

Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más Allá de la Aplicación del Principio de Continuidad

Ingrid Medina Valenzuela*

Resumen:

En la última fase de evolución del capitalismo es frecuente el uso de operaciones comerciales de traspaso empresarial, para la cual los ordenamientos jurídicos han regulado procedimientos facilitadores, donde se ha puesto énfasis en la protección de acreedores y de titulares de acciones o participaciones de las sociedades. Así en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley General de Sociedades contiene disposiciones que regulan la transmisión de empresa a través de operaciones mercantiles como fusiones, escisiones y reorganizaciones. Sin embargo, estas operaciones inciden también en las relaciones laborales, toda vez que suponen el traspaso de la organización productiva. No hay regulación que determine de forma orgánica las consecuencias de la transmisión de empresa en las relaciones laborales, laguna que ha pretendido ser cubierta a través del principio de continuidad, desarrollado jurisprudencialmente. En este trabajo de corta extensión se delimita el concepto, los elementos, y los efectos de la transmisión de empresa, desde la perspectiva del derecho del Trabajo, dando especial relevancia al análisis de lo que la autora denomina efectos "colaterales" o no deseados del traspaso, como aspectos que superan la aplicación del principio de continuidad para la salvaguarda de derechos laborales.

Palabras clave:

Transmisión de empresa – Unidad productiva autónoma – Reorganización societaria – Fusión escisión – Principio de continuidad – Principio de despersonalización del empleador

Abstract:

In the last stage of development of capitalism, transfers of businesses are frequent. For this purpose, legal systems have regulated procedures to protect creditors and shareholders. In Peruvian legal system, the General Law of Corporations regulates these kinds of transfers through mergers, divisions and reorganizations. However, those operations influence in employment relationships because of the translation of its productive organizations. Even though, there is no regulation to determine the consequences of transfer in these kinds of relations in an organizational way, this legal gap is tend to be solved through the application of the principle of continuity developed by Peruvian jurisprudence. In this short paper, it defines the concept, elements, and the effects of the transfer of an undertaking from the perspective of labor law, giving special attention to the analysis of what the author calls "collateral" or unwanted effects transfer, as aspects that go beyond the principle of continuity to safeguard labor rights.

Keywords:

Transfer of business – Productive and independent unity – Corporate reorganization – Merger – Division – Principle of continuity – Employer's principle of depersonalization.

Sumario:

1. Introducción – 2. Transmisión de empresa en el ordenamiento jurídico nacional – 3. Efectos de la transmisión de empresa: principio de continuidad y sus límites – 4. Efectos "colaterales" del traspaso de empresa – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos en misma casa de estudios de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad y estudios de maestría en curso de la misma especialidad. Abogada asociada del Estudio Priori & Carrillo Abogados.

1. Introducción

Los cambios en la realidad social y económica fuertemente condicionados por la globalización, a través de la generación de mercados flexibles, avance tecnológico, entre otros factores, han influido de modo decisivo en la organización empresarial, generando a su vez efectos en las relaciones laborales que obligan a cambios de paradigmas¹.

El modelo capitalista ha evolucionado, de la organización empresarial de esquemas de producción con concentración de operaciones a esquemas orientados al "trabajo en red", donde resulta relevante la cooperación estratégica entre empresas y la alta especialización.

Es en este contexto donde de forma frecuente suceden operaciones societarias como fusiones, escisiones, y otras formas de reorganización empresarial, y operaciones civiles, como ventas, arrendamientos, franquicias, etc., cuyos efectos van más allá de las relaciones de carácter mercantil y civil. En efecto, estos traspasos pueden suponer no solo el cambio en la titularidad de determinados activos y pasivos empresariales, sino incluso el cambio de titularidad de una organización.

Esta situación es denominada transmisión de empresas, y pese a que no constituye un tema reciente, la mayor parte de sus efectos en las relaciones laborales no han sido regulados en el plano nacional. ¿Se necesita el consentimiento de los trabajadores para que operen los efectos laborales de la transmisión de empresa? ¿Pueden los trabajadores oponerse a este tipo de operaciones? ¿Existe un deber jurídico de informar a los trabajadores como requisito de validez? ¿Qué suceden con las relaciones colectivas, más allá de la vigencia de los convenios colectivos? ¿Puede la disminución en las utilidades a percibir constituir una razón válida para sustentar la existencia de afectación de derechos laborales, y por tanto suponer un fraude? ¿Cómo se resuelven las diferencias de escalas remunerativas entre trabajadores originarios del nuevo titular de la unidad productiva transferida, y los trabajadores integrantes de esta última? Son muchas las

preguntas que no tienen respuesta en la ley. Sin embargo, esto no supone una desregulación total de la transmisión de empresas. La jurisprudencia ha dado respuesta a algunos de estos cuestionamientos.

Precisamente a través del presente trabajo de investigación de corta extensión, pretendemos introducirnos al estudio de la transmisión de empresa, haciendo especial énfasis en el análisis de sus efectos en las relaciones laborales. Para ello, en primer lugar propondremos una definición de transmisión de empresa, identificando sus elementos configuradores. En segundo lugar, determinaremos los efectos de la transmisión de empresa en las relaciones laborales propios de la aplicación del principio de continuidad: i) la continuidad de la relación laboral y, ii) el mantenimiento de las condiciones de trabajo. Finalmente, centraremos nuestra atención en lo que denominamos los efectos "colaterales" del traspaso de empresa, espacio donde comentaremos la incidencia de estas operaciones en las relaciones colectivas de trabajo y en la participación en utilidades.

2. Transmisión de empresa en el ordenamiento jurídico nacional

2.1 Definición

Señala el Profesor Elmer Arce que "por efecto de un hecho económico como es el traspaso o transmisión de una unidad económica y social (empresa), se produce un cambio de titular. Es decir, se mantiene la misma empresa, con sus elementos patrimoniales y personales, cambiando únicamente el titular de la misma"². De esta forma, la transmisión de empresa es una figura jurídica a través de la cual por efecto la realización de operaciones societarias o civiles, se cambia la titularidad de una organización empresarial "con entidad suficiente como para actuar como una entidad autónoma"³.

Ahora bien, conforme es conceso en doctrina, "aquello que se transmite no es precisamente la empresa sino la titularidad de la misma, en cuanto ésta es objeto del tráfico jurídico como unidad económica y patrimonial"⁴. En este punto es sumamente relevante diferenciar el concepto de

1 Como señala Marie-Laure Morin "Puesto que la transformación de la organización de las firmas discurre a la par que el establecimiento de relaciones diversas de autonomía controlada y de esos mecanismos varios de traspaso de riesgos, el problema ya no consiste únicamente en saber cómo "reconstituir" la empresa para tratar de hallar relaciones binarias y un empleador o un jefe de empresa responsable; radica, asimismo, en aprehender, desde el punto de vista jurídico la relaciones contractuales o institucionales triangulares para determinar la responsabilidad de cada cual y delimitar las garantías colectivas de manera más idónea". Léase: MORIN, Marie-Laure. "El derecho al trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa". En: *Revista Internacional de Trabajo*, volumen 124, número 1, 2005, p. 15.

2 ARCE ORTÍZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Lima: Palestra Editores. Primera Edición, junio de 2008, p. 142.

3 CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2009. p. 331.

4 MEJÍA MADRID, Renato. Transmisión de empresa y relaciones laborales". En *Foro Jurídico*, número 6. Lima: Asociación Civil Foro Académico, diciembre de 2006, p. 23.

empresa, respecto del empresario o empleador. Sobre el particular, Aurelio Desdentado señala que hay una “distinción entre el empresario, como persona física o jurídica, que ejerce en nombre propio una actividad económica, asumiendo los derechos y obligaciones surgidos de esa actividad, y la empresa, como conjunto de elementos materiales y personales organizados para realizarla”⁵. En otros términos, mientras la empresa es la organización productiva constituida por elementos materiales, personales e incluso incorpóreos, el empresario o empleador, es el titular de la misma, quien pudiendo ser una persona natural o jurídica, es ante la sociedad quien emprende la actividad económica.

2.2 Elementos

Para la determinación de cuándo nos encontraríamos ante una transmisión de empresa, y toda vez que las aristas laborales de esta figura no está regulada en nuestra legislación, resulta ilustrativa la Casación Laboral N° 1162-2013 Junín, a través de la cual la Corte Suprema, siguiendo la doctrina y jurisprudencia española determinó la necesidad de identificar dos aspectos: i) el elemento objetivo, referente a la transmisión de una entidad económica; y, ii) el elemento subjetivo, relativo al cambio de titularidad de la empresa.

2.2.1 El objeto de transmisión

Respecto al primero de estos elementos, como señalábamos anteriormente, la transmisión de empresa implica el cambio de titularidad de una organización empresarial con entidad suficiente para actuar de forma autónoma. Cuando se habla de empresa, no nos referimos a la persona jurídica que ostenta su titularidad, sino a “una organización productiva entendida como un conjunto de capital y trabajo que permita el ejercicio de una actividad económica con un objeto propio”⁶.

En este sentido, el objeto de transmisión puede ser una organización completa identificada como empresa, o partes de esta, en la medida que gocen de suficiente autonomía que permita la continuidad de actividades pos transmisión. Por ello, y dada la amplitud del elemento objetivo, es posible la transmisión de unidades menores a la organización completa, sea un centro de trabajo, o en general una unidad productiva⁷.

Respecto a la distinción entre estos conceptos, Lourdes Martín Flores señala que “mientras la empresa y centro de trabajo son conceptos más fácilmente determinables por su referencia espacial o geográfica, por su específica organización y por su aspecto técnico productivo, en la unidad productiva autónoma destaca su carácter funcional, pudiendo esta coincidir con un centro, varios centros o parte de ellos”⁸.

Es fundamental precisar que la subrogación no se extiende a supuestos de transmisión de titularidad de solo elementos o bienes patrimoniales, ni a la simple transferencia de mano de obra, que de forma separada son componentes de la organización productiva, integrada por capital más trabajo. La nota característica del elemento objetivo u objeto de transmisión es que tal entidad (empresa, centro de trabajo o unidad productiva, con elementos preponderantemente materiales o personales) tenga autonomía productiva, es decir, la capacidad necesaria para continuar con la actividad empresarial luego de realizada la operación societaria. En este sentido, para determinar la presencia de autonomía productiva, es inconducente la verificación de quien sea titular de la organización productiva, sino por el contrario, la autonomía debe ser analizada en términos de apreciar la potencialidad de la unidad traspasada de seguir desplegando actividades de forma autosuficiente e independiente de la organización de la cual fue escindida.

2.2.2 El cambio de titularidad

Por su parte, respecto al segundo presupuesto, el elemento subjetivo, este está constituido por el real cambio de titularidad de la organización empresarial. De esta manera, para que estemos ante esta figura jurídica, es necesario el cambio efectivo del titular del negocio transmitido, que puede darse *mortis causa*, cuando fallece el empleador-persona natural, como también *inter vivos*, a través de operaciones societarias o civiles que permitan transmitir una unidad productiva autónoma.

El espectro de posibilidades contractuales a través de las cuales puede realizarse traspaso de empresa es amplio; sin embargo, para este fin resultan muy populares las operaciones de

5 DESDENTADO BONETE, Aurelio. “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 38. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2002, p. 243.

6 *Ibidem*

7 Sobre este término, señala Gonzales Biedma, que no “resulta necesario apuntar una definición extremadamente precisa de esta realidad, que se viene a identificar sencillamente, con la de una parte autónoma de una organización productiva compleja”. Léase: GONZÁLES BIEDMA, Eduardo. *El Cambio de Titularidad de la Empresa en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 105.

8 MARTÍN FLÓREZ, Lourdes. “La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. En: *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, N° 1. p. 27.

reorganización societaria: fusiones, escisiones y reorganizaciones, simples o complejas. Y en este punto es necesario precisar que no toda operación societaria implica necesariamente una transmisión de empresa. En efecto, si bien en los casos de fusión resulta evidente el traspaso de una organización productiva autónoma, esto no necesariamente ocurre respecto de las escisiones o reorganizaciones, dada las particularidades de nuestra legislación mercantil

Sin ahondar en el detalle de esta materia, es preciso recordar que de la lectura integrada de los artículos 367° y 369° de la Ley General de Sociedades, a través de las escisiones es posible el traspaso de bloques patrimoniales constituidos por: i) un activo o conjunto de activos; ii) un conjunto de activos y pasivos; o, iii) un fondo empresarial. Como señala Doris Palmareda *"para las dos primeras situaciones la ley no exige que los bienes, derechos y obligaciones que se escinden estén agrupados en una unidad económica organizada o constituyan una división autónoma de la sociedad"*⁹, siendo que válidamente podría emplear la escisión para el traspaso de activos y pasivos que no guarden vinculación, y que por tanto no constituyan una unidad productiva autónoma, elemento objetivo para la determinación de transmisión de empresa. En cambio, este elemento sí se aprecia cuando lo que se traspasa es un fondo empresarial, concepto equivalente a *"unidad económica"* o *"unidad empresarial"*, donde sus componentes están vinculados precisamente en la consecución de una actividad económica¹⁰. Lo mismo puede señalarse de la reorganización simple, que es una figura afín con la escisión, pues su única diferencia recae en la titularidad de las acciones o participaciones que la sociedad incorporante del bloque patrimonial emita.

Por otro lado, es necesario precisar que no constituye un supuesto de transmisión de empresa la adquisición completa o mayoritaria del accionariado de una persona jurídica, toda vez que estos casos, el titular de la empresa sigue siendo el empresario, a su vez empleador-persona jurídica. En este sentido se manifiesta el profesor Aurelio Desdentado cuando señala que *"en el régimen de sociedades ha sido necesario aclarar que la simple adquisición de acciones o participaciones, aunque*

*pueda determinar un cambio en el control del capital social, no constituye ninguna sucesión, porque el empresario sigue siendo la misma sociedad"*¹¹.

Sin perjuicio de ello, si bien tal situación no constituye transmisión de empresa, esto no descarta que merezca algún tipo de evaluación o incluso regulación desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, toda vez, que puede implicar cambios en la organización empresarial relevantes para el trabajador.

3. Efectos de la transmisión de empresa: principio de continuidad y sus límites

Ante la existencia de laguna normativa en materia de protección de derechos laborales con ocasión de transmisión de empresa, a través de la jurisprudencia el órgano jurisdiccional ha establecido la necesidad de aplicar el principio de continuidad¹². Señala el profesor Américo Plá que *"para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone un vinculación que se prolonga"*¹³.

A decir de Isabel Herrera, este principio tiene su raíz en el principio de conservación de actos jurídicos, que en el Derecho del Trabajo adopta un matiz propio por el carácter tuitivo de esta disciplina que busca garantizar la subsistencia del trabajador y su familia¹⁴. La misma autora manifiesta que la doctrina reconoce una serie de manifestaciones del principio de continuidad¹⁵, una de las cuales es la prolongación del contrato en los casos de sustitución o modificación del empleador.

Sobre el particular, afirma el profesor Elmer Arce que *"el efecto general y único que se predica de respecto de los cambios de titularidad en nuestro ordenamiento laboral es la subrogación del nuevo titular de la empresa en la posición contractual del precedente"*¹⁶. En otras palabras, la única modificación en la relación laboral está dada por la subrogación de una de las partes: el empleador. En esta línea el nuevo titular de la empresa *"asume,*

9 PALMAREDA ROMERO, Doris. *Manual de la Ley General de Sociedades. Un enfoque práctico en el análisis y el cometario de las normas societarias*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 646.

10 Señala Doris Palmareda, por ejemplo, que *"[únicamente en este tercer supuesto [el de fondo empresarial] los activos y pasivos del bloque patrimonial escindido habrían de constituir una unidad económica organizada"*. Léase: PALMAREDA ROMERO, Doris. *Óp. Cit.*, p. 647.

11 DESDENTADO BONETE, Aurelio. "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia". En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 38. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2002, p. 244.

12 Léase los precedentes contenidos en las Casaciones Laborales N° 951-2005 Lima y N° 991-2005 La Libertad.

13 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1978, p. 151.

14 Cfr. HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel. "Transmisión de empresa y principio de continuidad". En *Asesoría Laboral*, número 67. Lima: Editorial Caballero Bustamante, 1996, pp. 23-24.

15 Cfr. *Ídem.*, p. 24.

16 ARCE ORTÍZ, Elmer. *Óp. cit.*, p. 147.

en sus propios términos, la posición contractual que tenía el empresario cedente o causante¹⁷.

De esta forma, el cambio de titularidad de la organización productiva implica a su vez materialización de dos efectos propios de la aplicación del principio de continuidad o de despersonalización del empleador¹⁸: i) la continuidad de la relación laboral de los trabajadores que laboran en la unidad productiva traspasada; y, ii) el mantenimiento de las condiciones contractuales vigentes inmediatamente antes del traspaso.

3.1 Continuidad de la relación laboral

Respecto a este primer efecto, como bien señalan los profesores Manuel Carlos Palomeque y Manuel Álvarez, “durante la vigencia del contrato, la sucesión del empresario no extingue el contrato, antes el contrario, éste continúa su vigencia con el sucesor¹⁹”; de modo que la relación de trabajo no se interrumpe por efecto de la transmisión de empresa.

De esta manera, en nuestro ordenamiento jurídico el Derecho del Trabajo a través del principio de continuidad protege la subsistencia de la relación laboral, obligando al nuevo empresario a asumir su rol de empleador sin el quiebre del vínculo laboral; es decir, sin afectación del tiempo de servicios prestados para el anterior empleador. En el plano práctico es de vital importancia la vigencia de este principio, pues dependiendo del sector productivo donde se realice la operación, esta puede ser utilizada como una herramienta para el ahorro de los costos mismos del proceso de producción, o como vía para el fortalecimiento empresarial²⁰.

3.2 Mantenimiento de las condiciones de trabajo

Siendo que solo puede alterarse la figura del sujeto acreedor de la prestación personal, las demás

condiciones laborales se mantienen indemnes; es decir, no se modifican por efecto directo de la transmisión de empresa. Así, los trabajadores involucrados en estas operaciones: i) tendrán el mismo cargo (o uno de similar categoría); ii) realizarán las mismas labores; iii) percibirán las mismas remuneraciones y beneficios sociales, incluso los de origen colectivo durante la vigencia del convenio.

Respecto a lo último, es fundamental recordar que conforme señala el literal e. del artículo 43 de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo, la convención colectiva de trabajo “[c]ontinúa su vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro de negocio u otras circunstancias similares”. Si bien este dispositivo normativo no señala expresamente que regula los efectos del traspaso de empresa, es evidente que su finalidad es tal, pues menciona figuras societarias a través de las cuales se puede cambiar la titularidad de unidades productivas autónomas. En este sentido, a tenor del citado dispositivo normativo la vigencia del convenio colectivo no tendría que verse afectada por una transmisión de empresa. En efecto, “si en la transmisión de empresa únicamente cambia la figura del empleador en el contrato de trabajo sin que ello modifique la relación laboral, no tiene sentido que la aplicación del convenio se altere por el cambio de titular²¹, siendo evidente que la *ratio legis* nuestra regulación es evitar una laguna normativa y por tanto un posible tratamiento desfavorable de los trabajadores involucrados en el traspaso²². Pero ¿hasta dónde es posible extender los efectos del convenio colectivo? A nuestra consideración, en concordancia con lo señalado por Mauro Ugaz, el mandato contenido en el literal d. del artículo 43 relativo a que el convenio colectivo “continúa rigiendo mientras no sea modificado por una convención colectiva posterior”, es plenamente aplicable en los casos de traspaso de empresa, toda vez que la transmisión de empresa no constituye “un motivo razonable para excluir de

17 CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Puntos Críticos del Cambio de Titularidad de la Empresa*. Valencia: Tirand lo Blanch, 1997, p. 61.

18 Como también ha sido denominado a través de Casación Laboral N° 951-2005 LIMA.

19 PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, Vigésima Edición, 2012, p. 555.

20 Como reconoce el OIT en el caso concreto de las fusiones, esta tendrá incidencia distinta en las relaciones laborales dependiendo de la actividad empresarial: “La ambigüedad de los datos relativos a la supresión de empleos tras las fusiones y adquisiciones del sector de comercio tal vez no sea tan sorprendente. La naturaleza y el alcance de las consecuencias de esas transacciones en el empleo difieren mucho en función del país en que se trate, la legislación aplicable y las tradiciones, el sector en cuestión y la estructura de su empleo, así como los objetivos concretos de la fusión. A diferencia de lo que ocurre en el sector de los servicios financieros donde las mayorías de las fusiones obedecen a cuestiones de ahorro, las empresas del sector comercio llevan a cabo fusiones y adquisiciones principalmente para competir por un mayor porcentaje del mercado, adquirir conocimientos prácticos no disponibles a nivel interno en materia de ventas, ampliar la variedad de productos y servicios de la empresa o responder en general a las presiones de la creciente competencia mundial. Dado que el principal motivo de las fusiones no es la reducción de gastos, hasta el momento el mayor grado de consolidación de la industria no parece haber entrañado ninguna pérdida directa e importante de puestos de trabajo en las empresas comerciales fusionadas en la última década”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe TMMAC/2003. Las consecuencias para el empleo de las fusiones y adquisiciones en el sector comercio. Informe para el debate de la reunión tripartita sobre las consecuencias para el empleo de las fusiones y adquisiciones en el sector comercio*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 39 y 40.

21 UGAZ OLIVARES, Mauro. “Transmisión de empresa y convenio colectivo”. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Editorial Grijley, 2009, pp. 417 y 418.

22 MELLA MÉNDEZ, Lourdes. *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 155.

tal característica a los convenios involucrados en la transmisión”²³.

Ahora bien, el principio de continuidad no constituye una limitación a las modificaciones extraordinarias de condiciones no sustanciales del contrato de trabajo que el nuevo titular podría emplear en ejercicio del *ius variandi* al amparo del artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues estas posibles modificaciones no serían consecuencia directa de la transmisión de empresa.

4. Efectos “colaterales” del traspaso de empresa

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de continuidad no es una respuesta omnicompreensiva para la variedad de situaciones que genera el traspaso de empresa en las relaciones laborales. Desde nuestra perspectiva son básicamente dos los principales temas relevantes de cara a las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico.

4.1 Incidencia en las relaciones colectivas de trabajo

Considerando los fundamentos y bases sobre los que se construye el principio de continuidad de cara a la transmisión de empresa, es necesario puntualizar que el mismo irradia sus efectos sobre el contrato de trabajo, incidiendo en el aspecto individual de las relaciones laborales. Conforme fue explicado anteriormente, el único aspecto derivado de las relaciones colectivas de trabajo (en concreto de la negociación colectiva) donde este principio despliega sus efectos es el convenio colectivo de trabajo, toda vez que el nuevo titular de la unidad productiva autónoma debe seguir reconociendo los derechos nacidos de convenio colectivo en tanto este no sea modificado por uno posterior.

Como bien señala Mauro Ugaz respecto de los efectos de la descentralización en las relaciones colectivas de trabajo, “los esfuerzos normativos de modo alguno regulan de manera efectiva o concreta las posibles alteraciones de los derechos sindicales, máxime si estas pueden ocasionarse con prescindencia de la motivación antilaboral del empleador o de la empresa principal”²⁴.

Y recordar esto es sumamente pertinente en el análisis de los casos de transmisión de empresa,

toda vez sobre este fenómeno, nuestra legislación colectiva únicamente consagra la continuidad del convenio colectivo pactado antes de realizada la operación societaria.

La referida normativa no da mayores luces al tratamiento de otros aspectos de las relaciones colectivas de trabajo como la división de afiliados del sindicato, si la parte fraccionada del sindicato debe o no ser recocida como organización sindical por el nuevo empleador, el tratamiento de los representantes elegidos, si las negociaciones que se hagan con el nuevo empleador deberán tener el tratamiento de primeras negociaciones, entre muchos otros aspectos.

Desde nuestra perspectiva toda operación de traspaso de empresa donde exista organización sindical implica necesariamente afectación de esta última, pudiendo ser esta afectación negativa en la mayoría de situaciones, y esto incluso sin la existencia de ánimo fraudulento.

Esta afectación se da de forma más intensa en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que a diferencia de ordenamientos como el español, los conductos de representación no son la regla. En efecto, la transmisión trasciende sobre la organización sindical, la cual podría verse dividida, y por tanto mellada su capacidad negocial. No hay regulación que ordene al nuevo titular el reconocimiento de la parte del sindicato segregado y el resultado de la aplicación de la regulación general está perfilada para determinar la necesidad de constitución de nuevo sindicato.

Esta situación, donde se traspasa parte de una empresa con organizaciones sindicales, se traduce en un estado de conflictividad acentuada, donde las organizaciones sindicales, ante los efectos de estas operaciones, asumen como verdad la utilización fraudulenta de los mecanismos societarios como medio para minimizar la actuación sindical, pese a que en los hechos las operaciones puedan estar sustentadas en razones plenamente válidas ajenas a esta finalidad presunta.

Una prueba de ello, por ejemplo, es el pronunciamiento de la Comisión Colombiana de Juristas respecto de la escisión llevada a cabo en la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), que fuera empresa del Estado colombiano, que a través del Decreto 1760 se escindió en la Agencia Nacional de Hidrocarburos, con personería de derecho público, y Ecopetrol, como empresa privada. En tal pronunciamiento la referida

23 UGAZ OLIVARES, Mauro. “Transmisión de empresa y convenio colectivo”. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Editorial Grijley, 2009, p. 418.

24 UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. En AAVV, *Compendio de Derecho Colectivo de Trabajo*. Lima: Asociación Civil Ius et veritas, 2010, p. 312.

comisión manifiesta su preocupación por los derechos sindicales de los trabajadores en los siguientes términos:

"La venta de la empresa a personas naturales o jurídicas diferentes del Estado es una reforma sustancial a la empresa que, sin ser consultada ni concertada, lesionará las relaciones laborales y la existencia del sindicato. A partir de la reforma, queda abierta la puerta para que los nuevos propietarios puedan dar por terminados los contratos laborales, acabar con los beneficios y condiciones laborales, y reducir por medio de despidos y actos antisindicales o exterminar completamente la organización sindical".²⁵

Otro ejemplo de esta preocupación de las organizaciones sindicales sobre esta problemática consta en el Informe N° 024-2013-MTPE/2/14, donde la Dirección General de Trabajo absuelve una consulta del Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú y de las del Sector Telecomunicaciones respecto a la posibilidad de que una escisión societaria pueda ser invocada para perturbar las negociaciones colectivas que se estaban llevando a cabo, y las repercusiones para el personal sindicalizado tras pasado respeto de las negociaciones en trámite. En este informe se señala que en tanto la escisión societaria se ampara en el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa como consecución de la libre iniciativa privada, no puede afirmarse *per se* que su materialización en medio de una negociación colectiva sea inválida. En este sentido advirtiéndose una posible contraposición con el derecho a la negociación colectiva, la Autoridad Administrativa de Trabajo concluye lo siguiente al realizar el test de ponderación:

"Idoneidad: *la escisión societaria en tanto expresión del derecho a la libertad de empresa se encuentra legitimada en nuestro ordenamiento jurídico.*

Necesidad: *No existe otro modo por el que la empresa pueda escindir parte de su bloque patrimonial para transferirlo a otra sociedad.*

Proporcionalidad: *La reorganización empresarial materializada mediante la escisión societaria permite que la empresa pueda adaptarse a sus necesidades; mas logra ello sin tener como consecuencia la desaparición del procedimiento de negociación colectiva iniciado por su contraparte sindical".²⁶*

De este análisis la Autoridad Administrativa de Trabajo señala que los derechos colectivos de los trabajadores tras pasados no se habrían visto vulnerados en el caso concreto pues siguen gozando de los beneficios alcanzados mediante convenio colectivo suscrito en su primigenio empleador antes de la transmisión.

Este asunto incluso ha sido elevado ante el Comité de Libertad Sindical como parte del Informe definitivo del caso N° 3009 contra el Gobierno del Perú emprendido por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú con apoyo de la Confederación Sindical Internacional, tal como consta en los párrafos 746 y 747 del Informe del Comité de Libertad Sindical N° 374, instancia que no emitió ningún pronunciamiento sobre este tema en particular²⁷.

Determinar qué aspectos concretos del contenido esencial del derecho a la libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga) podrían verse afectados dependerá del caso en concreto, siendo tan infinitas las posibilidades de impacto en las organizaciones sindicales, como las formas de ejecutar operaciones societarias o civiles para realizar transmisión de empresa. Sin perjuicio de ello, de forma general y abierta podemos plantear que los casos de transmisión más sensibles son aquellos donde por escisión sean tras pasados parte de los afiliados de una organización sindical. Recordemos que una posibilidad como esta es plenamente factible sin necesidad de que haya sido causa de la transmisión generar algún efecto negativo en la organización sindical.

4.2 Incidencia en la participación en utilidades

Otro aspecto que las relaciones laborales donde se aprecia un impacto producto de la transmisión de empresa es la participación en utilidades. Sobre el particular, el artículo 17° del Reglamento para la aplicación del derecho de los trabajadores de la actividad privada a participar en las utilidades que generen las empresas donde prestan servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 009-98-TR, señala que *"En caso de fusión, disolución o escisión de empresas, las utilidades serán calculadas al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de dichos eventos (...)"*, de lo cual se desprende que en adelante las utilidades que perciban los trabajadores tras pasados serán las que genere organización productiva autónoma para la cual laboran.

De ahí que el profesor Jorge Toyama no dude en manifestar lo siguiente respecto a esta regulación:

25 COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Colombia: una política de inseguridad laboral*. Bogotá, 2004, pp. 13 y 14.

26 DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Informe N° 024-2013-MTPE/2/14, 8 de abril de 2013, p. 11.

27 CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Informe del Comité de Libertad Sindical N° 374. Elaborado para la 323ª reunión realizada en Ginebra entre el 12 y 27 de marzo de 2015, pp. 190-202.

“Las utilidades serán calculadas al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la fusión, escisión o disolución.

En estos casos, a efectos del cálculo de la participación de utilidades, se efectuará un corte a la fecha que determinen las partes como vigencia de la figura societaria para determinar los montos a pagar a los trabajadores de cada una de cada una de las empresas a dicha fecha. Por el periodo posterior, la participación se calculará en función a los estados financieros consolidados o separados, según sea el caso.”²⁸

Las posibilidades de que los trabajadores traspasados reciban por participación en utilidades lo mismo que percibían en su primigenio empleador son reducidas toda vez que la organización productiva para la que trabajen luego del traspaso difícilmente genere exactamente la misma renta que la empresa de la cual era titular su anterior empleador. Y esto no necesariamente tendría que ver con un ánimo de emplear el traspaso para disminuir la participación en utilidades de determinado grupo de trabajadores, sino es el resultado propio de la alteración de la organización productiva.

De la misma forma que respecto de la incidencia en las relaciones colectivas de trabajo, los casos más sensibles en cuanto a participación de utilidades son aquellos donde se realiza una escisión o reorganización simple. En efecto, en estos casos al dividirse una organización productiva compleja en al menos dos unidades productivas autónomas, serán usuales los casos donde una de estas unidades productivas, sea la que se quede o la que sea transferida, tenga mayor rentabilidad que la otra. Así, lo normal será que lo que puedan percibir los trabajadores traspasados se eleve significativamente o que por el contrario, pueda contraerse.

En cuanto a si esto pueda ser considerado una afectación evidente del derecho constitucional a las utilidades consagrado en el artículo 29° de la Constitución, es preciso recordar que su configuración es legal, y por tanto el monto, los requisitos, la forma de cálculo, la oportunidad de pago y otros aspectos son determinados por el Decreto Legislativo N° 892 y su norma reglamentaria aprobada por Decreto Supremo N° 009-98-TR.

Son varios los fundamentos que la doctrina asigna a ese derecho; sin embargo, resalta el relativo a

entenderlo como un mecanismo para “estimular entre los trabajadores un espíritu colectivo favorable a una mayor producción, al interesarlos financieramente en el éxito de la empresa”²⁹. En otros términos, participación de los trabajadores en las utilidades es una percepción económica en relación a la situación y resultado de la empresa, cuya finalidad es, por lado, recompensar el esfuerzo de quienes participaron en la generación de utilidades para la empresa, y, por el otro, lograr la identificación de los trabajadores con la misma, para aumentar con ello la producción y productividad de la empresa. En este sentido, carecería de fundamento señalar que se puede tener derecho a participar de utilidades que genere otra empresa, como por ejemplo la empresa de la cual fue escindida la unidad productiva para la cual uno labora actualmente.

Por otro lado, siendo que el derecho a participación en utilidades tiene configuración legal y la regulación nacional vincula su percepción a la existencia de rentas, no existe tampoco un derecho a un monto exacto por utilidades. En efecto, como bien advierte el profesor Jorge Toyama³⁰, este es un complemento aleatorio. De este modo, resulta imposible determinar un monto concreto de aumento o disminución, toda vez que la participación en utilidades varía año a año en función de la renta generada. En este escenario ¿cómo determinar una afectación concreta por disminución en participación en utilidades? Desde nuestra perspectiva, esto corrobora que en efecto, difícilmente se pueda argumentar una afectación por disminución en participación en utilidades, toda vez que la variación de su percepción (sea para aumento o disminución) es un efecto colateral común y normal de la alteración de la organización productiva.

En resumen, lo usual y normal es que la percepción de la participación en las utilidades sea vea impactada por una decisión empresarial orientada por razones económicas, siendo este un impacto colateral. Sin embargo, no negamos la posibilidad de que puedan emplearse las figuras societarias o civiles destinadas a transmitir una empresa, con la sola finalidad de generar un efecto en la participación en utilidades de los trabajadores. En estos casos la afectación de las utilidades que corresponderían a los trabajadores deja de ser un efecto colateral al ser un asunto directamente buscado por las empresas participantes. Lo excepcional es que las operaciones de este tipo se motiven únicamente por el ánimo perverso

28 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica. 2011. p. 263.

29 Señala Carlos Blancas citando a Maurice Dobb (DOBB, Maurice. *Salarios*. México: Fondo de Cultura Económica, cuarta edición, 1965, p. 60). BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La Cláusula de Estado Social de la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 559.

30 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica. 2011. pp. 218 y 219.

del empleador de perjudicar a los trabajadores. Siendo este último escenario poco probable, creemos fundamental diferenciar cuándo estamos ante lo que denominamos un efecto colateral, en contraposición a un efecto buscado por el empleador.

Y es precisamente determinar esta diferencia el aspecto de mayor complejidad en el análisis de la transmisión de empresa, y que a su vez tiene especial trascendencia para la determinación de la eficacia de los efectos del traspaso en la relación laboral. Sin ahondar en este tópico, cuyo análisis merece un posterior estudio de mayor extensión, consideramos que el ordenamiento jurídico da soluciones distintas a escenarios donde se hace uso de los traspasos con la finalidad de perjudicar derechos laborales, respecto de escenarios donde pese a la existencia de razones de orden estratégico y económico, ajenas a generar perjuicio, se constata la limitación de derechos laborales. Solo en este primer supuesto podrían negarse de forma absoluta los efectos del traspaso, sea por fraude o por simulación. En cambio, en el segundo supuesto debe realizarse un análisis de ponderación, toda vez que la transmisión se materializaría del ejercicio legítimo de dos derechos constitucionales: la libertad de empresa y la libertad de contratar.

5. Conclusiones

Del estudio realizado arribamos a las siguientes conclusiones:

1. La posibilidad misma de transmitir la titularidad de empresas tiene su fuente en normas civiles o societarias; de modo que el campo de acción del Derecho del Trabajo se ciñe a regular los efectos de estas operaciones en la relación laboral, buscando la protección del trabajador ante los posibles efectos nocivos de estas operaciones. Hubo regulación de sobre esta materia, y pese a que fue derogada, la jurisprudencia ha consolidado la continuidad del vínculo laboral y la asunción de responsabilidades como nuevo empleador por parte del adquirente de la empresa o unidad productiva autónoma.
2. Nuestra normativa laboral actualmente no regula los efectos laborales de la transmisión de empresa, más allá de lo relativo a la continuidad del convenio colectivo y el cálculo de utilidades. En tal escenario, el principio de continuidad, desarrollado jurisprudencialmente, constituye una herramienta de protección de derechos de los trabajadores ante la laguna normativa respecto de los efectos laborales de la transmisión de empresa.

3. El principio de continuidad no da una respuesta omnicompreensiva a la variedad de problemáticas laborales que genera el traspaso de empresa. Desde nuestra perspectiva son básicamente dos los principales temas relevantes de cara a las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico: i) su incidencia en las relaciones colectivas de trabajo, principalmente sobre el derecho de sindicación, y ii) su incidencia sobre la participación en utilidades de los trabajadores involucrados. Identificamos a estos aspectos como efectos “colaterales” o no deseados del fenómeno transmisorio, pues pueden concretarse en operaciones realizadas con finalidades ajenas a influir en los derechos laborales de los trabajadores, como son aquellas realizadas por motivaciones de orden estratégico y económico.
4. En este escenario es preciso diferenciar cuándo estamos ante lo que denominamos un efecto colateral, en contraposición a un efecto buscado por el empleador, toda vez que de ello depende el tratamiento jurídico del conflicto. En efecto, solo ante la constatación de fraude o de simulación es posible negar los efectos laborales del traspaso. En cambio de encontrarnos ante operaciones sustentadas en razones ajenas a producir perjuicio, corresponderá ponderar entre los derechos y principios en cuestión, partiendo sobre la base de que ningún derecho tiene alcance absoluto.

6. Bibliografía

- ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2008.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Puntos Críticos del Cambio de Titularidad de la Empresa*. Valencia: Tirand lo Blanch, 1997.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Colombia: una política de inseguridad laboral*. Bogotá, 2004. Consulta: 4 octubre 2015. Disponible en formato PDF en: <http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/una_politica_de_inseguridad_laboral.pdf>
- CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Informe del Comité de Libertad Sindical N°

374. Elaborado para la 323ª reunión realizada en Ginebra entre el 12 y 27 de marzo de 2015. Consulta: 4 octubre 2015. Disponible en formato PDF en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—elconf/documents/meeting_document/wcms_357170.pdf

CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid. Segunda edición. 2009.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia". En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 38. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2002, pp. 241-265. Consulta: 4 octubre 2014. Disponible en formato PDF en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/38/rev38.pdf

DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Informe N° 024-2013-MTPE/2/14, 8 de abril de 2013.

GONZÁLES BIEDMA, Eduardo. *El Cambio de Titularidad de la Empresa en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

HERRERA GONZALES- PRATTO, Isabel. "Transmisión de empresa y principio de continuidad". En *Asesoría Laboral*, número 67. Lima: Editorial Caballero Bustamante, 1996, pp. 23-25.

MARTÍN FLÓREZ, Lourdes. "La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores". En: *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, N° 1. Consulta: 4 octubre 2015. Disponible en formato PDF en: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/853/documento/sucesion_empresa.pdf?id=1989

MEJÍA MADRID, Renato. "Transmisión de empresa y relaciones laborales". En *Foro Jurídico*, número 6. Lima: Asociación Civil Foro Académico, diciembre de 2006, pp. 23-28.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes. *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*. Granada: Editorial Comares, 2000.

MORIN, Marie-Laure. "El derecho al trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa". En: *Revista Internacional de Trabajo*, volumen 124, número 1, 2005. Pp. 5-30. Consulta: 4 octubre 2015. Disponible en formato PDF en: <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/morin.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe TMMAC/2003. Las consecuencias para el empleo de las fusiones y adquisiciones en el sector comercio. Informe para el debate de la reunión tripartita sobre las consecuencias para el empleo de las fusiones y adquisiciones en el sector comercio*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2003. Consulta: 10 de abril de 2015. Disponible en formato PDF en: http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/dial_social/dialogo_social_comer_tmmac.pdf

PALMAREDA ROMERO, Doris. *Manual de la Ley General de Sociedades. Un enfoque práctico en el análisis y el cometario de las normas societarias*, segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, Vigésima Edición, 2012.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1978.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica. 2011.

UGAZ OLIVARES, Mauro. "Transmisión de empresa y convenio colectivo". En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Editorial Grijley, 2009, pp. 397-421.

UGAZ OLIVARES, Mauro. "La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación". En *AAVV, Compendio de Derecho Colectivo de Trabajo*. Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, 2010, pp. 295-318. ☒