

V. CONCLUSIONES

- La calidad migratoria de trabajador designado permite prestar servicios en el país de manera subordinada, a los extranjeros que vienen al Perú a realizar actividades laborales por encargo de su empleador no domiciliado.
- Pese que podemos concluir que en materia de contribuciones y aportes tributario-laborales dichos trabajadores están sujetos a la legislación peruana (en la medida en que la relación se ejecuta en nuestro territorio), en los hechos sus vínculos de trabajo se siguen rigiendo solamente por la legislación de sus países de origen.
- Como propuestas ante esta discrepancia entre la conclusión jurídica y la realidad, resulta deseable que los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo fiscalicen adecuadamente la situación del personal designado, para verificar si existen o no relaciones de trabajo indirectas simuladas. Por otro lado, no resulta conveniente exigir a los empleadores no domiciliados que efectúen aportes y contribuciones tributario - laborales en el Perú.
- El mecanismo idóneo para regular las contribuciones y aportes tributario - laborales de los trabajadores designados son los convenios internacionales. Sin embargo, los que actualmente están en vigor, si bien clarifican la situación de los designados, generan un problema de desprotección en salud. Ante ello, proponemos como medida complementaria el exigir como requisito para el otorgamiento de la visa de trabajador designado la acreditación de un seguro con cobertura de salud para el beneficiario.

APROXIMACIONES A LA REGULACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN EL DERECHO LABORAL PERUANO



Claudia CERMEÑO DURAND

*Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú.*

SUMARIO

I. La transmisión de empresas. 1. La empresa como objeto de transmisión. 2. Mecanismos de transmisión de empresas. II. La transmisión de empresas en el derecho del trabajo. 1. Garantías individuales: la continuidad de la relación laboral. 2. Garantías colectivas. III. A modo de reflexión final

Las decisiones de reorganización empresarial adoptadas por los accionistas de una persona jurídica, pueden dar lugar a la transmisión de la empresa o de una parte de la misma, lo que, sin duda alguna, incidirá en las relaciones laborales del personal involucrado. Sin embargo, las decisiones que se adopten en el marco del derecho societario, no son las únicas susceptibles de afectar a los trabajadores, pues existen otros supuestos regulados en diversas áreas del Derecho que también generan el traspaso de una unidad empresarial. Por ello, el estudio interdisciplinario de las relaciones laborales, nos conduce a la posibilidad de reflexionar acerca del fenómeno de la transmisión de empresas, sus efectos en los trabajadores, y la respuesta que el derecho del trabajo les ha brindado, temas a los que pretendemos aproximarnos en la presente ponencia.

I. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

La transmisión de empresas es un fenómeno que tiene por resultado el cambio de titular en la empresa que ha sido objeto de transmisión, de manera que, efectuada la misma, la empresa se mantiene con los elementos patrimoniales y personales

necesarios para continuar operando⁽¹⁾. Por ello, lo propio es indicar que existe una sucesión de empresarios, más no una sucesión de empresas, pues el cambio que opera luego del traspaso no está referido a la empresa, sino a la titularidad de la misma⁽²⁾. A continuación, nos referiremos a los elementos que la componen: i) el objeto de transmisión: la empresa; y, ii) los mecanismos que la permiten.

1. La empresa como objeto de transmisión

El fenómeno de la transmisión de empresas lleva implícita la consideración de la empresa como objeto de tráfico jurídico que, al ser traspasada, genera un cambio del titular de la misma. Nótese que el objeto del traspaso no es la empresa como tal, sino, de los elementos de la misma que en conjunto puedan llegar a ser considerados como “empresa”. De esta manera, siempre que lo indicado tenga lugar, estaremos frente al fenómeno que es objeto de estudio de la presente ponencia, al que deberá de aplicársele las consecuencias que se detallarán más adelante⁽³⁾.

a) Problemas de conceptualización de la empresa

La definición de “empresa” no es tarea sencilla, no solo porque en nuestra legislación nacional no encontremos una definición de la misma con carácter general para todas las ramas del Derecho, sino también, porque los constantes cambios económicos y las nuevas formas de producción y organización, hacen que la noción de empresa esté en constante cambio y redefinición. Así, por un lado, la empresa es un modelo construido por la ciencia económica, que la define como: “(...) la organización de los factores de la producción, capital y trabajo preordenada (sic) a una finalidad productiva o de distribución”⁽⁴⁾. Sin embargo, la “(...) falta de una traducción jurídica de esa concepción económica unitaria, y a la par, la existencia no menos relevante, de otros modelos de empresa procedentes de otras ciencias sociales”⁽⁵⁾, exigen una conceptualización de la empresa desde el Derecho.

Así, tradicionalmente el Derecho mercantil ha conceptualizado jurídicamente a la empresa desde tres teorías: i) subjetiva, que identifica la figura de la empresa con la del empresario; ii) patrimonial, en donde la empresa es vista como un conjunto de bienes que serán afectados para el ejercicio del comercio; y, iii) institucional, que ve a la empresa como una comunidad orgánica y jerarquizada bajo la

- (1) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Palestra Editores, Lima, 2008, p. 142.
- (2) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Las relaciones del trabajo en la transmisión de la empresa*. Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 195.
- (3) ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino. “Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: Las etapas de un proceso de socialización”. En: *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*. Zaragoza, Número 10-11, 2003, pp. 191.
- (4) MONEREO PÉREZ, José Luis. La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Primera edición. Editorial IBIDEM, Madrid, 1999, p. 48.
- (5) Ídem.

autoridad de un jefe, en donde sus miembros suministran sus fuerzas, sus capacidades o sus capitales⁽⁶⁾.

Ahora, la adopción de alguna de las teorías citadas como concepto jurídico de empresa, pasa por un segundo análisis referido a si el concepto jurídico de empresa debiera ser uno para todo el campo jurídico⁽⁷⁾ o si sería admisible una definición por cada rama del Derecho. Al respecto, coincidimos con lo sustentado por el profesor José Luis Monereo quien señala que: “No parece posible hoy construir un concepto jurídico general y unitario de empresa válido para todas las disciplinas jurídicas, las cuáles parecen contemplar a la empresa desde su particular punto de vista y para sus propios fines”⁽⁸⁾. Por ello, consideramos válida la construcción de una definición de empresa únicamente para efectos del derecho del trabajo, que se ajuste a sus propios fines, atienda a sus particulares necesidades, y sea útil para atender sus propios problemas.

b) Concepto de empresa en la legislación laboral peruana

En la legislación laboral peruana no es posible encontrar una definición unitaria de empresa, ni tampoco, un empleo coherente y armónico de dicho término, que nos permita inducir cuál es el concepto de la misma en nuestra legislación. A modo de ejemplo, el literal a) del artículo 2° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en lo sucesivo, LPCL), se refiere a la empresa como un espacio de interacción entre los trabajadores y el empleador⁽⁹⁾. Por su lado, el artículo 48° de la LPCL, que regula el procedimiento de cese colectivo, identifica a la empresa con la figura del empleador, al indicar: i) que la empresa (no “el empresario”) proporcionará al sindicato o a los trabajadores la información que precise los motivos para el cese colectivo y al conjunto de trabajadores afectados (literal a); y, ii) que serán la empresa (nuevamente, no el “empresario”) y sindicato o trabajadores afectados, los que negociarán las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o medidas que pudieran adoptarse para evitar o limitar el cese de personal.

De esta manera, no existiendo una definición de empresa única para efectos laborales, tampoco parece ser de utilidad remitirnos a alguna de las teorías clásicas de la empresa antes anotadas. En efecto, se sostiene que: “(...) en el ámbito laboral

- (6) ETALA, Carlos. “La empresa en el derecho del trabajo”. En: PIAGGI, Ana. *Tratado de la empresa*. Primera edición. Tomo I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp.282-284.
- (7) De esta posición parece haber sido el profesor Carlos Torres y Torres Lara, quien afirmaba la necesidad de la “(...) promulgación de una Ley General de la Empresa, que regule en forma unitaria y orgánica a la Empresa, sus obligaciones, el tráfico jurídico, su registro y su función social (...)”. En: Testimonio empresarial: colección homenaje. Asesorandina, Lima, 2002, p. 264.
- (8) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. Cit., 1999, p. 50.
- (9) El citado artículo dispone lo siguiente: “Artículo 2.- (...) El impacto de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales podrá ser materia de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, (...), que podrán establecer normas relativas a (...) Sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación polifuncional de los trabajadores en la empresa”.

el concepto de empresa adquiere una caracterización diversa –o mejor dicho, una perspectiva y amplitud conceptual específica– a la que se opera en el ámbito de la economía y en la esfera mercantil y civil⁽¹⁰⁾. De ahí que, ninguna de las teorías antes señaladas, que desde la doctrina mercantil se hubiesen sustentado, serían útiles para definir a la empresa dentro del derecho del trabajo⁽¹¹⁾.

Por todo ello, consideramos adecuado sostener que el término empresa “(...) presenta un peculiar aspecto en el ámbito laboral que pone su acento en la organización y dirección, que proporciona ocupación al trabajador (...)”⁽¹²⁾. Sin embargo, dicha organización requiere de determinado patrimonio susceptible de poder organizar el trabajo para su explotación, de modo que el conjunto de dicho patrimonio personal y material organizado, tengan por resultado una “(...) unidad de trabajo susceptible de tener vida propia en la realización de determinados fines técnicos (...)”⁽¹³⁾. En ese sentido, consideramos acertada la conceptualización de “empresa” que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha efectuado, al definirla como “(...) una unidad económica con entidad propia y autónoma en cuanto conjunto organizado de bienes susceptibles de ser explotados de forma autónoma que permita la continuidad de la actividad por el nuevo empresario”⁽¹⁴⁾.

c) Características del concepto de empresa

En este orden de ideas, para entender que se ha efectuado una transmisión de empresa, sería necesario que se transmita un conjunto organizado de bienes que mantengan su identidad luego de la transmisión, de modo que puedan continuar siendo explotados por el nuevo titular. Dicha identidad se mantiene cuando luego de la transmisión es posible continuar con la explotación, en la medida que se cuenta con un “(...) conjunto organizado, de forma estable, de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”⁽¹⁵⁾.

(10) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 216.

(11) En efecto, la teoría subjetiva ha sido superada por el derecho del trabajo, quién considera inadecuado identificar a la figura del empleador, que es quien detenta el poder de dirección, con la de la empresa. Con relación a la teoría patrimonialista, la misma no considera que empresa no es solo patrimonio, sino que dicho patrimonio (conjunto de bienes) debe encontrarse organizado de modo tal que permita al titular de la empresa ejercer su poder de dirección. Finalmente, como señala ETALA, Carlos, en: ob. cit., respecto de la postura institucionalista, se objeta las connotaciones comunitarias y corporativas de la misma pues –sobre todo los sectores sindicales– consideran que la empresa es más un espacio de conflicto permanente entre los trabajadores y el empleador, en donde la confluencia de intereses de ambas partes es meramente ilusoria (p. 284).

(12) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 215.

(13) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1999, p. 66.

(14) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”. En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-I, pp. 650-651.

(15) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Transmisión de empresa y mantenimiento de los derechos de los trabajadores”. En: *Revista Relaciones Laborales*. Tomo Madrid, 2006-I, p. 85.

Ahora bien, con relación a la organización de la empresa, esta “(...) puede estar organizada de modo unitario o desdoblarse en diferentes organizaciones técnicas (...) Pero también en una empresa organizada de modo unitario pueden coexistir diversas industrias o unidades productivas”⁽¹⁶⁾. Atendiendo a esto, es que la transmisión puede efectuarse respecto de la integridad de la empresa, o de una parte de la misma. Lo importante, nuevamente, es que la sección que se traspase califique como empresa, y que luego de dicha transmisión, mantenga su identidad como tal.

Por otro lado, la exigencia de elementos patrimoniales en la conceptualización de empresa como objeto de la transmisión, se justifica en que, precisamente, ese desplazamiento patrimonial de un empresario a otro es lo que permite que el nuevo empresario asuma las deudas y responsabilidades del anterior. Así, es la vinculación que ostentan los contratos de trabajo con el conjunto organizado de bienes y derechos que constituyen la empresa, lo que justifica que los mismos continúen con el nuevo titular de la misma luego de su transmisión⁽¹⁷⁾.

Ahora, lo señalado no desconoce la existencia de rubros económicos en donde la actividad empresarial se desenvuelve con base en intangibles (bienes inmateriales) y no a bienes físicos, pues tales bienes inmateriales son también patrimonio, y por ello, para afirmar una transmisión de una empresa basada en intangibles, será necesario una traspaso de dicho patrimonio, organizado, y que mantenga su identidad luego del traspaso⁽¹⁸⁾. De ahí que, no consideramos adecuado sostener que, en aquellos sectores en donde la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, existe una transmisión de empresa cuando, si bien no ha habido una transmisión de activos, ha existido una transmisión de trabajadores que en conjunto ejercen una actividad común y por ello constituyen una entidad económica a efectos de una transmisión.

En efecto, se sostiene que el solo traspaso de trabajadores no puede dar lugar a una transmisión de empresa, dado que se está confundiendo el efecto con la causa, pues la transmisión de los trabajadores opera por efecto del traspaso de una empresa, y no al revés. Asimismo, también se alega que de ser así, se estaría dejando al arbitrio de los empresarios decidir en qué momento opera una transmisión de empresas, pues bastaría que ellos decidieran no transmitir a ningún trabajador para que no opere la transmisión, lo cual resta de efectividad a la institución de continuidad en la transmisión de empresas⁽¹⁹⁾. En atención a todo lo indicado, es que compartimos lo sostenido por la doctrina española mayoritaria, respecto a que es necesaria

(16) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, pp. 212-213.

(17) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. Ob. cit., 2002, p. 666.

(18) DESDENTADO BONETE, Aurelio. (2002) “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*. Año 6, Número 38, Madrid, 2002, pp. 249-250.

(19) *Ibidem*, p. 254.

la transmisión de elementos patrimoniales (activos), ya sean estos materiales o inmateriales, para la configuración de un traspaso de empresa⁽²⁰⁾.

2. Mecanismos de transmisión de empresas

La doctrina mayoritaria coincide en no definir ni enumerar a los mecanismos a través de los cuales puede transferirse una empresa, atendiendo a la gran variedad de situaciones que pueden generarla, siendo inútil efectuar un estudio detallado de cada mecanismo en particular⁽²¹⁾. En efecto, la regulación de los mecanismos que den lugar a una transmisión de empresas, no es una tarea que corresponda al derecho del trabajo, sino a las áreas encargadas de los mismos (derecho de contratos, societario, administrativo, etc.). De ahí que, la tarea del derecho del trabajo frente a los mismos, es observar y analizar sus efectos, con la finalidad de imponerle reglas o condiciones que eviten perjuicios a los trabajadores involucrados en tales procesos⁽²²⁾.

Por ello, lo relevante para que exista una transmisión de empresas no es el mecanismo a través del cual se efectúa, sino que dicho mecanismo tenga por resultado el cambio de titularidad de la empresa⁽²³⁾. Al respecto, la titularidad de una empresa la ostenta quien tiene el derecho de explotación de la misma, lo que no se relaciona necesaria ni directamente con la propiedad de los bienes, sino, con la posibilidad de dirección y gestión⁽²⁴⁾. En ese sentido, los titulares serán aquellos que "(...) ostent[en] la condición jurídico de empleador cuando adicionalmente organicen y reciban la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena"⁽²⁵⁾. Así, la expresión "cambio de titularidad" ostenta un alcance omnicompreensivo, en la medida que "(...) se puede producir no solo por cualquier negocio jurídico, sino también por cualquier acto, jurídico o no, susceptible de producir el efecto traslativo"⁽²⁶⁾.

(20) El mero traspaso de trabajadores de una empresa hacia otra, calificaría como una cesión de posición contractual, figura regulada en los artículos 1435° al 1439° del Código Civil. En efecto, conforme con el artículo 1435° del Código Civil. "En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. [Para ello] Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión (...)". Obsérvese que, en la cesión de posición contractual (mero traspaso de trabajadores), a diferencia de la transmisión de empresa, se exige la aceptación de los trabajadores cedidos, no siendo válida la transferencia sin la manifestación de voluntad del trabajador. Sobre el particular puede verse: ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2008, pp. 142-143.

(21) ARCE ORTIZ, Elmer. "Puntos críticos sobre cambio de titularidad". En: *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Volumen 3, 2003, p. 107.

(22) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. Ob. cit., 2006, p. 76.

(23) Como anota Monereo en: Ob. cit., 1987, la ventaja de aludir al cambio de titularidad es: i) se comprenden todos los negocios jurídicos o actos jurídicos susceptibles de producir ese efecto; y, ii) es irrelevante la causa del cambio, desde el momento en que el presupuesto para la aplicación de la normativa queda integrado con el simple cambio de titularidad de la empresa (p. 191).

(24) Idem.

(25) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, pp. 195.

(26) ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino. Ob. cit., p. 188.

No obstante lo indicado, y sin ánimos de desconocer la variedad de títulos que pueden dar lugar a un cambio de titularidad, es necesario efectuar una clasificación de los mismos, con la finalidad de exponerlos de manera ordenada y sistemática⁽²⁷⁾. De esta manera, y basándonos en la clasificación propuesta por José Luis Monereo, a continuación exponemos los principales supuestos regulados en la legislación nacional, que podrían tener por resultado la transmisión de una unidad empresarial.

a) Transmisión por actos "inter vivos" voluntarios

Se trata de un cambio de titularidad que opera como consecuencia de un acto o negocio jurídico, mediante el cual, se traslada el derecho de una persona natural o jurídica a otra, con el pleno ejercicio de la libertad de determinación de sus titulares. Estos pueden dividirse a su vez en: i) aquellos que se producen por efecto del traspaso del derecho; y, ii) los que se producen por efecto de la constitución del derecho sobre la existencia de uno más amplio⁽²⁸⁾.

Con relación a los mecanismos que permiten la transmisión de una empresa, a través del traspaso de la propiedad o dominio de la misma, es posible encontrar en esta categoría a: i) la compraventa de empresa o de una parte de la misma (conjunto de activos que califiquen como empresa), regulada en los artículos 1529° y siguientes del Código Civil (en lo sucesivo, CC); ii) la permuta (artículo 1602° y siguientes del CC), en virtud de la cual, se intercambian bienes en donde uno de ellos, por lo menos, califica como empresa; iii) donación (artículo 1621° del CC) de una empresa o de parte de la misma; iv) dación en pago (artículos 1625° y 1266° del CC), en el supuesto que se cancele la prestación total o parcial de una obligación, mediante la entrega de un conjunto de activos que califiquen como empresa.

Asimismo, pertenecen al grupo de mecanismos antes indicados, los procesos de reorganización societaria regulados en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (en lo sucesivo, LGS), que tengan por resultado la transmisión de una empresa. En efecto, si bien es claro que en la fusión siempre habrá una (o más de una) transmisión de empresas, lo mismo no sucederá con la escisión y la reorganización simple, pues en estos casos, será necesario que el bloque patrimonial que se segregue para constituir una nueva sociedad o para integrarlo a una preexistente, califique como empresa según los criterios antes estudiados⁽²⁹⁾. Asimismo, si bien

(27) Ibidem, p. 190.

(28) MONEREO PEREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 375.

(29) Si bien hemos unido el comentario aplicado a la escisión con el de la reorganización simple, ello no quiere decir que desconozcamos sus diferencias a nivel societario. De hecho, como indicara Enrique Elías Laroza en: *Derecho Societario Peruano*. Editora Normas Legales, Trujillo, 2004. La diferencia entre la escisión y la reorganización simple radica en que las acciones o participaciones que se emiten a cambio de la transferencia del bloque patrimonial en la reorganización simple, se entregan a la sociedad que segrega los bloques, y no a los socios o accionistas de la misma, como sucede en la escisión parcial (p. 841). Sin embargo, dicha diferencia no tiene mayor incidencia para efectos de la transmisión de empresas.

la transformación forma parte de los procesos de reorganización societarios⁽³⁰⁾, la misma no constituye un mecanismo de transmisión de empresas, pues no da lugar a cambio de titularidad alguno⁽³¹⁾.

De otro lado, con relación a los mecanismos voluntarios de transmisión de empresas, que se producen por efecto de la constitución de un derecho de disfrute, goce o uso, sobre la existencia de un derecho preexistente más amplio⁽³²⁾; es posible encontrar en esta categoría a: i) la cesión a título oneroso del uso de una empresa a través de un contrato de arrendamiento (artículos 1666° y siguientes del CC), o gratuito mediante un contrato de comodato de empresa (artículos 1728° y siguientes del CC); ii) la cesión del uso y disfrute de una empresa mediante la constitución de un derecho de usufructo. Sobre el particular, recuérdese que hemos indicado que la titularidad de una empresa no se relaciona necesariamente con la propiedad de los bienes organizados que constituyan una empresa, sino, con la posibilidad de dirigir y gestionar a los mismos en todo su conjunto.

b) Transmisión por actos inter vivos coactivos o necesarios

Este tipo de mecanismos están referidos a los cambios de titularidad que se producen por disposición de un sujeto ajeno a aquel que ostenta la titularidad de la empresa, generalmente referido al Derecho Público, mediante la voluntad de un autoridad legislativa, administrativa o judicial. Al igual que con los actos inter vivos voluntarios, estos mecanismos también pueden subdividirse entre los que tiene por resultado el traspaso del derecho de titularidad, y los que constituyen un derecho en base a otro⁽³³⁾.

Como ejemplo de acto coactivo que tiene por resultado el traspaso del derecho de titularidad de una empresa, es posible considerar a los casos de estatización de empresas, que si bien actualmente no son usuales en nuestro medio debido a que la actividad empresarial del Estado es subsidiaria, de tener lugar, habría un cambio de titularidad de la empresa a favor del Estado. Asimismo, es posible encontrar dentro de este campo, los supuestos de venta judicial de bienes inmuebles sometidos a hipoteca⁽³⁴⁾, cuando los mismos, por sus características, constituyan una empresa según lo indicado anteriormente.

(30) Al respecto, el artículo 333° de la LGS dispone: "Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en algunas de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña el cambio de personalidad jurídica". Un ejemplo de ello sería una sociedad anónima abierta que se transforma para ser sociedad anónima cerrada.

(31) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 408.

(32) Ibidem, p. 385.

(33) Ibidem, p. 447.

(34) Al respecto, el artículo 1097° del Código Civil, dispone que: "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado".

De otro lado, como ejemplo de acto necesario de transmisión que se genera por la constitución de un derecho con base en uno más general, consideramos que se ubicaría en esta categoría, los supuestos de restructuración patrimonial de empresas sometidas a concurso, en donde la titularidad de las mismas pasa a la Junta de Acreedores. En efecto, de acuerdo con el artículo 63° de la Ley General del Sistema Concursal, la Junta de Acreedores tiene la potestad de adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento de la empresa en concurso durante el procedimiento, incluyendo aprobación de balances, adopción de algún proceso de reorganización societario, entre otros. Por ello, en la medida que es la Junta quien ostenta el poder de gestión y dirección de la empresa (y ya no el titular originario) se habría sucedido una transmisión sin que medie la voluntad del titular original.

c) Transmisión por actos mortis causa

Finalmente, con relación a las transmisiones de empresas por actos mortis causa, nos referimos a los supuestos de cambio de titularidad que tienen su origen en la muerte de su titular, ya sea este persona física o persona jurídica, y siempre que su extinción no tenga como consecuencia la extinción de la empresa. Con relación a las empresas cuyo titular sea una persona jurídica, es claro que la extinción de la persona jurídica llevará implícita la liquidación de la empresa, lo que impide una transmisión de empresas en este supuesto⁽³⁵⁾.

Sin embargo, cuando el titular de la empresa es una persona física, sí es posible apreciar la transmisión de su titularidad. Al respecto, el artículo 16° de la LPCL, indica que el fallecimiento del empleador cuando es persona natural, constituye una causa de extinción del contrato de trabajo. Por su lado, el artículo 17° de la LPCL indica que el fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquel es persona natural, sin perjuicio de que por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio. No obstante lo indicado, nada obstaría para que los herederos decidan aceptar la empresa como herencia, sucediéndose en ese caso, una transmisión de la misma⁽³⁶⁾.

II. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho del trabajo tiene por objeto de estudio a aquel se presta en relación de dependencia, cuya finalidad es equiparar a través de la intervención estatal, aquellas diferencias que en los hechos existe entre el titular de los medios de producción (el empleador) y los trabajadores. De ahí que, estimamos que la regulación

(35) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 197.

(36) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2003, p. 110.

laboral de la transmisión de empresas, debiera partir de identificar los efectos que dicho fenómeno genera en los trabajadores involucrados, para luego, introducir los mecanismos necesarios para contrarrestar las consecuencias negativas que, al carecer de justificación objetiva y razonable, no debieran ser toleradas por el derecho del trabajo. Así, las garantías que desde el derecho del trabajo pueden establecerse frente a los efectos de la transmisión de empresas, pueden clasificarse en aquellas destinadas a tutelar la esfera individual del trabajador, y en otras destinadas a la protección del mismo en el ámbito colectivo.

1. Garantías individuales: la continuidad de la relación laboral

El estudio de los efectos individuales, vendría referido a la "(...) incidencia de la transmisión de empresa en el contrato (...) [del trabajador]"⁽³⁷⁾, esto es, básicamente, el estudio de cómo dicho fenómeno incide en la continuidad del vínculo de trabajo y de las condiciones laborales del personal afectado. Asimismo, dependiendo de si la transmisión de empresas tiene por efecto la concentración de unidades empresariales, que antes de la transmisión eran autónomas entre sí, es posible identificar un tercer ámbito de análisis referido a la "(...) trastocación (sic) de las condiciones de trabajo, como consecuencia de los procesos de integración de plantillas (...) "⁽³⁸⁾.

Al respecto, actualmente no existe legislación nacional que regule las consecuencias laborales de la transmisión de empresas⁽³⁹⁾. No obstante ello, la consagración del derecho a la estabilidad en el trabajo en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú⁽⁴⁰⁾, y el principio de continuidad laboral, permiten asegurar que los trabajadores involucrados en tales fenómenos, no vean extinguido su vínculo laboral con ocasión de la misma⁽⁴¹⁾. En efecto, la estabilidad laboral nos llevaría a defender la intangibilidad del contrato de trabajo a menos que, excepcionalmente,

(37) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales". En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-1, p. 646.

(38) ROCHA, Fernando y ARAGÓN, Jorge DOC 1/2001. El papel de las relaciones laborales en los procesos de fusión de empresas. Documento de trabajo. Madrid. Consulta: 15 de enero de 2011. En: <<http://www2.lmayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc102.pdf>>.

(39) En julio de 1995, la tercera disposición final de la Ley N° 26513 derogó a la Ley N° 4916, Ley del Empleador Particular, y a sus normas reglamentarias (Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 y Decreto Supremo de 14 de abril de 1944), que regulaban la conservación de la antigüedad, derechos y de beneficios sociales, en supuestos de venta, cesión, traspaso, locación o fusión de negocios. Para una exposición más detallada de cómo se reguló en el pasado la sucesión de empresas, puede verse: MORALES CORRALES, Pedro G. "La sucesión empresarial". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano-Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. SPDTSS, Lima, 2004, pp. 257-278.

(40) El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento jurídico 118 de la Sentencia recaída Expediente N° 00025-2007-AI/TC, que el derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo y la protección contra el despido arbitrario, se encuentra recogido en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú de 1993, cuando señala que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

(41) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2003, p. 106.

concurra alguno de los supuestos de extinción previstos en la ley, para lo cual deberán observarse los requisitos que el legislador hubiese fijado para ello.

En la misma línea, el principio de continuidad reconoce al trabajador el derecho de permanecer en su puesto de trabajo tanto tiempo como dure la actividad empresarial y los objetivos para los que fue contratado, salvaguardando su derecho a renunciar cuando lo estime conveniente, y siempre que para ello observe el procedimiento de ley⁽⁴²⁾. Así, la vocación de permanencia que ostenta el contrato de trabajo, lo hacen resistente a las diversas situaciones que se presenten durante su ejecución, lo que permitirá introducir las modificaciones que las necesidades que se vayan presentando exijan⁽⁴³⁾. Ahora bien, nótese que la modificación subjetiva del contrato de trabajo solo puede darse en la figura del empleador, quien continuará la explotación en las mismas condiciones que su predecesor. En efecto, al ser la prestación del trabajador personalísima, su cambio supondría la extinción del contrato de trabajo⁽⁴⁴⁾.

De esta manera, la doctrina coincide en que, frente al cambio de titularidad en la empresa objeto de una transmisión, el nuevo titular se subroga en todos los derechos y obligaciones del anterior. Dicha subrogación, tiene una doble garantía: i) por un lado, asegura la continuidad de las relaciones jurídicas; y, ii) del otro, asegura la subrogación del nuevo empresario en las obligaciones del anterior, esto es, en las condiciones laborales del personal involucrado. No obstante ello, consideramos que el efecto neutralizador del principio de continuidad en la transmisión de empresas, resulta insuficiente para enfrentar las reales consecuencias que estos fenómenos tienen en el personal involucrado, pues los problemas que pueden generar "(...) no queda[n] adecuadamente resuelt[os] con la aplicación sin más de la regla de la continuidad y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores"⁽⁴⁵⁾.

En ese sentido, a continuación enumeraremos algunas cuestiones relativas al ámbito individual de los trabajadores involucrados en los procesos de transmisión de empresa que, siendo susceptibles de generar problemas, requerirían de algún tipo de regulación por parte de nuestro legislador:

- Definir en qué momento se produce la transmisión de una empresa, y por ende, se traspasan los derechos y obligaciones laborales del titular originario hacia el nuevo titular. En efecto, los traspasos de empresa pueden efectuarse a través de largos procesos y diversas fases, que llegan a

(42) MORALES CORRALES, Pedro. "La sucesión empresarial". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano - Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), Lima, 2004, p. 259.

(43) PUNTRIANO ROSAS, César. "Sustitución del empleador y el principio de continuidad laboral". En: *Revista Diálogo con la jurisprudencia*. Número 112, Lima, 2008, p. 242.

(44) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2008, p. 141.

(45) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. "Sucesión de empresa y sucesión de actividades". En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2007-1, p. 141.

complicar la fijación de una fecha determinada de traspaso. Asimismo, dejar al arbitrio de los empresarios determinar dicha fecha, puede prestarse a prácticas abusivas por parte de los mismos, con la finalidad de reducir el universo de trabajadores amparados por la aplicación del principio de continuidad. Atendiendo a ello, es necesario precisar el momento a partir del cual se entiende traspasada una empresa, y en consecuencia, el nuevo titular se subroga en las obligaciones del anterior⁽⁴⁶⁾.

- Analizarse la viabilidad de establecer el derecho de los trabajadores, de resolver el contrato de trabajo en caso las modificaciones que se efectúen luego de la transmisión, resulten ser severamente peyorativas, a cambio de una debida indemnización. En efecto, los actos de hostilización equiparables al despido regulados en el artículo 30° de la LPCL, y que dan derecho a una indemnización, resultan insuficientes y limitados frente al fenómeno de la transmisión de empresas, dado que tan solo se comprenden como tales los supuestos de reducción de remuneraciones (literal b) del artículo 30°, LPCL) y traslado del trabajador a lugar distinto de donde habitualmente presta sus labores (literal c) del artículo 30°, LPCL), y además, en el primero se exige que sea inmotivada, y en segundo, que haya intensión del empleador de perjudicar al trabajador.
- Es preciso delimitar los alcances de la subrogación del empleador, esto es, si solo se subrogará en los derechos ya adquiridos por los trabajadores, o si también lo hará respecto de aquellos derechos que se encuentren en vía de adquisición. En concreto, nos estamos refiriendo a los beneficios del empleador referidos a planes de pensiones o de *stock options* (programas de opciones de compra de acciones), los que se caracterizan por vincular la entrega del beneficio con la permanencia del trabajador en la empresa, tema que, por merecer una reflexión más profunda, no podrá ser abordado en el presente trabajo.
- Consideramos que constituye un aspecto importante en la regulación de presente tema, el establecimiento de mecanismos que permitan homogeneizar las condiciones de trabajo del personal involucrado, cuando tales fenómenos tienen por resultado la concentración de dos o más organizaciones laborales en una sola. Sobre el particular, la respuesta a nivel de jurisprudencia comparada, ha sido más escasa en relación con los temas antes mencionados, dejando la tarea de homogeneización de categorías y

(46) Ibidem, pp. 152-153.

condicionales salariales, al poder de dirección del empleador o a la negociación entre el nuevo empleador y los trabajadores.

- Finalmente, la legislación comparada ha consagrado la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario, en caso de transmisión de empresas, respecto de los créditos laborales generados con anterioridad a la fecha de transmisión. En efecto, se trata de "(...) una responsabilidad excepcional creada por la ley, con la finalidad de establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales y, sin duda, también para prevenir posibles fraudes"⁽⁴⁷⁾. Así, mientras a nivel legislativo no se indique nada sobre el particular, no existe responsabilidad solidaria entre el cedente y la adquirente, pues la solidaridad en las obligaciones no se presume, sino que debe ser acordada entre las partes o impuesta por norma expresa⁽⁴⁸⁾.

2. Garantías colectivas

Basándonos en cómo la legislación comparada ha regulado las garantías laborales colectivas de los trabajadores involucrados en los procesos de transmisión de empresas, es que considerados que el análisis de las mismas debiera comprender el estudio de: i) la continuidad de los convenios colectivos de trabajo; ii) el mantenimiento de la representación sindical y protección de los representantes de los trabajadores; y, iii) el reconocimiento de los derechos de información y consulta del personal involucrado en dichos procesos⁽⁴⁹⁾.

- Con relación a la vigencia del convenio colectivo, el literal e) del artículo 43° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que aprueba el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, dispone que el convenio colectivo "continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares". Al respecto, si bien la citada disposición es coherente con el principio de continuidad de las relaciones laborales antes anotado, el mismo podría generar —entre otras— las siguientes cuestiones: i) ¿qué convenio pasaría a regular a los trabajadores transferidos, una vez terminada la vigencia del convenio de la empresa objeto de traspaso, sin que se haya suscrito otros convenio?; ii) en caso de no haberse suscrito nuevo convenio, ¿sería admisible la ultractividad del convenio de la empresa traspasada, luego de

(47) DESDENTADO BONETE, Aurelio. Ob. cit., p. 258.

(48) PUNTRIANO ROSAS, César. Ob. cit., p. 247.

(49) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. "Las garantías colectivas en la transmisión de empresa". En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-I, p. 678.

haber terminado su vigencia, con la finalidad de evitar vacíos normativos?; iii) cuando la norma se refiere que el convenio continúa, además de las figuras ahí detalladas, en “otras situaciones similares”, ¿es posible introducir por dicha vía a todo tipo de mecanismos que tengan por resultado una transmisión de empresas?⁽⁵⁰⁾.

- De otro lado, con relación al mantenimiento de la representación sindical y de las medidas de protección de los representantes sindicales, nuestra normativa interna no ha previsto regulación alguna sobre el particular, lo que exige un mayor trabajo del legislador en este campo.
- Finalmente, con relación a: i) la obligación de informar a los trabajadores afectados por la transmisión de empresas, tanto de cedente como de la cesionaria, de todos los aspectos vinculados a la transmisión que incidan en las relaciones de trabajo de los mismos; y, ii) al reconocimiento del derecho de los trabajadores a efectuar las consultas del caso, sobre todo en el supuesto de que la transmisión involucre la adopción de medidas laborales; nuestra legislación laboral tampoco ha previsto los mecanismos que hagan viable el ejercicio de los derechos de información y consulta.

III. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido observar, nuestra legislación laboral actual no regula las consecuencias de la transmisión de empresas en los trabajadores, siendo por ello que el profesor Elmer Arce señala que existe una “anomia legislativa” que, si bien se resuelve en parte con la aplicación del principio de continuidad, ello no resulta suficiente⁽⁵¹⁾. Sin embargo, es preciso anotar que el actual Proyecto de Ley General del Trabajo (en adelante, PLGT), sí regula a este fenómeno en dos de sus artículos, los artículos 9° y 10°⁽⁵²⁾.

(50) Un estudio detallado sobre la vigencia del convenio colectivo en los procesos de transmisión de empresas puede encontrarse en: 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*. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 397-421.

(51) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2008, pp. 144.

(52) Los artículos 9° y 10° del PLGT, indican lo siguiente:

“Artículo 9°.- Reorganización de la empresa o sustitución del empleador
Si hay reorganización de empresa, por actos de fusión, absorción, escisión u otras formas de reorganización empresarial, las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados. Los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresa y no afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados. Si el empleador, persona natural, fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales y los derechos alcanzados prosiguen. Estos también se mantienen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio”.

“Artículo 10°.- Efectos laborales de la transmisión de empresa

En la transmisión de empresa el empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión a los trabajadores y a sus representantes, de ser el caso. Ambos responden solidariamente

Al respecto, el artículo 9° del PLGT regula los actos de reorganización de la empresa que, como ya hemos indicado, constituyen un supuesto de transmisión. Asimismo, dicho artículo, excluye a los supuestos de cambio de titularidad, de los actos de reorganización. Por su lado, el artículo 10° del PLGT, si hace una directa alusión a los efectos de las transmisiones de empresas, regula el deber de informar a los trabajadores afectados por las mismas, y consagra la responsabilidad solidaria entre la cedente y adquirente. No obstante ello, y sin ánimos de desconocer el intento del legislador de otorgar un marco regulatorio al fenómeno al que nos hemos venido refiriendo, consideramos que el mismo no se encuentra exento de algunas cuestiones, las que a continuación pasaremos a detallar.

En primer lugar, el artículo 9° del PLGT parece limitar los efectos de la continuidad a los casos de reorganización empresarial, dejando desprovistos de protección, los diversos supuestos que pueden dar lugar a una transmisión de empresas. De esta manera, el PLGT se aleja del criterio predominante en la legislación comparada de optar por no regular los procedimientos de transmisión, sino tan solo, los efectos del cambio de titularidad⁽⁵³⁾. Asimismo, dicho artículo introduce una diferenciación confusa y arbitraria entre actos de reorganización empresarial y supuestos de cambio de titularidad⁽⁵⁴⁾, no obstante que —como ya se ha indicado— los actos de reorganización empresarial configuran uno de los tantos supuestos de cambio de titularidad en la empresa.

De otro lado, el artículo 10° del PLGT regula los efectos de la transmisión de empresas; sin embargo, en ninguna norma precedente se hace mención a cuándo se entiende transferida una empresa, ni se indica qué ha de entenderse por empresa. Asimismo, tomando en consideración que el artículo 9° del PLGT distingue entre reorganización de empresas y supuestos de cambio de titularidad, ¿en cuál de aquellos grupos existiría una transmisión de empresas? Doctrinariamente hemos demostrado que en los dos, y ello hace más innecesaria aún la diferenciación entre los mismo.

Asimismo, si bien la norma regula una obligación de informar, la misma no es clara respecto de quiénes son los trabajadores que deberán recibir la comunicación, ni de cuál será su contenido, así como tampoco, se imponen sanciones eficaces en caso de incumplimiento⁽⁵⁵⁾. De la misma manera, el deber de información que se regula, no prevé un periodo de consultas ni de negociación entre los

de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley, nacidos antes de la fecha de su sustitución. El adquirente asume los derechos y obligaciones laborales del cedente y responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución”.

(53) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2003, p. 107.

(54) *Ibidem*, p. 108.

(55) DESDENTADO BONETE, Aurelio. Ob. cit., p. 261.

trabajadores y el nuevo titular, lo que de cierta manera, deja sin contenido a la obligación de informar⁽⁵⁶⁾.

Como puede observarse, el estudio de la transmisión de empresas en nuestro medio, reviste de cierta dificultad, pues al no contar con un cuerpo normativo que pueda servirnos de referencia, al final del día es posible encontrarnos con más dudas antes que certezas. De ahí que, el título de la presente ponencia no es fortuito, pues la gran cantidad de aristas desde las que puede abordarse el estudio de este fenómeno, no permiten agotar su estudio en un solo trabajo. Por todo ello, es necesaria una mayor investigación y debate del fenómeno en cuestión, por parte de los que estudian al derecho del trabajo, con la finalidad de avanzar cada día más en la profundización de su estudio; tarea a la que, precisamente, hemos intentado dedicarnos en esta oportunidad.

(56) Idem.

LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN: UN NUEVO SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

 **Ana CRISANTO CASTAÑEDA**

Doctora en Derecho (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España). Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo (Universidad de Piura, Perú).

SUMARIO

I. Introducción. **II.** El Caso Coleman. **1.** Supuesto de hecho. **2.** ¿Por qué se acudió ante el TJCE?: Origen de las cuestiones prejudiciales. **3.** La sentencia. **III.** Breve referencia a la prohibición de discriminación en el ámbito laboral peruano. **IV.** Discriminación por asociación: el fundamento de su protección. **V.** Delimitación de la discriminación por asociación. **VI.** Conclusiones. **VII.** Propuesta.

I. INTRODUCCIÓN

Las expresiones tan conocidas como “la realidad es más rica que el Derecho” o “los hechos van por delante de la norma”, se aplican perfectamente al tema que se aborda en el presente trabajo. Hace algunos años, en concreto el año 2008, mereció especial atención en la doctrina científica extranjera una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) –más conocida como el “Caso Coleman”– en la que se declaraba que una norma de Derecho Comunitario en materia laboral⁽¹⁾ protege frente a un nuevo supuesto de discriminación,

(1) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial de la Comunidad Europea, de 02/12/2000, N° L 303, pp. 0016-0022).