

El contrato de colaboración empresarial de consorcio como sujeto inspeccionado por el sistema de inspección del trabajo en el Perú

The consortium business collaboration contract as a subject inspected by the labor inspection system in Peru

ROOSWELTH GERARDO ZAVALETA BENITES*

Abogado por la UNMSM
(Lima, Perú)

Contacto: rzavaletab@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-2481-0131>

RESUMEN: En el presente artículo se pretende identificar la naturaleza jurídica del contrato de colaboración empresarial denominado consorcio y, a partir de ello, analizar la posibilidad de que pueda ser considerado como sujeto inspeccionado por el sistema de inspección del trabajo. Finalmente, comentaremos el criterio normativo de la SUNAFIL respecto a la posibilidad de generar órdenes de inspección a los consorcios y el cumplimiento del mismo, en un sistema de inspección del trabajo que debe aplicar criterios uniformes.

PALABRAS CLAVES: contrato de colaboración empresarial de consorcio, sistema de inspección del trabajo, criterio normativo de SUNAFIL, sujeto inspeccionado, precedentes vinculantes.

ABSTRACT: This article aims to identify the legal nature of the business collaboration contract called consortium and, based on this, analyze the possibility that it can be considered as subject inspected by the labor inspection system. Finally, we will comment on SUNAFIL's normative criteria regarding the possibility of issuing inspection orders to the consortiums and their compliance, in a labor inspection system that must apply uniform criteria.

KEY WORDS: consortium business collaboration contract, labor inspection system, SUNAFIL normative criteria, inspected subject, binding precedents.

Recibido: 15/08/2023

Aceptado: 20/09/2023

Publicado en línea: 30/09/2023

* Egresado de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Unidad Postgrado de la UNMSM. Servidor público con más de quince años de experiencia laboral. Actualmente, inspector auxiliar de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL. Expositor de temas de derecho del trabajo, derecho administrativo, inspección del trabajo y seguridad y salud en el trabajo.

SUMARIO: I. La inspección como instrumento idóneo para el cumplimiento de las obligaciones laborales. II. Consideraciones sobre el contrato de colaboración empresarial de consorcio. III. El consorcio como sujeto inspeccionado. IV. El criterio normativo de la SUNAFIL sobre la inspección a consorcios. V. La observancia del criterio normativo como jurisprudencia administrativa predictiva. VI. Conclusiones. Referencias.

◆

I. LA INSPECCIÓN COMO INSTRUMENTO IDÓNEO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES

Nuestro ordenamiento jurídico establece un marco jurídico de protección de los derechos laborales, cuyos instrumentos para garantizar su cumplimiento son el sistema de inspección del trabajo y el sistema de administración de justicia.

En el presente artículo, haremos referencia al sistema de inspección del trabajo como el “(...) *elemento esencial del sistema de administración del trabajo, que cumple la función fundamental de velar por la aplicación de la legislación laboral y promover su cumplimiento efectivo. (...)*.” (Informe V Administración del trabajo e inspección del trabajo, 100ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2011, pág. viii).

En la reunión de la Comisión de Empleo y Política Social de noviembre de 2006 se hace mención a la inspección del trabajo como “(...) *instrumento fundamental para el logro del objetivo del trabajo decente*” (297ª reunión de la Comisión de Empleo y Política Social del Consejo de Administración de la OIT, 2006, pág. 1).

Efectivamente desde el origen de la OIT se identificó a la inspección del trabajo como una de sus prioridades, incluyéndola “(...) *entre los principios generales enunciados en el punto 9 del artículo 427 de la parte XIII del Tratado de Versalles (...)*.” (Informe III 1B de la 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2006, pág. 1).

En ese sentido, la inspección del trabajo debe cumplir su función de garantizar la eficacia del derecho laboral, y garantizar el goce de los derechos de los trabajadores, función asignada y cumplida durante todo el siglo XX y desde

fin del siglo XIX, y que seguirá siendo necesaria e importante en el futuro del derecho del trabajo, por lo que debe garantizar un criterio uniforme y predictivo.

“2. En cuanto a las perspectivas del futuro, en la discusión de la Conferencia se puso de relieve que la inspección del trabajo se enfrenta a un gran número de desafíos, entre los que cabe citar la fragmentación del trabajo y la reestructuración de las modalidades de empleo como consecuencia de los cambios tecnológicos y de la mayor competencia a nivel internacional junto con la mayor atención prestada a la aplicación eficaz, a través de la legislación nacional, de las normas internacionales del trabajo de la OIT. (...)” (297ª reunión de la Comisión de Empleo y Política Social del Consejo de Administración de la OIT, 2006, pág. 1).

Dentro de las características propias de un sistema de inspección del trabajo eficaz y eficiente, se encuentra necesariamente la aplicación de criterios uniformes en el desarrollo de las actuaciones inspectivas, y en las resoluciones que emita en el marco del procedimiento administrativo sancionador, a efectos de dotar de predictibilidad a las actuaciones inspectivas y de orientar las actuaciones de los empleadores y los trabajadores, de acuerdo a la legislación laboral vigente.

Obviamente, los criterios uniformes que adopte el sistema de inspección del trabajo deben ser conforme a la legislación vigente, y orientados a la finalidad de la misma y de la política laboral del Estado.

Las actuaciones inspectivas con aplicación de criterios contradictorios a las aplicadas previamente, en casos similares, generan descontento entre los usuarios del servicio de inspección del trabajo (tanto de los trabajadores como de los empleadores), y sobre todo reclamos y cuestionamientos al accionar del mismo.

En el presente artículo, analizaremos el criterio que aplica la SUNAFIL, como ente rector del sistema de inspección del trabajo en el Perú, respecto a la inspección a los consorcios.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL DE CONSORCIO

En el Libro Quinto de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades – LGS, se regulan los “contratos asociativos” en sus once artículos del 438 al 448.

El artículo 438 de la LGS establece que el contrato asociativo es aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el registro.

De la citada norma, se evidencia que estamos ante contratos suscritos por empresas (sociedades) que tienen un fin común en la participación o integración conjunta en negocios o empresas determinadas.

La LGS regula dos tipos de contratos asociativos, nominados y típicos: i) el contrato de asociación en participación regulados en los artículos del 440 al 444, y ii) el contrato de consorcio regulado en los artículos del 445 al 448. La ley anterior no reguló el consorcio como contrato asociativo, solo la asociación en participación, esté contrato nominado es una novedad de la LGS vigente.

En atención a lo anterior, debemos precisar que en palabras de Elías Laroza *“Nada impide, en nuestra opinión, que las partes celebren contratos asociativos que pueden no adecuarse a los esquemas de la asociación en participación o del consorcio, si así lo desean. Ellos serán contratos asociativos innominados y atípicos.”* (Elías Laroza, Tomo III, 1999, pág. 1171).

Respecto del consorcio, la LGS establece en el artículo 445 su definición, en el artículo 446 establece las reglas de la afectación de bienes en virtud de dicho contrato asociativo, en el artículo 447 establece las reglas de la relación con terceros y las responsabilidades de los miembros del consorcio en virtud a la actividad conjunta a realizar, y en el artículo 448 establece las reglas del sistema de participación de los miembros del consorcio. En esos cuatro artículos la LGS regula concretamente el contrato de consorcio.

“Artículo 445.- Contrato de Consorcio

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.” (el énfasis agregado es nuestro)

Este contrato asociativo como lo denomina la LGS o contrato de colaboración empresarial como lo nomina la doctrina, es aquel en virtud del cual dos o más personas, sociedades o empresas, se asocian para realizar determinado negocio en conjunto, pero lo importante a recalcar es que cada una de ellas mantiene su autonomía, y no se genera una nueva persona o sujeto de derecho conformado por los “consorciados”, como se denomina a las empresas que suscriben dicho contrato.

“Artículo 446.- Afectación de bienes

Los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, continúan siendo de propiedad exclusiva de éstos. La adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad.” (el énfasis agregado es nuestro)

A fin de realizar el objeto del contrato de consorcio, los miembros del mismo afectan bienes, cuya propiedad no se traslada al consorcio, puesto que es un contrato y no una persona, ni a los otros miembros del mismo, sino que se mantiene bajo la titularidad de su propietario, que es quien afecta el mismo. Esto deja en claro que el consorcio, como contrato asociativo, carece de un patrimonio propio, los bienes afectados para el desarrollo de las actividades en conjunto son de propiedad de los miembros del mismo. Incluso, si para realizar la actividad en común, los miembros del consorcio adquieren bienes en conjunto será de copropiedad de ellos, de los miembros del consorcio, no del consorcio en sí, pues repito, carece de patrimonio.

“Artículo 447.- Relación con terceros y responsabilidades

Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, **adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular.** Cuando el consorcio contrate con terceros, **la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.**” (el énfasis agregado es nuestro)

Por otro lado, los miembros del consorcio al vincularse con terceros, en virtud a la actividad del consorcio que le corresponde, adquieren derechos y asumen obligaciones a título personal. Así como la responsabilidad. Si el consorcio contrata con terceros, la responsabilidad de los miembros del mismo será solidaria, sólo si el contrato así lo establece o por disposición legal. El consorcio

como contrato asociativo no tiene personería jurídica, no es sujeto de derecho y no asume obligaciones o responsabilidades como tal. La LGS es clara al establecer que los miembros del consorcio asumen derechos y obligaciones de manera individual o en conjunto, directamente, en ningún caso, el consorcio como tal.

“Artículo 448.- Sistemas de participación

El contrato deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio; de no hacerlo, se entenderá que es en partes iguales.” (el énfasis agregado es nuestro)

Al ser un contrato asociativo y tener una finalidad económica, resulta necesario establecer las reglas del sistema de participación. En primer lugar, la LGS deja en libertad a los miembros del consorcio de establecer dichas reglas, bajo el mandato de la autonomía de la voluntad. Si no expresan nada al respecto en el contrato, supletoriamente a la voluntad de las partes, la ley establece que la participación será en partes iguales.

Ese es el marco legal de la LGS respecto del consorcio expresamente. Por otro lado, el inciso k) del artículo 14° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF, señala lo siguiente respecto de los consorcios:

“Artículo 14.- Son contribuyentes del impuesto las personas naturales, las sucesiones indivisas, las asociaciones de hecho de profesionales y similares y las personas jurídicas. También se considerarán contribuyentes a las sociedades conyugales que ejercieran la opción prevista en el Artículo 16 de esta ley.

Para los efectos de esta ley, se considerarán personas jurídicas, a las siguientes:

(...)

k) Las sociedades irregulares previstas en el Artículo 423 de la Ley General de Sociedades; la comunidad de bienes; joint ventures, **CONSORCIOS y otros contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes.** (el énfasis agregado es nuestro)

La Ley del Impuesto a la Renta señala que “el consorcio que lleva contabilidad independiente a la de sus socios o partes contratantes” es contribuyente del Impuesto a la Renta y por tanto está obligado a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes - RUC, solo para efectos tributarios, sin cambiar su

naturaleza de contrato de colaboración empresarial o contrato asociativo. En otras palabras, el contrato de consorcio tiene RUC cuando lleva contabilidad independiente a la de sus miembros, y a fin de determinar el impuesto a la renta debe contar con número de RUC, sin que ello lo convierta en un sujeto de derecho o en una persona, pues, al fin y al cabo, sigue siendo un contrato.

En ese sentido, el Informe N° 165-2009-SUNAT/2B0000 concluye que los consorcios que lleven contabilidad independiente de la de sus partes contratantes deben inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes - RUC, conforme a lo señalado en la Resolución de Superintendencia N° 210-2004/SUNAT.

El contrato de consorcio cuenta con número de RUC asignado no por ser una persona jurídica autónoma, sino porque la Ley del Impuesto a la Renta lo considera como contribuyente, en la ficha RUC generada se identifican a los miembros que suscribieron el contrato de consorcio. Sin embargo, ello genera la posibilidad que los consorcios registren trabajadores en una planilla electrónica generada a su nombre, pues al tener número de RUC, el sistema informático no restringe dicha posibilidad, a pesar que debería, pues las personas que prestan servicios en las actividades del consorcio deben ser trabajadores de algún miembro del consorcio o de todos ellos en conjunto, caso en el cual responden de manera conjunta como empleadores, pero en ningún caso el contrato de consorcio se convierte en empleador. No puede convertirse en tal por su naturaleza jurídica de contrato asociativo carente de personería jurídica. En el presente artículo nos referimos solo a los consorcios que llevan contabilidad independiente y por tanto cuentan con número de RUC.

Nuestro ordenamiento jurídico vigente reconoce al consorcio como contrato de colaboración empresarial, no se le reconoce como persona jurídica distinta a quienes lo suscriben.

Una restricción en el sistema informativo de la planilla electrónica impediría generar una planilla electrónica sólo a nombre del consorcio, sin identificar al miembro del consorcio responsable del cumplimiento de las obligaciones laborales frente a los trabajadores, es decir, sin identificar al empleador.

Otro problema se genera en la planilla electrónica al no restringir la posibilidad que las empresas del régimen general inscriban trabajadores en el T-Registro bajo el régimen laboral especial de la micro o pequeña empresa al cual

no pertenecen. Es decir, que actualmente cualquier empleador sin encontrarse inscrito en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa – REMYPE puede registrar a un trabajador en dicho régimen laboral especial que no le corresponde. Igualmente, la solución se encuentra en aplicar filtros en el sistema informático de la planilla electrónica que impida registrar trabajadores en el régimen especial MYPE a quienes no se encuentran inscritos en el registro correspondiente.

III. EL CONSORCIO COMO SUJETO INSPECCIONADO

El hecho que los consorcios cuenten con número de RUC y registren trabajadores en la planilla electrónica asociada a dicho número, genera la posibilidad que la Autoridad Inspectiva genere ordenes de inspección a nombre de los consorcios y que se creen casillas electrónicas asociadas dicho número de RUC igualmente. En dichos casos, cuando la inspección se realiza y concluye determinando que el consorcio cumple con las obligaciones laborales, no se genera ninguna contingencia, más allá que realmente no sea el consorcio el empleador ni quien cumplió con las obligaciones laborales, sino que el miembro obligado o los miembros del consorcio lo hicieron, y en efecto no hay vulneración de los derechos de los trabajadores.

El problema se genera cuando la inspección del trabajo advierte que “el consorcio” incumplió las obligaciones laborales, y a pesar de la emisión de la medida de requerimiento, no subsana dicho incumplimiento, o en caso de tratarse de incumplimientos insubsanables, corresponde emitir el acta de infracción, que posteriormente genera el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra del consorcio.

En dicho procedimiento administrativo el consorcio también puede fungir como parte y ejercer su derecho de defensa, y podría acreditar la subsanación de las obligaciones laborales y culminar el procedimiento sin sanción alguna. Nuevamente, en la realidad el miembro del consorcio obligado cumple sus obligaciones laborales, no propiamente el consorcio.

El problema se materializa cuando en dicho procedimiento sancionador se determina la responsabilidad administrativa del consorcio e impone una sanción. El primer problema es que la inspección y en el procedimiento sancionador no se

realizó al verdadero empleador, sino a un contrato suscrito por dicho empleador, y el tiempo empleado en el trámite de ambos procedimientos, hasta que el sistema inspectivo o algún trabajador “afectado” se percate y denuncie al verdadero empleador, el plazo prescriptorio puede haber vencido, imposibilitando el inicio de actuaciones inspectivas al verdadero empleador. También puede ocurrir que los consorcios cuya vigencia es temporal, entre el tiempo transcurrido durante el trámite de la inspección y el procedimiento sancionador, haya concluido sus actividades y vigencia, y la cobranza coactiva no pueda ubicar a ese consorcio ya fenecido.

En el mejor de los casos, el plazo prescriptorio no habrá vencido y la inspección podrá realizarse contra el verdadero empleador, caso en el cual, solo se habrá invertido innecesariamente recursos humanos y logísticos del sistema de inspección del trabajo es una inspección y un procedimiento sancionador seguido contra un “contrato”, pues recordemos que el consorcio es un contrato de colaboración empresarial o contrato asociativo, carente de patrimonio, y de derechos y obligaciones. Esto último genera una carga de trabajo innecesaria al sistema de inspección que consume recursos que pueden aprovecharse para fiscalizar de manera más célere otros casos que también lo ameritan.

El segundo problema, como se detalló previamente, es porque el consorcio carece de patrimonio, los bienes afectados para el desarrollo de sus actividades son de propiedad de los miembros del mismo, a título personal o de manera conjunta en caso de copropiedad no del consorcio. El punto es que la multa que se pueda imponer a un consorcio es inejecutable respecto del mismo consorcio, pues no hay forma de realizar la cobranza coactiva directamente al consorcio considerado como sujeto inspeccionado, al no ser una persona sino un contrato.

En virtud a ello, el sistema de inspección del trabajo identificó esta situación pues con el desarrollo de la economía peruana y del sector construcción, y otros sectores económicos, se han suscrito un mayor número de consorcio en las últimas décadas que han sido objeto de inspección, y que en el desarrollo de las actuaciones inspectivas se han identificado los problemas para que finalmente los trabajadores puedan hacer efectivo sus derechos incumplidos frente al verdadero empleador. Ello generó la necesidad que la SUNAFIL adopte un criterio normativo respecto a la viabilidad de generar ordenes de inspección a los consorcios como tal o a las empresas que suscriben dicho contrato, el cual nos

parece adecuado, el problema es que a pesar de la adopción del mismo se siguen generando ordenes de inspección a nombre de los contratos de consorcios y no a las empresas que los suscriben, a quienes corresponde asumir la responsabilidad de las obligaciones asumidas por las actividades desarrolladas en forma conjunta por más de una empresa.

IV. EL CRITERIO NORMATIVO DE LA SUNAFIL SOBRE LA INSPECCIÓN A CONSORCIOS

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, mediante Resolución de Superintendencia N° 358-2019-SUNAFIL, de fecha 27 de abril de 2019, aprobó criterios normativos adoptados por el Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo, en su sesión del 20 de noviembre de 2019, según consta en el Acta N° 013-2019-CC, cuyo primer tema es el siguiente:

Tema 1: Inspección del trabajo dirigida a consorcios

Criterio: “Cuando se presente una denuncia contra un consorcio, se debe emitir órdenes de inspección concretas, dirigidas a las empresas consorciadas, en tanto éstas se encuentren identificadas. De no estarlo, se podrá genera una orden de inspección genérica, a fin de que durante las actuaciones inspectivas se identifique a los consorciados”.

El criterio debió ser general, en lugar de hablar sólo de casos de denuncias, debería hacer mención a toda generación de orden de inspección sobre hechos vinculados a las actividades de los consorcios. En ese sentido, precisar que, no corresponde generar una orden a nombre del consorcio sino a nombre de sus miembros o empresas consorciadas como se las denomina, en caso que se encuentren identificadas.

En el registro único de contribuyentes de los consorcios se detallan la denominación o razón social de sus miembros y sus respectivos números de RUC, por lo que, si la SUNAFIL tiene acceso a la planilla electrónica puede identificar de inmediato a los miembros de los consorcios, sin necesidad de generar una orden genérica que motive actuaciones inspectivas a fin de identificar a los consorciados. Ello genera un ahorro de recursos humanos y logísticos, pero, sobre todo, brindará celeridad a las actuaciones inspectivas al identificarse desde el inicio a los miembros del consorcio.

La LGS señala que los contratos de consorcios no deben inscribirse en los registros públicos, pero, puede establecerse como obligación de quienes lo suscriben al inscribirlos en el Registro Único de Contribuyentes a quienes tendrán contabilidad independiente, registrar para ello, ante la SUNAT el contrato de consorcio y sus modificaciones, con cargo a actualizar su registro, en caso de posteriores modificaciones del mismo. Ello permitirá a la SUNAFIL identificar al miembro o a los miembros del consorcio que asume(n) la condición de empleador, pues el contrato de consorcio detalla las obligaciones asumidas por las partes, y podrá generarse la orden de inspección de manera inmediata. Sólo si el contrato de consorcio no identifica al o a los miembros del consorcio que asumen la condición de empleador o responsable de las relaciones laborales, será necesario generar una orden genérica de inspección a fin de identificar al miembro responsable del consorcio frente a los trabajadores.

Este criterio de la SUNAFIL evidencia que el contrato de consorcio como tal no puede tener la condición de sujeto inspeccionado, dicha condición le corresponde al miembro comprometido o a todos los miembros del mismo o consorciados, de manera solidaria.

Por otro lado, el Informe N° 349-2018-SUNAFIL/GG-OGAJ, de fecha 24 de octubre de 2018, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica de la SUNAFIL (con anterioridad a la adopción del criterio normativo antes citado) al absolver una consulta formulada por la Intendencia Regional de Ayacucho, en el marco de un procedimiento sancionador a un consorcio tramitado mediante Expediente N° 014-2018-SUNAFIL/IRE-AYAC, señala:

“3.14 De ello se puede concluir que, en el caso del consorcio, la responsabilidad administrativa debe recaer en el miembro del consorcio que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.”

Es claro que internamente SUNAFIL ha identificado que no corresponde inspeccionar a un contrato de consorcio, sino a las empresas consorciadas o miembros del consorcio. A pesar de ellos, a la fecha se siguen generando órdenes de inspección concretas a nombre de los consorcios y no a nombre de las empresas que los suscriben, inobservando el criterio normativo establecido.

Al respecto, debemos señalar que la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional de Ayacucho, en el marco

del procedimiento administrativo sancionador tramitado con Expediente N° 216-2017, mediante Resolución Sub Directoral N° 021-2018-GRA/DRTPE-DPSC-SDILSSTD LGAT, de fecha 01 de agosto de 2018, resolvió no acoger la propuesta de multa formulada en la inspección seguirá a un consorcio, y declaró nula el acta de infracción y las actuaciones inspectivas realizadas. En dicha resolución se precisa: “(...), cada una de las empresas consorciadas tuvo participación activa en la ejecución de la mencionada obra, responsabilizándose de manera autónoma e independiente por sus obligaciones y derechos como personas jurídicas frente a sus actos, específicamente frente a sus trabajadores.”. Esta resolución se emitió antes de que la Oficina de Asesoría Jurídica de la SUNAFIL absuelva la consulta antes indicada. Criterio adoptado antes de la adopción del criterio normativo en comentario.

En el mismo sentido, en atención al Informe N° 349-2018-SUNAFIL/GG-OGAJ, la Intendencia Regional de Ayacucho, en el marco del procedimiento sancionador tramitado con Expediente N° 014-2018-SUNAFIL/IRE-AYAC, mediante Resolución de Sub Intendencia N° 037-2018-SUNAFIL/IRE-AYAC/SIRE, de fecha 16 de noviembre de 2018, declaró no ha lugar a imponerse sanción al consorcio objeto de inspección, y a las empresas consorciadas incorporadas durante el procedimiento sancionador (las cuales no fueron inspeccionadas), y declara la nulidad del procedimiento de fiscalización laboral realizado al consorcio. En el párrafo 46 señala: “(...), la nulidad se produce específicamente a partir que la inspectora de trabajo comisionada notifica el requerimiento de comparecencia solo al consorcio (...) y no a las empresas integrantes del mismo, sumado a que, al realizar la notificación del referido requerimiento de comparecencia, las actuaciones inspectivas posteriores y la extensión del acta de infracción, no identificó al sujeto responsable en la relación a los hechos y/o conductas constitutivas de infracción, así como no identificó a los trabajadores afectados por cada empresa consorciada en forma individual. (...)”. En este caso, la inspección se realizó al consorcio, y en el trámite del procedimiento administrativo sancionador se notificó a las empresas consorciadas, pero el objeto del mismo era determinar si el consorcio era o no responsable de las infracciones imputadas, no respecto de la responsabilidad de las empresas consorciadas, por ello se declaró la nulidad detallada.

V. LA OBSERVANCIA DEL CRITERIO NORMATIVO COMO JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA PREDICTIVA

A pesar del criterio normativo adoptado por la SUNAFIL, se siguen generando ordenes de inspección a consorcios, y que a partir del año 2020 con el inicio del uso de la notificación electrónica, se han generado vicios en la notificación de los requerimientos de información y de los requerimientos de comparecencia, así como de las medidas de requerimiento y las constancias de hechos insubsanables notificados por intermedio de la casilla electrónica, pues las mismas se notifican en la casilla electrónica generada en virtud al número de RUC del consorcio, al cual se puede acceder con la clave sol asociada a dicho número, cada titular registra el o los números de celulares y direcciones electrónicas para recibir las alertas de cada notificación efectuada.

El punto es que cada miembro del consorcio tiene un número de RUC diferente al número del consorcio, y, por tanto, una casilla electrónica diferente, por lo que, no recibirá las notificaciones que el sistema de inspección del trabajo remita mediante la casilla electrónica a los consorcios en el marco de las actuaciones inspectivas seguidas a estos últimos, ni en el marco del procedimiento sancionador y de la eventual cobranza coactiva.

A pesar de ello, la Resolución N° 001-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, de fecha 04 de enero de 2022, declara infundado el recurso de revisión interpuesto por el consorcio sancionado, cuestionando que no se había observado el criterio normativo antes citado. Entre sus fundamentos señala:

“6.37 Finalmente, conforme se ha desarrollado en los párrafos precedentes, y dada la conducta desplegada por el sujeto responsable, esta Sala llega a la conclusión que **no se ha vulnerado el debido procedimiento, precisando que conforme a lo señalado en el criterio establecido por Resolución de Superintendencia N° 358-2019-SUNAFIL, las actuaciones inspectivas se realizaron sobre una orden de inspección concreta, en la que las empresas consorciadas se encontraban plenamente identificadas y ejercieron plenamente su derecho de defensa**, en razón de encontrarse representadas por su apoderado común señor Pasquel Flores Mark Jeffher, quien se apersona en la etapa inspectiva delegando su representación conforme se aprecia del documento que obra a fojas 15 del expediente inspectivo, en tal sentido **la impugnante en todo el proceso inspectivo y sancionador, ha actuado como empleador no solo en la relación laboral sino también en la administrativa**, por lo que

corresponde mantener la subsistencia de las infracciones señaladas en el Acta de Infracción N° S/N-2020-SUNAFIL/DRTPE-HVCA, **documento que goza de una presunción de certeza respecto de su contenido**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la LGIT. En este punto, se debe resaltar que, si bien dicha presunción admite prueba en contrario a ser actuada dentro del procedimiento inspectivo y del procedimiento sancionador, **el sujeto responsable no ha presentado elementos ni ha aportado medios de prueba que permitan desvirtuar lo señalado en los párrafos precedentes.**”

El Tribunal de Fiscalización Laboral - TFL señala que, en la inspección seguida al consorcio como tal, no a las empresas consorciadas, no se ha vulnerado el debido procedimiento por las actuaciones inspectivas se realizaron en virtud de una orden de inspección concreta y durante las actuaciones inspectivas las empresas consorciadas estuvieron identificadas. El criterio normativo no tiene esa finalidad, el sentido del criterio normativo es que no se emitan ordenes de inspección a nombre del consorcio sino a nombre de los miembros del consorcio o del miembro responsable en caso de estar identificado el mismo. No se trata simplemente de emitirse una orden de inspección concreta, la misma que se emite cuanto se identifica a un sujeto inspeccionado, y las órdenes de inspección genéricas cuando se desconoce al mismo. En este caso se emitió una orden de inspección concreta, pero a nombre del consorcio, cuando el criterio normativo señala que la misma debe emitirse a las empresas consorciadas, no a este.

Por otro lado, el TFL señala que las empresas consorciadas se encontraban plenamente identificadas en la inspección, si los miembros del consorcio estuvieron identificados durante las actuaciones inspectivas con mayor razón debió emitirse la orden de inspección concreta a nombre de la empresa consorciada responsable frente a los trabajadores. No se trata sólo de conocer la identidad de las empresas consorciadas y mencionarlas durante las actuaciones inspectivas, sino de realizar la inspección a dicha empresa directamente, y no a nombre del contrato, identificando al miembro o miembros del consorcio responsable de las relaciones laborales.

Adicionalmente, el TFL señala que las empresas consorciadas ejercieron plenamente su derecho de defensa porque actuó su apoderado común. El apoderado común fue designado en el contrato de consorcio, para efectos de las actividades propios de dicho contrato. Ello no constituye un otorgamiento de poder de parte de las empresas consorciadas para que sean representadas indi-

vidual o conjuntamente, como empresa frente a cualquier autoridad, por dicho apoderado común, sino sólo respecto a las actividades del consorcio. Cada empresa conserva su régimen de poderes de representación de manera individual o asociada, ajena a la representación establecida para las actividades del consorcio.

En otras palabras, el poder otorgado al representante común de las empresas consorciadas en el contrato no incluye la representación ante las autoridades administrativas de las empresas consorciadas por actividades ajenas a las consorciadas, como lo es, la actuación es una inspección laboral o en el trámite de un procedimiento administrativo sancionador, que no es propio de las actividades de un consorcio. El apoderado común representa al consorcio como tal, y no a las empresas consorciadas de manera individual o conjunta por temas ajenos a la actividad del consorcio.

El TFL señala que el consorcio actuó como empleador durante la relación laboral y la administrativa, sin tener en consideración la naturaleza jurídica del consorcio, pues como contrato de colaboración empresarial no puede ostentar la condición de empleador. El hecho que, en caso de contar con contabilidad independiente, deba ser inscrito en el Registro Único de Contribuyentes no les otorga personería jurídica ni responsabilidad administrativa, aunque genera confusión en la administración pública y, en virtud a ello, le brindan un tratamiento como administrado al contrato de consorcio en las mismas condiciones de las personas naturales y jurídicas, sin que lo sean, ni puedan serlo. Por ello, la necesidad de que al inscribirse en el RUC se deban identificar a las empresas consorciadas, esto es, a las empresas que suscriben dicho contrato de colaboración empresarial, puesto que asumen los derechos y obligaciones derivadas de las actividades del consorcio con terceros, y sobre todo frente a la administración pública.

Finalmente, el TFL cierra el argumento con la citación de la presunción de veracidad del contenido del acta de infracción que la ley establece. Argumento que no corresponde al análisis, pues estamos hablando de una vulneración del debido procedimiento por realizar una inspección primero y un procedimiento sancionador después a un contrato de consorcio, cuando debió realizarse a la empresa consorciada responsable o a todas las empresas consorciadas en conjunto. Y respecto de ello, el acta de infracción no se pronuncia, por lo que carece de pertinencia la alegación de la presunción de la veracidad del acta de infracción.

Agrega que no se presentó pruebas para desvirtuar dicha presunción, sin perjuicio de lo anterior, a pesar que la propia orden de inspección y todo lo actuado en esa instancia acreditan a nombre de quien se realizó la inspección, y el contrato de consorcio que obra en autos, evidencia quienes son las empresas consorciadas, y de ambos documentos se evidencia que la inspección no se realizó a las empresas que debieron ser objeto de inspección, ni tuvieron ellas la oportunidad de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones laborales, y en caso de incumplimiento de ellas, tener la oportunidad de subsanar las mismas, en caso de ser infracciones subsanables.

Debemos recordar que las resoluciones de multa firmes constituyen títulos ejecutivos, conforme a lo establecido en el numeral 48.2 del artículo 48 del Reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, para reclamar en la vía judicial el cumplimiento de las obligaciones correspondientes por parte del trabajador. Sin embargo, si el obligado es una persona distinta al sujeto inspeccionado, la ejecución no será viable, y, por ende, el trabajador afectado no podrá hacer valer sus derechos cuyo incumplimiento se detalla en las resoluciones de multa emitida en un procedimiento sancionador seguido a un consorcio y no a las empresas consorciadas o a la empresa consorciada responsable.

VI. CONCLUSIONES

1. Los consorcios que llevan contabilidad independiente no pueden ser sujeto inspeccionados, las ordenes de inspección deben emitirse a nombre de la empresa consorciada responsable o de las empresas consorciadas, conforme al criterio normativo de la SUNAFIL aprobado por Resolución de Superintendencia N° 358-2019-SUNAFIL.
2. En caso se realice una inspección a un consorcio y un posterior procedimiento sancionador, se vulnera el debido procedimiento de la empresa consorciada responsable o de las empresas consorciadas responsables porque no se les brinda la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y/o la oportunidad de subsanar algún incumplimiento.
3. Las notificaciones electrónicas efectuadas a la casilla electrónica de un consorcio no pueden considerarse válidamente notificadas a las empresas consorciadas, pues tienen una casilla electrónica diferente.

4. La SUNAFIL debe establecer un criterio uniforme que permita realizar las actuaciones inspectivas a los sujetos responsables de las obligaciones laborales, y de corresponder, el procedimiento sancionador respectivo, sin invertir recursos humanos y logísticos en procedimientos que, de no ser declarados nulos en la vía administrativa, serán declarados nulos en la vía judicial, por vulnerar el debido procedimiento. Sin mencionar la demora en el cumplimiento efectivo de los derechos laborales de los trabajadores afectados que pueden generar el vencimiento del plazo prescriptorio para determinar infracciones administrativas en dichos casos.

REFERENCIAS

Acta N° 013-2019-CC del 20 de noviembre de 2019 de la sesión del Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL creado mediante Resolución de Superintendencia N° 061-2019-SUNAFIL.

César Puntriano Rosas. La necesidad de motivación de los pronunciamientos de la inspección del trabajo como requisito fundamental para la eficacia del Derecho del Trabajo.

Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

Enrique Elías Laroza (1999). Derecho Societario Peruano. Ley General de Sociedades del Perú, Tomo III.

Estrategias y prácticas en materia de inspección del trabajo, Tercer punto del orden del día de la 297ª Reunión de la Comisión de Empleo y Política Social del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, 2006

Informe N° 165-2009-SUNAT/2B0000.

Informe N° 349-2018-SUNAFIL/GG-OGAJ.

Informe III (Parte 1B) Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio

sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133) de la 95ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2006.

Informe V – Administración del trabajo e inspección del trabajo, Quinto punto del orden del día de la 100ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2011.

Jaime Zavala Costa y Luis Mendoza Legoas. Los principios del procedimiento administrativo sancionador y la inspección del trabajo. 2019

Jorge Toyama Miyagusuku y Augusto Eguiguren Praeli. La jurisprudencia administrativa laboral en la inspección del trabajo. 2012

Omar Toledo Toribio. Los principios ordenadores que rigen el sistema de inspección del trabajo. Revista Oficial del Poder Judicial. 2007

Resolución N° 001-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución de Sub Intendencia N° 037-2018-SUNAFIL/IRE-AYAC/SIRE de fecha 16 de noviembre de 2018.

Resolución de Superintendencia N° 210-2004/SUNAT.

Resolución Sub Directoral N° 021-2018-GRA/DRTPE-DPSC-SDILSSTDLGAT de fecha 01 de agosto de 2018.

Tema 1 de los criterios normativos aprobados por Resolución de Superintendencia N° 358-2019-DUNAFIL.

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF.