of these companies.

The conflict of freedom of enterprise versus the right of workers to participate in profits within groups of companies would be solved by regulating their payment based on the consolidated net income of the entire group of companies.

PALABRAS CLAVE

Grupos de empresas: Conjunto de dos o más empresas vinculadas cuantitativamente o cualitativamente.

Grupo de empresas fraudulento: Grupos de empresas formados con la intención de defraudar a terceros, en nuestro caso a los trabajadores en la participación de sus utilidades.

Escisión societaria: Figura societaria que permite dividir a una empresa en dos o más bloques patrimoniales independientes jurídicamente.

Participación en las utilidades: Derecho que tienen aquellos trabajadores que laboran en una empresa obligada a distribuir parte de sus utilidades entre sus trabajadores.

Personería jurídica independiente: Figura jurídica por la cual los propietarios de una empresa son diferentes a la persona jurídica de la cual son parte, es decir, que la persona jurídica tiene sus propios derechos y obligaciones que son diferentes a las que tienen los propietarios.

Limitación de responsabilidad: Es aquel escudo jurídico por el cual las personas jurídicas responden por sus obligaciones hasta el monto de su patrimonio, por lo que en general no se puede tartar de cobrar deudas de las personas jurídicas a los dueños de estas.

KEYWORDS

Groups of companies: Set of two or more companies linked quantitatively or qualitatively.

Group of fraudulent companies: Groups of companies formed with the intention of fraud to third, in our case to the workers in the participation in their profits.

Corporate Structure: The corporate society that allows dividing a company into two or more legally independent heritage blocks.

Profit sharing: The right of workers who work in a company that is obliged to distribute part of its profits among its workers.

Independent legal entity: The legal figure by which the owners of a company is different from the legal entity of which part of it, that is to say that the legal person has its own rights and obligations that is different from that of the owners.

Limitation of liability: It is that legal shield by which legal persons respond for their obligations up to the amount of their assets, so that in general it is not possible to collect taxes from legal entities to the owners of these.

INTRODUCCIÓN

En nuestro estado social y democrático de derecho, el derecho a la libertad de empresa es muy importante ya que permite a los inversionistas de manera individual, colectiva o agrupándose en grupos de empresas desarrollar actividades económicas; para ser rentables necesitan ayudarse del recurso más importante, los trabajadores, lo que les origina obligaciones legales y justas con sus trabajadores. De algunos casos judiciales se sabe que algunos grupos de empresas usan determinadas figuras jurídicas para defraudar la norma del derecho de participar en las utilidades de las empresas.

En el capítulo I se desarrolla los aspectos metodológicos que comprende todos los componentes del problema, como son el planteamiento, la formulación, la justificación, hipótesis, objetivos y delimitación; así como el planteamiento metodológico seguido con el que se da el carácter científico a nuestra investigación.

En el capítulo II se ha desarrollado la teoría del Estado Peruano como Estado Social y democrático de Derecho que es la base del derecho de la libertad de empresa para los inversionistas y la base para el derecho a participar en las utilidades de las empresas por parte de los trabajadores, además de temas relacionados con el tema como, grupos de empresas, el negocio fraudulento en los grupos de empresas, la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, la personería jurídica independiente, la responsabilidad limitada y la escisión de las sociedades mercantiles; así como la doctrina del levantamiento del velo societario y el principio de primacía de la realidad.

En el capítulo III se ha puesto en evidencia como algunos grupos de empresas usan a la personería jurídica independiente, la responsabilidad limitada y la

escisión de empresas para defraudar el derecho a participar en las utilidades que tienen los trabajadores.

Finalmente, en el capítulo IV damos una propuesta normativa con el que se solucionaría el fraude a la ley de la participación en las utilidades de los grupos de empresas fraudulentos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

Partimos reconociendo que nuestra República del Perú es considerada un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución) y ha acogido constitucionalmente como modelo económico a la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución), por lo que el Estado debe crear las condiciones favorables para el desarrollo de nuestra economía y al mismo tiempo velar porque ésta se articule con el bienestar general.

Toda persona natural o jurídica en virtud a su **derecho constitucional a la libertad de empresa (Artículo 59 de la Constitución)**, puede crear empresas, organizarlas para competir en el mercado –como formar grupos de empresas-, dirigir la labor de los trabajadores a favor de los fines de las empresas, con lo cual buscan la eficiencia de sus negocios para hacer a las empresas más competitivas dentro del actual mercado global.

Cada trabajador, contribuye con su esfuerzo a que las empresas sean productivas, competitivas en el mercado donde se desarrolle y sobre todo generen valor para los propietarios, por lo que el **derecho constitucional a la participación en las utilidades (Artículo 29 de la Constitución)** es una retribución justa a lo que cada trabajador contribuyó en la obtención de utilidades.

Analizando la realidad empresarial, vemos que los modelos de gestión de las empresas cambian constantemente, la finalidad es optimizar los resultados de una situación actual, a través del cambio de modelo actual al corporativo, lo que supone crear sinergias empresariales, es decir que un grupo de empresas genera mejores resultados como un todo que la suma de sus partes. En el Perú los empresarios estructuran grupos de empresas reales o fraudulentos, los primeros tienen mucha importancia ya que mueven nuestra economía; sin embargo, existen empresarios que estructuran varias personas jurídicas para formar grupos de empresas ficticios, con la intención de afectar negativamente derechos laborales de los trabajadores.

Se advierte que los trabajadores de estos grupos de empresas fraudulentos se ven afectados en su derecho constitucional a participar en las utilidades, cuando los grupos de empresas aprovechan que cada empresa conformante del grupo goza de la personería jurídica independiente, la responsabilidad limitada y puede usar la figura de la escisión societaria; por ejemplo, cuando una empresa inicialmente realiza la producción y comercialización de cemento, luego sin ninguna justificación válida divide dicha actividad en dos empresas ficticias haciendo uso de la escisión societaria, la personería jurídica independiente y la responsabilidad limitada y, así ahorrar costos laborales, con la intención de pagar menos utilidades a los trabajadores de una de las personas jurídicas, que sería la encargada de la producción, en beneficio de los demás trabajadores de la otra empresa que es la que comercializa el cemento; cuando una pequeña empresa

tiene 58 trabajadores, divide su actividad en tres empresas ficticias con objetos sociales diferentes sólo de manera formal para tener cada empresa menos de veinte trabajadores y no pagar utilidades; de seguro estos no son todos los mecanismos que usan para afectar la participación de los trabajadores en las utilidades de dichas empresas.

Los grupos de empresas así como otras formas de concentración empresarial se deben formar con la intención de aprovechar las sinergias empresariales, que se genera al aprovechar los negocios complementarios horizontales, la ubicación geográfica, el negocio complementario vertical, las fortalezas externas, el costo de oportunidad, el valor de la acción y la deuda corporativa. La afectación del derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades por los grupos de empresas se produce cuando el o los responsables de dirigirlos, utilizan a las personas jurídicas de manera premeditada con la intención de cometer fraude a la ley, lo que ocasiona que los trabajadores terminen seriamente afectados tanto patrimonialmente como en su libre desarrollo como persona.

Para solucionar el problema descrito tendremos que analizar las normas relacionadas, la doctrina, la jurisprudencia, los principios y las teorías que se han desarrollado hasta el momento; para luego plantear su regulación de la participación de las utilidades en los grupos de empresas.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos que evidencian la afectación del derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades en algunos grupos de empresas en el Perú?

2. JUSTIFICACIÓN

Actualmente, no existe norma vigente que proteja de manera directa y completa a los trabajadores que son afectados en su derecho constitucional a la participación en las utilidades cuando las personas jurídicas de los grupos de empresas cometan fraude a la ley. La Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE protege a los trabajadores de la micro y pequeña empresa dentro de sus propios problemas que tiene este régimen laboral.

El proyecto de la Nueva Ley General del Trabajo define al grupo de empresas y limita la pérdida de estabilidad laboral por transferencia de trabajadores dentro de un mismo grupo de empresas, pero no solucionaría nuestro problema planteado.

La jurisprudencia peruana ha evidenciado casos donde se ha cometido fraude a las normas laborales, donde se le ha atribuido responsabilidad solidaria a una empresa conformante del grupo; por lo que es necesario limitar de manera expresa, en una ley, la pérdida o disminución de su derecho constitucional a participar de las utilidades de los trabajadores en estos grupos de empresas fraudulentos, y se reparta las utilidades generadas por el grupo de empresas de manera justa y legal.

La presente investigación se ve respaldada ya que el derecho a participar de las utilidades de la empresa es un derecho constitucional, que debe tener un interés superlativo de parte de la doctrina y de la jurisprudencia para dotarla de un mayor contenido y desarrollo, y, si es necesario regularla dentro de los grupos de empresas.

Por lo expuesto estamos convencidos que la presente investigación ayudará a solucionar este grave problema que afecta a los trabajadores de la sociedad peruana, en particular a los trabajadores comunes de la actividad privada que ven vulnerado en su derecho constitucional a participar en las utilidades, estableciendo límites que impidan la utilización fraudulenta de las personas jurídicas dentro de los grupos de empresas.

3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Espacial

Por la naturaleza de la investigación, ésta es de alcance nacional.

3.2. Temporal

A partir de la vigencia de la Constitución de 1993 hasta enero del año 2017.

4. HIPÓTESIS

Los principales fundamentos jurídicos que evidencian la afectación del derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades son: la utilización fraudulenta de la personería jurídica independiente, de la limitación de responsabilidad y de la figura societaria de la escisión de las personas jurídicas conformantes del grupo de empresas por parte de la administración de las mismas.

5. CATEGORIZACIÓN

- a) La personería jurídica independiente de las personas jurídicas.
- b) La limitación de responsabilidad de las personas jurídicas.
- c) La escisión de empresas.
- d) Derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas.

6. OBJETIVOS

6.1. Objetivo general

Establecer los principales fundamentos jurídicos que evidencian la afectación del derecho constitucional de los trabajadores a participar de las utilidades por parte de algunos grupos de empresas en el Perú.

6.2. Objetivos específicos

- a) Determinar la relación entre la personería jurídica independiente de los entes conformantes del grupo de empresas y la afectación del derecho constitucional a participar en las utilidades.
- b) Analizar la incidencia del uso de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas conformantes del grupo de empresas en la afectación del derecho constitucional a participar en las utilidades.
- c) Determinar la implicancia del uso de la figura societaria de la escisión de algunas empresas del grupo de empresas en la afectación del derecho constitucional a participar en las utilidades de los trabajadores.
- d) Diseñar una propuesta legislativa de modificación de la norma que regula la participación de los trabajadores en las utilidades de las

empresas, a efectos de salvaguardar la probable afectación del referido derecho.

7. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como antecedente se tiene la tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Mayor de San Marcos, del autor Carhuatocto (2011) denominada “LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO LABORAL”, la cual trata sobre el uso fraudulento de la persona jurídica de manera general, tocando tangencialmente el fraude a la ley en los grupos de empresas, además trata de la afectación del derecho a participar en las utilidades de los profesores en los supuestos de asociaciones que explotan universidades y colegios.

8. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

8.1. Tipo de investigación

Nuestra investigación corresponde al tipo de investigación teórica o documental.

La metodología que emplearemos corresponde a la no experimental, es decir, una investigación sistemática y formal, en la cual no existe posibilidad de manipular variables; lo cual implica que no se construirá ninguna situación, sino que se estudiará situaciones jurídicas existentes, no provocadas intencionalmente.

Para el análisis de la información y el fin que se propone vamos a usar básicamente el enfoque cualitativo.

El estudio se basa en el análisis de la normativa, doctrina, jurisprudencia, teorías y principios que se ha desarrollado hasta ahora sobre el tema, a partir del cual se determinará la naturaleza jurídica y alcance de la responsabilidad de los grupos de empresas fraudulentos en caso se use a personas jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría con la finalidad de afectar el derecho constitucional a participar en las utilidades de los trabajadores. Es decir, primero se analizará la normativa que existe al respecto, para luego compararla con la doctrina, la jurisprudencia, las teorías y los principios aplicables a la existencia de grupos de empresas fraudulentos que afectan al derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades, para finalmente proponer un proyecto de ley que limite la afectación del derecho constitucional a participar en las utilidades por parte de los grupos de empresas fraudulentos.

8.2. Diseño de la investigación

8.2.1. De acuerdo al fin que persigue

Teniendo en cuenta que la presente investigación es eminentemente dogmática, por lo que siendo así, en el ámbito científico es considerada como básica, por cuanto se traduce en la actividad orientada a la búsqueda de conocimientos teóricos sin un fin práctico inmediato.

8.2.2. Según el nivel de conocimiento

8.2.2.1. Explicativa

Considerando que el resultado de la investigación consistirá en la determinación de los principales fundamentos jurídicos que evidencien la afectación de la participación en las utilidades de los trabajadores por parte de los grupos de empresas fraudulentos.

8.2.2.2. Propositivo

Como fórmula de recomendación se diseñará una propuesta de modificatoria legislativa que regule el funcionamiento de los grupos de empresas a efectos de salvaguardar los derechos de los trabajadores, en especial el caso de afectación de su derecho constitucional en la participación a las utilidades; por lo tanto, podremos decir que la investigación culminará en un nivel propositivo.

8.3. Métodos

Atendiendo al carácter múltiple de los niveles u objetos del Derecho, no es posible definir para el conocimiento del mismo un solo método, sino más bien se podría hablar de una unión metodológica, en cuanto que, si bien es posible estudiar e investigar sobre algún aspecto específico del Derecho con un método particular, esto no permite la visión general si no analiza el resto de los elementos que componen el fenómeno jurídico y, para hacerlo, se requiere conocer diversas posiciones doctrinales que

identifican al objeto del derecho en sus diversos niveles o dimensiones, las cuales constituyen en si metodologías específicas.

En tal sentido, en la presente investigación se ha hecho uso de los siguientes métodos:

a. Método Analítico-Sintético.

A través del análisis hemos realizado una operación mental que nos permitió descomponer la naturaleza jurídica y alcances de la figura fraude a la ley usada por algunos grupos de empresas en relación al derecho constitucional de participar en las utilidades que tienen los trabajadores, para luego sintetizar los resultados relevantes.

b. Método Inductivo-Deductivo.

Por medio de este método obtuvimos conocimientos de lo particular a lo general y viceversa; es decir, del análisis de cada institución jurídica involucrada en nuestro objeto de investigación podríamos efectuar generalizaciones con relevancia científica que permitirá sustentar nuestras afirmaciones en relación a la hipótesis planteada.

c. Método dogmático.

Para la investigación se tiene que analizar la normativa sobre los derechos constitucionales de libertad de empresa y participación en las utilidades, así como la relacionada específicamente con la personería jurídica independiente, la limitación de responsabilidad y la escisión de las personas jurídicas dentro de

los grupos de empresas, además de la doctrina, jurisprudencia, teorías y principios a efecto de determinar la naturaleza jurídica y alcance de la afectación del derecho a participar en las utilidades por la comisión de fraude a la ley por la administración de los grupos de empresas; en tal sentido, se recurre al método dogmático, el cual alcanza un mayor rigor en la teorización; pues, mientras la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, al derecho comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia.

d. Método Hermenéutico.

A través de este método específico se busca interpretar, de manera sistematizada, las previsiones normativas de la participación en las utilidades, así como la libertad de empresa, a fin de comprender su naturaleza jurídica de cada una. De igual manera, interpretamos la normativa que sustenta el fraude a la ley, a fin de conocer su contenido y aplicación al objeto de investigación.

8.4. Instrumentos y técnicas de recolección de datos

Para la presente investigación haremos uso de la ficha de contenido que nos va a permitir resumir y dominar la información existente en diferentes fuentes sobre la utilización fraudulenta de las categorías planteadas por parte de algunos grupos de empresas; así como la guía a partir de la cual se va a desarrollar los cuestionarios de las entrevistas.

Entre las técnicas que nos permitirán obtener la información relevante para nuestra investigación, así como para la recopilación, selección, análisis e interpretación de los datos, tenemos:

8.4.1. Recopilación documental.

Esta técnica se denomina Análisis de Registro Documental, la cual nos permitirá recopilar el material documental adecuado, acorde con la finalidad de nuestro estudio.

8.4.2. Análisis de contenido.

El análisis de contenido es una técnica para describir sistemáticamente la forma y el fondo del material escrito o hablado. A través de esta técnica obtendremos la información relevante respecto al contenido no solo de la normativa sobre la libertad de empresa y el derecho a participar en las utilidades, sino respecto a la jurisprudencia, doctrina, principios y teorías relacionadas con la afectación del derecho constitucional a participar en las utilidades a través de la limitación de responsabilidad, la personería jurídica independiente y la escisión de las personas jurídicas conformantes del grupo de empresas.

8.5. Unidad de análisis

En la presente investigación, la unidad de análisis lo constituyen el artículo 29° y el artículo 59 de la Constitución Política del Estado. De manera referencial, se tomará en cuenta algunos casos tipo a nivel jurisdiccional, así como, la aplicación de un cuestionario a cinco grupos de empresas representativos en el país.

8.6. Técnicas para la contrastación de la hipótesis

Nuestra investigación se basó en un enfoque con tendencia cualitativa, dado que no se procederá a efectuar mediciones ni aproximaciones estadísticas; pues, únicamente realizamos la comprensión de los datos obtenidos, como consecuencia de la interpretación de la normativa sobre libertad de empresa y el derecho a participar en las utilidades, el análisis de la doctrina, jurisprudencia, principios y teorías sobre la responsabilidad de la administración en el caso se cometa fraude a la ley dentro de los grupos de empresas en afectación del derecho de los trabajadores a participar en las utilidades, con el fin de contrastar la hipótesis planteada, lo cual permitirá replantear la concepción de responsabilidad de las personas jurídicas pertenecientes a un grupo de empresas. En tal sentido, como técnicas de contrastación, se usará el análisis documental, abstracción, síntesis y generalización; a partir de las cuales se recurrirá a la argumentación para elaborar los fundamentos bajo los cuales se construye la teoría que sustente la hipótesis planteada.

Adicionalmente, aplicaremos cuestionarios a responsables de recursos humanos de algunos grupos de empresas de la ciudad de Cajamarca, con la finalidad de corroborar la hipótesis planteada.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I: EL PERÚ COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1.1. Antecedentes

De la invención de la máquina a vapor por Jaime Watt en 1769, las sociedades cambiaron su modo de vida, las fábricas ofertaban empleo en las peores condiciones, con salarios de subsistencia, se usaba a niños y mujeres; el Estado no intervenía ya que hubiera sido contrario al liberalismo de la época donde el mercado fijaba los precios y no había regulación legal sobre los demás aspectos del trabajo.

Es así que a inicios del siglo XIX al margen de la ley van surgiendo la organización de los trabajadores y se empieza a desarrollar el sindicalismo, lo que origina que las legislaciones represivas vayan derogándose, como lo manifiesta Blancas (2011) tal como ocurrió en Francia en 1864 con las normas del código penal que sancionaban la coalición y la huelga, pero también manifiesta que subsistieron las relativas a las asociaciones profesionales. Sin embargo, solo era cuestión de tiempo para el progresivo reconocimiento de la licitud de la asociación profesional y la huelga, que como lo manifiesta Blancas (2011) incluso se fueron reconocidos como derechos por el Estado. La Trade Union Act, de 1871, reconoció en Inglaterra las uniones obreras, contribuyendo a su consolidación definitiva y, en Francia, la Ley Waldeck-Rousseau, del 21 de marzo de 1884, reconoció,

específicamente, la legalidad de las asociaciones profesionales y garantizó su autonomía ante el Estado.

Otro hecho importante en busca de de los estados sociales y democráticos manifiesta Blancas (2011), sucedió en Francia en febrero de 1848 cuando marginados económica, social y políticamente, los obreros unieron fuerzas para exigir a la mediana y pequeña burguesía la universalidad del sufragio, a favor de todos los varones mayores de edad, sin importar la condición de propietario, rentista o cualquier otra relacionada al poder económico de la persona. Los objetivos de este movimiento revolucionario no ocultaron su carácter de reivindicación social, a tal punto que su aspiración específica fue la de establecer una <<república social y democrática>>.

El voto de la mujer recién se alcanzará como lo manifiesta Blancas (2011) después de la primera guerra mundial. El sufragio universal tuvo un efecto trascendente sobre la configuración del estado liberal y su transición a un Estado social. Uno de los efectos más inmediatos de la conquista del sufragio universal fue la creación de los partidos políticos y, de forma particular de los partidos de masas, entre estos los de ideología socialista.

En lo laboral Blancas (2011) citando a:

“Ritter destaca que Inglaterra “[...] fue el primer país industrial que tomó medidas modernas de protección laboral” (1991, p. 76). En efecto, en este país, entre 1833 y 1850 se dictaron leyes que “[...] limitaron el trabajo de las mujeres y de los niños e introdujeron en la industria algodonera una jornada laboral de diez-diez horas y media como

máximo para mujeres y niños, que posteriormente se extendió a las fábricas de otros sectores industriales” (Ritter, 1991, p.76).” (p.32)

Como lo manifiesta Blancas (2011) un paso definitivo en la configuración del Estado social es el que representó el advenimiento de lo que se ha dado en llamar el “cosntitucionalismo social”. Con esta denominación se designa al fenómeno jurídico-constitucional por el cual las constituciones de los estados incorporan en la enumeración de los derechos fundamentales un nuevo grupos de derechos de contenido social, de los que resultan titulares los miembros de determinados sectores sociales hasta entonces postergados. Así tenemos a la Constitución mexicana de 1917, la Constitución alemana de 1919, la Constitución de la República Española de 1931.

1.2. Sustento económico del Estado Social

Como bien lo manifiesta Blancas (2011) la aparición de nuevas concepciones económicas, críticas de las viejas nociones de la economía liberal que predicaban el carácter espontaneo, absoluto y benéfico de la ley de la oferta y la demanda, negando cualquier forma de intervención del Estado en el mercado, fue un factor que contribuyó a dar un sustento económico al Estado social. Entre estas teorías creemos que la más importante es la expuesta por el economista inglés John Maynard Keynes en su libro *Teoría general sobre la ocupación, el interés y el dinero*, publicado en 1936.

El pensamiento predominante hasta ese entonces fue el que expuso Adam Smith en su obra *La riqueza de las Naciones*, que como lo manifiesta Muños de Bustillo citado por Blancas (2011):

Las tareas encomendadas al Estado eran, en concreto: defensa, justicia, gastos de mantenimiento de la dignidad del soberano y gastos de obras e instituciones públicas, definidas como aquellas que, siendo beneficiosas para la actividad económica de la comunidad no se acometerían por la actividad privada al ser difícil recolectar privadamente los beneficios por ellas generados (Muñoz de Bustillo, 2000^a). (p.43)

Por el contrario como lo manifiesta Blancas (2011) citando nuevamente a Muñoz de Bustillo:

Keynes ofrece una interpretación alternativa del funcionamiento de la economía en la que el desempleo, lejos de ser un hecho insólito en el funcionamiento de las economías capitalistas, vinculado a la existencia de rigideces en uno y otro mercado, pasa a ser una característica consustancial al mismo. De este modo, Keynes ofrece una justificación teórica para respaldar determinadas medidas de lucha contra el desempleo, mediante la generación directa de demanda efectiva por parte del sector público (2000^a). (p.44).

Entonces como lo manifiesta Blancas (2011) la teoría de Keynes representa un punto de inflexión respecto del principio de la no intervención del Estado en la economía a tal punto que se afirma su trascendencia en la configuración del Estado social: para lo que Blancas (2011) cita a Rubio Lara:

“Una de las conclusiones a que llega es que la superación de las crisis económicas no puede lograrse mediante los mecanismos de mercado. Sobre la base de que el desempleo es una consecuencia de las tasas decrecientes del consumo y de la inversión, justifica la intervención del

Estado como un medio de corregir las fluctuaciones económicas” (Rubio Lara, 1991, p.221). (p.44).

Finalmente manifiesta Blancas (2011) desde una perspectiva diferente, enraizada en el pensamiento liberal; sin embargo, también se postula, la responsabilidad social del Estado. Los economistas de la escuela de Friburgo, fundada en 1933, eran firmes defensores de la libre competencia pero, al mismo tiempo, de la política social, por lo que este modelo fue bautizado en 1946 como “economía social de mercado” por uno de los integrantes de esa escuela, Muller Armack. Éste afirma:

Si pensamos en una economía social de mercado, es decir en una economía que discorra según las reglas de la economía de mercado, pero provista de complementos y seguridades sociales, lo hacemos con la convicción de que ningún otro orden social pueda aunar el mismo grado de productividad material y progreso técnico con la posibilidad de libertad personal y medidas sociales>> [...] <<Se trata de dar actualmente a la economía de mercado una nueva configuración, en la que no se falsifique su principio, pero en la que se le señale, en atención a la actual preocupación social, un nuevo camino>> (Rubio Lara, 1991, pp. 226-227).

Para esta escuela los límites son claros, pues la política social y la intervención del Estado No pueden llegar a tal punto que impidan o restrinjan la libertad del mercado:

[...] pues se admite la desviación político-social de los ingresos siempre y cuando no afecte a los estímulos del mercado. Erhard, al igual que Armack, admite que la política económica debe completarse con

medidas político-sociales, pero, <<La política social no debe perjudicar indirectamente a la productividad económica nacional ni oponerse a los principios básicos del orden económico del mercado libre>>. En este sentido, puede considerarse que la economía social de mercado es <<un medio de adaptar el liberalismo a las circunstancias (Rubio Lara, 1991, p.227). (p.45)

1.3.Elementos que configuran el Estado Social

Para la conceptualización jurídico-política del Estado social seguiremos lo manifestado por Blancas (2011) que hace el esfuerzo de identificar y describir los elementos que aparecen como indispensables para identificarlo. Estos son: 1) el pluralismo social e institucional, 2) la reformulación de los derechos fundamentales, y 3) la intervención del estado en la vida económica y social.

1.3.1. El pluralismo social e institucional. El fin de la dialéctica individuo-estado

Como lo manifiesta Blancas (2011):

Recordemos que el Estado liberal, tributario de una filosofía rígidamente individualista, fue renuente a la conformación de organismos colectivos o asociativos que no fueran “naturales”, como la familia o la comunidad territorial, por considerarlos peligrosos para la libertad individual. “Una ecuación queda planteada: liberalismo = individualismo. No quedaba más que suprimir todos los cuerpos intermedios entre el Estado y los individuos. Toda asociación atenta contra la libertad de sus

miembros, así como contra la de terceros” (Javilier, 1982). (Blancas, 2011) manifiesta la tristemente célebre Ley “Le Chapelier” es un claro ejemplo de la aversión del Estado liberal ante el fenómeno asociativo. Es sintomático, en ese sentido, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no se ocupara, siquiera, del derecho de asociación, que hoy es imprescindible en cualquier catálogo de derechos. (p.90)

Para afianzar lo manifestado vamos a transcribir lo manifestado por Lowestein citado por Blancas (2011) que llega a concebir a los “grupos pluralistas” como mecanismos eficaces para el “control vertical” del poder estatal y sostiene que:

[...] la intercalación de los grupos pluralistas opera como una limitación impuesta a los detentadores del poder. Cuando el individuo aislado se uno con otros en virtud de una comunidad de intereses, tiene entonces la posibilidad de ofrecer mayor resistencia a los detentadores del poder estatal que si tuviese que enfrentarse aisladamente: unido con otros, ejerce una influencia sobre las decisiones políticas que corresponde a la fuerza de su grupo (Loewenstein, 1976, p. 423). (p.90)

Entonces como lo manifiesta Blancas (2011) la libertad de asociación, no falta hoy en los textos de las Constituciones así como en las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. Lo propio puede decirse de la libertad sindical y del derecho a la organización de partidos políticos, los que juntos con

la libertad de asociación representan la base jurídica para la libre formación de grupos sociales con fines gremiales, profesionales, económicos, políticos y cualquier otro que no sea contrario al interés y la seguridad general.

De esta forma, los grupos sociales no solo tienen garantizada la libertad de crearse, auto organizarse y actuar, sino que influyen sobre las decisiones y políticas del Estado, actuando como grupos de presión que demandan satisfacción, atención y protección, según el caso, a sus intereses y que a través de esa conducta logran, en mayor o menor medida, modelar las políticas gubernamentales.

En suma, el Estado social lo es, entre otras razones, porque, a diferencia de su predecesor –el Estado liberal-individualista–, se integra dinámicamente con la sociedad civil estimulando y garantizando la formación y actuación libre de los grupos sociales, a los cuales reconoce, además, el derecho a influir y participar de las decisiones estatales. Tal participación puede llegar a ser, inclusive, más trascendente en la configuración de un Estado social que la existencia de normas jurídicas que lo constituyan en dicha forma. (Blancas, 2011, p.92)

1.3.2. La reformulación de los derechos fundamentales

La noción del Estado liberal es indesligable del enunciado y consagración constitucional de los “derechos del hombre y del ciudadano”, a partir del catálogo básico plasmado en la declaración francesa de 1789. Tales derechos estructurados en

torno al valor central de la libertad individual, sirvieron para demarcar con gran nitidez, la frontera entre el Estado y la sociedad civil, es decir entre el poder y la libertad.

Para establecer el Estado social, se debió reformular el catálogo clásico de los derechos fundamentales, proceso que por un lado va a extender y, del otro va a limitar algunos de los derechos que lo integran.

a) La extensión de los derechos fundamentales: los derechos sociales o de segunda generación

Para el Estado social es imprescindible la positivación, como lo establece Blancas (2011) la “constitucionalización” de un conjunto de nuevos derechos de la persona humana, bautizados como “sociales” o de la “segunda generación” por no estar referidos a la tutela de la esfera de libertad del individuo, sino al logro de la igualdad real o material y de la justicia social.

Histórica y normativamente, el núcleo de los derechos sociales lo conforman los relativos al trabajo, a tal punto que, con exactitud, se considera según Blancas (2011) la “constitucionalización del derecho del trabajo” como la primera, y hasta hoy, la más relevante manifestación del Estado Social de Derecho, y junto con él, el derecho a la seguridad social, se conviertan en ámbitos prioritarios de atención del Estado social. Y vinculados a las condiciones de existencia de la persona y la familia, destacan los “derechos”

a la salud, la alimentación, vivienda, recreación y otros semejantes. Un núcleo significativo lo constituyen, finalmente, los derechos a la educación y la cultura, concebidos como factor de progreso individual y social.

b) La relativización de algunos derechos fundamentales

Como lo manifiesta Blancas (2011), el fenómeno del Estado social en el plano de los derechos de la persona humana, implica no solo su extensión, sino, de igual manera, la limitación o relativización de algunos de aquellos derechos considerados tradicionales o clásicos, principalmente los relativos a las libertades económicas.

El ejemplo más tocado, pero al mismo tiempo más ilustrativo, es el relativo al derecho de propiedad. Como lo manifiesta Blancas (2011) proclamado como un derecho “inviolable y sagrado” en el art. 17° de la Declaración francesa de 1789. Años antes, la Constitución de Queretaro, en su conocido art. 27° había establecido que “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos materiales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación”. La reforma agraria mexicana ejecutada al amparo de la Constitución de 1917 es, sin duda, una de las concretas manifestaciones de

las limitaciones al derecho de propiedad de la tierra que trajo consigo el Estado social.

1.3.3. La intervención del Estado en la vida económica: la Constitución Económica

Como lo manifiesta Bobbio citado por Blancas (2011), el Estado bajo la concepción del liberalismo, se constituye, en un “Estado mínimo”. Además la idea de que la sociedad es un orden espontáneo, dotado de una racionalidad inmanente, regulado por leyes económicas y sociales surgidas de ella misma y no impuestas por una autoridad o poder, cuyo libre juego y desenvolvimiento ha de conducir al mejor de los órdenes posibles, no solo en el plano económico sino, también, e el político y cultural.

Ahora el Estado social según Blancas (2011) es producto de una evolución histórica nacida de la comprobación, en los hechos y la vida social, de que la teoría liberal de un orden social y económico espontáneo y natural, incesante generador de progreso y riqueza, configurado por el libre juego de las fuerzas sociales, no correspondía a la realidad de las cosas.

El hecho histórico es que el Estado, para hacer frente a las crecientes exigencias que debía satisfacer para que pudieran realizarse los derechos “sociales”, asumió nuevas funciones en el ámbito socioeconómico, cruzando la bien protegida frontera que el orden liberal había demarcado entre ambos.

Surgió así, en especial a partir de la Constitución alemana de 1919, el concepto de “Constitución económica” que hace referencia a la inserción en las constituciones de normas dirigidas a regular el proceso económico.

Como lo establece Blancas (2011), puede decirse que la intervención del Estado en la economía y la vida social se produce, principalmente, en las siguientes dimensiones: en la regulación general del proceso económico-social y del mercado mediante normas legislativas y administrativas; como ente planificador que conduce el proceso de desarrollo, priorizando áreas y actividades y concertando con el sector privado; como empresario directo que socializa actividades antes privadas o se reserva sectores económicos considerados clave en atención a determinados criterios; y, finalmente, mediante la prestación de servicios o distribución de bienes relacionados con el bienestar social (seguridad social, vivienda, salud, educación pública, atención de niños, madres y ancianos, etcétera).

1.4.El Estado Social en la Constitución Peruana

1.4.1. Introducción

Del estudio de los artículos 3 y 43 de nuestra Constitución Política vigente, se desprende que en nuestro país es un Estado Social y Democrático de Derecho. Como sabemos para ser Estado debe existir población, territorio y poder determinados, de estos elementos el poder implica el mantenimiento del orden, persecución de determinados objetivos de interés público que se

buscan hacer efectivos a través de las políticas públicas, como la satisfacción de necesidades básicas de la población, la asignación de derechos, la vigilancia del correcto funcionamiento del mercado, entre otros que permitan el libre desarrollo de cada persona. Asimismo, como lo manifiesta García (2006) el Estado Peruano se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

1.4.2. Fundamentos ideopolíticos del Estado Social y Democrático de Derecho

El Estado Social y Democrático de Derecho busca hacer posible la igualdad para todos, partimos que en la historia de formación de los Estados el Estado de Derecho tiene como fundamento de ordenación a la ley y que los mercados se regulen solos; sin embargo, de la experiencia se ha visto que con la sola normalización de la convivencia social no es suficiente, por ello la doctrina actual reclama que todo desarrollo económico debe ser justo respetando los derechos fundamentales de cada poblador.

Nuestro Estado ha adoptado a la economía social de mercado como modelo económico de desarrollo, lo que obliga al Estado a

crear las condiciones necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial.

Ha quedado demostrado que el sector privado busca la optimización de recursos para producir bienes y servicios porque eso exige el mercado y eso permite que el Estado obtenga los recursos necesarios para desarrollar sus funciones.

Entonces el Estado peruano es responsable también de velar por crear las condiciones necesarias para el desarrollo de las personas, sobre todo de las menos favorecidas.

1.4.3. Supuestos fundamentales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho

Siguiendo a García (2006) quien dice que la simple enunciación de los derechos fundamentales no es suficiente es necesario establecer los supuestos fundamentales para que el Estado materialice lo que manda las normas.

1.4.3.1. Supuestos económicos

Como bien lo ha establecido nuestra Constitución, nuestro Estado funcionará como una economía social de mercado, que a decir de García (2006) para alcanzar los valores constitucionales de la libertad y la justicia, se debe lograr fundamentalmente los siguientes tres elementos: Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

Mercado libre; lo que supone el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a la libre competencia; y por otro lado, el combate a los oligopolios y monopolios.

Un Estado subsidiario y solidario, subsidiario porque solo donde no intervenga la inversión privada y sea necesario satisfacer necesidades de la población participara en el mercado el Estado; y solidario porque el Estado debe velar porque los que más tienen apoyen en mayor proporción al sostenimiento del Estado.

1.4.3.2. Supuestos jurídicos

El Estado debe procurar normas jurídicas que realmente busquen la justicia social y sobre todo normas que materialicen el respeto a la dignidad de la persona, logrando que las personas se sientan seguras de buscar su desarrollo sin límites.

A. Dignidad de la persona humana

La persona es la razón de ser de los Estados, por lo tanto lograr el respeto de su dignidad debe ser prioridad del Estado, ya que si se logra el respeto a la dignidad de la persona por derivación se lograría el respeto de los demás derechos fundamentales y no fundamentales.

B. Igualdad

La igualdad como principio que debe guiar a todo Estado, se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución. Sobre el particular vamos a citar lo establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N°s. 0001/0003-2003-AI/TC): “(...) El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al

principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estar desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.”

1.4.4. Iniciativa privada y Economía Social de Mercado

Por historia sabemos que las grandes crisis se han dado ya sea por los modelos económicos adoptados o desarrollados por los países o por la forma de intervención de los Estados en la sociedad. Por ejemplo la crisis financiera de los años treinta se debió al mal funcionamiento del mercado, ya que en ese momento se actuaba en un Estado Liberal donde el mercado debía regular toda la economía, mientras que el Estado debía garantizar los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos; lo que no ocurrió y estalló la crisis en 1929 cayendo los niveles de producción y el desempleo aumentó considerablemente.

A dicho Estado le sucede el Estado Social Burocrático, lo que suponía la plena vigencia de los derechos sociales y el pleno empleo; y un Estado que trató de regular toda la economía de tal manera que cada quien producía lo que consumía a nivel interno y el Estado prestaba una cantidad importante de servicios.

A finales del siglo XX la globalización hizo que la economía mundial cambie drásticamente, lo que ocasionó básicamente crisis fiscales, ya que no se contaba con suficiente presupuesto para adaptarse al ritmo en que cambian las empresas, lo que obligó a los Estados a privatizar empresas, desregular, flexibilizar los mercados de trabajo y no permitir que el Estado participe en la economía donde el sector privado lo hacía con eficiencia; entonces se planteó un Estado regulador y facilitador del desarrollo.

Mientras eso sucedía en el mundo, en la Constitución económica de 1979 se planteaba un Estado intervencionista en la economía lo que ocasionó mucha burocracia e ineficiencia. Entonces en la Constitución de 1993 se plantea la libertad de inversión privada en el ámbito económico, como lo sostiene Gutierrez (2006) cuando nuestra Constitución dice que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, impone al Estado implementar un sistema de libre competencia en el que el mercado sea el mecanismo ordenador de la economía, con un celoso respeto a la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, protección al consumidor y la igualdad de trato en el mercado, todo ello bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o que los agentes más poderosos abusen de su poder.

Además como sostiene Pfalle citado por Gutiérrez (2006): “el concepto de economía social de mercado reconoce

explícitamente que ni siquiera un mercado altamente eficiente satisface todas las necesidades de una sociedad. Es por ello que no solo le atribuye al Estado de derecho, sino incluso la obligación de intervenir activamente dondequiera que se produzca un menoscabo de los intereses sociales legítimos. Esta obligación de intervenir abarca tres aspectos: restricciones de la libertad de mercado, compensación de fallas del mercado, corrección de resultados generados por el mercado”.

1.4.5. Elementos que configuran el Estado Social en la Constitución Peruana

A continuación analizaremos la presencia del Estado social en la Constitución vigente, a partir de los elementos que lo configuran.

a. Pluralismo social e institucional

Como lo señala Blancas (2011) se puede señalar que la Constitución garantiza la existencia del pluralismo social e institucional. El primero, en cuanto se encuentra expresamente reconocido el derecho de asociación en general (art. 2°, 13) así como formas determinadas de este como el derecho de sindicación de los trabajadores privados (art. 28°) y públicos (art. 42°), así como el de constituir partidos políticos (art. 35°). También el reconocimiento de los colegios profesionales como instituciones autónomas es otra expresión de ese

pluralismo social que favorece incluso, la participación de los ciudadanos en los organismos del Estado.

En lo que respecta al pluralismo institucional, este se expresa en la opción de la Constitución por un régimen de gobierno descentralizado, dentro de un Estado unitario, conforme lo indica el artículo 43°.

b. La reformulación de los derechos fundamentales

En materia de propiedad comparándola con lo que establecía la Constitución de 1979, se mantiene la afirmación que esta es inviolable y está garantizada por el Estado, precisando que se ejerce en armonía con el “bien común”.

Por otro lado, las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria, son reconocidas en el artículo 59°, el cual señala que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad pública, conceptos que figuraban en la Constitución de 1979 como factores limitantes junto con el de “interés social”, el cual es suprimido por la actual.

Ahora si comparamos la Constitución vigente con la Constitución de 1979 nos daremos cuenta que en cuanto a derechos sociales, estos se han visto limitados. En lo que nos interesa para nuestra investigación, se recorta el alcance de la participación de los trabajadores en la empresa, restringiéndolo a las utilidades, aunque en un

ambiguo enunciado consigna que el Estado “promueve otras formas de participación”.

c. El régimen económico

Es la “Constitución económica” el aspecto en que mayores cambios introduce la actual Constitución, para esto vamos a transcribir lo manifestado por Fernandez Segado citado por Blancas (2011):

La “nueva” Constitución del Perú ha alterado de modo más que notable el modelo económico al optar lisa y llanamente, por un modelo ortodoxamente liberal, aunque su art. 58° siga determinando que la iniciativa privada, que es libre, se ejerce en una economía social de mercado” (Fernandez Segado, 1994^a, p. 26). (p.128)

SUBCAPÍTULO II: LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE TRABAJO

El término empresa ha sido difícil de definir tanto en el ámbito jurídico como económico, lo que sí es claro es que la empresa como lo dice Gutierrez (2006) es el elemento organizador de la economía, capaz de coordinar y dirigir todos los factores que concurren en la producción de bienes y servicios. La razón de ser de la empresa, así como su justificación residen en el hecho de que la participación en el mercado tiene un costo, más aún si dicha participación es recurrente como el caso de los empresarios; este costo se reduce cuando se hace uso de la organización empresarial.

Ahora a la empresa ya no se la pueda clasificar por la actividad a la que se dedica (industrial, comercial o de servicios), o por su organización jurídica

(sociedades, empresas individuales de responsabilidad limitada, asociaciones, etc.), por su titularidad (privadas, públicas o mixtas), por su tamaño (microempresas, pequeñas empresas, medianas empresas, grandes empresas, etc.), además hoy en día es común hablar de concentración empresarial y de estas formas en nuestra investigación no vamos a ocupar de los grupos de empresas, en nuestro país en el periodo 2015 en el cuadro siguiente vemos que hubo 121 grupos de empresas nacionales y extranjeras, que estaban obligadas a reportar su información financiera a la Superintendencia de Mercados de Valores (SMV); sin embargo, hay más grupos de empresas que no reportan su información a ninguna institución, lo que les permite ocultar su vinculación entre empresas.

Para definir qué son los grupos de empresas, vamos a recurrir a la legislación española, donde en el artículo 4 de la Ley 13/92 establece: “Se consideran pertenecientes a un mismo grupo, las entidades que constituyen una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto”.

Partimos de observar y analizar la realidad socio-económica en la cual se desenvuelven las empresas, nos damos cuenta de la complejidad de los grupos de empresas, que como lo manifiesta Arce (2008, p.113) “El grupo de empresas no es otra cosa que varias empresas, jurídicamente independientes, sometidas a una estrategia general común. Esto es, la interrelación de unidades empresariales autónomas en torno a una dirección unitaria.”

Tabla N° 1: Grupos de empresas que reportan información financiera a la SMV.

N°	DENOMINACIÓN SOCIAL
1	SAB MILLER PLC
2	HOLDING CEMENTERO DEL PERU SOCIEDAD ANONIMA
3	INVERSIONES CERAMICA S.A.C.
4	CONSORCIO CEMENTERO DEL SUR S.A.
5	YURA S.A.
6	SIERRA METALS INC.
7	UNITED CACAO LIMITED SEZC
8	BNP PARIBAS
9	EFE HOLDING S.A.
10	NEXANS S.A.
11	PERUVIAN OPPORTUNITY COMPANY S.A.C.
12	INVERSIONES BRECA S.A
13	AGRO INDUSTRIAL PARAMONGA S.A.A.
14	INVERSIONES INVERNADIC S.A.
15	HOLDING ALIMENTARIO DEL PERU SOCIEDAD ANONIMA
16	GLORIA S.A.
17	LEASING TOTAL S.A.
18	QUIMPAC S.A.
19	INTRADEVCO INDUSTRIAL S.A.
20	DIVISO GRUPO FINANCIERO S.A.
21	INMUEBLES COMERCIALES DEL PERU S.A.C.
22	GENERANDES PERU S.A.
23	EDEGEL S.A.A.
24	ICCGSA INVERSIONES S.A.
25	CITICORP SERVIUM S A
26	CASTROVIRREYNA COMPANIA MINERA S.A.
27	AGRICOLA CERRO PRIETO S.A.
28	POPULAR S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION

29	CORPORACION CERVESUR S.A.A.
30	INTEROC SOCIEDAD ANONIMA
31	CINEPLEX S.A.
32	AUSTRAL GROUP S.A.A.
33	CREDITEX S.A.A.
34	NESSUS HOTELES PERU S.A.
35	PERUANA DE ENERGIA S.A.A.
36	NUEVAS INVERSIONES S A
37	UNION DE CERVECERIAS PERUANAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A.
38	PROMOINVEST SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS S.A.A.
39	CENCOSUD S.A.
40	SANTA AURELIA S A
41	AGROKASA HOLDINGS S.A.
42	INVERSIONES DISTRILIMA S.A.C.
43	PERU HOLDING DE TURISMO S.A.A.
44	ELECTRICA CABO BLANCO S.A.C.
45	AGROINDUSTRIAS AIB S.A.
46	CORPORACION FINANCIERA DE INVERSIONES S.A.
47	DUNAS ENERGIA S.A.A.
48	ENGIE S.A.
49	INTERCORP PERU LTD. (ANTES IFH PERU LTD.)
50	UNION ANDINA DE CEMENTOS S.A.A. - UNACEM S.A.A. (ANTES CEMENTOS LIMA S.A.A.)
51	COMPANIA MINERA RAURA S.A.
52	MINSUR S.A.
53	AGROINDUSTRIAL LAREDO S.A.A.
54	CORPORACION ACEROS AREQUIPA S.A.
55	TRANSACCIONES FINANCIERAS S.A.
56	BANCO FINANCIERO DEL PERU
57	COMPANIA MINERA PODEROSA S.A.
58	LA POSITIVA SEGUROS Y REASEGUROS
59	BOLSA DE VALORES DE LIMA S.A.
60	SCOTIABANK PERU S.A.A.

61	CHUBB LIMITED
62	INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA LIMITED
63	SAN MARTIN CONTRATISTAS GENERALES S.A.
64	INMUEBLES PANAMERICANA S.A.
65	NEGOCIOS E INMUEBLES S.A.
66	BANCO DE COMERCIO
67	DUKE ENERGY EGENOR SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES
68	INTERCORP FINANCIAL SERVICES INC. (ANTES INTERGROUP FINANCIAL SERVICES CORP.)
69	ANDINO INVESTMENT HOLDING S.A.A.
70	RIGEL SEGUROS DE VIDA S.A.
71	LOS PORTALES S.A.
72	BANCO DE CREDITO DEL PERU
73	RIPLEY CORP S.A.
74	INVERSIONES CENTENARIO S.A.A.
75	CREDICORP LTD.
76	HOLDING CONTINENTAL S.A.
77	BBVA BANCO CONTINENTAL
78	PERUANA DE MOLDEADOS S.A. – PAMOLSA
79	FALABELLA PERU S.A.A. (ANTES INVERSIONES Y SERVICIOS FALABELLA PERU S.A.)
80	MAESTRO PERU S.A.
81	SAGA FALABELLA S.A.
82	INVERSIONES EN TURISMO S.A. INVERTUR
83	OBRAS DE INGENIERIA S.A.
84	COMPANIA MINERA MILPO S.A.A.
85	CENTRAL AZUCARERA CHUCARAPI-PAMPA BLANCA S.A.
86	CORPORACION DE GESTION MINERA S.A.
87	PERU LNG COMPANY LLC
88	INRETAIL PERU CORP.
89	VOLCAN COMPANIA MINERA S.A.A.
90	ALICORP S.A.A.
91	PANDERO S.A. EAFC
92	GR HOLDING S.A. (ANTES LP HOLDING S.A.)

93	CAJA DE PENSIONES MILITAR POLICIAL
94	FERREYCORP S.A.A.
95	ALTURAS MINERALS CORP.
96	GRAÑA Y MONTERO S.A.A.
97	TELEFONICA DEL PERU S.A.A.
98	INVERSIONES ASPI S.A.
99	CEMENTOS PACASMAYO S.A.A.
100	MINERA ANDINA DE EXPLORACIONES S.A.A.
101	COSAPI S.A.
102	CREDICORP CAPITAL PERU S.A.A. (ANTES BCP CAPITAL S.A.A.)
103	INVERSIONES NACIONALES DE TURISMO S.A. INTURSA
104	EXSA S.A.
105	RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS
106	LUZ DEL SUR S.A.A.
107	REFINERIA LA PAMPILLA S.A.A.
108	EMPRESA EDITORA EL COMERCIO S.A. (AHORA VIGENTA INVERSIONES S.A.)
109	BANCO SANTANDER, S.A.
110	METALURGICA GERDAU S.A.
111	EL PACIFICO PERUANO-SUIZA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS
112	CORPORACION LINDLEY S.A.
113	DEUTSCHE BANK AG
114	GRUPO SECURITY S.A.
115	MAPFRE PERU VIDA COMPANIA DE SEGUROS Y REASEGUROS
116	FREEMPORT-MCMORAN COPPER & GOLD INC (FCX)
117	SOUTHERN COPPER CORPORATION
118	TELEFONICA S.A.
119	REPSOL S.A.
120	COMPANIA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A.
121	THE BANK OF NOVA SCOTIA

Fuente: Adaptado del cuadro de reportes financieros de la S.M.V., periodo 2015

De lo que se desprende que la libertad de empresa no puede comprender un único derecho, sino varios como lo describe Gutiérrez (2006):

Libertad de creación de empresa, es la facultad que tienen los particulares de constituir una empresa dentro de los límites establecidos por el Derecho.

La libertad de inversión, es la facultad del empresario de aportar el capital inicial y si desea luego aumentar el mismo, así como disminuirlo si considera necesario.

Libertad de acceso al mercado, toda empresa que cumpla con los requisitos legales establecidos, puede incursionar desarrollarse en todo el mercado, para cumplir con dicha finalidad el Estado también garantiza el libre acceso al mercado a través del Derecho de la competencia.

Libertad de organización, es la facultad con la que cuenta el empresario para determinar sus objetivos empresariales, y en función de ellos decidir la manera de combinar los elementos materiales e inmateriales de la empresa.

Libertad de gestión, es la facultad del empresario de combinar de manera óptima los elementos materiales, humanos y todos los elementos que lo componen. Por esta libertad y la libertad de organización es que el empresario puede crear grupos de empresas.

Libertad de transferencia de empresa, es la facultad que tiene el empresario de transferir su empresa.

Libertad de cierre de empresa, es la libertad de abstenerse a hacer empresa o dejar de hacerla.

Sin embargo, la libertad de empresa no es irrestricto, tiene límites como el respeto a los derechos fundamentales de las personas como la seguridad, la

salud de las personas, el respeto al medio ambiente, que no sea contrario a la moral y las buenas costumbres.

Además, nuestra Constitución económica en su artículo 59 también se ocupa de uno de los elementos de la empresa: el trabajo, que como sabemos está consagrado también como derecho fundamental, la libertad de empresa debe interpretarse siempre garantizando la libertad de trabajo, derivado de este derecho y también considerado como derecho constitucional tenemos el derecho a participar en las utilidades de las empresas con fines de lucro de acuerdo a la realidad económica y legal de las empresas.

SUBCAPÍTULO III: EL NEGOCIO FRAUDULENTO EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

3.1.Introducción

El ritmo al que se mueven hoy en día los negocios hace necesario que las empresas apliquen estrategias agresivas con el fin de ganarse un lugar en el mercado o ampliar su participación, una de las formas es organizando grupos de empresas con la finalidad de generar sinergias entre empresas vinculadas, lo que debería tener como resultado mayor valor para el grupo de empresas.

Para entender el negocio fraudulento es los grupos de empresas, necesitamos conocer que establece la Constitución Política, el derecho privado, para finalmente describir el negocio fraudulento en las relaciones laborales entre el empleador y el trabajador.

3.2. La autonomía de la voluntad

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 047-2004-AI/TC manifiesta que autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad “que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad”.

La autonomía de la voluntad en su manifestación contractual está establecida en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política, el cual establece que toda persona tiene derecho “A contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público.”.

3.3. Acto jurídico y nulidad

La autonomía privada rige las relaciones de los privados, los particulares tienen libertad de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos.

Para continuar tomaremos la definición de acto jurídico planteada por Taboada (2002) “Los negocios jurídicos son supuestos de hecho conformados por una o más declaraciones de voluntad realizadas con el fin de alcanzar un determinado resultado práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.” (p.11)

El artículo 140 del Libro II del Código Civil vigente establece los elementos de validez del negocio jurídico “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- a) Agente capaz.
- b) Objeto física y jurídicamente posible.
- c) Fin lícito.

d) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

El artículo 141 del Código Civil establece que la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita.

Completa los elementos de validez del negocio jurídico el artículo 151 del Código Civil “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”; asimismo el artículo 219 del Código Civil señala en forma negativa los siguientes elementos de validez la manifestación de voluntad del agente, que no adolezca de simulación absoluta.

El artículo 169 del Código Civil establece que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

El artículo 190 del Código Civil establece que por simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe voluntad realmente para celebrarlo.

Finalmente debemos concordar con dos causales de nulidad del Acto Jurídico establecidos en los numerales 4 y 8 del artículo 219 del Código Civil, cuando su fin sea ilícito y en el caso de la norma V del título preliminar del Código Civil el cual establece “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”

Entonces, de los establecido hasta acá debemos manifestar que los actos jurídicos ilícitos y contrarios al orden público y a las buenas costumbres, son nulos, por lo tanto nacen muertos y no generan efectos jurídicos en la realidad.

3.4. Fraude a la ley en los grupos de empresas

En el punto 12 de la Resolución del Tribunal Constitucional (Exp. N° 00018-2009-PI/TC) se establece “Que de otro lado este Tribunal también advierte que la demanda en forma en que ha sido postulada entraña una pretensión que en la teoría general del derecho se le denomina fraude a la ley. Se entiende por fraude a la ley a *“una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada norma de cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (norma defraudada)”* (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Editorial Trotta, Madrid, segunda edición 2006, p. 74). En concreto, la figura de fraude a la ley se produce mediante la utilización de una norma jurídica válidamente posible, pero a la vez aparente, para lograr con ella fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico.”

En la figura del fraude a la ley la empresa defraudadora se ampara en una norma jurídica de cobertura como puede ser la Ley General de Sociedades para crear personas jurídicas vinculadas tratando de hacerlas ver como empresas independientes, pero que en realidad son una sola empresa, para evadir los efectos de una norma de carácter imperativo como puede ser la Ley de Participación de los trabajadores en las utilidades, que sería la norma defraudada. Ejemplo:

A través de actos jurídicos que independientemente son lícitos, sin embargo en conjunción con otros negocios jurídicos se persigue un resultado prohibido. Por decir, la empresa INCALAC SAC tiene como accionistas a Juan Perez Galvez con DNI 26660349 quien es propietario

del 40% del capital social que equivale a S/. 400,0000.00, Pedro Luna Loli con DNI N° 26659018 quine es propietario del 30% del capital de la sociedad que equivale a S/. 300,000.00 y Juan Flores Chaname con DNI N° 26897456 quine es propietario del 30% del capital social que equivale a S/. 300,000.00. INCALAC SAC es una empresa muy rentable dedicada a la producción y venta de quesos gourmet a personas del nivel socioeconómico A. La empresa está organizada de la siguiente manera Gerencia (3 trabajadores), Producción (30 trabajadores), Distribución (19 trabajadores), Administración y Finanzas (15 trabajadores) como áreas necesarias para el funcionamiento del negocio. Una consultora les ha sugerido que sus utilidades y participación en las utilidades de los accionistas trabajadores sería mejor en un 20% si es que tercerizan al menos un área, a la cual recomiendan que podría ser Distribución, y así ya no repartirían su gran utilidad generada entre todos los trabajadores que forman la empresa sino solamente entre los trabajadores de las áreas de Gerencia, Producción, Administración y Finanzas que según el estudio son necesarias para tener el control del negocio. El acuerdo de tercerizar el área de Distribución lo toman en Junta General de Accionistas, en la misma acta se acuerda que se creará la empresa CARRANZA LOGÍSTICA INTEGRAL SRL y que los accionistas deben ser los mismos que la empresa INCALAC SAC y en la misma proporción de propiedad. Luego con fecha 02/01/2015 se firma un contrato de tercerización entre INCALAC SAC y CARRANZA LOGÍSTICA INTEGRAL SRL por el cual se acuerda que la contratista se encargará de la distribución de los quesos según requerimientos de la empresa

principal a sus selectos clientes a nivel nacional. A los trabajadores del área de Distribución (19 trabajadores) de INCALAC SAC se les manifiesta que por estrategia corporativa van a eliminar el área de Distribución, pero que si firman sus cartas de renuncia pasaran a formar parte de CARRANZA LOGÍSTICA INTEGRAL SRL con la mismas condiciones que tenían en la empresa principal.

Finalizada el año fiscal 2015 y vencido el plazo para presentar su Declaración Jurada Anual de Impuesto a la Renta, los trabajadores de INCALAC SAC reciben mejores participaciones en las utilidades, a diferencia de los trabajadores de CARRANZA LOGÍSTICA INTEGRAL SRL que ya no perciben utilidades.

Por las libertades de empresa y contractual establecido en nuestra Constitución Política las personas pueden crear empresas, firmar contratos; sin embargo, los magistrados al resolver esta clase de casos deben de considerar que la participación en las utilidades de las empresas es un derecho constitucional, legal que debe ser respetado al estar en un Estado Social Democrático de Derecho; por lo que en este caso se podría demostrar que se ha cometido fraude a la ley, tomando como normas de cobertura a la Ley General de Sociedades y a la Ley que Regula la Tercerización, y como norma defraudada a la Ley de Participación en las Utilidades.

Entonces en el fraude a la ley se realiza un acto jurídico legítimo y bajo el amparo de normas legales expresas, sin embargo si se demuestra que la finalidad ha sido defraudar otras normas legales imperativas, se debe declarar la nulidad de los actos jurídicos celebrados.

En estos casos se da un incumplimiento indirecto de la norma legal, ya que se usa una norma lícita (llamada norma de cobertura) para transgredir una norma legal de obligatorio cumplimiento (llamada norma defraudada), entonces en estos casos se está atentando contra la *ratio legis* de la ley de cobertura; por lo que en los casos a ser resueltos por los resolutores jurisdiccionales se hará en función de la norma legal aplicable y no sobre la norma legal que sirvió de cobertura.

Por lo que, el fraude a la ley tiene la intención y el objetivo de obtener un resultado contrario al ordenamiento jurídico, es decir contrario a las leyes que interesan al orden público, a las buenas costumbres o contrarios a normas legales imperativas.

SUBCAPÍTULO IV: LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Para establecer el Fraude a la Ley en los grupos de empresas se debe recurrir a la doctrina del levantamiento del velo societario. En el caso de altos ejecutivos que valiéndose de la responsabilidad limitada que les otorga la personería jurídica de sus empresas, usan prácticas fraudulentas tendientes a eludir el pago de beneficios sociales, de estos para la presente investigación vamos a ver el efecto en la participación en las utilidades.

4.1. Concepto

Según el artículo 6° de la Ley General de Sociedades (LGS), “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.”, a decir de CORDOVA (2010) una vez adquirida la personalidad jurídica se crea una disociación entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad, lo que

implica que el patrimonio social responde única y exclusivamente por las obligaciones de la sociedad. Sin embargo, el problema se genera cuando se usa de manera fraudulenta a las sociedades con la finalidad de obtener beneficios económicos en favor de los socios.

Se ha constatado en algunas sentencias judiciales, que ciertos controlantes de grupos de empresas fraudulentos valiéndose de la personalidad jurídica de las sociedades reguladas bajo la LGS, realizan prácticas con la finalidad de evadir o eludir el pago de beneficios sociales, entre ellos la participación de los trabajadores en las utilidades. Ante estos hechos que no son nuevos, fue necesario establecer alguna manera de contrarrestar el uso fraudulento de la personalidad jurídica de las sociedades, a lo que según se conoce surgió en la práctica judicial norteamericana la figura del Levantamiento del Velo Societario, con la finalidad de corregir fraudes y abusos contra las leyes imperativas por parte de sociedades formalmente bien estructuradas, entonces en la práctica judicial de ese país se consiguió evaluar en conjunto a la(s) persona(s) jurídica(s) y a sus accionistas o a sus representantes de esta(s), y así poder analizar los verdaderos intereses que motivaron la realización de los actos jurídicos puestos a su disposición.

En nuestro país DE TRAZEGNIES (2005) comenta que el desconocimiento del velo societario que es una institución nueva, destinada a evitar que, detrás del formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudiquen a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato.

4.2. Supuestos para su aplicación

El derecho constitucional a la libertad de empresa permite a las personas crear empresas con personalidad jurídica propia, sin embargo dicho deber debe ser gozado respetando el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas. En ese sentido, no debe permitirse el uso abusivo y fraudulento de los derechos concedidos por leyes con el fin de beneficiarse económicamente los propietarios vulnerando los derechos de otros como pueden ser los trabajadores.

Entonces esta figura se aplica bajo supuestos de abuso del derecho y fraude a la ley, por lo que es necesario entender cada figura.

4.2.1. Abuso de derecho

Según Guerra (2009) el abuso de derecho es la situación o circunstancia que se produce como consecuencia de una conducta voluntaria de un sujeto que es titular de un derecho subjetivo (empresario), que actuando al amparo de una legal y válida, finalmente atenta contra el derecho de un tercero (trabajador), vulnerando el principio de buena fe y otros principios y fines del derecho.

Las personas deben hacer uso de sus derechos de acuerdo a los fines previstos por la norma, esto de acuerdo al artículo II del Título Preliminar del Código Civil, el cual prescribe la Ley no ampara el ejercicio ni las omisiones abusivas de un derecho.

Entonces, los magistrados deben desestimar la personalidad jurídica cuando es usada para llevar actos contrarios al orden público, las buenas costumbres o contra normas imperativas.

4.2.2. El fraude a la ley

Según Mispereta (2003) el fraude a la ley se presenta en apariencia como un acto legítimamente realizado y bajo el amparo de normas legales expresas. Para que exista fraude a la ley deben presentarse dos normas jurídicas, una que es llamada “ley de cobertura” y la otra que es la “ley defraudada”. La ley de cobertura es un dispositivo general que permite encubrir un acto malicioso y darle un tono aparente de legalidad; la ley defraudada, en cambio, no es un precepto específico para un caso determinado, lo que se atenta de esta forma es la finalidad por la cual fue creada, es decir, se ataca la razón, la ratio legis, que llevo al legislador a emitir dicho dispositivo.

La doctrina establece que para que exista fraude a la ley se debe dar concurrentemente los siguientes supuestos: con relación a la norma defraudada debe suponer vulneración efectiva y directa de una norma imperativa, ahora respecto a la ley de cobertura debe tener por finalidad proteger el acto realizado.

Entonces, se configura el fraude a la ley si se realiza un acto jurídico aparentemente lícito usando una ley aparentemente lícita, para conseguir un resultado que de haberse aplicado la norma defraudada imperativa no hubiera podido ocurrir.

4.3. Levantamiento del velo societario

De lo desarrollado hasta aquí, la doctrina del levantamiento del velo societario busca declarar la ineficacia de los actos jurídicos generados

mediante el uso irregular de la persona jurídica; entonces en un proceso judicial el juez al constatar la utilización fraudulenta de alguna persona jurídica, éste puede declarar responsable solidario para el pago de derechos laborales a otra empresa o persona jurídica conformante del grupo de empresas fraudulento, a los representantes legales y/o apoderados que tienen el control de la sociedad respondan ante tales actos hasta con su propio patrimonio.

SUBCAPÍTULO V: PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD

En la realidad no en pocas ocasiones el trabajador sabe que se están vulnerando sus derechos laborales y no encuentra ley que proteja la vulneración que está sufriendo, esta situación se complica cuando no sólo no existe ley que lo ampare, sino que hasta es imposible saber quién está vulnerando sus derechos, ya que su verdadero empleador puede formar parte de un grupo de empresas, a lo que éste debe aceptar lo que aparece en documentos, expresándole quien es su empresa empleadora y quien va a cumplir con sus derechos laborales vigentes.

Entonces, según el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución establece:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

(...)”.

Además, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil:

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

Como lo dice Rubio (2006) ambas normas se ponen en el caso de la deficiencia de la ley, lo que alude a insuficiencia de las normas existentes para regular el caso que se presenta y que requiere solución por la justicia. Esta deficiencia puede ser más o menos considerable y, por lo tanto, dar lugar a una interpretación extensiva, bien a una situación que requiera de la integración jurídica. Pero más claramente aún, se refieren a las lagunas del Derecho cuando hablan de defecto de la ley, lo que aquí quiere decir que estamos ante la ausencia de norma para el caso.

Según lo ha definido el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1944-2002-AA/TC Gonzáles (2011):

[El principio de primacía de la realidad] que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. (p.118)

SUBCAPÍTULO VI: EL DERECHO CONSTITUCIONAL A PARTICIPAR DE LAS UTILIDADES

6.1.Introducción

El reparto de las utilidades generadas por las sociedades mercantiles a los trabajadores tiene reconocimiento constitucional a partir de la Constitución de 1993, que en su artículo 29° establece: “*El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación*”, y es desarrollada

por el Decreto Legislativo N° 892, Ley que desarrolla el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría; y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 009-98-TR.

De lo dicho hasta el momento, sobre todo por nuestra norma fundamental se infiere que la participación de utilidades está contemplada para aquellos trabajadores que laboran de manera subordinada para un empleador, además prestan el servicio de manera personal y perciben una retribución por ello.

Como vemos es importante la figura de trabajador para repartir utilidades, por lo que vamos a considerar lo que establece el último párrafo del artículo en el artículo 2° del Reglamento “(...) *Para estos efectos se consideran se consideran trabajadores a aquéllos que hubieran sido contratados directamente por la empresa, ya sea mediante contrato por tiempo indeterminado, sujeto a modalidad o a tiempo parcial.*”

A lo expuesto por dichas normas es importante cuestionarse a qué se debe este derecho, por qué ha sido considerado en la Constitución. Como lo señala la doctrina la participación en las utilidades por parte de los trabajadores se debe fundamentalmente a que sin trabajadores motivados que sientan que el éxito económico de la sociedad, también será repartible entre ellos; además por justicia social, al ser reconocidos como Estado Social y Democrático de Derecho.

Entonces, vemos que el derecho a participar en las utilidades tiene que ver con generar que los trabajadores se comprometan con la sociedad

mercantil para tratar de generar los mejores resultados económicos, que finalmente beneficiará a los inversionistas y a los pilares de la generación de utilidades, los trabajadores.

Todo lo indicado nos deja claro que mientras más efectiva sea una empresa, se tendrá mejores beneficios para todos, inversionistas, trabajadores, Estado y sociedad en general. A la par es necesario mencionar que la participación de utilidades de la empresa a los trabajadores, busca el compromiso de ellos con la empresa.

6.2. Naturaleza

El reconocimiento constitucional no es suficiente para que este derecho pueda hacerse efectivo, ya que la vinculación jurídica efectiva se logra cuando se desarrolla a través de una Ley o norma con rango equivalente.

El derecho del trabajador a participar en las utilidades de la empresa empleadora está regulada en el Decreto Legislativo N° 892, su Reglamento N° 9-98-TR y las normas aún vigentes del Decreto legislativo N° 677.

6.3. Finalidad

El tercer considerando del Decreto Legislativo N° 892 establece “Que, la participación de los trabajadores en la distribución de utilidades tiene por objeto buscar la identificación de éstos con la empresa y por ende en el aumento de la producción y productividad de sus centros de trabajo.”

6.4. Obligados a repartir utilidades

Según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 892 están obligados a repartir utilidades aquellas empresas generadoras de rentas de tercera categoría, por lo que en concordancia con la Ley del Impuesto a la Renta y su Reglamento, no estarían comprendidas las empresas exoneradas o inafectas al Impuesto a la Renta según Ley. Lo que implicaría que deben repartir utilidades aquellas empresas con fines de lucro.

Además, según el artículo 9 del Decreto legislativo N° 677 “Se encuentran excluidas de la participación en las utilidades, de acuerdo a su modalidad, las cooperativas, las empresas autogestionadas, las sociedades civiles y las empresas que no exceden de (20) trabajadores.”

6.5. El monto

Según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 892 participan los trabajadores en las utilidades de las empresas generadoras de rentas de tercera categoría, según el siguiente cuadro:

Tabla N° 2. Participación en las utilidades por tipo de empresa

Empresa	% de participación
Empresas pesqueras, de telecomunicaciones e industriales	10%
Empresas mineras, de comercio e industriales	8%
Empresas que realicen otras actividades	5%

Fuente: Adaptado del Decreto Legislativo N° 892

Para determinar el monto que le corresponde a cada trabajador se toma en cuenta el tiempo trabajado y la remuneración percibida, las que tendrán como tope 18 remuneraciones.

6.6. La base de calculo

En el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 892 se ha establecido que la participación en las utilidades de los trabajadores se calculará sobre el saldo de la renta neta imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compensado perdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del impuesto a la renta.

6.7. Plazo

Para el pago de las participaciones en las utilidades, el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 892 ha señalado que debe ser realizado dentro de los 30 días naturales siguientes al vencimiento de su Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta del ejercicio anterior.

6.8. Liquidación

Según el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 892 el empleador debe entregar al trabajador o extrabajador una liquidación que precise la manera como ha sido calculada el monto determinado.

6.9. Situación actual

Ahora bien, frente a todo lo dicho, no podemos dejar de pronunciarnos sobre los grupos de empresas y sus efectos en la repartición de utilidades a los trabajadores.

Los grupos de empresas al no estar regulados, se organizan de manera transparente, así como de manera fraudulenta, los que son organizados de manera transparente respetan las normas laborales y otras; sin embargo, los grupos de empresas fraudulentos están buscando aprovechar los vacíos legales, o la falta de integración, para ahorrar costos laborales, en específico pagar menos utilidades a los trabajadores, lo que finalmente se traduciría en más repartición de utilidades a los inversionistas.

Consideramos importante plasmar lo indicado por Blancas (2011, p. 566):

Consideramos que el derecho a la participación en las utilidades se relaciona directamente con otros derechos enumerados en la Constitución como son el derecho al bienestar (art. 2.1), a participar en forma individual y asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (Art. 2.17), al trabajo como base del bienestar social y medio de realización de la persona (art.22) así como el deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (art. 44). Es un derecho con contenido propio, mediante el cual se persigue el mayor bienestar del trabajador y la justa distribución de la riqueza. Desde luego, el logro de estos objetivos depende de la configuración legal del derecho, pues a la ley ha confiado el constituyente decidir la intensidad y forma de dicha participación.

SUBCAPÍTULO VII: LA PERSONERÍA JURÍDICA INDEPENDIENTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

7.1. Introducción

Debemos iniciar manifestando que una sociedad mercantil es un sujeto de derecho, perteneciente a las personas jurídicas, que son ficciones legales creadas con la finalidad de satisfacer necesidades prácticas, conformadas por la unión de dos o más personas con un interés común de naturaleza económica.

Para entender qué es la persona jurídica, antes debemos referirnos a la figura sujeto de derecho. La doctrina manifiesta que el sujeto de derecho es un ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes. Estos sujetos de derecho se dividen en personas naturales y personas jurídicas.

Las personas jurídicas son formadas por las personas naturales y/o jurídicas. La sociedad mercantil como todo sujeto de derecho, así como toda persona jurídica, es creada para satisfacer necesidades prácticas.

Dentro de las personas jurídicas, tenemos a las sociedades mercantiles, las cuales se forman por la unión de dos o más personas con la intención de satisfacer un interés común de naturaleza económica.

7.2. Sociedades mercantiles

Atendiendo al artículo 76 del Código Civil vigente establece: “La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.”

Al notar que la Ley N° 26887 (Ley General de Sociedades) no define a la sociedad, recurriremos a la jurisprudencia judicial, donde la Primera Sala Comercial de Lima, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0101-2005 en el considerando cuarto señala “(...), una sociedad nace producto de un acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial, gestando una persona jurídica con capacidad propia y total autonomía que asume derechos y obligaciones, adquiriendo composición orgánica, voluntad y patrimonio autónomo, siendo por ende sujeto y objeto de derecho para la asunción de las responsabilidades que su accionar conlleve.”

Generalmente las sociedades se crean con finalidad económica, lo que hace que los socios unan esfuerzos o capitales para obtener una utilidad repartible entre cada uno de ellos. Ello distingue a las sociedades mercantiles de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil (La asociación, la fundación y el comité), lo que se evidencia desde el primer artículo de la Ley N° 26887 “Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas.”

Además en el considerando cuarto del (Exp. N° 097-2005, Lima) señala: “(...), la sociedad -tal como lo refiere parte de la doctrina nacional- nace de un contrato producto del acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial, siendo el único contrato del cual nace una persona jurídica distinta a los sujetos participantes de dicho contrato, convirtiéndola en un sujeto de derechos y obligaciones, dotada de una composición orgánica con voluntad propia y con un

patrimonio autónomo, asumiendo las responsabilidades que su accionar conlleva”.

Entonces el componente económico es de vital importancia para este tipo de contratos, por lo que los socios al unir sus esfuerzos y capitales buscan obtener utilidades repartibles entre cada uno de ellos.

7.3.Pluralidad de miembros

El término sociedad hace referencia a una pluralidad de individuos. Entonces para constituir una sociedad mínimo se necesita dos socios, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas.

Según el artículo 4 de la Ley General de Sociedades “La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de esos plazo.”

Aquella sociedad que perdiera su pluralidad se desnaturalizaría, por lo cual la ley prevé sancionarla con la disolución de pleno derecho.

SUBCAPÍTULO VIII: LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ahora es necesario diferenciar a la persona jurídica de sus miembros, para lo cual recurriremos al artículo 78 del Código Civil vigente que establece: “La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguna de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.”

Recurrimos a la jurisprudencia (Cas. N° 1538-2005, Lima) donde señala: “Se entiende que la personalidad jurídica es la que detentan los entes jurídicos distintos de las personas físicas, que tienen una voluntad propia, están dotados de una organización estable y son sujetos de derechos diferentes a sus socios, administradores o representantes. La personalidad jurídica origina el efecto de independizarla totalmente de sus socios en los temas de responsabilidad ante terceros y de responsabilidad y representación judicial.” En el libro de las sociedades anónimas, artículo 51 de la Ley General de Sociedades señala: “En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima.”

Entonces la responsabilidad limitada es el beneficio más importante de constituir una sociedad de capitales para el emprendimiento de algún negocio. Los inversionistas buscan negocios que les ayude a incrementar su patrimonio de la manera más eficiente posible; sin embargo, no hay inversión cero riesgos, que garantice que siempre se gane, sino, va a ver inversiones que generen pérdidas; entonces en el supuesto que a una sociedad le vaya mal no implica que la persona que invirtió en él deba verse afectado. De no constituirse como una sociedad que limite su responsabilidad frente a las diferentes personas con las cuales se realizan operaciones, los inversionistas corren el riesgo que si el negocio fracasa, los acreedores vayan hasta con el patrimonio que no aportaron a la sociedad.

Al respecto tenemos la (Cas. N° 474-2003, Lima) de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, que

señala: “uno de los rasgos típicos de la sociedad anónima es la responsabilidad limitada de los socios que la conforman, no pudiendo estos en caso de insuficiencia de los activos para cubrir las deudas que haya contraído responder por ellas con su patrimonio personal.”

Entonces, tenemos que la limitación de responsabilidad genera seguridad jurídica tanto de los socios como de los terceros con quienes trate la sociedad, para los socios en vista que tienen la seguridad que su riesgo asumido en una sociedad es hasta el capital aportado y no su patrimonio personal, pudiendo disponer de sus bienes sin temor a que fuera afectado por deudas en las que incurrió la sociedad o sociedades donde ha invertido; mientras que para los terceros tener la seguridad que las acreencias de las que son titulares se harán efectivas hasta el importe de sus patrimonio de la sociedad con la cual contraten.

SUBCAPÍTULO IX: LA ESCISIÓN SOCIETARIA

9.1.Aspectos generales

Las sociedades pueden reorganizarse de acuerdo a la estrategia planeada por el directorio, gerencia para competir de mejor manera en el mercado, es decir se pueden transformar, fusionar y escindir, así como firmar contratos de colaboración empresarial; en nuestro caso nos centraremos en la escisión que es la figura societaria que se puede prestar para realizar fraude a la ley en relación a la participación de utilidades de los trabajadores.

La escisión consiste en dividir total o parcialmente el patrimonio de una sociedad en dos o más partes, para transmitir en bloque cada fracción patrimonial escindida a una o varias sociedades existentes o recién

creada, por lo cual los socios de la sociedad escindida recibirán acciones o participaciones provenientes de la sociedad o sociedades beneficiarias.

El artículo 367 de la Ley General de Sociedades reconoce dos formas de escisión:

- a) La división de la totalidad del patrimonio en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidas a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o también puede ser que se den ambas situaciones a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida.
- b) La separación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidas por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. Por lo que la sociedad escindida ajusta su capital hasta el monto correspondiente.

Para entender mejor debemos saber qué se entiende por bloque patrimonial, regulado en el artículo 369° de la Ley General de Sociedades:

1. Un activo o conjunto de activos de la sociedad escindida.
2. EL conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida.
3. Un fondo empresarial.

De lo que se desprende que el bloque patrimonial debe ser positivo, es decir, el valor de sus activos debe ser mayor al valor de sus pasivos.

9.2. Razones para hacer una escisión

De la revisión de doctrina sobre el tema, vemos que las sociedades mercantiles hacen uso de la escisión entre otras por las siguientes razones:

- Para organizar mejor aquellas empresas que desarrollan más de una actividad.
- Por aplicación de planeamientos tributarios.
- Por descentralización geográfica.
- Por problemas al tomar acuerdos por la junta general de accionistas.
- Evitar quiebra de la empresa.

Como vemos estas razones son legales y justas; sin embargo, se ha tomado conocimiento que algunas empresas lo usan para defraudar a la Ley de participación de utilidades, es decir, cierta empresa tiene un proyecto minero rentable, entonces divide a la empresa en una que realice la exploración y explotación de minerales y otra que va a vender los minerales, lo que hace que los trabajadores de la primera reciban un mínimo de utilidades o en el peor de los casos no reciban nada.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

SUBCAPÍTULO I: PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

1.1. Presentación de resultados

En vista que los objetivos de la presente investigación son cualitativos, para contrastar nuestra hipótesis hemos entrevistado a representantes de 5 grupos de empresas de sectores económicos diferentes, de las que hemos obtenido los siguientes datos:

1. ¿Cuántas personas jurídicas integran su grupo de empresas?

Grupo de empresas	N° de personas jurídicas
Grupo ARTECO	12
Grupo VALLE NORTE	6
Grupo EVC	4
Grupo CHALI	5
Grupo SANDOVAL	4

2. ¿Cuál es la forma de vinculación entre ellas?

Grupo de empresas	Forma de Vinculación
Grupo ARTECO	Mismos propietarios
Grupo VALLE NORTE	Mismos propietarios
Grupo EVC	Mismos administradores
Grupo CHALI	Mismos propietarios
Grupo SANDOVAL	Mismos propietarios

3. ¿El número de trabajadores de cada empresa conformante del grupo son?

Grupo de empresas	N° de trabajadores de cada empresa
Grupo ARTECO	Menos de 20
Grupo VALLE NORTE	Mayor de 20
Grupo EVC	Menos de 20
Grupo CHALI	Una mayor de 20 y cuatro menos de 20
Grupo SANDOVAL	Menos de 20

4. ¿Cuáles son los motivos por los cuales han dividido su actividad en varias personas jurídicas?

Grupo de empresas	Motivos por los cuales ha dividido su actividad
Grupo ARTECO	Mejor control de costos y financiero
Grupo VALLE NORTE	Organizar mejor su negocio
Grupo EVC	Abarcar mayor mercado
Grupo CHALI	No necesitar de terceros en actividades colaterales
Grupo SANDOVAL	Evitar el reparto de utilidades

5. ¿Reparten utilidades a los trabajadores de todas sus personas jurídicas?

Grupo de empresas	Reparten utilidades
Grupo ARTECO	No
Grupo VALLE NORTE	Si
Grupo EVC	No
Grupo CHALI	No
Grupo SANDOVAL	No

6. ¿Está de acuerdo en que se debería pagar las utilidades tomando en cuenta la utilidad global del grupo de empresas?

Grupo de empresas	Pagar utilidades en base a la utilidad global
Grupo ARTECO	Si
Grupo VALLE NORTE	No
Grupo EVC	No
Grupo CHALI	Si
Grupo SANDOVAL	Si

SUBCAPÍTULO II: ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

2.1. Análisis, interpretación y discusión de resultados

Vamos a analizar los resultados obtenidos por actividad económica:

a) Sector inmobiliario

En el sector inmobiliario es común organizar los proyectos inmobiliarios a través de diversas personas jurídicas, la empresa matriz, crea tantas personas jurídicas como proyectos inmobiliarios va a desarrollar, donde los propietarios de cada persona jurídica vinculada a un proyecto inmobiliario es la empresa matriz Arteco Perú con un porcentaje de participación del 99% y el 1% restante lo coloca el gerente general de la empresa matriz. Esto es legal ya que con ello disminuyen los riesgos de afectar a todo el grupo en caso algún proyecto fracase; sin embargo, la empresa matriz tiene como personal de planilla a la gerencia, recursos humanos y contabilidad que no sobrepasan los veinte trabajadores y las

otras 11 personas jurídicas tienen vendedores de departamentos y otros, pero que ninguna supera los veinte trabajadores; lo cual constituye un indicio razonable del uso fraudulento de las personas jurídicas conformantes del grupo de empresas, en contra de los trabajadores que legalmente no tienen derecho a participar en las utilidades de sus empresas. Lo que sumado a que los trabajadores creen que es normal dicha situación por la actividad de las personas jurídicas en las cuales prestan servicios.

b) Sector producción y comercialización

En este caso entrevistamos a una empresa del rubro arrocero, que es un sector muy informal en cuanto a la producción de arroz, en el presente caso el GRUPO VALLE NORTE es un grupo Lambayecano que se dedica principalmente a la pila y comercialización de arroz, organizó su negocio en 4 empresas, una que es el molino que se encarga de la pila de arroz y envasado, otra que es la encargada del transporte, que lleva el arroz desde Lambayeque hacía Jaén y Lima, tres empresas distribuidoras, 2 en la ciudad de Jaén y una en la ciudad de Lima y, por último una inmobiliaria que si bien forma parte del grupo realiza sus actividades de manera independiente. De la entrevista manifestaron que cada empresa si distribuye utilidades entre sus trabajadores; sin embargo, la empresa que se dedica al molino, es más rentable que las demás, lo que origina que algunos trabajadores reciban más utilidades que los de las demás empresas. En este caso los trabajadores si perciben utilidades, sin embargo, los trabajadores del molino perciben más utilidades que los trabajadores de las otras tres empresas.

c) Sector publicidad

El Grupo Empresarial EVC entrevistado, ha dividido su actividad en 4 personas jurídicas, una persona jurídica para dedicarse a la actividad de imprenta, otra persona jurídica para dedicarse al merchandising, otra persona jurídica para medios que básicamente son las actividades de radio y por último una persona jurídica que se dedique a la asesoría publicitaria; pero ninguna de ellas supera los 20 trabajadores, lo que origina que ningún trabajador tenga derecho a percibir utilidades. Por lo tanto, aún al ser un grupo pequeño, en conjunto si superaría los 20 trabajadores y tendría que repartir utilidades; sin embargo, al dividir la actividad de las personas jurídicas, ninguna de las empresas distribuye utilidades.

d) Sector comercialización de abarrotes

Es un grupo de empresas denominado GRUPO CHALI, dedicado a la comercialización de productos de consumo. En su página web manifiestan que tienen como uno de sus objetivos motivar y mantener el mejor personal. Este grupo ha dividido su actividad en 5 personas jurídicas: Comercializadora y Distribuidora Racser que es la única empresa que tiene 76 trabajadores, sin embargo, el último ejercicio obtuvo pérdida tributaria y no tuvo obligación de distribuir utilidades a sus trabajadores; las otras cuatro empresas Distribuciones Chali, Transportes Chali, Servicios Generales Chali y Comercial Aylambo – Mi Mercado no reparten utilidades a sus trabajadores porque tienen menos de 20 trabajadores. Lo que evidencia la falta de compromiso de dichos empresarios para con sus trabajadores, ya que cumplen los requisitos

legales para no estar obligados a distribuir utilidades y así ahorrar costos laborales.

e) Sector comercialización de vehículos

El grupo familiar Sandoval, formado por 4 personas jurídicas, una persona jurídica que se encarga de la comercialización de los vehículos de la marca Mitsubishi, otra persona jurídica que se encarga de la comercialización de vehículos de la marca Hyundai, la persona jurídica Automotriz Cajamarca que se encarga de los servicios automotrices y, la empresa V&S que se encarga del soporte administrativo, de recursos humanos y contable del grupo, pero al no superar cada empresa el número de 20 trabajadores, ninguna empresa distribuye utilidades a sus trabajadores.

CAPÍTULO IV

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.1. Contratación de la hipótesis

Se debe precisar que la participación en las utilidades es un derecho constitucional desarrollado en un decreto legislativo, lo cual lo convierte en un derecho fundamental de todo trabajador, y es obligación del Estado Social peruano velar por que así sea; de otro lado, tenemos al derecho a la libertad de empresa que también es de la misma relevancia constitucional, por el que los empresarios pueden organizarse de la manera más adecuada para competir en el mercado globalizado de hoy en día.

Es un hecho que las empresas se han dado cuenta que realizando contratos de colaboración empresarial se puede lograr sinergias empresariales que no sería posible de manera individual. Para nuestro interés, una manera de generar sinergias empresariales es a través de los grupos de empresas, los cuales son muy buenos para la economía peruana; sin embargo, existen empresarios que forman grupos de empresas para cometer fraude a la ley, es decir, dividen su giro de negocio en varias personas jurídicas sin que sea necesario, constituyendo un grupo de empresas ficticio con la finalidad de defraudar a los trabajadores en algunos de sus derechos, como el de participar en las utilidades.

Para contrastar nuestra hipótesis, primero debemos desarrollar la figura jurídica que en Teoría General del Derecho se denomina fraude a la ley.

Figura desarrollada principalmente por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en su libro *Ilícitos Atípicos* publicada en el año 2006.

La jurisprudencia ha evidenciado que algunos grupos de empresas usan como normas de cobertura principalmente a la Ley general de sociedades, la Ley que regula los servicios de tercerización, la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores; para defraudar derechos individuales y colectivos de los trabajadores, entre los que tenemos al derecho a participar en las utilidades de los trabajadores. En el Exp. N° 00018-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional cita lo desarrollado por la doctrina contemporánea sobre fraude a la ley, es una conducta que aparentemente es conforme a una norma (llamada norma de cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (norma defraudada).

Para limitar estos actos contrarios al ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia peruana cree conveniente llegar por indicios a demostrar la existencia de grupos de empresas fraudulentos, para luego en caso haya vulneración de derechos laborales de los trabajadores, como el de participar en las utilidades, se atribuya responsabilidad solidaria mediante resoluciones judiciales, ya sea a las otras personas jurídicas del grupo o a los socios que conforman dichos grupos.

Los vocales laborales, en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo el año 2008, acordaron que existía responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales no solamente al configurarse los supuestos contenidos en el artículo 1183 del Código Civil sino además, “en los casos en los que

exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”.

Se debe considerar que el Perú es un Estado Social (Art. 43° de la Constitución), que considera al derecho al trabajo como un derecho fundamental, del cual se deriva el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades generadas por las empresas donde trabajan, entonces si nuestra Constitución lo señala como derecho, el empresario debe respetarlo, ahora en caso éste use normas de cobertura para defraudarlo, el Estado debe buscar mecanismos para limitar estas prácticas contrarias a nuestro tipo de Estado, como el de fijar que se calcule la participación de las utilidades de los trabajadores en base a la renta neta imponible global de todo el grupo de empresas.

Por lo tanto, a continuación se desarrollan los fundamentos jurídicos bajo los cuales se contrasta la hipótesis planteada.

a) En cuanto a la personería jurídica independiente de las personas jurídicas

Para contrastar esta variable es necesario precisar que las personas jurídicas obligadas a repartir utilidades a sus trabajadores son las que generan rentas de tercera categoría, regulado en la Ley del impuesto a la renta, es decir, las personas jurídicas con fines lucrativos, que son generalmente sociedades; sin embargo, al notar que la Ley N° 26887 (Ley general de sociedades) no define a la sociedad, recurriremos a la jurisprudencia. Así la Primera Sala Comercial de Lima, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0101-2005 en el considerando cuarto

señala “(...), una sociedad nace producto de un acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial, gestando una persona jurídica con capacidad propia y total autonomía que asume derechos y obligaciones, adquiriendo composición orgánica, voluntad y patrimonio autónomo, siendo por ende sujeto y objeto de derecho para la asunción de las responsabilidades que su accionar conlleve.”

La personería jurídica independiente se adquiere con la inscripción de la sociedad en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP-, en adelante se crea una disociación entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad, lo que implica que cada persona jurídica conformante de un grupo de empresas, responde única y exclusivamente por las obligaciones generadas por ésta.

En tal sentido, la personería jurídica independiente de las empresas es necesaria, porque le da seguridad al inversionista que si por el riesgo normal del negocio, en caso de fracasar, no vea afectado su patrimonio personal; lo que cuestiona la doctrina y jurisprudencia es la utilización fraudulenta de ésta, en especial cuando es usada para defraudar derechos laborales de trabajadores como el de participar en las utilidades de las empresas, quienes con su trabajo hacen que la o las empresa(s) generación dichas utilidades.

Los grupos de empresas reales se organizan mediante subordinación o mediante coordinación, lo cual es legal y hasta estratégico, ya que logra sinergias empresariales para enfrentar la competencia en el mercado global, generar mayor valor a cada empresa conformante del grupo de empresas, que finalmente también beneficia a los trabajadores, que

laboran en mejores condiciones de trabajo y tienen derecho a una mayor participación en las utilidades de las empresas.

Los grupos de empresas reales deben asegurarse de organizar sus estructuras de tal manera que no generen indicios de que están cometiendo fraude a la ley, de tal manera que si haya necesidad de probar que no están cometiendo fraude a la ley, lo hagan sin ningún problema.

En el Perú no está prohibido formar grupos de empresas, lo que el derecho rechaza es a los grupos de empresas fraudulentos, que se amparan en personas jurídicas diferentes que dicen ser empresas diferentes pero que en realidad no lo son; entonces, respaldamos nuestra afirmación en lo manifestado por Arce (2008), para formar un grupo de empresas no basta con la formalidad de la personería jurídica independiente para ser considerado un grupo de empresas real, sino que se debe evaluar otros indicios al determinar ante qué grupo de empresas estamos.

Los grupos de empresas fraudulentos dividen la actividad de una empresa no con la finalidad natural de este derecho (por estrategia corporativa para generar sinergias empresariales), sino que su finalidad es pagar menos o no pagar utilidades a los trabajadores de una o más empresas conformantes del grupo.

Lo manifestado anteriormente, se respalda con lo señalado por Arce (2014) en su participación en el Primer Encuentro Peruano-Chileno-Uruguayo organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, donde expone un caso considerado

emblemático, el caso de la minería, donde al inicio la empresa tiene varias concesiones, ahora comienzan a formar personas jurídicas por cada concesión, y la persona jurídica central, la matriz es la que da la cara hacia el mercado de los clientes, entonces ¿Cómo funciona?, las filiales extraen, venden a un precio relativamente cómodo, la matriz compra y después esa matriz vende al mercado. Ya esa matriz, solamente por el hecho de ser intermediaria, ha ganado un buen capital, que tiene implicancias sobre la distribución de las utilidades.

Al respecto tenemos la Casación N° 932-2002 LIMA, en el considerando sétimo 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 demandada y las co-demandadas, estando a la naturaleza de los derechos en litigio, no resultan aplicables al caso de autos los artículos setenta y ocho y mil ciento ochenta y tres del Código Civil y el artículo setenta de la Ley General de Sociedades.”, en este caso los magistrados desconocen la personalidad jurídica de la Asociación Real Club de Lima, Hotel Country Club Sociedad Anónima y Choy Ko Oro Sociedad Anónima, para atribuirles responsabilidad solidaria en el pago de beneficios sociales, tanto por la naturaleza persecutoria de los derechos reclamados, señalada en el artículo tres del Decreto Legislativo número ochocientos cincuenta y seis, como por la existencia de vinculación económica entre ellos.

Es necesario precisar, que no se debe estigmatizar a todos los grupos de empresas, ya que en el mundo globalizado de hoy en día, si las

empresas no generan valor, están condenadas a desaparecer. Una de las mejores maneras de generar valor es uniéndose, es decir, realizando concentración empresarial.

En consecuencia, se advierte que el uso de la personería jurídica independiente puede conllevar a su uso fraudulento, por parte de algunos grupos de empresas, que genera como consecuencia la afectación del derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas, ya sea disminuyendo la cantidad de utilidades a pagar o en otros casos no se pagando las utilidades correspondientes.

b) En cuanto a la responsabilidad limitada de las personas jurídicas

La responsabilidad limitada de las empresas es un derecho reconocido en la Ley General de Sociedades, necesario para que el empresario pueda arriesgarse a invertir en un negocio, que tiene como variable ineludible al riesgo; sin embargo, cuando las empresas conformantes de un grupo de empresas fraudulento lo usan con la única finalidad de defraudar los derechos laborales de los trabajadores como el de participar en las utilidades de las empresas, no están respetando los parámetros de nuestro Estado Social.

En una relación laboral clásica como lo manifiesta Arce (2008) solo bastaba conocer quién ejercía el poder de dirección para identificar al responsable de cumplir con las obligaciones laborales, y en caso de incumplimiento era a éste a quien se le perseguía; sin embargo, con la creación de los grupos de empresas un trabajador puede ser contratado

por una empresa, prestar los servicios en otra y es otra empresa la que paga su remuneración. En ese contexto resulta difícil saber quién es el responsable de las obligaciones laborales incumplidas, además en el aspecto formal uno sabe que labora para tal empresa, pero en la realidad se recibe órdenes de representantes de otras empresas.

Los grupos de empresas amparándose en que cada empresa responde por sus propias obligaciones, dentro de éstas las laborales; en el caso que una de ellas no genera o genere poca utilidad de manera fraudulenta, no es posible que otra empresa conformante del grupo asuma lo no pagado a sus trabajadores, ya que cada persona jurídica sólo responde por sus obligaciones hasta el límite de su patrimonio como lo establece la Ley General de Sociedades, lo que afecta el derecho constitucional a participar en las utilidades de los trabajadores pertenecientes a estos grupos de empresas ficticios.

Al respecto tenemos la Casación N° 474-2003 Lima de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, señala: “(...), uno de los rasgos típicos de la sociedad anónima es la responsabilidad limitada de los socios que la conforman, no pudiendo estos en caso de insuficiencia de los activos para cubrir las deudas que haya contraído responder por ellas con su patrimonio personal;(...)”

Entonces, cuando el trabajador acude al Poder Judicial a reclamar su derecho a participar en las utilidades en contra de una persona jurídica que conforma un grupo de empresas fraudulento, el juez resuelve que esta empresa sólo honrará sus obligaciones hasta el monto de su

patrimonio liquidable y, las utilidades generadas muchas veces no se ven honradas en su totalidad.

Esto ha originado que la doctrina y la jurisprudencia respalden que se pueda establecer responsabilidad solidaria, cuando se logre determinar la existencia de algún grupo de empresas fraudulento, en caso una persona jurídica no haya cumplido a cabalidad con sus obligaciones laborales, éstas se puedan hacer efectivas cobrándoles a las demás personas jurídicas conformantes del grupo, desconociendo la responsabilidad limitada de cada persona jurídica.

La afirmación anterior se ve respaldada en las sentencias que obtuvieron los ex trabajadores de la empresa San Ignacio S.A. en liquidación, que al no poder dicha empresa hacer frente a sus obligaciones laborales, entre ellas la participación en las utilidades; los jueces declararon responsable solidario a la empresa Backus (Exp.: 00087-2011-0-168-JM-LA-01, Exp.: 0096-2011-0-1618-JM-LA-01, Exp.: 08378-2013-0-1801-JR-LA-11 y Exp.: 05541-2013-0-1801-JR-LA-06).

En consecuencia el uso fraudulento de la responsabilidad limitada de algunas personas jurídicas conformantes del grupo de empresas afecta a terceros, como a los trabajadores en su derecho constitucional a participar en las utilidades de la(s) empresa(s) para la(s) cual(es) laboraron.

c) En cuanto a la escisión de empresas

En relación a la escisión de empresas conformantes de un grupo de empresas fraudulento, la escisión también es una figura permitida por la Ley General de Sociedades; sin embargo, cuando lo que buscan estos

entes es defraudar los derechos laborales de los trabajadores, la única opción para demostrar el fraude es mediante indicios y llegar a demostrar como algunas empresas parten su objeto social para dividirlo en más de una persona jurídica con la intención de beneficiar a unos trabajadores con más utilidades, y perjudicar a otros con menos o no pagarles utilidades.

No cabe duda que la figura societaria de la escisión de empresas, es necesaria al evaluar las actividades de una empresa y determinar que el desempeño sería mejor si se dividen las actividades de ésta en empresas diferentes; sin embargo, cuando la intención es cometer fraude al derecho que tienen los trabajadores de participar en las utilidades de las empresas escindidas, la manera de ver a ésta figura jurídica cambia, ya que al final sólo se busca favorecer al grupo de empresas al repartir menos utilidades, beneficiar a unos trabajadores en perjuicio de otros. Por lo tanto, es nuestro Estado Social el llamado a solucionar este problema.

El mercado hoy en día exige organizaciones flexibles que prevean los cambios o en todo caso se adapten a éstos en el acto, lo que obliga a las empresas a replantear sus estrategias para competir en mejores condiciones, una de estas estrategias que permite la Ley General de Sociedades a las empresas, es dividir su objeto social en más de una empresa, pero siempre teniendo en cuenta que éstas deben ser empresas que generen sinergias empresariales y no simples personas jurídicas.

Ante esta realidad los efectos que tenga en las relaciones laborales debe ser afrontado aplicando los principios e instituciones propias del Derecho Laboral. Para nuestro caso debemos aplicar el principio de continuidad, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo que el empresario puede dividir su actividad en más de una persona jurídica; sin embargo la relación laboral debe considerarse vigente con la unidad empresarial y no con una empresa conformante del grupo en particular para efectos laborales.

Además el inciso b) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 856, sobre el tratamiento de la protección de los créditos laborales, establece que la preferencia o prioridad de los créditos laborales se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio; pues señala que “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”

En el supuesto establecido en la norma anterior se encuentra la escisión de empresas, al establecer que se transfiere activos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas.

Como lo manifestamos en el planteamiento del problema, de lo cual no hemos encontrado sustento jurisdiccional, pero es necesario considerarlo, ya que algunos pequeños empresarios lo usan de manera

frecuente, una pequeña empresa inicia actividades con menos de veinte trabajadores, con el transcurrir de los años va creciendo, y de pronto supera los veinte trabajadores y, por ley debe pagar utilidades a sus trabajadores. Pero un mal asesor legal le recomienda dividir su actividad en varias personas jurídicas, de tal manera que ninguna de las empresas supere los veinte trabajadores y no pague utilidades, amparado en la escisión societaria divide su capital, crea una empresa para compras en Lima, una empresa para el transporte hacia Cajamarca, dos a tres empresas distribuidoras, dos a tres empresas repartidoras, una empresa que lleve la contabilidad, y ninguna supera los veinte trabajadores.

Por lo expuesto, precisamos que cuando la escisión de empresas es usada por algunos grupos de empresas de manera fraudulenta, evidencia la afectación a derechos de terceros, como el de los trabajadores a participar en las utilidades de éstos de manera justa.

d) Implicancias del uso fraudulento del grupo de empresas en el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas

El Perú es una República Democrática y Social, entonces reconoce el derecho al trabajo como derecho fundamental laboral y, como consecuencia de éste, el derecho también constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades es de ineludible cumplimiento.

Como lo manifiesta Blancas (2011):

(...), es innegable que nuestra Constitución concibe el derecho a la participación en las utilidades como un derecho directo respecto de las utilidades generadas por la empresa, sin que constituya requisito para ello tener la condición de propietario o accionista. En tal sentido, el título jurídico para acceder a los beneficios no es título de propiedad sino el título de trabajo, esto es, la mera condición de trabajador que mediante su labor personal contribuye a la obtención de aquellos resultados. (...)

Los grupos de empresas fraudulentos han hecho uso de su derecho constitucional de libertad de empresa para crear personas jurídicas independientes, de responsabilidad limitada y si desean las pueden escindir; cumplen con los requisitos legales y hasta lo organizan de tal manera que a simple vista todo pareciera que los negocios necesitan funcionar de esa manera para generar más valor; pero mediante indicios de fraude, como lo ha señalado la Casación N° 3069-2009-La Libertad: mismo domicilio de las codemandadas, el hecho de que la misma figura aparezca en las boletas de pago de una empresa del grupo y simultáneamente en los contratos de trabajo en otra empresa del grupo como apoderado; así como la Casación N° 3733-2009-Lima, se utilizan como indicios: la relación familiar de los accionistas, el funcionamiento en un mismo local, la participación de una misma persona en el accionariado de ambas empresas o la utilización del mismo domicilio; por lo que, con estos indicios y otros que demuestren el perjuicio a los trabajadores en la participación de sus utilidades, está bien que los magistrados obliguen a calcular las utilidades de los trabajadores en base a la utilidad global generada por los grupos de empresas.

En el caso que un trabajador tenga problemas de cumplimiento en la participación de las utilidades en un conjunto de personas jurídicas que en papeles son un grupo de empresas, al demandar el cumplimiento de este derecho no tendrá las armas legales ni los medios probatorios que acrediten su pretensión, ya que los grupos de empresas no tienen reconocimiento legal en el Perú, y éstos saben que están cumpliendo con las normas legales vigentes del país, por lo que aprovechan las disposiciones normativas para armar una estrategia legal, cumpliendo con las normas laborales vigentes, pero en el fondo no se cumple con lo que realmente se debe repartir como participación en las utilidades a los trabajadores; por lo que, hasta el momento solo el Poder Judicial, haciendo uso de la figura legal del levantamiento del velo societario, y el principio de primacía de la realidad ha venido estableciendo la cancelación de obligaciones laborales a empresas vinculadas que son parte de algún grupo de empresas fraudulento (Exp.: 00087-2011-0-168-JM-LA-01, Exp.: 0096-2011-0-1618-JM-LA-01, Exp.: 08378-2013-0-1801-JR-LA-11 y Exp. 05541-2013-0-1801-JR-LA-06); sin embargo, no hemos podido verificar que alguna sentencia obligue a un grupo de empresas a pagar utilidades a sus trabajadores sobre la totalidad de utilidades generadas por todas las empresas conformantes del grupo.

Como vemos no se puede negar que existe fraude a la ley, para nuestro interés el fraude a la norma de participación en las utilidades de los trabajadores de algunos grupos de empresas, lo que corrobora nuestra hipótesis con la ley existente reprimiendo esas conductas elusivas, la doctrina al manifestar la vulnerabilidad de las normas laborales al hacer

uso de otras normas del ordenamiento jurídico y, la jurisprudencia que lo ha evidenciado en casos reales.

Ante estos hechos que no son nuevos, surgió en la práctica judicial norteamericana la figura del Levantamiento del Velo Societario, con lo cual se puede corregir el fraude a la ley usado por los grupos de empresas fraudulentos, entonces se logrará evaluar en conjunto a la(s) persona(s) jurídica(s), así como a sus accionistas o a sus representantes de ésta(s).

En nuestro país De Trazeñies (2005) manifestaba que el desconocimiento del velo societario, es una institución destinada a evitar que detrás del formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudiquen a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato.

La Casación N° 328-2012-Lima, publicada el 28 de febrero de 2014, en la cual la Corte Suprema señala que las prácticas corporativas 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 vulneran derechos laborales es ostensible fraude a la ley (...)”.

Concluimos que es verdad que los principales fundamentos jurídicos que evidencien la afectación del derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades, por parte de algunos grupos de empresas en el Perú, son la utilización fraudulenta de la personería jurídica independiente de las personas jurídicas, la utilización fraudulenta de la limitación de responsabilidad de las personas jurídicas, así como la

utilización fraudulenta de la figura societaria de la escisión de empresas. Para ello hemos trabajado con doctrina creíble ya que son autores de demostrada seriedad y honestidad nacional y hasta internacional, la jurisprudencia analizada es sobre uno de los grupos de empresas más importantes de nuestro país.

En los siguientes cuatro casos se ve como los jueces vienen generando jurisprudencia, en casos de vinculación cualitativa, declarando responsabilidad solidaria a la empresa matriz:

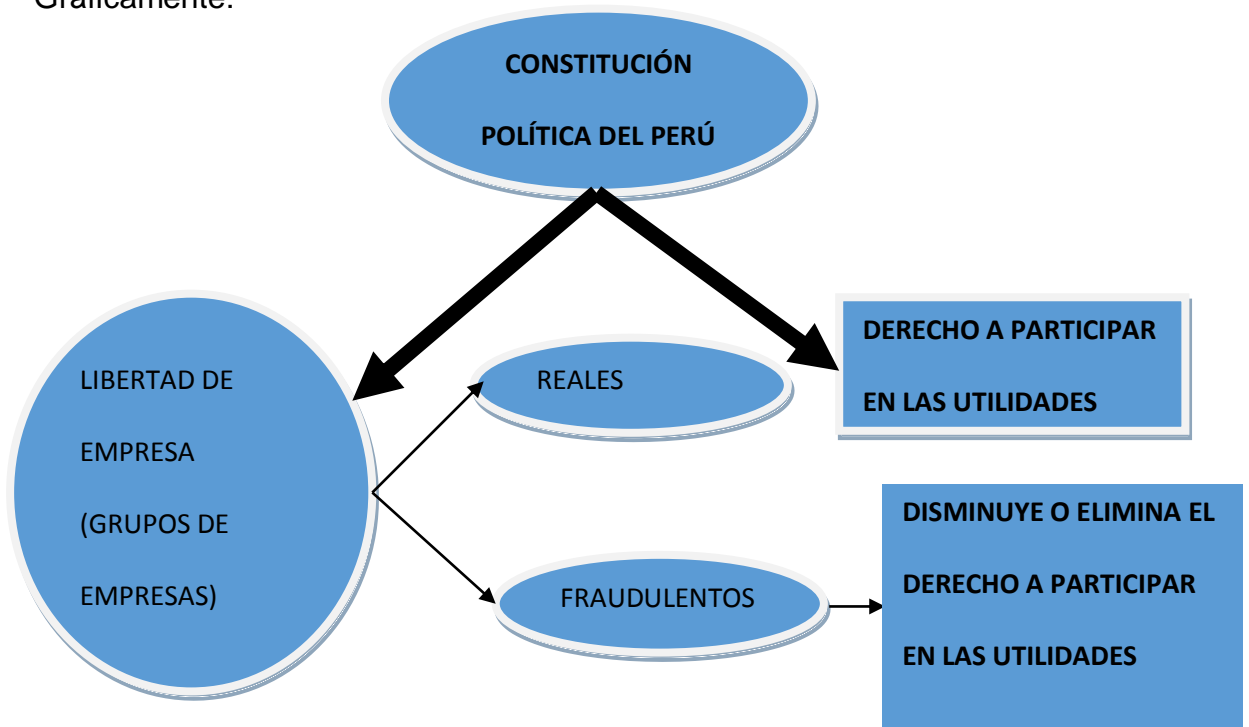
Casos	Pretensión	Decisión judicial
Exp.: 00087- 2011-0- 1618- JM-LA- 01	1. Que, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. –en adelante BACKUS-, vía desnaturalización de la tercerización existente entre las codemandadas y, 2. Que, se ordene a la empresa BACKUS el pago de la participación de las utilidades, según la ley correspondiente.	REVOCARON la SENTENCIA, que declara INFUNDADA la demanda interpuesta por JACINTO EDGARDO CHICOMA VÁSQUEZ contra la empresa BACKUS y empresa SAN IGNACIO S.A. sobre REINTEGRO DE UTILIDADES Y OTROS, en todos los extremos, sobre: reconocimiento del vínculo laboral entre el demandante y la demandada empresa BACKUS; pago de reintegro de utilidades del periodo comprendido de 1997 al 2010.
Exp.: 0096- 2011-0- 1618-	Se declare jurisdiccionalmente que tiene vinculación laboral directa con Backus, ello sobre la base de establecer la	Al haberse establecido la desnaturalización de la tercerización existente entre BACKUS y SISA y haberse establecido que el actor ha

JM-LA-01	desnaturalización de la vinculación contractual existente entre SISA y dicha empresa, y, a partir de ello determinar la existencia de los adeudos laborales que se reclaman (reintegro de participación de utilidades).	estado vinculado en forma inmediata y directa realmente con BACKUS, era a esta empresa a la que le correspondía liquidar y abonar la participación de utilidades al actor. DECLARARON FUNDADA EN PARTE la demanda. DECLARARON IMPROCEDENTE la compensación formulada por la codemandada SISA IMPROCEDENTE la pretensión de declaración de nulidad e inaplicabilidad del numeral 1 de la cláusula tercera del convenio de fecha 30 de junio de 2011
Exp.: 08378-2013-0-1801-JR-LA-11	La desnaturalización de los servicios de tercerización que brindaba a su ex empleador San Ignacio S.A. a favor de la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.A; y como consecuencia de ello, su incorporación a la planilla de la empresa UCPBYJ y al pago solidario del íntegro de beneficios sociales, a cargo de las empresas demandadas, por compensación por tiempo de servicios, vacaciones simples	FUNDADA EN PARTE: 1. DECLARO la existencia de una relación laboral directa entre el demandante y la demandada UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. en el periodo 14 de setiembre del 2006 al 31 de marzo del 2009. 2. ORDENO que la demandada UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A., pague al demandante la suma de CINCUENTINUEVE MILCIENTO CUARENTINUEVE Y 30/100 NUEVOS SOLES (S/. 59,149.30), más los intereses legales laborales

	y trucas y el pago de utilidades.	correspondientes, los mismos que se liquidarán en ejecución de sentencia, por concepto de participación en las utilidades. 3. INFUNDADA la demanda en el extremo en que se peticiona el pago de reintegros de compensación por tiempo de servicios, vacaciones y gratificaciones.
Exp.: 05541- 2013-0- 1801- JR-LA- 06	Declaración de desnaturalización del servicio de tercerización de las empresas San Ignacio S.A. y Cervecerías Peruanas Backus y Jhonston S.A.A.; en consecuencia, se incorpore a la planilla de esta última demandada, se ordene el pago del reintegro de Compensación por Tiempo de Servicios, vacaciones simples y trucas desde el 27 de octubre de 2005 al 28 de febrero de 2009, gratificaciones trucas de diciembre de 2008 y pago de utilidades de los años 2005 al 2009.	1. INFUNDADA la Excepción de Oscuridad en el modo de proponer la demanda formulada por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. 2. Infundada la tacha y oposición deducida por la demandada Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra los medios probatorios del demandante. 3. FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA de desnaturalización de tercerización, reconocimiento de relación laboral y reintegro de beneficios sociales interpuesta por ERICK ANTONIO COSTAGUTA IZQUIERDO contra UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. Y SAN IGNACIO S.A. EN LIQUIDACIÓN.

Fuente: Elaboración propia

Gráficamente:



Fuente: Elaboración propia

CAPÍTULO V

PROPUESTA LEGISLATIVA

FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Modificación del Decreto Legislativo N° 892 que regula el Derecho de los Trabajadores a Participar en las utilidades de las empresas que desarrollen actividades generadoras de Rentas de Tercera Categoría.

PROYECTO DE LEY N° ...

El Congresista de la República que suscribe,, en ejercicio del derecho de iniciativa en la formulación de las leyes que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 892 CON EL CUAL REGULAN EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A PARTICIPAR EN LAS UTILIDADES DE LAS EMPRESAS QUE DESARROLLAN ACTIVIDADES GENERADORAS DE RENTAS DE TERCERA CATEGORÍA

Por cuanto:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

LEY N° QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 892 PARA LOGRAR UN REPARTO DE UTILIDADES JUSTO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Artículo 1.- Modificación del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 892.

Modificase el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 892, el queda redactado de la siguiente manera:

“La participación en las utilidades a que se refiere el artículo 2 del presente Decreto, se calculará de dos maneras dependiendo de que si la empresa es única o conforma un grupo de empresas.

Si es empresa única se calculará sobre el saldo de la renta imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compensado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.

En el caso de grupos de empresas se calculará sobre el saldo acumulado de la renta imponible del ejercicio gravable de todas las empresas conformantes del grupo de empresas, después de haber compensado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.

Para determinar quienes conforman grupos de empresas se debe tomar en cuenta los artículos de vinculación económica establecidos en la Ley del Impuesto a la Renta y su Reglamento.”

Disposición final

Primera.- La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial el Peruano.

Lima, ... de ... de 2017.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS

Se ha observado el incremento de los grupos de empresas en el mercado, de los cuales la mayoría no tienen problemas en vía administrativa o judicial por el tema del reparto justo de utilidades a sus trabajadores; sin embargo, se ha constatado que algunos si han sido cuestionados en vía judicial por no repartir o disminuir la participación de sus trabajadores en las utilidades, al conformar estos últimos grupos de empresas fraudulentos.

El reconocimiento legal de la participación de los trabajadores de grupos de empresas en las utilidades generadas por estas a partir de las rentas netas acumuladas de cada una de las empresas conformantes de los grupos de empresas, tiene un impacto significativo en la economía de los trabajadores, en la generación de compromiso de estos para con sus empleadores y el Estado se beneficiará de empresas más productivas.

De otro lado, el reconocimiento legal de la obligación de los grupos de empresas de distribuir sus utilidades en base a sus resultados acumulados, tiene un impacto positivo sobre los trabajadores, quienes conocerán con precisión aquella norma que establece su derecho a participar en las utilidades de manera igual, es decir, que si el giro de una empresa se ha dividido en dos empresas, donde una produce y la otra vende, con esta norma los trabajadores de ambas empresas percibirán los mismos beneficios.

La modificación del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 892 contribuye, a reducir los conflictos judiciales que hoy se originan, en algunos casos contra grupos de empresas ficticios, y por otro lado a veces contra grupos de

empresas verdaderos, que por no diferenciar claramente una empresa de otra, un juez puede imputarle responsabilidad de distribuir utilidades donde realmente si existe la necesidad de dividir el giro de la empresa.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene como propósito modificar el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 892 el cual regula la forma de cálculo de la participación en las utilidades.

III. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

La aprobación de la modificación del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 892, tiene efectos positivos para los trabajadores en tanto les genera mayor seguridad jurídica. La presente propuesta legislativa no genera gasto al erario nacional, que supere a los gastos que le origina resolver los conflictos sobre el tema en el Poder Judicial en sus diferentes instancias.

Por parte de las empresas no se aprecia costo alguno, sino que por el contrario, estos ya no tendrán que estar preocupados por ser un grupo de empresas en la realidad como en la formalidad ante el temor de que algún juez le impute obligaciones laborales donde no tiene nada que ver en cuanto a temas laborales con esos trabajadores.

CONCLUSIONES

1. La personería jurídica independiente dota a las sociedades mercantiles de capacidad propia y total autonomía que asume derechos y obligaciones, pero su uso fraudulento por algunos grupos de empresas afecta derechos, como el derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades.
2. La limitación de responsabilidad de las personas jurídicas tiene justificación, ya que genera tranquilidad al inversionista que arriesga su capital en un negocio. No obstante ello, existen empresas que forman parte de grupos de empresas fraudulentos que valiéndose de este derecho cometen fraude a la ley, perjudicando a los trabajadores en su derecho a participar en las utilidades generadas en la empresa que laboraron.
3. La escisión en una figura societaria necesaria para el logro de objetivos empresariales; sin embargo, cuando algunos grupos de empresas en el fondo buscan defraudar a la Ley de Participación en las Utilidades de los Trabajadores, el Estado, viene generando jurisprudencia que busca limitar esas malas prácticas, emitiendo normas como el Decreto Legislativo N° 856; y la sociedad a través de la doctrina también critica su uso fraudulento.
4. El derecho de los trabajadores a participar en las utilidades en nuestra Constitución es un derecho esencial, así como también el derecho a la libertad de empresa; sin embargo, el uso fraudulento de la libertad de empresa afecta a los trabajadores en su derecho a participar en las utilidades.

RECOMENDACIONES

A los magistrados del Poder Judicial

- a. En las controversias judiciales sobre el derecho a participar en las utilidades de los trabajadores contra empresas que forman parte de grupos de empresas, los jueces para resolver éstos deben de evaluar el fondo por el cual se conformaron y no solo hacer valer las formalidades que las normas establecen.
- b. Los grupos de empresas fraudulentos deben ser tratados como una sola empresa, entonces los magistrados deben obligar a éstos a pagar el derecho a participar en las utilidades, sobre la utilidad global calculada de todas las empresas que forman el grupo de empresas, se debe repartir las utilidades a los trabajadores sin tener en cuenta que una empresa conformante del grupo económico tenga menos de veinte trabajadores, si una empresa conformante del grupo no ha generado utilidades, si una empresa conformante del grupo se dedica a una actividad o a otra y por lo tanto el porcentaje de participación en las utilidades es diferente, y así los trabajadores sabrán que vivimos en un Estado Social real.
- c. Los jueces para resolver casos sobre grupos de empresas, en tanto fenómeno económico-corporativo, pero no regulado legalmente, éstos deben ser abordados por ellos a la luz de sus valores, principios y normas primordiales de la Constitución y del derecho del trabajo.

Al Poder Legislativo

- a. Debe aprobar el proyecto de ley para modificar la Ley de Participación en las Utilidades, donde se exigirá a todos los grupos de empresas fraudulentos a repartir utilidades a sus trabajadores de la utilidad generada en su Estado de Resultados consolidado de todas las empresas conformantes del grupo.
- b. Debe proponer una Ley de los Grupos de Empresas estableciendo candados para que los titulares de éstas no la usen de manera fraudulenta, donde a los grupos de empresas se les pueda atribuir la calidad de empleadores, en vista de que estos ejercen el poder de dirección, tienen autonomía económica y también se les debe dotar de autonomía jurídica, es decir que también tengan personalidad jurídica para efectos laborales, en especial para que estos grupos de empresas no tengan mucho margen para eludir el derecho constitucional de los trabajadores a participar en las utilidades del grupo de empresas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARCE. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú Desafíos y Deficiencias*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2006). *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- BLANCAS, B. C. (2011). *La Cláusula del Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CARHUATOCTO, H. (2011). *La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica en el Ámbito del Derecho Laboral. Tesis*. Lima.
- CASTILLO GUZMAN, J. (2012). *Contratos de Trabajo y Casuística Laboral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- CASTILLO GUZMAN, J. (2012). *Contratos de Trabajo y Casuística Laboral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- CORDOVA SCHAEFER, J. (2010). *El Derecho Empresarial en la Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- GARCÍA. (2006). *La Constitución comentada Tomo I: El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica
- GONZÁLES. (2011). *Derecho Laboral General*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- GUTIERRES. (2006). *La Constitución Comentada Tomo I: Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica

- LOHMANN. (2003). Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Gaceta Jurídica S.A.
- RUBIO CORREA, M. (2006). El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TABOADA CORDOVA, L. (2002). Nulidad del Acto Jurídico. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2005). *Instituciones del Derecho Laboral* . Lima: Gaceta Jurídica.
- VILLABELLA, C. M. (2009). La Investigación Científica en la Ciencia Jurídica. Sus particularidades. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 13.
- El derecho al trabajo como derecho fundamental, Exp. N° 10287-2005-PA/TC
- Autonomía de la Voluntad, Exp. N° 047-2004-AI/TC
- Fraude a la Ley, Exp. N° 00018-2009-PI/TC
- Principio de Primacía de la Realidad, Exp. N° 1944-2002-AA/TC
- Personalidad Jurídica, Cas. N° 1538-2005, Lima
- Responsabilidad Limitada de los Socios, Cas. N° 474-2003, Lima
- Personalidad Jurídica, Cas. N° 932-2002, Lima
- Indicios de Fraude a la Ley, Cas. N° 3069-2009, La Libertad
- Fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo, Cas. N° 328-2012, Lima.
- La Sociedad Comercial, Exp. N° 0101-2005, Primera Sala Comercial de Lima
- La Sociedad Comercial. Exp. N° 097-2005, Primera Sala Comercial de Lima

Fraude a la Ley, Exp. N° 00087-2011-0-168-JM-LA-01

Fraude a la Ley, Exp. N° 0096-2011-0-1618-JM-LA-01

Fraude a la Ley, Exp. N° 08378-2013-0-1801-JR-LA-11

Fraude a la Ley, Exp. N° 05541-2013-0-1801-JR-LA-06

APÉNDICE

CUESTIONARIO

1. ¿Cuántas personas jurídicas integran su grupo de empresas?
2. ¿Cuál es la forma de vinculación entre ellas?
 - mismos propietarios
 - mismos administradores
 - esposos
 - hermanos
 - hijos
 - Otros:.....
3. ¿El número de trabajadores de cada empresa conformante del grupo son?
 - a. Menos de 20
 - b. Mayor de 20
4. ¿Cuáles son los motivos por los cuales han dividido su actividad en varias personas jurídicas?
 - Organizar mejor su negocio
 - Disminuir costos laborales
 - Otros:.....
5. ¿Reparten utilidades a los trabajadores de todas sus personas jurídicas?
 - Si
 - No

6. ¿Está de acuerdo en que se debería pagar las utilidades tomando en cuenta la utilidad global del grupo de empresas?

- Si
- No