

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



LA REGULACIÓN DE DERECHOS LABORALES EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL PERÚ

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

Diego Jose Ladron de Guevara Vera

Código 20161631

Asesor

Antonio Horacio Román Calzada

Lima – Perú

Octubre del 2018





**LA REGULACIÓN DE DERECHOS
LABORALES EN LOS PROCESOS DE
REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL
PERÚ**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1: LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES AL PRODUCIRSE UNA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL:	
DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO.....	2
1.1. Concepto de Empresa.....	2
1.2. Empresa como Persona Jurídica.....	3
1.3. Derecho a la libertad de empresa.....	5
1.4. Consideraciones en la aplicación de la Libertad de empresa....	8
1.4.1. Condiciones a tener en cuenta por parte de las empresas.....	9
1.4.2. Derechos Fundamentales que se contraponen a la libertad de empresa.....	10
1.4.3. La actividad empresarial como principal fuente generadora de empleo.....	11
1.5. El derecho de trabajo como derecho fundamental.....	12
1.5.1. Cambios en la empresa con implicancias laborales.....	13
1.5.2. Protección del empleo en el Perú.....	15
1.6. Proceso de Reorganización de empresas.....	16
1.6.1. Fusión.....	18
1.6.2. Escisión.....	19
1.6.3. Reorganización simple.....	20
1.7. Efectos de la reorganización de empresas.....	21
1.7.1. Tratamiento en la Ley General de Sociedades.....	21
1.7.2. Adquisición de activos y pasivos.....	23
1.7.3. Tratamiento en la Ley Laboral.....	24
1.7.4. Subrogación de la posición de empleador.....	25
CAPITULO 2: REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL:	
NECESIDAD DE ARMONIZAR EL DERECHO LABORAL Y EL SOCIETARIO.....	27

2.1. Principios laborales aplicables al realizar una reorganización empresarial.....	27
2.1.1. El principio tuitivo aplicable ante la falta de regulación.....	27
2.1.2. El principio de continuidad como protector de derechos laborales.....	28
2.1.3. El principio de irrenunciabilidad de derechos aplicado en la reorganización de empresas.....	29
2.2. Derechos y Obligaciones del Nuevo Empleador.....	31
2.2.1. Facultades del Nuevo Empleador.....	31
2.2.2. Obligaciones de Honrar las deudas de trabajadores.....	32
2.2.3. El respeto a los convenios colectivos y sus límites.....	33
2.2.4. Menciones en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo.....	35
2.3. Condición del trabajador trasladado.....	36
2.3.1. Derechos Individuales y Colectivos.....	37
2.3.2. Derechos Legales y Convencionales.....	38
2.3.3. Derechos Temporales y Perpetuos.....	39
2.4. Intereses del empresario e intereses del trabajador: compatibilidad entre ambos.....	40
2.4.1. Interés de ambos porque las empresas sean viables en el mercado.....	41
2.4.2. Interés que deben tener las personas por el incentivo en la apertura de nuevas empresas.....	42
2.4.3. Respeto de los empleadores sobre los derechos laborales, tomando en cuenta la dignidad humana.....	44
2.4.4. Efectos positivos del respeto a los derechos laborales: identidad con la empresa.....	45
2.5. Análisis de la normativa actual y su necesidad de ajustarse a la realidad peruana.....	47
2.5.1. Situación de los derechos laborales al producirse el traslado de trabajadores.....	48

2.5.2. El Derecho Laboral Colectivo Frente a una reorganización empresarial: Situación de los sindicatos y sus afiliados frente a la normativa actual.....	50
2.5.3. Análisis de los convenios colectivos que se encuentran en proceso de negociación.....	52
2.5.4. Inclusiones o modificaciones a la Ley Societaria y a la Ley Laboral.....	53

CAPITULO 3: EFECTOS DE MANTENER EL RÉGIMEN LEGAL ACTUAL: ANÁLISIS DE CASUÍSTICA Y MODELOS INTERNACIONALES.....57

3.1. Denuncias y demandas de trabajadores en casos de reorganización de empresas.....	57
3.1.1. Análisis de jurisprudencia respecto a los derechos laborales en un escenario de reorganización empresarial.....	58
3.1.2. Intervención de SUNAFIL en caso de denuncia de trabajadores que son trasladados de una empresa a otra.....	61
3.2. Derecho Comparado.....	63
3.2.1. La figura de la flexibilización laboral.....	63
3.2.2. Análisis del Modelo en España.....	64
3.2.3. Análisis de los Modelos en América Latina.....	67
3.3. Posibilidad de aplicar modelos internacionales al sistema peruano.....	71
3.3.1. Flexibilización laboral en el régimen peruano.....	72
3.3.2. Análisis de las Relaciones Laborales actuales en Perú.....	75
3.4. Cambios que podrían resultar benéficos a la situación peruana.....	77
3.4.1. Seguridad para el empresario y la atracción de las inversiones.....	79
3.4.2. Implementación de cambios laborales en pro del trabajador y salvaguardando los intereses del empresario.....	81
3.4.3. Actividad estatal que puede ser implementada para permitir mayor campo a la libertad de empresa.....	84

CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
REFERENCIAS.....	92



INTRODUCCIÓN

En esta investigación analizaremos las cuestiones laborales involucradas en fusiones, escisiones y reorganizaciones simples, y la necesidad de regularlas en nuestro ordenamiento actual. De esta manera, en el primer capítulo nos ocuparemos de definir los conceptos vinculados con la reorganización de empresas, la necesidad de los empresarios de utilizar estas figuras y los efectos que tienen en las relaciones de trabajo.

Posteriormente, en el segundo capítulo analizaremos el estado de la normativa actual, especialmente los derechos y principios laborales, que son necesarios observar por parte de las empresas en el momento de realizar una reorganización empresarial. Del mismo modo analizaremos la armonía que debería existir entre los intereses de las empresas y del trabajador, con la finalidad de delimitar los cambios necesarios en las ramas de derecho societario y laboral para que se genere una situación beneficiosa para las partes involucradas en una relación laboral al producirse una reorganización de empresas.

Finalmente, en el último capítulo determinaremos cuáles son las consecuencias de mantener el vacío legal actual respecto de los derechos laborales en una reorganización de empresas y estudiaremos algunos modelos internacionales que nos permitirán tener una idea de cuál es la mejor manera de regular los efectos laborales en una reorganización de empresas, tomando en cuenta la tendencia mundial de flexibilización, así como la actividad estatal que es necesaria implementar para que se logre un equilibrio entre los intereses del empresario y del trabajador.

CAPITULO 1:

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES AL PRODUCIRSE UNA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO

1.1. Concepto de Empresa

Para comenzar, queremos mencionar que el concepto de empresa como tal no existe en el ordenamiento peruano actual, y si bien muchos cuerpos normativos hacen referencia a la empresa como sujeto de derechos y obligaciones, ninguno lo define propiamente.

Consideramos importante mencionar que la definición de empresa nos va a ayudar para entender, por un lado, la razón por la que se constituye (lo que buscan los empresarios que deciden comenzar con una actividad empresarial) y por otro lado la participación que esta tiene en el derecho de trabajo.

Para esto, citamos lo mencionado por Cabanellas de Torres, quien señala que la empresa es:

La organización lucrativa de personal (empresario o dirección, socios industriales o trabajadores), capital (dinero, propiedades, máquinas y herramientas, mobiliario, etc.) y trabajo (actividad organizadora, directiva, investigadora, publicitaria, técnica, y de ejecución material), con unidad de nombre, permanencia en actividad y finalidad definida. (Como se citó en Echaiz Moreno, 2002, p. 31)

Si bien muchas de las definiciones en la doctrina hacen referencia a empresa entendiéndose esta como aquella entidad que es constituida con fines lucrativos (es decir, haciendo referencia en su mayoría a lo que en la Legislación peruana se entiende como Sociedad), no consideramos que esta definición sea del todo acertada, tomando en cuenta que, sin importar que una empresa sea constituida o no con fines lucrativos, una empresa se constituye con la finalidad de que se genere un rendimiento dinerario, ya sea para que

este se vuelva a invertir o para que sea repartida entre los dueños de la empresa. Como bien lo señala Echaiz (2002): “Actualmente la referencia de empresa se ha reemplazado, de lo que antes se entendía como una organización lucrativa a pasar a ser una organización económica, englobando, por tanto, el término empresa a toda organización, sin importar que esta tenga o no una finalidad lucrativa.” (pág. 32).

Ahora, de la definición hecha por Cabanellas podemos decir que, la empresa es un conjunto de personas debidamente organizadas (esto incluye no solo a los fundadores, sino también a los proveedores, trabajadores, entre otros) y capital (dinero y bienes en general) que en conjunto se unen para desarrollar una determinada actividad (lo que se puede denominar como el giro o actividad empresarial a la que se dedicarán).

Las personas empezarán con una actividad empresarial teniendo como meta que esta sea rentable en el tiempo, independientemente de que haya sido constituida con o sin fines lucrativos. Para facilitar la actividad empresarial, el derecho ha creado la figura de la persona jurídica, que es un ente distinto a sus dueños y permite que las relaciones contractuales que la empresa necesite celebrar con distintos agentes en el mercado (proveedores, clientes, trabajadores, etc.) se haga de una manera más organizada y eficiente.

Hasta aquí, podemos afirmar que la empresa es aquel conjunto de capital y trabajo, debidamente organizado y que tiene una determinada finalidad, sea o no lucrativa, ya que independientemente de que estas ganancias sean o no repartidas entre los dueños o que sean reinvertidas en el negocio, la empresa se forma con el fin de que sea rentable en el tiempo. Del mismo modo, la empresa necesita celebrar una serie de contratos con diferentes individuos, como trabajadores, proveedores, entre otros, para poder desarrollarse en el mercado y, para poder simplificar las relaciones contractuales que la empresa tenga que celebrar, el derecho creó la figura de la persona jurídica.

1.2. Persona Jurídica

Como fue mencionado anteriormente, consideramos que el concepto de empresa es ahora más amplio y está referido a cualquier agrupación de personas que aporten capital y trabajo para realizar una actividad definida, sea que esta tenga o no un fin lucrativo, y que pueden adquirir la calidad de persona jurídica para facilitar sus relaciones

contractuales, por lo que resulta apropiado definir a la persona jurídica para entender esta forma de materializar una empresa, que puede ser constituida bajo distintos regímenes.

La persona jurídica es:

Un instrumento jurídico por el cual se consigue realizar una operación de reducción de personas individuales, organizadas con un fin determinado, a un centro unitario de referencia normativa, al cual se le va a imputar derechos y deberes. La persona jurídica puede ser entendida como un sujeto de derecho, un grupo organizado de seres humanos y una comunidad de bienes. (Carhuatocto, 2005, pág. 49)

Aquellas personas que quieren realizar actividad empresarial, tienen la posibilidad de constituir una persona jurídica, la cual, además de lo señalado en la definición previa, tiene como característica el que, para efectos legales, si es debidamente inscrita en el registro público, adquirirá la denominada “personalidad jurídica”, la cual va a hacer que esa persona jurídica sea independiente de las personas que la constituyeron, pudiendo celebrar los actos jurídicos necesarios a nombre de dicha empresa para que se lleve a cabo el propósito para el cual ha sido constituida; estos actos jurídicos deberán ser efectuados mediante sus representantes legales y cuya firma hará que la persona jurídica responda, dependiendo de la forma en que se constituya, o únicamente con la totalidad de su patrimonio o de manera solidaria con sus representantes.

Las personas jurídicas pueden ser constituidas ya sea bajo alguna de las figuras señaladas en el Código civil o bajo el régimen de la Ley General de Sociedades, siendo que la principal diferencia entre ambas es que las primeras se constituyen sin fines de lucro y las segundas se constituyen con fines de lucro. La principal diferencia entre la finalidad lucrativa a la que hacemos referencia recae en que se reparten o no utilidades entre los dueños de dicha persona jurídica, siendo que las personas sin fines de lucro no lo hacen, a diferencia de las personas jurídicas con fines de lucro, que sí reparten utilidades entre sus dueños.

Independientemente de la forma que adopte una persona jurídica, lo importante es que para lograr el objetivo para el que ha sido constituido, esta necesitará celebrar una serie de actos jurídicos, obligándose a cumplir diversas obligaciones frente a otras

personas relacionadas o no con la empresa, ya sean proveedores, empresas de servicios, trabajadores, etc.

En relación con las obligaciones que contrae la empresa, es necesario mencionar que uno de los actos jurídicos más importantes que realiza una persona jurídica, son los contratos de trabajo que celebra, esto porque serán estas personas (trabajadores) quienes realizarán todas las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la empresa y quienes tendrán una participación determinante en relación al desarrollo en el mercado de dicha empresa.

Como lo señalan Broseta y Martínez (2014):

La empresa es, una unidad funcional, organizada y dinámica, dotada de vida propia merced a la labor de creación del empresario y de sus auxiliares. Sin las relaciones laborales, que es el vínculo entre el empresario y los trabajadores, la empresa no sería una entidad organizada capaz de llevar acabo aquellas actividades para la que es constituida (pág. 145);

Entiéndase entonces, la persona jurídica como aquella creación del derecho que permite a las personas asociarse para realizar una determinada actividad, formando una entidad independiente de aquellas personas que la constituyeron y que es responsable frente a las personas con las que celebre contratos; el que consideramos más importante de estos contratos es el de trabajo, ya que a través de él se contratan a las personas que llevarán a cabo las actividades necesarias para que la empresa opere adecuadamente.

1.3. Derecho a la libertad de empresa

Como ya lo mencionamos la empresa es un conjunto de capital y trabajo organizado, creado por personas que tienen interés en realizar alguna actividad determinada en el mercado, esta posibilidad de realizar actividad empresarial está reconocida en nuestro ordenamiento interno como un derecho fundamental que es la libertad de empresa; sin embargo, no se encuentra adecuadamente definido.

El derecho a la libertad de empresa está reconocido en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú (1993), el cual señala que:

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (Constitución Política del Perú, 1993)

Como puede apreciarse, en la Constitución no se define lo que debe entenderse por libertad de empresa y únicamente hace mención de las limitaciones del ejercicio de este derecho constitucional, indicando que aquel que haga uso de la libertad de empresa debe hacerlo teniendo un fin lícito y en absoluto respeto de las demás personas.

Para obtener una aproximación a lo que debe entenderse por Libertad de empresa, recurrimos a la doctrina; como lo señala Baldo Kresalja (2004), los aspectos esenciales de la libertad de empresa son: “(i) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, (ii) la libertad de organización, (iii) la libertad de competencia, y (iv) la libertad para cesar las actividades” (pág. 541).

De lo señalado por el autor podemos desprender que el derecho a la libertad de empresa tiene varias aristas; empezando porque le da la libertad a una persona de realizar cualquier actividad empresarial, siempre dentro de los parámetros legales, en segundo lugar, tenemos que una vez se haya decidido formar una empresa, las personas que la hayan constituido pueden decidir la manera en que se va a organizar, esto incluye quienes serán los designados por los dueños de dicha empresa para que gestionen las actividades de ella, e incluso como va a estar constituida cada área dentro de dicha empresa, por ejemplo, cuantas personas formarán cada equipo de trabajo o cada gerencia y que puestos estarán disponibles en cada área de trabajo, además, encontramos dentro de este aspecto, la posibilidad que tienen las empresas de adoptar cualquiera de las formas previstas en la legislación vigente u optar por un cambio después de haber sido constituida la persona jurídica, por ejemplo, es posible crear una empresa bajo la modalidad de sociedad anónima y luego convertirla en una sociedad anónima abierta, o es posible fusionar una empresa con otra para crear una nueva persona jurídica; un tercer elemento de la libertad de empresa es la libertad de competencia, que implica que aquella persona que vaya a realizar actividad empresarial, debe estar consciente de que el Estado vigila que todas aquellas personas que participen en el mercado, lo hagan de manera apropiada,

respetando las leyes de competencia, es decir, sin atentar contra otra empresa; por último, tenemos que, así como las personas tienen la libertad de comenzar con una actividad empresarial, también tienen el derecho de terminar con dicha actividad, ya sea cerrando su negocio o entregándoselo a otra persona para que continúe, lo importante es que las personas que comiencen con una actividad empresarial podrán, en principio dejar de hacerlo cuando lo decidan; sin embargo, en este último punto debemos precisar que solo podrán abandonar la actividad empresarial que comenzaron siempre que hayan gestionado apropiadamente su empresa, pues de otro modo podrían estar frente a una diversidad de complicaciones como lo son demandas por parte de personas con las que la empresa haya celebrado contratos y que no hayan sido cumplidos debidamente.

Los aspectos dos y cuatro tienen particular incidencia en los temas laborales que trataremos más adelante, puesto que, por un lado en lo que se refiere a la libertad de organización, los empresarios pueden decidir cómo debe estar constituido cada equipo de trabajo o con que áreas quiere contar, lo que implica que puede hacer modificaciones, tales como suprimir áreas o trasladarlas a otras empresas o acoplar áreas de otras empresas (y sus trabajadores) que haya decidido adquirir y, por otro lado, en lo que se refiere a la libertad de dejar de realizar actividad empresarial, los empresarios deberán asegurarse de que todas las obligaciones contraídas, incluyendo los pagos por cada concepto laboral, hayan sido cumplidas, pues de lo contrario, como ya lo hemos referido, a raíz de estos contratos pueden surgir futuras demandas por parte de los trabajadores que puedan verse afectados.

De otro lado, haciendo mención a lo indicado por la Constitución, podemos decir que el ejercicio del derecho de empresa no es absoluto, por el contrario, tiene ciertas limitaciones, como el que no se atente contra el derecho de terceros o de personas que trabajan para las empresas que sufren cambios con motivo del ejercicio de estas libertades.

Podemos resumir entonces que la libertad de empresa es un derecho fundamental reconocido y protegido por el Estado que le da la facultad a las personas a constituir empresas para que estas puedan competir de manera apropiada en el mercado desempeñando una actividad definida (dentro de los parámetros legales) respetando las normas correspondientes y, del mismo modo, tienen la libertad de poder organizarlas de acuerdo a sus preferencias y poder reorganizarla en el transcurso de la vida de la empresa,

además quienes la constituyen tienen la libertad de dejar de dedicarse a la actividad empresarial que hayan iniciado en el momento en que estimen pertinente, todo esto no debe entenderse que pueda hacerse de manera totalmente unilateral, sino que tiene límites los cuales son el respeto a los demás derechos fundamentales, a las buenas costumbres y al orden público.

1.4. Consideraciones en la aplicación de la Libertad de Empresa

La libertad de empresa, al igual que cualquier otro derecho no es absoluto, sino que debe guardar armonía con otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libre competencia, o la libertad de empresa de otra persona, es decir, tener el derecho de poder formar una empresa u organizarla como estimemos conveniente (dentro de los parámetros legales) no puede significar privar a otro de ejercer el mismo derecho y que pueda constituir su propia empresa que compita con otra ya creada ni intervenir negativamente en la actividad empresarial de otro. Así como ese, existen otros derechos a tomar en consideración, los cuales están relacionados a las personas que la empresa contrata y que requieren para poder llevar a cabo sus actividades.

Del mismo modo, corresponde que aquellos que se puedan ver afectados por el ejercicio de este derecho, tengan en consideración que los administradores y/o dueños de una empresa intentarán (como cualquier persona razonable) adoptar decisiones que maximicen sus beneficios, y que, si bien deben guardar el debido respeto a los derechos fundamentales que puedan estar relacionados con el derecho a la libertad de empresa, como lo haría alguien que decide invertir su dinero en algún proyecto o negocio, lo más lógico es que desee dirigir de manera eficiente su actividad y el hecho de sobre limitarla podría generar un escenario que no solo afecte al que ejerza el derecho a la libertad de empresa, sino que puede afectar al mercado y las personas relacionadas con la actividad empresarial.

Como lo señala Montoya (2010), “las disposiciones vinculadas con el ejercicio de la libertad empresarial deben respetar su contenido esencial, pero no deben descuidar el que no afecte a las partes que se relacionen con la empresa.” (pág. 428). Es decir, lo ideal es establecer límites a la libertad de empresa, pero no al punto de hacer que su ejercicio

sea engorroso o que la sobre regulación genere algún desincentivo a quien pretenda realizar actividad empresarial en el país.

1.4.1. Condiciones a tener en cuenta por parte de las empresas

Las personas que deciden constituir una empresa lo hacen con la finalidad de que esta sea rentable en el tiempo y que genere la mayor ganancia posible (ya sea para reinvertir en ella o para que los dueños de ella se beneficien de sus ingresos).

Entendemos que las personas que realizan actividad empresarial toman decisiones que les permita maximizar la rentabilidad de la empresa, para lo cual es necesario que tomen en cuenta no solo los beneficios que traen las decisiones vinculadas al giro de la empresa, ya sea para reestructurar la empresa internamente, adoptar alguna actividad empresarial adicional, e incluso cambiar o contratar a algún trabajador; sino que, junto a estas decisiones existen diversas implicancias a tomar en cuenta y que podrían encarecer las decisiones adoptadas.

Los aspectos a tomar en cuenta por parte de una empresa deben ser, a nuestro parecer, todas las consecuencias que traen el hacer uso del derecho de libertad de empresa. Cada decisión vinculada a la libertad de empresa necesariamente va a implicar un cambio para todas aquellas personas vinculadas con ellas, quienes tienen derechos a ser tomados en cuenta y por los cuales pueden reclamar en caso consideren se vean afectados como consecuencia del ejercicio de la libertad de empresa por parte de los dueños de ella.

Dentro de las diversas afectaciones, que la empresa puede causar, están las decisiones que impliquen cambios, como: la afectación de algún otro competidor, de la sociedad, los derechos laborales, etc. Si la empresa no tomase en cuenta a los sujetos relacionados con su actividad, entonces podría encontrarse en una situación en la que sus dueños no estén considerando todos los factores necesarios para adoptar decisiones eficientes, lo que puede implicar una serie de costos extra, como gastos en procesos o en negociación con los sujetos afectados. Es necesario que el empresario y/o los administradores del negocio conozcan todos los escenarios de contingencias posibles a fin de que tomen decisiones en las que sean consideradas todos los costos que pueden haber y, de ser posible, tomar medidas para aminorarlos, lo cual representaría un ahorro

para la empresa y haría que los cambios que se quieran implementar en ella no se vean frenados por posibles quejas o demandas que pueden realizar aquellos sujetos que se consideren afectados por el uso de la libertad de empresa de los dueños y/o administradores de la empresa.

1.4.2. Derechos fundamentales que se contraponen a la libertad de empresa

Los límites a la libertad de empresa, inicialmente están señalados en la Constitución, ya que su ejercicio no puede ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública (Constitución Política del Perú, 1993); sin embargo, estos términos son muy generales y no se hace mención aquellos otros derechos que pueden verse afectados por el ejercicio de la libertad de empresa.

Al momento de realizar actividad empresarial, se debe tener en cuenta que cada acto que se efectúe estará relacionado con algún agente vinculado a la empresa; según Montoya (2010):

La libertad de empresa debe salvaguardar intereses particulares presentes en las relaciones jurídicas que provoca el libre ejercicio, como son los intereses de las empresas competidoras o de los derechos sociales reconocidos e igualmente, deben preservarse intereses sociales públicos y nacionales, como son los derechos de consumidores y usuarios o la tutela del medio ambiente. (pág. 425)

La libertad de empresa, como lo señala Montoya, debe ejercerse respetando derechos como la libertad de competencia o aquellos vinculados al consumidor o los derechos sociales; en este trabajo nos centraremos particularmente sobre el derecho del trabajo, que siempre estará involucrado en un proceso de reorganización de empresas en el que exista traslado de trabajadores, ya que cualquier cambio que se efectúe en la organización, afectará de alguna manera a los trabajadores contratados por la empresas, ya sea porque implica cambios en la estructura interna de la empresa o porque serán trasladados de una planilla a otra o porque implican desplazamientos físicos del personal.

Haciendo referencia a la relación que existe entre el derecho a la libertad de empresa y los derechos del trabajador, Blancas Bustamante (2007) señala que:

Existe una colisión de derechos fundamentales en lo que respecta a la libertad de empresa, entendida como la libre disposición que tiene el dueño de una empresa de poder organizarla o hacer los cambios en ella que estime convenientes, y los derechos fundamentales de aquellos trabajadores subordinados a dicha empresa. Siendo que el ejercicio de alguno de ellos no puede afectar la esencia del otro, al tratarse de derechos fundamentales, corresponde establecer que ninguno es absoluto y tienen límites, los cuales se definen utilizando el principio de proporcionalidad. (págs. 120-129)

Como refiere el profesor Blancas, ningún derecho fundamental es absoluto y, por el contrario, existen límites para su aplicación. Lo importante al aplicar alguno de los derechos fundamentales es el no ejercicio abusivo del derecho y que se ejerza sin perjudicar a otro; por un lado, resulta evidente que, en el caso del empleador, este no puede pasar por alto la libertad de trabajo y los derechos laborales que emanan de la relación con sus trabajadores y, por otro lado, es importante mencionar que el derecho de trabajo tampoco puede significar entorpecer la actividad empresarial, ni puede ocasionar que se produzca una desaceleración en cuanto al avance de una empresa, pues esto traería consecuencias que afectarían tanto al empleador como a los trabajadores. En ese sentido, si bien es importante establecer límites a los derechos fundamentales, estas limitaciones deben aplicarse de manera proporcional, sin que esto signifique afectar la esencia del derecho cuya aplicación se pretende limitar.

1.4.3. La actividad empresarial como principal fuente generadora de empleo

Tanto la libertad de empresa como los derechos laborales son ambos derechos fundamentales que están relacionados entre ellos, como consecuencia de la actividad empresarial que decide realizar el empresario.

Constituir una empresa suele ser la decisión más común para que los empresarios se desempeñen en el mercado, ya que esta trae una serie de facilidades para ellos, como lo es el de limitar su responsabilidad (tomando en consideración que las personas jurídicas con responsabilidad limitada son las figuras más utilizadas en el país) o facilitar las transacciones del empresario, al todas centrarse en la empresa como la parte firmante en los diversos contratos.

La decisión del empresario de constituir una empresa para poder desempeñarse en el mercado no solo representa el inicio de las actividades empresariales, sino que, con esta, empiezan las diversas relaciones jurídicas que son necesarias para que esta empresa pueda desenvolverse en el mercado; siendo la relación más importante la que tiene la empresa con sus trabajadores, ya que sin ellos la actividad de la empresa no podría realizarse y esta no generaría ingresos.

Es cierto que los trabajadores permiten que la empresa pueda desarrollar las actividades para las que ha sido constituida y logre el objetivo de maximizar las ganancias de los empresarios; sin embargo, también es cierto que gracias a la empresa se generan puestos de trabajo, los cuales son aprovechados por los trabajadores para que ellos puedan tener ingresos y llevar una vida adecuada.

Podemos decir que la actividad empresarial, que los empresarios deciden desarrollar, ayuda en una diversidad de temas, no solo para ellos, sino que tiene varios beneficios que repercuten en un país, como lo es el ingreso de nuevas tecnologías, el pago de impuestos que hace la empresa (lo que significa ingresos para el país) y la creación de puestos de trabajo que permiten que las personas puedan desarrollar su vida y que se vuelve el principal ingreso que ellos puedan tener.

En ese sentido, si bien no es la única forma de generar trabajo, puesto que existen otras formas de trabajar como el trabajo independiente, consideramos que la actividad empresarial es la principal fuente generadora de trabajo la misma que afecta tanto al empresario como a la persona que decide poner su tiempo y dedicación a la empresa.

1.5. El derecho de trabajo como derecho fundamental

El derecho de trabajo es un derecho fundamental reconocido por la Constitución (Constitución Política del Perú, 1993), que resulta muy importante para el desarrollo de las personas en la sociedad, no solo porque les permite satisfacer sus necesidades, sino que permite que exista consumo en el país, lo que a su vez permite que la economía se desarrolle y, por su parte, el estado recauda parte de las ganancias, a través de los tributos, para realizar las actividades que correspondan.

En relación al reconocimiento del derecho de trabajo como derecho fundamental, según señala Blancas Bustamante (2007):

La constitucionalización de los derechos laborales reviste gran trascendencia para la consolidación de los derechos de trabajo, pues estos derechos reconocidos por la Constitución como esenciales se convierten en el fundamento y límite del Derecho Laboral. Los derechos laborales reconocidos como fundamentales gozan de particular resistencia frente a toda mediación legislativa que desconozca o vulnera el sentido esencial de cada uno de dichos derechos y, además, gozan de garantías constitucionales en caso se vean amenazados. (págs. 80-84)

El que exista la inclusión de derechos laborales en la constitución permite que se afirme tienen el carácter de fundamentales, brindándoles a los trabajadores la seguridad de que dichos derechos se encuentran debidamente tutelados.

Uno de los puntos más importantes respecto al derecho de trabajo es la libertad de trabajar, entendida esta como aquella que faculta a la persona a elegir para quién quiere trabajar y si acepta o no los términos propuestos por la otra parte de la relación contractual, es decir, no se puede obligar a nadie a trabajar para alguien con el que no se sienta a gusto y tampoco en condiciones que no sean de su interés.

El trabajar es un derecho y un deber, lo que significa, a nuestro entender, que una persona tiene la libertad de poder o no trabajar y que esta tiene la obligación de ser productiva y no representar una carga para la sociedad, sirviendo como soporte para su familia y/o para sí mismo. El que sea la propia Constitución la que señale que el trabajar es un deber, no implica que una persona pierda la libertad de elegir dónde y con quién trabajar, pues esta también es una de las características del derecho del trabajo, cuyo contenido esencial no puede verse mermado por aplicación de otros derechos (como la aplicación de la libertad de empresa).

1.5.1. Cambios en la empresa con Implicancias Laborales

La actividad empresarial se encuentra estrechamente ligada al derecho de trabajo, pues como lo explicamos, es gracias a la mano de obra de los trabajadores que la empresa puede desarrollarse en el mercado.

Tomando en consideración esto, existirán diversos cambios que el empleador decida introducir en la empresa que afectarán las relaciones laborales de alguna manera,

ya sea en mayor o menor grado, positiva o negativamente, pero que son necesarios para que la empresa sea más eficiente.

El derecho a la libertad de empresa permite al empresario poder introducir cambios no solo en su giro de negocio, sino también en su estructura interna, es decir, puede optar por modificar el organigrama de la empresa, añadir puestos, decidir que algunos puestos ya no son necesarios, contratar a otras empresas para que presten servicios necesarios para el funcionamiento de la suya (como celebrar contratos de intermediación para que otra empresa brinde personas que se encarguen de realizar labores no vinculadas con el giro empresarial pero necesarias para el funcionamiento de la empresa o de tercerización para delegar actividades principales de la empresa a otra empresa especializada, que las asumirá por cuenta y riesgo propios), etc.

Del mismo modo, la libertad de empresa le permite al empresario poder utilizar alguna de las figuras societarias referidas a la reorganización de empresas, sobre las cuales profundizaremos más adelante, pero podemos adelantar que el efecto de cualquiera de estos sobre los trabajadores de alguna manera afectará su libertad de elegir dónde y para quién trabajar, ya que la fusión, escisión y reorganización simple permiten que una empresa se una con otra o venda parte de su patrimonio, haciendo que por lo menos una de ellas separe un bloque patrimonial que incluye activos, pasivos, y relaciones jurídicas (entre las que pueden encontrarse aquellas que vinculan a trabajadores con la empresa), lo que trae como consecuencia que un número de trabajadores se vea trasladado, es decir, lo que suele pasar es que exista una subrogación de la titularidad de la relación jurídica por parte del empleador, haciendo que el trabajador de una empresa pase a formar parte de otra.

Los cambios en cualquier empresa afectarán a los trabajadores, pues estos implican que ellos tendrán que adecuar sus actividades a la nueva estructura de la empresa o a cualquier nueva cultura organizacional que la empresa quiera aplicar; con más razón si estos cambios implican trasladar a trabajadores de una empresa a otra, debido a que tendrán que adaptarse a todos los aspectos de la nueva empresa, lo cual podría conllevar ciertas implicaciones no sólo jurídicas, sino además de orden prácticas.

1.5.2. Protección del Empleo en el Perú

Uno de los cambios que pueden manifestarse en la empresa es la rotación de los trabajadores o incluso la decisión del empleador de ya no contar con algunos de ellos; sin embargo, esta no es una facultad empresarial que pueda utilizarse a libre criterio de cada empleador, sino que deben ser observadas las normas de protección del empleo con la que cuentan los trabajadores frente a un despido.

En el caso de Perú, que existen una serie de formas de despido, se ha visto que cada uno genera un escenario distinto para el trabajador, puesto que, dependiendo del tipo de despido es que el trabajador tendrá la posibilidad de optar por la indemnización o por la reposición. Para poner un ejemplo, cuando estamos frente a un despido nulo, el trabajador no solo quedará facultado a pedir la reposición a su puesto de trabajo, sino que, además podrá solicitar que se le paguen las remuneraciones devengadas hasta el momento en que es repuesto a su centro de trabajo, mientras que, en caso de un despido arbitrario, el trabajador podría optar por una indemnización por despido arbitrario o la reposición como única pretensión (sin el pago de devengados).

De otro lado, actualmente, con la emisión del “Quinto Pleno Laboral”, se ha señalado que en caso de despido fraudulento o incausado, el trabajador podrá solicitar varias formas de indemnización, a saber: (i) la indemnización por daño emergente, (ii) por lucro cesante, (iii) por daño moral y (iv) por daño punitivo.

Los dos primeros daños son conocidos y definidos mediante el código civil, indicando que serían la indemnización por el daño directo ocasionado por el despido y el otro respecto al dinero que deje de percibir a causa de la decisión del empleador.

El daño moral está referido a la afectación emocional que este haya podido sufrir como consecuencia del despido, este es un daño muy subjetivo y por lo general los trabajadores suelen pedir sumar exorbitantes de dinero por este concepto, del cual usualmente es reconocido un porcentaje no muy elevado, pero que de todas maneras implica un costo adicional para la empresa.

Finalmente tenemos el recientemente creado daño punitivo que es el equivalente a los aportes al sistema de pensiones que el empleador debió haber hecho por el trabajador de haber continuado la relación de trabajo.

Por supuesto estos pagos se hacen además de la liquidación de beneficios sociales que haya que pagarle al trabajador, lo que incluye vacaciones trunca, gratificaciones trunca, entre otros conceptos dispuestos por la normativa laboral.

Como puede verse, despedir a un trabajador, con excepción del despido por causa justa, que no da derecho a pago de indemnización alguna ni reposición, implica una diversidad de costos, para los cuales la empresa debe estar preparada, no solo para pagar una indemnización, sino que, también debería prepararse para un escenario en que el trabajador pida ser repuesto a su centro de trabajo.

Estas figuras son relevantes debido a que, cuando se produce una reorganización empresarial algunos de los temas a evaluarse es el despido de puestos repetidos de trabajadores. Por ejemplo, en caso de una fusión por incorporación, la nueva empresa contaría con duplicidad de gerentes, supervisores, jefes, operadores, entre otras posiciones que cada una de las empresas por separado tenían para realizar sus actividades; en este escenario, se puede advertir que el despido sería necesario para la empresa debido a que la duplicidad de determinados puestos, representa un sobre costo para ellas, lo que es contrario a la tendencia empresarial que busca el ahorro de costos y la maximización de beneficios.

1.6. Proceso de Reorganización de empresas

Como ya lo hemos mencionado, las empresas son constituidas para lograr un objetivo particular, el cual es hacer que esta sea rentable y que se vuelva una fuente de ingresos sostenible para los empresarios. Para lograr estos fines las empresas tienen distintos tipos de estrategias y gestión para su negocio, dentro de ellas encontramos la posibilidad que tienen de vender y/o adquirir activos y pasivos, esto se hace por diversos motivos, pero todos ellos implican que se genere alguna ganancia para sus dueños; ya sea que se adquiera o venda una empresa o una porción de ella o incluso venderla cuando los dueños ya no quieran continuar con el negocio.

Como lo señala Sudarsanam (1996), haciendo referencia a la adquisición de empresas:

Es un medio para alcanzar un fin. El fin es el logro de ciertos objetivos estratégicos del adquirente. Estos objetivos estratégicos pueden ser muy variados,

como el crecimiento de la empresa, ganar una ventaja competitiva en los mercados existentes para sus productos, una ampliación del mercado o de la gama de productos, o la disminución de riesgos (pág. 25)

Consideramos que el motivo por el cual cualquier empresa pensaría en pasar por un proceso de reorganización empresarial, ya sea que esta decida fusionarse o trasladar un bloque patrimonial de sus activos y pasivos o adquirirlos de otra empresa, es para lograr un beneficio, ya sea porque considera ampliar su posición en el mercado (como podría darse en la fusión), o por considerar que conviene hacer una escisión “cuando la empresa llega a ser de una dimensión excesiva, puede ser conveniente fraccionarla para lograr una mejora económica mediante distintas unidades patrimoniales” (Reyes, 2000, pág. 169), esto también implicaría reducir el riesgo que se tenga por no poder administrar de una manera óptima todos los procesos productivos de una empresa.

En este trabajo abarcaremos las figuras de fusión, escisión y reorganización simple, las cuales están definidas en la Ley General de Sociedades (Ley 26887, 1997) y que si bien dicha ley es aplicable a las personas jurídicas constituidas bajo el régimen de la citada ley, debemos recordar que las personas jurídicas constituidas bajo el régimen del Código Civil también pueden ser pasibles de pasar por estos procesos empresariales, tal como se observa del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (Resolución de Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 038-2013-SUNARP/SN, 2013), la cual señala que los procesos de reorganización societaria son “aplicables a todas las personas jurídicas en todo lo que le fueran aplicables”.

Las figuras de fusión y escisión pueden aplicarse a cualquier tipo de personas jurídicas, sin importar que estas hayan sido constituidas bajo el régimen del Código Civil o bajo la Ley General de Sociedades y, aunque, la reorganización simple no esté textualmente prevista para las personas jurídicas constituidas bajo el régimen del Código Civil, como si lo están la fusión y la escisión, conforme lo señala el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, esta figura tiene relevancia debido a que implica movimiento de un bloque patrimonial de una empresa a otra, lo que también implica el desplazamiento de trabajadores entre empresas.

1.6.1. Fusión

Dentro de los procesos de reorganización empresarial encontramos a la fusión, cuyas disposiciones podemos encontrar en la Ley General de Sociedades, pero como ya lo explicamos, también son aplicables a cualquier tipo de persona jurídica.

De acuerdo a lo señalado por Hundskopf (2012), la fusión es:

El acuerdo de dos o más sociedades que, en cumplimiento de los requisitos legales, se unen para formar una sociedad, obteniéndose una concentración económica y jurídica de las respectivas sociedades, sin mediar acuerdo de disolución ni proceso de liquidación. En la que la o las sociedades transferirán la totalidad de sus activos y pasivos a una nueva empresa o a una preexistente y a cambio de esto, los socios de la sociedad o sociedades que se extinguen reciben acciones por parte de la empresa que subsiste o que se crea con motivo de la fusión. (pág. 238)

Como lo menciona el citado autor, las empresas, mediante el proceso de fusión, pueden unirse sumando todos los activos, pasivos y patrimonio que tengan, formando de esta manera una nueva empresa o incrementando el patrimonio que tenía la empresa subsistente, dependiendo del tipo de fusión que se realice. Cuando se crea una nueva empresa con motivo de una fusión, estaremos frente a una fusión por constitución, mientras que, si después de la fusión alguna de las empresas fusionadas subsiste, aumentando su patrimonio con motivo de dicha fusión, estaremos frente a una fusión por absorción.

Un punto importante a mencionar es que cuando se produce la fusión no se liquidan las personas jurídicas que pasen por este proceso, se produce su extinción pero sin el proceso de liquidación, ya que, naturalmente, la o las empresas anteriores desaparecen, pero el negocio subsiste a través de una nueva empresa, la cual será dirigida, en conjunto, por los dueños de ambas empresas y, en principio, deberían mantener todos los activos y pasivos que hayan tenido ambas, así como los trabajadores y proveedores con los que hayan celebrado contratos antes del proceso de fusión; en otras palabras, las actividades de las empresas y las relaciones contractuales que tuvieron continúan.

La fusión entrará en vigencia en la oportunidad que haya sido fijado en el acuerdo, lo cual tiene particular importancia para efectos de las deudas u obligaciones contraídas

por cada una de las empresas involucradas en este proceso, ya que será a partir de ese momento que la empresa subsistente o la nueva empresa constituida se hará cargo de dichas obligaciones.

La fusión es el proceso por el cual dos o más personas jurídicas se unen ya sea bajo la figura de la fusión por absorción, mediante la cual subsiste una de ellas, mientras que las otras, como consecuencia de la fusión, se extinguen y todos sus activos y pasivos pasan a ser parte de la nueva empresa, o bajo la figura de la fusión por incorporación, mediante la cual se crea una nueva empresa distinta a aquellas que deciden pasar por este proceso, extinguiéndose las empresas fusionadas y subsistiendo la nueva. Este proceso se materializa desde el momento en que los dueños de las empresas lo hayan acordado y, ya sea que alguna de las empresas subsista o que todas ellas se extingan para crear una nueva, los dueños de cada empresa continúan siéndolo en la empresa subsistente o recién creada y, del mismo modo, todos los activos, pasivos y los aportes subsisten, naturalmente, dentro de esto están aquellas relaciones contractuales con terceros, proveedores, trabajadores, etc.

1.6.2. Escisión

Como segunda forma de reorganización empresarial, queremos mencionar a la escisión, la cual al igual que la fusión encuentra su desarrollo en la Ley General de Sociedades y que es aplicable para las personas jurídicas.

La escisión es “la división de un patrimonio en varias partes, cada una de las cuales se destina a la creación de una unidad de explotación económica o a su integración a sociedades ya existentes” (Reyes, 2000, pág. 167).

Contrario a la fusión, la cual implicaba la unión de dos o más empresas, la escisión fracciona una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, transfiriendo un conjunto de activos o un conjunto de activos y pasivos a otra sociedad o a más de una (dependiendo del número de bloques que haya fraccionado y el tipo de escisión frente a la que nos encontremos).

La escisión puede realizarse de dos maneras, como lo señala Elías (2015), definiendo las clases de escisión:

Existe la escisión total, la cual implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad escidente al transferir todo su patrimonio a dos o más empresas y, por otro lado, existe la escisión parcial, mediante la cual la sociedad escidente no se extingue, sino que conserva en su poder una de las porciones patrimoniales en que se haya fraccionado (págs. 478-479)

En cualquiera de los casos, tras haber transferido un bloque patrimonial de su empresa, los dueños de esa empresa se integran a la empresa que haya recibido dicho bloque, en calidad de nuevos socios o asociados.

La escisión es una forma de reorganización empresarial que permite a una empresa fraccionar su patrimonio en bloques patrimoniales los cuales podrá transferir, total o parcialmente, ya sea una persona jurídica existente o una que se forme a raíz de ese bloque patrimonial (una nueva empresa), siendo que la diferencia entre la escisión total y la parcial es que en la primera la empresa escindida se extinguirá y en la segunda conservará parte de su patrimonio y continuará con las actividades que haya decidido mantener. Sin importar la forma de escisión frente a la que estemos, se generarán dos efectos en la empresa que reciba el bloque patrimonial de otra empresa: el primero es que los dueños de la empresa escindida ingresarán a la nueva empresa como nuevos dueños, independientemente de la participación que estos tengan en ella y, por otro lado, la empresa que haya recibido el bloque patrimonial deberá honrar las deudas y relaciones que le hayan sido transferidas mientras se mantengan vigentes.

1.6.3. Reorganización simple

Podemos definir a la reorganización simple como:

El acto mediante el cual una sociedad separa una o más porciones de su patrimonio (bloques patrimoniales) y los transfiere (aporta) a una o más sociedades, sean estas sociedades que ya existen o que se constituyen al efecto. La sociedad que transfiere el bloque patrimonial recibe a cambio acciones o participaciones representativas del capital de la sociedad receptora del bloque. (Hernández Gazzo, 2005, pág. 1208)

De acuerdo a lo señalado por Hernández Gazzo, vemos que la figura de reorganización simple se asemeja a un aporte que hace una empresa a otra, ya sea

existente o que se constituya a raíz del bloque patrimonial que transfiere dicha empresa, y a cambio de esto se convierte en uno de los dueños de la empresa que recibe el bloque patrimonial. La reorganización simple tiene una clara diferencia con la escisión y es que, en el caso de la escisión, al transferirse un bloque patrimonial, los acreedores de las acciones son los dueños de la empresa que transfiere el bloque y no la propia empresa, mientras que en la reorganización simple se produce un cambio de activos, es decir, una empresa cambia un bloque patrimonial, y a cambio la propia empresa adquiere acciones o participaciones de otra empresa. Para ejemplificar esto, si la empresa A transfiere un inmueble de su propiedad a la empresa B, mediante la figura de la reorganización simple, lo que ocurrirá es que en el Estado de situación financiera de la empresa A ese inmueble que figuraba como activo será reemplazado por acciones de la empresa B, siendo ahora accionista en esta nueva empresa, mientras que B recibirá, a cambio de las acciones que otorgó a la empresa A, el inmueble que antes era de esta última empresa.

Al igual que en la fusión y la escisión, la reorganización simple tiene relevancia en materia laboral debido al traslado de trabajadores de una empresa a otra que esto puede generar, y cuyas obligaciones serán asumidas por la empresa que recibe el bloque patrimonial en el que están incluidos los trabajadores de la empresa transferente.

1.7. Efectos de la Reorganización de empresas

Las empresas deciden pasar por un proceso de reorganización empresarial con la finalidad de obtener algún beneficio y poder realizar de manera más eficiente la actividad para la que han sido constituidas; sin embargo, estas operaciones producen una serie de efectos, tanto para los dueños de las empresas, así como para las personas con las que tengan relaciones contractuales, por lo que consideramos importante señalar los efectos que tienen para los intervinientes en la reorganización.

1.7.1. Tratamiento de acuerdo a la Ley Societaria

Como hemos podido apreciar, los efectos tanto de la fusión, la escisión y la reorganización simple, en materia societaria, son que se transfieren bienes de una empresa a otra y, por su parte, la nueva empresa o a la empresa que haya recibido el bloque patrimonial (dependiendo de en cual figura nos encontremos) integrarán a los

dueños de la empresa que haya transferido su patrimonio con motivo de alguna de estas operaciones.

Para el caso de la fusión, no se liquidarán las empresas que hayan participado de esta operación, sino que se extinguirán y su patrimonio pasará a nombre de la empresa absorbente o de la nueva creada a partir de la fusión.

En el caso de la escisión total de una empresa ocurre un efecto parecido al de la fusión, ya que en dicho caso una empresa fraccionará totalmente su patrimonio y lo transferirá a otra(s) empresa(s) (pre existentes o que se crearán a partir de los bloques patrimoniales fraccionados). Para la escisión parcial es natural que no hablemos de una extinción debido a que, como ya se trató, la empresa que desprende su patrimonio no lo hace de manera total, quedándose con una fracción de él para continuar con las actividades que haya considerado convenientes, a diferencia de la escisión total en la que la empresa dueña de los patrimonios escindidos sí se extinguirá.

Respecto a la reorganización simple, la empresa que transfiere el bloque patrimonial no se extinguirá, ya que en este caso dicha empresa se volverá accionista en la empresa que reciba el bloque patrimonial transferido (cambia un activo por otro).

Sea cual fuese la forma de reorganización empresarial a aplicarse, las obligaciones que hayan contraído las empresas que decidieron pasar por este proceso deben ser honradas, en principio, por la empresa que haya recibido el bloque patrimonial que contenga tales obligaciones.

La operación que muestra la Ley Societaria es compleja, ya que significa, entre otras cosas, medir los valores del bloque patrimonial transferido para determinar cuantas acciones recibirán (tratándose de sociedades), a fin de determinar la participación que cada dueño de la empresa absorbida o escindida va a tener en la nueva empresa; sin embargo, para efectos de este trabajo, lo importante es que se produce una transferencia de bloques patrimoniales de una empresa a otra y, con esta transferencia, los dueños de la empresa cuyo patrimonio fue transferido se vuelven también dueños de la empresa o empresas que reciben dichos bloques. El hacer esto es parte del ejercicio de la libertad de empresa, debido a que ellos están en la libertad de organizar su empresa de la manera en que lo estimen conveniente, dentro de los parámetros legales y sin que esto afecte el derecho de terceros, es decir, si bien pueden hacer uso de estas figuras empresariales,

también deben respetar todos los contratos que hubiesen celebrado cualquiera de las empresas, antes de llevar a cabo la reorganización.

1.7.2. Adquisición de activos y pasivos

Dentro del proceso de reorganización empresarial, se necesita que exista transferencia de un bloque patrimonial de una empresa a otra, dicho bloque estará compuesto por una serie de activos, pasivos y relaciones jurídicas, en base a los cuales la empresa que los reciba verá afectados sus libros contables, pues tendrá que ajustarlos de acuerdo al valor del bloque patrimonial que reciba.

Como se conoce, los activos están integrados por todos los bienes (dinero, derechos de cobro, muebles, inmuebles, etc.) que permiten que la empresa desarrolle sus actividades, mientras que los pasivos son las deudas u obligaciones que la empresa tiene.

Dentro de los activos y pasivos podemos encontrar relaciones jurídicas con diversas personas, por ejemplo, en caso de activo, podemos encontrar el cobro de una deuda con motivo de un servicio que haya prestado una empresa, y en caso sea transferido este derecho de cobro se transferiría la relación contractual a la nueva empresa. Al igual que con los activos podemos ver algo parecido con los pasivos, por ejemplo, podemos ver en la cuenta de pasivos que una empresa deba pagar a sus trabajadores por los servicios prestados, en ese caso, la empresa que adquiera estos pasivos, deberá honrar dicha deuda.

Como lo señalan Sánchez y Sánchez-Calero (2011):

En lo que se refieren a los contratos celebrados por el empresario con anterioridad a la celebración del contrato de venta del negocio, se entiende que es voluntad de la partes la transmisión de todos los contratos celebrados para la constitución del negocio, como los nacidos durante la marcha de la empresa; en general se ceden todos los contratos que permiten mantener la organización de la empresa (como los de suministro, arrendamiento, de trabajo, etc.), debiendo contar no solo con la aceptación de las empresas sino también de los terceros involucrados, en los casos que correspondan (pág. 293)

Así vemos que, en un proceso de reorganización empresarial, en lo que respecta a la transferencia del bloque patrimonial, independientemente de su conformación, es que están incluidas las relaciones contractuales con terceros que permiten que la empresa lleve a cabo las actividades para las que fue constituida. Estas relaciones pasarán a ser de la sociedad que adquiere el bloque patrimonial correspondiente, aunque, previamente, se deba tener en cuenta el derecho de la parte cedida de aceptar o no tal transferencia o el derecho de oposición al que puedan tener los acreedores de las empresas que decidan fusionarse o escindir su patrimonio.

Una reorganización empresarial no solo se trata de honrar deudas, sino que también implica mantener relaciones celebradas con anterioridad al acuerdo entre empresas. Al ser la empresa una entidad dinámica, esta necesita pasar por varios cambios que permitan que mejore su rendimiento, siendo una forma de lograrlo el pasar por un proceso de reorganización, con la única finalidad de mejorar las actividades a las que se dedica o mejorar la gestión de su negocio, teniendo previsto que las deudas contraídas, con motivo de la reorganización empresarial, serán honradas y que todo se dirigirá en el marco de la buena fe.

1.7.3. Tratamiento en la Ley Laboral

Como lo indicamos, la transferencia de activos, pasivos y relaciones jurídicas de una empresa a otra, puede significar el trasladar obligaciones laborales, no solo en lo que respecta al pago de los sueldos o beneficios sociales, sino que además se transfiere la relación de trabajo en favor de la empresa que recibe el bloque patrimonial.

En la legislación laboral, no existe una disposición respecto al tratamiento del traslado de trabajadores de una empresa a otra, con motivo de una reorganización empresarial, sino que, los supuestos que se tratan son de las relaciones de una determinada empresa con sus propios colaboradores, dentro de ella misma; es decir, las leyes laborales protegen al trabajador como el individuo débil de la relación contractual de trabajo y da ciertos supuestos o garantías que le permiten salvaguardar sus intereses en caso la empresa que los haya contratado no cumpla con alguna de sus obligaciones laborales. En este punto, cabe indicar que si bien las deudas respecto a los trabajadores de una empresa son considerados pasivos, no podemos decir que el trabajador (como persona) sea un bien

mueble o algo similar de la empresa, ya que todas las personas tienen derechos fundamentales los cuales deben ser respetados, aunque la relación de trabajo y la posibilidad de aplicar cambios a la misma, son cuestiones algo más delicadas que deben ser analizadas con mayor detalle con la finalidad de lograr un equilibrio entre los intereses de la empresa y los intereses del trabajador.

En una transferencia de bloques patrimoniales de una empresa a otra, pueden estar trabajadores inmersos en ella; sin embargo, nuestra legislación actual no contempla ninguno de los supuestos de reorganización empresarial y los efectos laborales que tienen, lo cual la hace incompleta, por no tener en cuenta una de las relaciones más importantes que tienen las empresas, más aun tomando en consideración que las operaciones de adquisiciones de empresa se encuentran aumentando y que su no regulación puede llevar a que se afecten derechos de las partes involucradas. Asimismo, si bien los trabajadores no son muebles o bienes de la empresa que puedan ser movidos entre empresas sin tener en consideración los derechos fundamentales que la constitución protege, lo cierto es que, teniendo en cuenta nuestro panorama actual, tampoco puede pretenderse que su posición sea inamovible o que tengan garantizado una relación contractual de por vida con la empresa con la que inicien una relación laboral, toda vez que la empresa es una entidad cambiante y como tal requerirá que los individuos partícipes de ella se adapten a dichos cambios, para continuar con la eficiencia buscada.

1.7.4. Subrogación de la posición de empleador

Si bien en la legislación actual no se expresa textualmente que una empresa que reciba un bloque patrimonial en el cual estén incluidas las obligaciones laborales debe mantener las relaciones laborales que reciba, lo cierto es que, tomando en consideración la base del derecho laboral, la cual es proteger al trabajador, como la parte débil de la relación empleador - trabajador, es natural que en la doctrina se reconozca que en caso de transmisión de una empresa a otra, los contratos de trabajo deban ser respetados tal como fueron firmados por el empleador original; como lo menciona Arce (2008):

La protección del principio de estabilidad en el empleo protege la intangibilidad del contrato de trabajo por lo que ninguna de las partes puede modificarlo o

dejarlo sin efecto a menos que media un acuerdo o que existan necesidades de la empresa que justifiquen tal decisión (pág. 140)

Asimismo, si se toma en consideración el principio protector laboral, haciendo una lectura del Artículo 16° la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997), una transmisión de trabajadores de una empresa a otra, no es una causa justificada de terminación de la relación laboral, por lo que, en principio, cuando se produce el cambio de empleadores “los contratos de trabajo de los empleados de las empresas absorbidas no se verán terminados ni modificados con ocasión del proceso de fusión, no pudiéndose alegar como justa causa para su terminación” (Vaie, 2014, pág. 121). Esto mismo es aplicado cuando se produce una escisión o una reorganización simple, ya que los efectos que estos tendrían en las relaciones laborales serían similares.

De esto podemos entender que un proceso de reorganización empresarial que involucra, además de la transmisión de activos y pasivos, la transferencia de trabajadores de una empresa a otra, junto a ellos también se traslada la posición de empleador de la empresa que suscribió los contratos de trabajo a la nueva empresa. Como se mencionó, debido que el supuesto del traslado de trabajadores de una empresa a otra con motivo de la reorganización empresarial no se encuentra contemplado en la legislación peruana, y tomando en consideración la finalidad protectora del derecho laboral, las empresas que adquieran nuevos trabajadores con motivo de una fusión o escisión, aplicando de los principios laborales, deberá mantener vigentes todos los contratos de trabajo, lo cual implica incluir a los trabajadores dentro de su planilla, honrar las deudas que se tengan con ellos y, en general, respetar todos los derechos que les correspondan a dichos trabajadores.

Lo mencionado precedentemente se hace en un contexto pro laboral, conforme así es aplicado el derecho laboral; sin embargo, esto no quiere decir que estemos de acuerdo con que deba aplicarse de esta forma a una operación como la reorganización de empresas en todos los casos, ya que existen varios factores a tomar en cuenta, ya que para analizar una situación como esta, en la que se juntan los intereses del empresario y los del trabajador, es necesario tomar en consideración a ambas partes, el efecto que esta interpretación trae y si es posible encontrar un escenario que lleve a un equilibrio en beneficio de ambos.

CAPITULO 2:

REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: NECESIDAD DE ARMONIZAR EL DERECHO LABORAL Y EL SOCIETARIO

2.1. Principios laborales aplicables al realizar una reorganización empresarial

Uno de los puntos importantes a analizarse cuando las empresas deciden pasar por un proceso de reorganización empresarial, son los efectos que tendrá respecto a los trabajadores que son trasladados de una empresa a otra, al ser estas personas quienes tienen un rol importante en la vida de una empresa. En ese sentido, consideramos oportuno señalar algunos principios laborales que resultan relevantes para poder tener una visión más clara de cuál es el marco de protección que el derecho laboral contempla en relación al vínculo de trabajo que se forma entre los trabajadores y las empresas con las que comenzaron una relación laboral, a efectos de tener un panorama claro de todo lo que la empresa debe prever al decidir pasar por un proceso de reorganización empresarial.

2.1.1. El principio tuitivo aplicable ante la falta de regulación

Como primer principio tenemos el pilar del derecho laboral el cual es el principio tuitivo o protector. Como sabemos, usualmente en una relación contractual hay igualdad entre las partes ya que, en teoría, cada una tiene obligaciones que cumplir y se encuentran en similares condiciones al momento de negociar un contrato y al ejecutarlo; sin embargo, en las relaciones laborales no se da este supuesto.

En un contrato de trabajo se pierde la igualdad entre las partes, tanto para la negociación como para la ejecución del mismo, ya que en esta relación siempre será el empleador el que tenga una mejor posición, pues será él quien, en principio, impondrá las condiciones laborales, pudiendo variarlas haciendo ejercicio de su potestad de dirección, frente a lo cual el trabajador, salvo se vulnere alguno de sus derechos, debería acatar las instrucciones impartidas.

Como lo señala Boza Pro (2011):

El principio protector es la esencia misma del derecho del trabajo, reconocido por la Constitución, el cual pretende proteger a la parte débil de la relación laboral (el trabajador), brindándole una condición más favorable e intentar igualar su posición frente a la del empleador. (pág. 144)

El principio tuitivo enmarca al derecho laboral en una esfera de protección para el trabajador, haciendo que esta rama del derecho se centre en establecer parámetros más beneficios para el trabajador o de derechos mínimos los cuales deben ser respetados por el empleador, pues de lo contrario puede incurrir en una infracción a la normativa laboral, lo cual acarrearán sanciones administrativas.

Este principio es particularmente relevante debido a que las empresas deben tomar en cuenta que cualquier acción que realicen que afecte a un trabajador o grupo de ellos, será interpretada, bajo la óptica del derecho laboral, en defensa de los trabajadores y se preferirá resolver o emitir un pronunciamiento favorable para ellos, más aún en caso de existan vacíos legislativos.

2.1.2. El principio de continuidad como protector de derechos laborales

Uno de los principios laborales más relevantes es el principio de continuidad, el cual está relacionado con la duración del contrato de trabajo, mediante este principio se entiende que una relación de trabajo continúa vigente mientras no se haya puesto fin a esta de manera legal o que su término haya sido declarado en un juicio. La intención de este principio es que la relación laboral sea lo más extensa que se pueda, en salvaguarda de los derechos laborales que el trabajador haya adquirido. “La aplicación de este principio es trascendental en casos de cambio de empleadores formales en el tiempo, y permite que una operación comercial o societaria no perjudique al trabajador, quedando imposibilitado de poder reclamar sus derechos o determinar ante quien es acreedor”. (Vidal Salazar, 2012, pág. 68)

En relación a la reorganización empresarial, este principio debe ser aplicado en el entendido de que, aunque sea posible trasladar a trabajadores de una empresa a otra con motivo de esta figura societaria, corresponde que sea reconocida la relación laboral con que tiene el trabajador con una de las empresas que participe de este proceso para efectos

de reconocerle los derechos laborales adquiridos hasta ese momento, los cuales se mantienen al momento de ser cambiados a la planilla de la nueva empresa.

En un escenario de reorganización empresarial este principio haría entender que la relación laboral debe persistir en caso de traslado de trabajadores, es decir, que el nuevo empleador debe respetar los contratos de trabajo y por tanto también el tiempo de servicios que hayan acumulado los trabajadores, lo que tiene diversos impactos, como el que no se le pueda volver a someter a un periodo de prueba y que para efectos del cálculo de sus beneficios laborales se debe tomar en cuenta el momento en que ingresó a laborar para la empresa de donde proviene y no desde que ingresa formalmente a la nueva empresa con motivo de una reorganización. Esto tiene gran importancia ya que, a partir de este principio, es que el nuevo empleador se ve obligado a reconocer todas las deudas laborales que el empleador original mantenía con sus trabajadores y debería reconocer que todos ellos integren su planilla; además, siguiendo una interpretación pro laboral, podría entenderse que las relaciones laborales deben mantenerse, incluso aunque la empresa que recibe a esos trabajadores tenga causas objetivas por las cuales ya no necesite contar con sus servicios.

2.1.3. El principio de irrenunciabilidad de derechos aplicado en la reorganización de empresas

Por último analizaremos el principio de irrenunciabilidad de derechos, el cual es reconocido por la Constitución en su artículo 26°, que dispone que “en la relación laboral se respeta el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley” (Constitución Política del Perú, 1993); sin embargo, este principio ha merecido una ampliación en cuanto a su campo de acción, habiéndose incluido el carácter irrenunciable a otros derechos adicionales a los que emanan de la Constitución y la Ley.

Respecto a los alcances que tiene el principio de irrenunciabilidad de derechos, Higa García (2017) señala que:

La Corte Suprema, a través de la casación N°10712-2014-Lima estableció, respecto al principio de irrenunciabilidad de derechos, que se aplica el referido principio: (i) a derechos que emanen de la ley u otra norma jurídica, sin posibilidad de renuncia; (ii) a los que provengan de un convenio colectivo, con la

posibilidad de renunciar a ellos mediando un acuerdo entre el empleador y la organización sindical; y (iii) a aquellos derivados del contrato de trabajo o que se generen por libertad del empleador, sobre los que el trabajador puede elegir renunciar (pág. 82)

Como lo menciona el referido autor, la aplicación de este principio, que amplía lo estipulado por la Constitución, ha sentado un criterio que es utilizado por la Corte Suprema, respecto a la irrenunciabilidad de los derechos no solo emanados de la ley, sino de aquellos que hayan obtenido ya sea por convenio colectivo o incluso aquellos que emanen de la costumbre.

Tomando en consideración esto, podemos afirmar que, en caso de producirse una reorganización empresarial, los trabajadores que sean desplazados de una empresa a otra, tendrán una base para poder exigirle a su nuevo empleador que mantenga las condiciones que tenían con la empresa con la que firmaron el contrato de trabajo; sin embargo, este supuesto puede ser debatido por la empresa adquirente, ya que lo indicado por la Corte Suprema fue dispuesto respecto a una empresa y sus trabajadores, sin involucrar a una tercera empresa, quien no tendría por qué asumir compromisos pactados por otra. A pesar de esto, cabe precisar que un reclamo por parte de los nuevos trabajadores podría traer diversas complicaciones para el nuevo empleador, debido a que no solo se verá en un escenario en el que podría verse forzado a respetar las condiciones y beneficios laborales que la empresa cuyo bloque patrimonial ha adquirido a través de una reorganización empresarial les haya otorgado a estos trabajadores que son trasladados con motivo de dicha reorganización, sino que, además, podría verse con posibles reclamos por parte de los trabajadores que ya tenía contratados (que desempeñan las mismas funciones que los trabajadores que fueron trasladados tras una reorganización), para que también a ellos se les reconozcan los mismos beneficios, pues de lo contrario, podrían alegar actos de discriminación.

Lo antes descrito, sin duda representa una situación complicada para las empresas, ya que no solo podría significar un incremento en los costos vinculados a los efectos de la reorganización, sino que, también podría ver afectado su clima laboral, en caso de no mantener los derechos de los nuevos trabajadores que hayan adquirido por usos y costumbres de su anterior empleador o de mantenerlos sin hacerlos extensivos a sus trabajadores contratados previamente.

2.2. Derechos y Obligaciones del nuevo empleador

Ya hemos mencionado que en un proceso de reorganización empresarial en el que exista una transferencia de trabajadores de una empresa a otra, la empresa que reciba a dichos trabajadores será su nuevo empleador. Esto implica que la nueva empresa tendrá no solo que honrar las deudas con ellos y respetar los contratos de trabajo (debido a la aplicación de los principios laborales), sino que, junto a ello, adquirirá diversas facultades para normar la relación de trabajo con cada uno de los nuevos trabajadores, con las restricciones o condiciones que fija la ley laboral.

2.2.1. Facultades del nuevo empleador

Como adquirente de las relaciones laborales celebradas antes de la adopción del acuerdo de fusión o escisión o reorganización simple, la empresa a la que son transferidos trabajadores con motivo de una operación de este tipo, tomará la posición del empleador y con ella asumirá las facultades de dirección, fiscalización y sancionadora que tenía la empresa que celebró los contratos de trabajo (la empresa cuyo bloque ha sido adquirido).

En este aspecto, queremos centrarnos en la facultad de dirección que ahora tiene la empresa que haya recibido las relaciones laborales, pues ahora será esta nueva empresa (el nuevo empleador) la que podrá implementar cambios dentro de las relaciones de trabajo, de acuerdo a las necesidades que tenga.

Respecto a la manifestación del poder de dirección, Toyama (2015) señala que: “El empleador puede organizar la prestación del servicio del trabajador y regularla, establecer la forma, el modo y el lugar de servicio” (pág. 241). Estas facultades de poder establecer o modificar las condiciones en las que se realizará la prestación personal que brinda el trabajador, serán asumidos ahora por la empresa a la que han sido transferidos.

La facultad de dirección del empleador, así como sus demás potestades, se encuentran reconocidas en el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997), indicando que cualquier empleador tiene la facultad de establecer cambios en las relaciones laborales, pero para esto debe respetar criterios de razonabilidad y justificar las necesidades de la empresa.

La legislación peruana tiene una forma muy subjetiva de establecer la facultad del empleador de introducir cambios en la prestación del servicio por parte del trabajador,

pues únicamente limita esta facultad a que siga criterios de razonabilidad, sin establecer parámetros al respecto; haciendo que quede a la interpretación de la autoridad laboral o de los jueces, el determinar cuándo un cambio se produjo de manera proporcional y cuando se hizo de manera arbitraria por parte de la empresa.

Independientemente de si está bien o no descrita la posibilidad del empleador de hacer cambios en los contratos de trabajo, lo relevante es que esta facultad será ahora aplicada por la empresa que adquiera las relaciones laborales. Esto reviste particular importancia porque al pasar de una empresa a otra, se estarán trasladando personas a una nueva realidad y nueva forma de organización (debiendo adaptarse a los cambios).

En el caso de una reorganización empresarial, resulta evidente que, al cambiar de una empresa a otra, se van a producir cambios en la forma de trabajo, puesto que la nueva empresa tiene su propia organización, su propia gestión de procesos y su propio reglamento interno, a los cuales deberán adaptarse los nuevos trabajadores, ya que la finalidad de una empresa al adquirir otra o un bloque de ella es poder generar mayores ingresos y que tanto los bienes adquiridos como las personas que se incorporan a la empresa permitan lograr el rendimiento esperado; sin embargo, esta posibilidad de introducir cambios encuentra un límite en los principios laborales y en la interpretación que tengan las entidades estatales que se encarguen de decidir si un cambio impuesto por la empresa vulnera o no los derechos de los trabajadores afectados.

2.2.2. Obligación de Honrar las deudas de los Trabajadores

Junto a los poderes de dirección, fiscalización y sanción que ahora tiene la empresa que haya recibido trabajadores de otra, con motivo de una reorganización empresarial, también serán transmitidas obligaciones de índole laboral.

Como ya lo señalamos, las obligaciones que deriven de los contratos de trabajo que hayan sido transferidos con motivo de una reorganización empresarial deben ser asumidas por la empresa que recibe a los nuevos trabajadores, esto incluye no solo la obligación de tener que pagar las remuneraciones y demás conceptos laborales (como la CTS, gratificaciones, vacaciones, etc.) que se generen desde el momento en que los trabajadores comienzan a prestar efectivamente servicios a la nueva empresa, sino que

también se incluyen aquí las deudas que se hayan generado desde el inicio de la relación laboral con la empresa absorbida o escindida.

Por ejemplo, si la empresa A celebró contratos de trabajo con 100 personas en el año 2000 y en el año 2018 decide pasar por un proceso de fusión por absorción con la empresa B, esta empresa responderá por todas las obligaciones laborales que se originan desde el año 2000, que fue cuando los trabajadores comenzaron su relación laboral con la empresa A, sin importar cuando se haya producido el acuerdo posterior de fusión.

Dentro de las obligaciones laborales que deben honrarse tenemos a las que se producen a partir del momento en que se origina el traslado de trabajadores, como el pago de la remuneración y, del mismo modo, se debe respetar el tiempo de servicio que hayan tenido los trabajadores desde el momento en que iniciaron su vínculo laboral con la empresa que haya trasladado a los trabajadores, esto para efectos de determinar ciertos conceptos, que dependen no solo del trabajo realizado sino también del tiempo que el trabajador haya laborado en una empresa, como las vacaciones, la CTS, gratificaciones e incluso la determinación de la indemnización (en caso se produzca un despido).

En la doctrina existe una posición unánime respecto a que las obligaciones laborales se deben respetar, sin importar el momento en que fueron contraídas, ya que de otro modo podría utilizarse la reorganización empresarial como una forma de evitar el pago de estas acreencias laborales, lo cual es contrario a los principios de derecho, pues toda obligación debe ser honrada por las partes que decidieron contraerlas. Por nuestra parte, coincidimos en que deben respetarse las deudas laborales, ya que bajo ninguna disposición se pueden dejar sin efecto los derechos mínimos de los trabajadores (como el pago de su remuneración y beneficios laborales), más aún si tenemos en cuenta que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho; sin embargo, esto no quiere decir que lo más eficiente sea mantener todas las relaciones laborales de la empresa cuyo bloque haya sido adquirido, pues, como lo analizaremos más adelante, el que se trate la reorganización de esta manera puede originar un efecto negativo en el mercado laboral.

2.2.3. El respeto a los convenios colectivos

La mayoría de las leyes laborales no contempla algún efecto aplicable a la reorganización de empresas para salvaguardar los derechos de los trabajadores que son trasladados de

una empresa a otra, quedando esto a la interpretación de los jueces, quienes basándose en los principios laborales establecerán que todo derecho de los trabajadores debe continuar cuando son trasladados, lo que incluye no solo el aspecto remunerativo y demás beneficios, sino que, además, se incluyen conceptos como el derecho de ellos a reclamar reposición en la empresa con la que firmaron su contrato de trabajo (en caso esta subsista después de la reorganización) debido al derecho que tienen para poder elegir con que empleador trabajar, aunque esto no necesariamente es lo más óptimo, tomando en consideración que las empresas que deciden trasladar determinado bloque patrimonial podrían ya no necesitar a las personas que fueron trasladadas, haciendo que mantenerlos en su planilla represente un gasto que no va a ayudar al proceso productivo de la empresa.

La excepción respecto a la no regulación antes señalada la podemos encontrar en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR, 2003) que, haciendo referencia a la vigencia de los convenios colectivos, señala que “estos se mantendrán vigentes hasta el vencimiento de su plazo, incluso aunque la empresa que lo suscriba haya decidido pasar por un proceso de reorganización empresarial”.

Recordemos que el convenio colectivo es un acuerdo entre una organización sindical y una o más empresas, mediante la cual se establecen obligaciones y derechos para ambas partes, siendo lo más relevante de ellos que siempre contienen mayores beneficios para los trabajadores que aquellos fijados en la ley o en el contrato de trabajo y son suscritos por un periodo de tiempo (mínimo de un año).

En aplicación de la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo, podemos advertir que las empresas que decidan pasar por un proceso de reorganización empresarial tendrán que tomar en consideración si los trabajadores de la empresa con la que se fusionan, que hayan sido trasladados y que tenían la condición de sindicalizados, hayan suscrito, antes del proceso de reorganización, un convenio colectivo. En caso de que lo hayan hecho, la empresa adquirente tendrá que considerar la vigencia de este acuerdo y deberá honrar no solo las obligaciones que se hayan generado con motivo del contrato de trabajo, sino que, además deberá respetar todos los beneficios que se hayan pactado vía ese convenio colectivo, mientras esté en vigencia.

La empresa que con motivo de una reestructuración empresarial adquiere trabajadores de otra empresa, en caso hayan pertenecido a una organización sindical y esta haya suscrito un convenio colectivo con la empresa que transfiere a estos

trabajadores, deberá respetar los términos de este convenio hasta su terminación; sin embargo la ley no hace ninguna aclaración respecto a que ocurre con los convenios colectivos que se encontraban en negociación al momento de producirse la reorganización empresarial, siendo esto un gran vacío legal, cuyo tratamiento sería analizado por los jueces de darse el caso y pudiendo generarse diversas posiciones, que podrían llevar a que tanto el empleador como los trabajadores se vean afectados.

2.2.4. Menciones en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo

Como lo hemos indicado, la única disposición laboral que regula algunos efectos laborales que tiene una reorganización laboral la encontramos en la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo, la cual hace referencia al respeto de los convenios colectivos hasta el término de su vigencia, cuyas condiciones deben ser cumplidas por la nueva empresa, mientras que en lo que respecta el derecho individual en general y los demás derechos colectivos laborales, no se hace mención alguna; sin embargo, si bien no se encuentra vigente, existen menciones respecto a los derechos laborales involucrados en una reorganización empresarial, las cuales se encuentran en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (Confederación General de Trabajadores del Perú, 2016).

En el referido Anteproyecto de ley, se hace mención explícita de que las relaciones de trabajo se mantienen, aunque los trabajadores sean transferidos de una empresa a otra, haciendo precisión que tanto la empresa transferente como aquella que recibe a los trabajadores serán solidariamente responsables por las obligaciones que se tengan con esas personas, de igual manera menciona que la empresa adquirente asumirá los derechos y obligaciones como nuevo empleador.

Si bien esto es lo que señala el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, aunque esta entrase en vigencia no sería suficiente lo que menciona, ya que, a nuestro parecer, el contenido debería ser más específico y tomando en consideración no solo los intereses de los trabajadores (los cuales entendemos son siempre primero en materia laboral, pero no siempre resulta lo más óptimo) sino que también debería considerarse el impacto en las empresas, esto con la finalidad de llegar a un punto intermedio para ambos.

El Anteproyecto de la Ley General de Trabajo intenta corregir el vacío normativo que actualmente existe en la legislación laboral peruana, al haber incluido los supuestos

de reorganización empresarial y los efectos en las relaciones laborales que estos tienen; a pesar de ello, consideramos que tales menciones no necesariamente son las más apropiadas, ya que no toman en cuenta las consecuencias que tales disposiciones pueden traer, y aunque efectivamente entrara en vigencia, aún existirían varias aristas que sería bueno aclarar, por ejemplo, ¿qué posibilidades tiene el empleador que no quiera mantener puestos de trabajo? O ¿cuáles serían las condiciones de los puestos de dirección y confianza que son trasladados, teniendo en cuenta que probablemente no sea lo más idóneo tener, por ejemplo, dos gerentes generales o de finanzas, y que alguno de ellos ha podido hacer una línea de carrera?, o ¿qué es lo que ocurre con los convenios colectivos que se encuentren en negociación al momento en que se produzca la reorganización empresarial? Estas son algunas preguntas que no tienen respuesta a la luz de lo planteado en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, lo que pone de manifiesto que incluso en ese Anteproyecto se han dejado varios supuestos que son necesarios abordar en un dispositivo legal, el cual debería otorgar suficientes garantías para los trabajadores, pero sin dejar de lado el interés empresarial, ya que es gracias a esta actividad empresarial que se crean puestos de trabajo.

2.3. Condición del Trabajador Traslado

Hasta el momento hemos podido observar que existe un evidente vacío en la normativa actual respecto a la situación del trabajador al momento de producirse una reorganización empresarial; sin embargo, a través del uso de los principios laborales y la protección que estos le otorgan a los trabajadores, tenemos que en la actualidad se considera que las empresas que decidan pasar por un proceso de reorganización empresarial deben tomar en cuenta los contratos de trabajo de las personas que son transferidas, así como los convenios colectivos mientras estos se mantengan en vigencia, pero con esto no quiere decir que todos los derechos que emanan de la relación laboral se encuentran cubiertos. Para entender esto, consideramos que es apropiado distinguir los derechos que podemos encontrar en una relación laboral, con la finalidad de poder detallar cuáles deben ser respetados por el nuevo empleador y cuáles pueden ser suprimidos de común acuerdo entre el empleador y el trabajador.

2.3.1. Derechos individuales y colectivos.

La base de los derechos laborales los encontramos en los llamados derechos individuales, que involucran a un solo trabajador, y los colectivos, los cuales involucran a un grupo de trabajadores.

Los derechos individuales están vinculados con los términos de la relación laboral de un trabajador en particular y el empleador, son aquellos derechos a los que la persona tiene acceso por su sola condición de trabajador y que los puede hacer valer por sí mismo. Algunos de estos derechos son, la remuneración, la jornada de trabajo, los descansos remunerados, a recibir gratificaciones, recibir la CTS, asignaciones familiares, los vinculados a la seguridad y salud ocupacionales, entre otros.

Por su parte, los derechos colectivos, están relacionados a la participación colectiva de trabajadores y su interacción con el empleador, estos están pensados para otorgarles a los trabajadores cierta igualdad respecto del empleador al momento de establecer las condiciones de las relaciones de trabajo. Como lo señala Toyama (2015): “Los tres pilares de los derechos laborales colectivos los encontramos en el artículo 28 de la Constitución, estos son, el derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga” (pág. 25).

Los derechos colectivos resultan algo más complejos que los individuales porque requieren de la intervención de un grupo organizado de trabajadores (por lo general mediante la creación de un Sindicato) para que estos puedan ser materializados (a través de la negociación colectiva o la huelga), desde el derecho a la libertad sindical, el cual permite que se forme un Sindicato o que las personas se afilien a uno ya existente, para lo que es necesaria la voluntad de cada trabajador el afiliarse o no e incluso dejar el Sindicato, el derecho a la negociación colectiva que es el que le faculta a la organización de trabajadores celebrar convenios colectivos con el empleador, los cuales permiten que los trabajadores miembros de esa organización de trabajadores obtengan mayores beneficios a los otorgados por ley, hasta la huelga que es un mecanismo que les permite a las organizaciones de trabajadores realizar protestas.

Podemos afirmar que los derechos individuales son aquellos que la persona tiene por su sola condición de trabajador y que son inherentes a la prestación personal de sus servicios frente al empleador, de otro lado, los derechos colectivos son aquellos que están

vinculados a las relaciones del empleador y un grupo organizado de trabajadores, mediante los cuales dicho grupo puede acceder a negociar las condiciones de trabajo o beneficios económicos en un nivel más equitativo, es decir, mediante el derecho colectivo se intenta que los trabajadores, quienes son la parte débil en una relación de trabajo, tengan una forma de negociar con su empleador en igualdad de condiciones, ya sean mejoras económicas o mayores beneficios.

2.3.2. Derechos Legales y Convencionales

Ya hemos analizado qué son los derechos individuales y colectivos, los cuales están diferenciados por el número de trabajadores que intervienen en uno u otro. Ahora, cada uno de ellos puede tener su origen en la ley o por acuerdos entre las partes.

Los derechos legales son los emanados de los diferentes cuerpos normativos, como la constitución, la ley de relaciones colectivas de trabajo, la ley de productividad y competitividad laboral, etc. Estos son los derechos mínimos que los trabajadores tienen desde el momento en que se celebra el contrato de trabajo o se agrupan los trabajadores en entidades como sindicatos y que los empleadores están obligados a cumplir.

Por otro lado, los derechos convencionales son aquellos que emanan de la voluntad de las partes, mediante el acuerdo entre los trabajadores y el empleador; aquí, como principal fuente generadora de derechos convencionales, encontramos a los convenios colectivos, en los que siempre se pactarán beneficios que superen aquellos que la norma le otorga a los trabajadores y también podemos encontrar a la costumbre que es, en palabras de Boza Pro (2011): “la práctica reiterada que genera en el ámbito o comunidad donde se da, la convicción de obligatoriedad, estableciendo para sus miembros un conjunto de derechos y obligaciones” (pág. 133)

Como fuente generadora de derechos no solo tenemos a lo establecido en la ley, sino que, además, contamos con aquellos que hayan sido establecidos mediante convenios colectivos y aquellos que, con motivo de la práctica constante, se hayan vuelto exigibles por parte de los trabajadores (la costumbre); independientemente de la forma en la que se hayan podido obtener, todos estos derechos y obligaciones, deben ser honrados por cada una de las partes, pues de no hacerlo, los trabajadores podrán demandar al empleador el cumplimiento de las obligaciones no cumplidas. En ese sentido, las

empresas que pasan por una reorganización empresarial, deben tener en cuenta no solo los derechos legales, sino también los convencionales, ya que deberían respetar ambos tomando en cuenta los principios laborales, hecho que podría complicar la reorganización de empresas, porque esto podría llevar a sobre costos.

2.3.3. Derechos Temporales y Perpetuos

Dentro de los derechos convencionales, es decir, aquellos que no hayan emanado de la ley, sino de la voluntad de los intervinientes en una relación de trabajo, ya sea a través de la costumbre o por convenio colectivo, podemos encontrar derechos que se mantendrán mientras perdure el contrato de trabajo y algunos que tienen un plazo de vigencia, es decir, hay derechos perpetuos y otros temporales.

Los derechos temporales son aquellos que tienen un plazo determinado de vigencia, el ejemplo más claro son los convenios colectivos, cuyas estipulaciones son pactadas por una cantidad determinada de años (mínimo un año); pasado este plazo el grupo de trabajadores o sindicato, deberá volver a negociar con su empleador, con la finalidad de celebrar un nuevo convenio colectivo, el cual mantendrá su vigencia por el tiempo que las partes acuerden.

Por otro lado, tenemos a los derechos perpetuos, que son aquellos que, a diferencia de los anteriores, no tienen un plazo estipulado de vigencia y que, en principio, tendrían la misma vigencia que el tiempo que dure la relación laboral; sin embargo, como ya lo hemos señalado anteriormente al ser estos derechos una liberalidad del empleador, el trabajador puede renunciar a ellos en cualquier momento.

Recordemos que mientras los derechos temporales que hayan emanado de un convenio colectivo deben ser respetados hasta el término de su vigencia, incluso aunque los miembros de la organización sindical que haya negociado tal convenio sean trasladados de una empresa a otra, conforme lo señala nuestra legislación actual, aquellos que hayan sido otorgados libremente por el empleador carecen de una disposición legal que obligue al nuevo empleador (en caso de una reorganización de empresas) a mantener estos derechos después de que los trabajadores hayan pasado a su planilla; sin embargo, los trabajadores que hayan sido trasladados tendrían una base para sustentar que su nuevo empleador continúe brindándoles los mismos beneficios que su antiguo empleador les

otorgaba, lo que generaría complicaciones para la empresa que recibe a estos trabajadores.

Tomando en cuenta esto, podemos decir que en caso de una reorganización empresarial, la empresa que adquiere un bloque patrimonial de otra, tendrá que contemplar en sus costos aquellos derechos que los nuevos trabajadores tengan y que hayan sido otorgados mediante convenio colectivo o por liberalidad del empleador, siendo que los primeros de manera indefectible deberán ser pagados, mientras que los segundos podrían ser o bien materia de negociación directa con los trabajadores o podrían arriesgarse a debatir si estos beneficios deben continuar, en el fuero correspondiente.

2.4. Intereses del empresario e intereses del trabajador: compatibilidad entre ambos

Actualmente, se piensa que los intereses de los trabajadores y de los empresarios son contrarios y que incluso existe una colisión en lo que respecta a la libertad de empresa y el derecho de trabajo, particularmente se habla de una contraposición de intereses cuando se tocan los temas del derecho a la libertad de empresa del empresario, por el cual está facultado a introducir cambios dentro de la empresa, tales como cambios de puestos, desplazamiento de trabajadores, entre otros, y los derechos laborales de los trabajadores que estén involucrados en esos cambios; sin embargo, lo cierto es que ambos derechos fundamentales se encuentran íntimamente relacionados al punto de que uno no puede ser efectivo sin el otro, pues la empresa necesita a los trabajadores para poder realizar sus actividades, tanto como los trabajadores necesitan de la empresa, al ser esta su fuente generadora de riqueza.

Respecto a la contraposición entre estos derechos a la que hicimos referencia, Blancas Bustamante (2007) ha señalado que:

El ejercicio del derecho a la libertad de empresa que tiene el empleador, el cual legitima los cambios en la empresa que este decida, puede estimarse como limitador o incluso impeditivo de los derechos de los trabajadores, generándose una colisión entre ellos. (pág. 123)

De acuerdo a lo señalado por el autor, el derecho a la libertad de empresa puede significar una afectación a los derechos de los trabajadores. La propia normativa laboral,

que considera al trabajador como la parte a la que hay que proteger en una relación de trabajo, ha establecido determinados límites respecto a la libertad de empresa, por ejemplo, el tener que contar con una causa razonable para poder trasladar a un trabajador de un lugar a otro, o no poder reducir de categoría ni la remuneración a un trabajador; todos estos límites se han establecido con miras a que el empleador no haga abuso de su posición y establezca cambios en la empresa que puedan afectar al trabajador; sin embargo, muchos de estas disposiciones representan afectaciones al derecho a la libertad de empresa, debido a que pueden existir cambios que pueden justificar acciones como el traslado de un trabajador a otro local, como la necesidad de contar con la experiencia de un trabajador en un nuevo local; sin embargo, estos actos de disposición pueden ser cuestionados por el trabajador ante la autoridad de trabajo, con la finalidad de dejarlos sin efecto o hacerlos pasar como actos de hostilidad, lo cual podría traer consecuencias para el empleador, como el pago de multas e indemnizaciones.

A nuestro parecer, los límites a la libertad de empresa, si bien es razonable que existan por los posibles abusos que los empleadores puedan realizar, estos no deberían mermar el derecho al empleador de poder introducir cambios dentro de la empresa. Lo que deberían buscar es un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y del empresario, pues de otro modo, solo generan desincentivo para la inversión, esto debido a que no resulta muy atractivo contar con leyes que entorpezcan los cambios en la empresa, los cuales pueden ser necesarios para que esta genere mayores beneficios y que al mismo tiempo afecta el mercado laboral, ya que la rigidez de las normas hace que no ingresen nuevas empresas que generarían más puestos de trabajo.

2.4.1. Interés de ambos porque las empresas sean viables en el mercado

Evidentemente, la finalidad que persigue una persona al constituir una empresa es que esta genere ganancia y que cada vez esta ganancia aumente; sin embargo, esto no solo es un interés de los dueños de la empresa, sino que también es un interés de los trabajadores que laboren en ella, pues si esta tuviese que cerrar, ellos perderían sus puestos de trabajo y por tanto su fuente de ingresos.

Para los trabajadores, la empresa para la que prestan sus servicios es su principal fuente de riqueza, lo que significa que sin ella no podrían satisfacer sus necesidades y

tendrían que buscar otro trabajo o analizar otras alternativas para poder percibir ingresos con la finalidad de mantenerse ellos mismos y a sus familias. En ese sentido, se puede decir que el trabajador debería tener un interés directo por que la empresa sea sostenible en el tiempo, ya que mientras siga siendo rentable, esta se mantendrá en funcionamiento y por tanto su puesto laboral seguirá existiendo.

Adicionalmente, tomando en consideración que en el Perú las personas jurídicas “con fines de lucro” tienen la figura de la repartición de utilidades que es “un ingreso adicional que varía en el tiempo, pues depende de los resultados de las empresas” (Carrillo Acosta, 2018, pág. 13), el trabajador cuenta con una razón adicional para que la empresa en la que trabaje genere cada vez más utilidad, ya que de esta manera (tomando en cuenta el porcentaje que les toque recibir dependiendo el sector y los factores señalados en la ley) tendrá un mayor ingreso si es que su empleador cuenta con mejores resultados en cada año.

De este modo, vemos que las dos partes (trabajadores y empleador) comparten un interés común y este es que la empresa que los vincula sea rentable, por lo que ambas deben tener en consideración que la empresa necesita de los trabajadores tanto como ellos necesitan de la empresa y, del mismo modo, los trabajadores deberían entender que mientras más empresas formales existan, el mercado laboral se volverá más grande y con esto existirán más puestos de trabajo con mejores remuneraciones.

2.4.2. Interés que deben tener las personas por el incentivo en la apertura de nuevas empresas

Partiendo de la idea de que la empresa es la principal fuente generadora de empleo, resulta evidente que mientras más empresas (formales) existan se crearán más puestos de trabajo y, con ellos, mejores expectativas salariales para los trabajadores ya que, al haber más competencia por obtener el mejor talento, las empresas se verán forzadas a hacer más atractivas sus escalas remunerativas.

Tomando en cuenta esto, y que “el porcentaje de personas que considera que actualmente es más difícil encontrar trabajo ha aumentado de 59% a 73%, según encuesta del diario Gestión” (Burneo Farfán, 2018, pág. 23), aquellos que tengan la condición de trabajadores y quieran tener mejores oportunidades laborales o aquellos desempleados,

deberían tener interés en que más empresas estén interesadas en invertir en el país, ya que con esto se generarían más puestos de trabajo.

Para lograr que nuevas empresas en el país se constituyan es necesario analizar los incentivos que llevarían a que una persona (nacional o extranjera) decida invertir en el país, siendo uno de los factores a considerarse la rigidez de las normas. Como se encuentran las normas actualmente, tenemos un escenario poco atractivo para un empresario, ya que tenemos la figura de la reposición y una intervención judicial que, en interpretación de los principios laborales, ha significado una limitación al ejercicio de la libertad de empresa de los empleadores.

En lo que respecta al derecho a la reposición, entendemos que esto se haya implementado como una forma de evitar abusos por parte del empleador; sin embargo, “este derecho que imposibilita atar la productividad al mercado laboral, no existe en otra legislación comparada de la región y ha generado problemas que afectan dicho mercado” (Tuesta, 2018, pág. 3), por lo que si queremos que más empresas ingresen, es importante que las normas se ajusten con la finalidad de volver más atractivo el Perú; algo similar debería ser evaluado respecto a la posibilidad de que las empresas introduzcan cambios dentro de las relaciones laborales (sin que esto signifique dejar desprotegidos a los trabajadores), más aun si se toma en cuenta que las empresas van evolucionando y sus necesidades se van ajustando tomando en cuenta varios factores, los cuales deberían ser objetivados, con la finalidad de que se les permita realizar cambios, pero evitando que se produzcan abusos que terminen perjudicando a los trabajadores.

En relación a la intervención del Poder Judicial, con las últimas sentencias emitidas por el Poder Judicial “se ha mostrado que la balanza se inclina a favor de la rigidez laboral cuando interpretan una norma, aun cuando la práctica y la lógica indiquen lo contrario” (A la deriva, 2018, pág. 26). Lo que significa que aquellos casos que sean sometidos al Poder Judicial, probablemente terminen en sentencias no favorables para el sector empresarial, lo que supondrá un desincentivo adicional para la inversión por parte de las empresas.

Tomando en consideración esto, será necesario que se establezcan cambios en la legislación peruana, buscando hacer más atractivo el país, a través de permitir mayores libertades al ejercicio de la libertad de empresa de los empleadores, con la finalidad de generar mayores puestos de trabajo, lo que terminará resultando favorable para las

personas que busquen mejoras laborales; esto no supone dejar del lado al trabajador, pues lo que se debe buscar es un equilibrio y no una situación en la que solo se vea favorecida una de las partes intervinientes en una relación laboral.

2.4.3. Respeto de los empleadores sobre los derechos laborales, tomando en cuenta la dignidad humana

La libertad de empresa, al igual que todos los derechos, no es un derecho absoluto, por más que sea reconocido por la constitución, este encuentra su límite, particularmente, en los derechos laborales de los trabajadores, los cuales están relacionados directamente con el concepto de dignidad de la persona.

La dignidad de la persona está reconocida expresamente por la constitución en sus artículos 1 y 3, haciendo referencia a que este concepto es “el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú, 1993)

Este reconocimiento expreso por la Constitución hace que tenga una gran relevancia al momento de limitar determinados derechos, como la libertad de empresa, ya que “la dignidad humana, que implica la supremacía de las personas por sobre cualquier bien o interés, opera como un límite a los derechos fundamentales” (Blancas Bustamante, 2007, pág. 252), por lo que, con la actual falta de legislación en materia de relaciones laborales en una reorganización de empresas, las personas podrían alegar que no se puede disponer su rotación de una empresa a otra, por considerar que no son objetos o bienes de los que el empleador puede disponer libremente.

Sumado a la dignidad humana, tenemos que los derechos laborales se rigen por principios protectores, que tiendan a “equilibrar” la relación de los trabajadores con sus empleadores, lo que en conjunto hacen que tomar decisiones como pasar por una reorganización empresarial se vuelva algo complejo y que se deba prestar mucha atención a los aspectos laborales, pues de lo contrario, existiría una contingencia alta vinculada a demandas laborales que podrían darse por casos como despidos arbitrarios o por actos de hostilidad o por denuncias ante la entidad fiscalizadora.

En un escenario como este, ante la ausencia de regulación de las relaciones laborales en una reorganización de empresas y una tendencia jurisprudencial inclinada a proteger por sobre todo los intereses del trabajador, resulta evidente que antes de tomar

una decisión como el pasar por una reorganización de empresas, el empleador se verá obligado a hacer varios análisis, no solo los que corresponden a la contabilidad y aspectos financieros de la empresa a adquirirse, sino que se verá forzado a respetar los derechos laborales de los trabajadores que sean trasladados a su planilla, con mayor razón porque todo queda a la interpretación de los jueces, que en aplicación de los principios laborales favorecerán al trabajador, creando un escenario poco favorable para las empresas. Este escenario se produce cuando el empleador pretende realizar cambios dentro de la organización, como el movimiento de personal o cambio de puestos, las que podrán ser cuestionadas por los trabajadores quienes alegarán que se deben respetar todas sus condiciones de trabajo, sin tomar en cuenta que estos cambios pueden ser necesarios para la empresa, para que sea más eficiente y más rentable.

Todo esto hace que el proceso de reorganización de empresas en el país se vuelva tedioso y finalmente resulte más caro para aquel empresario que decidió pasar por este proceso, por lo que, si bien estamos de acuerdo en que la dignidad humana del trabajador es sumamente importante, así como los derechos laborales, también consideramos que debe existir un equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores y la libertad de empresa del empleador, ya que de otro modo se podrían entorpecer las operaciones de fusiones y adquisiciones de empresas, lo que no resulta beneficioso ni para las empresas ni para los trabajadores.

Ciertamente deben existir leyes que prevengan el ejercicio abusivo del empleador, pero también debería haber mecanismos más flexibles en el ámbito laboral, para aquellos empleadores que introduzcan cambios en su empresa que tengan como finalidad el que el valor de la empresa se incremente y que tengan una razón válida de negocio, razón por la cual es importante que se regulen los efectos laborales que tienen las reorganizaciones de empresas y que encuentren un equilibrio para ambas partes involucradas.

2.4.4. Efectos positivos del respeto a los derechos laborales: identidad con la empresa

Los cambios de una empresa a otra pueden resultar abrumadores para los trabajadores, quienes no sólo se sentirán tensos tras la incertidumbre que pueden tener respecto de que puedan ser despedidos debido a que sus perfiles puedan no ser acordes a lo que la nueva empresa esté buscando, sino que, además, este traslado representa un cambio de cultura

organizacional, por lo que estos deberán adaptarse a las nuevas políticas de la empresa, así como a los nuevos objetivos que se puedan plantear.

Haciendo referencia a lo que implica una fusión o una adquisición de empresa, Navascues (2013) señala que:

Los seres humanos somos resistentes al cambio y por tanto es normal que los trabajadores se preocupen cuando se produce un cambio en la empresa (como una fusión o adquisición de empresas); sin embargo, las empresas y su cultura están en permanente transformación por lo que las personas deben estar preparadas para afrontar los cambios que se puedan producir dentro de su centro de trabajo. (Parr. 3 y 4)

Compartimos lo expresado por la autora, al dejar sentado que, en un proceso de reorganización de empresas, se pueden realizar cambios radicales para los trabajadores, por lo que es necesario que ellos estén preparados para cualquier posible escenario, esta preparación implica no solo prever posibles desvinculaciones, sino que también implica que el trabajador debe hacerse más atractivo para la empresa. Por su parte, las empresas siempre buscarán retener el talento y a los mejores profesionales dentro de ellas, “ya que estas son organizaciones dinámicas que buscan adecuarse a los cambios en los diversos mercados y buscarán mayor productividad no solo con la adquisición de mejor tecnología sino con la intervención de su capital humano” (Yamakawa, 2018, pág. 6)

En ese sentido, tenemos claro que las empresas harán lo posible porque los mejores profesionales se mantengan y sus puestos de trabajo, por lo que una reorganización empresarial no significaría despedir masivamente a trabajadores; sin embargo, en esta búsqueda de la eficiencia, es necesario que las personas estén conscientes del esfuerzo que deberían realizar para capacitarse y seguir generando valor a las empresas. Evidentemente los cambios estructurales en una empresa impactarán a los trabajadores; sin embargo, es importante que tanto el empleador como el trabajador aúnen esfuerzos con la finalidad de que las empresas sean rentables, ya que de dicho trabajo conjunto es que ambos obtienen beneficios.

Por lo antes expresado es que consideramos que se deben dar regulaciones respecto a los efectos laborales en una reorganización de empresas, ya que de esta manera el empleador podría introducir cambios necesarios dentro de una empresa que necesita

evolucionar constantemente y, por otro lado, esto generaría un incentivo positivo para las personas, quienes tendrían la necesidad de capacitarse cada vez más con la finalidad de seguir siendo rentables para las empresas.

2.5. Análisis de la normativa actual y su necesidad de ajustarse a la realidad peruana

Conforme hemos señalado antes, tenemos una casi nula normativa que haga referencia a las relaciones laborales en un proceso de reorganización de empresas y si bien entendemos que no se puede regular todo en los diversos cuerpos normativos, tampoco resulta adecuado dejar de regular un aspecto que se presenta como una necesidad para el crecimiento del país, la inversión empresarial y que está avanzando cada vez más.

Teniendo en consideración que “el valor de las fusiones y adquisiciones de empresas en el Perú ha crecido y el escenario peruano es favorable para que continúe aumentando” (Ferrero, 2018, pág. 18), y que el derecho se debe ajustar a la realidad en la que se encuentra un país, al aumentar las reorganizaciones de empresas, que es una figura que puede generar conflictos entre los trabajadores y empresarios, resulta importante que se delimiten cuáles serán los límites y derechos con los que contará cada involucrado, con la finalidad de tener un escenario favorable.

El efecto de no regular los efectos laborales en las reorganizaciones empresariales, además que implicaría dejar un vacío legislativo grande, significaría que los jueces resolverían a su criterio cada uno de los casos que se presenten al respecto, lo cual no ha resultado en escenarios eficientes y terminaría en la misma línea de las actuales sentencias en materia laboral, en cuyas líneas se terminan creando figuras del derecho que son aplicados en los diversos casos (como la creación de figuras de despido que permiten la reposición o conceptos indemnizatorios como el daño punitivo), que no existen en la legislación y significan un encarecimiento en las relaciones laborales para las empresas, que no tienen fundamento legal. Recordemos que “la función del juez es administrar justicia, siendo fiel a la ley y aplicándola con prudencia, si se permite que el juez legisle a través de las sentencias se transmite una situación de inseguridad para los involucrados” (Sardón, 2017, pág. 2), tal como podemos apreciar el día de hoy, ya que los jueces, ante vacíos legislativos, interpretan a su manera los casos que se presenten, esto hace que se emitan una diversidad de sentencias (con diversos criterios) que llevan a una situación

que no resulta eficiente, pues no permite que las partes tengan certeza de la forma en que se resolverán los casos sometidos ante el Poder Judicial.

De otro lado, es importante que al legislar se tenga en cuenta el impacto que tendrá en el país las diversas leyes a aplicarse, ya que, como se ha podido ver en los últimos años, toda disposición que otorga más derechos a los trabajadores sin que se tenga en cuenta el “perjuicio” para la empresa, como el derecho a la reposición o el aumento del sueldo mínimo, ha traído consecuencias negativas para los trabajadores, en el primer caso, lo que se originó fue que las empresas tuvieran incentivos para preferir la contratación a plazo determinado en lugar del contrato a plazo indeterminado, ya que de lo contrario los trabajadores tendrían el derecho a ser repuestos salvo que se demuestre fehacientemente que incurrieron en una causa grave de despido o que su rendimiento era deficiente en comparación con el promedio de trabajadores (cosa que no siempre resulta fácil demostrar), por otro lado, cada aumento de la remuneración mínima ha significado el aumento en la informalidad laboral, ya que las empresas que tienen trabajadores percibiendo el mínimo ven incrementados sus costos y prefieren no tener personal en planilla, es decir, las normas que pretendieron generar un efecto positivo para los trabajadores, terminaron teniendo un impacto negativo.

De esta forma se ha podido apreciar que es importante contar con una legislación que regule los efectos laborales que tienen las reorganizaciones empresariales, con la finalidad de que las partes involucradas en dicha operación conozcan cuáles son los derechos y límites que tendrán al momento de producirse la reorganización, en lugar de dejarlo a la interpretación de los jueces que podría llevar a un escenario desfavorable. Adicionalmente, es importante que la manera en que se regule permita a los empresarios realizar la reorganización de la manera más eficiente, pero sin perder de vista las garantías que los trabajadores deben tener en caso sus empleadores decidan realizar cambios, ya que lo se busca es que se atraiga la inversión empresarial (y con ella más puestos de trabajo) y que los trabajadores puedan contar con suficientes garantías para afrontar los cambios empresariales.

2.5.1. Situación de los derechos laborales al producirse el traslado de trabajadores

Fuera de la Ley de Relaciones colectivas de trabajo que establece que los convenios de trabajo deben respetarse hasta su término incluso si se produce una reorganización

empresarial, no encontramos otro dispositivo legal que haga mención a alguno de los derechos laborales que se deban tomar en cuenta al producirse una reorganización de empresas, lo que ha producido que, por aplicación de los principios laborales, la doctrina imperante e incluso la jurisprudencia, se haya establecido en la práctica que cuando se presenten estos casos, las empresas deben respetar todos los puestos de trabajo y los derechos laborales que se hayan generado hasta el momento de la reorganización empresarial; sin embargo, quedan muchos temas a la interpretación de los jueces (cuyos fallos varían), por ejemplo, si por el derecho al trabajo (el cual implica no solo la libertad de trabajar sino la libertad de elegir para quien trabajar) se pueda obligar a una persona a cambiar de una planilla a otra, o si es posible cambiar el puesto de trabajo a una persona (ya sea reducir su categoría o simplemente cambiarle de funciones) tras el pase una empresa a otra. Tales supuestos quedan totalmente a la interpretación de los jueces, quienes, al no tener regulada específicamente la situación de los derechos laborales en un proceso de reorganización de empresas, utilizando los principios de interpretación en pro del trabajador, probablemente determinen, como lo indica Toyama (2015): “cuando se produce la cesión de posición de empleador en una reestructuración empresarial, se necesita el consentimiento del trabajador” (pág. 135); siendo esto contrario a lo que se entiende de la ley societaria, en la que no se toma en cuenta la posición del trabajador y únicamente se toma en cuenta la voluntad de los dueños de la empresa. Tal situación supone un escenario complicado, pues por un lado tenemos una ley societaria que contempla las posibilidades que tienen los empresarios para poder modificar su organización empresarial (sin consultar a los trabajadores), y por otro lado la ley laboral no contempla los derechos laborales que deben tomarse en cuenta cuando trabajadores pasen de una empresa a otra con motivo de una reorganización empresarial y tampoco se regula cuáles son las posibilidades que tiene el empresario de establecer cambios con los nuevos trabajadores con motivo de la reorganización (cambios como el traslado a otros locales, diferencias salariales o incluso la posibilidad de desvinculación de aquellos trabajadores cuyas funciones ya sean realizadas por otra persona), lo que deja a la interpretación de los jueces cual será la situación en la que pasen los trabajadores, pudiendo estas ser muy diversas y podrían implicar sobre costos para la empresa, así como posibles conflictos al no tener claro el escenario bajo el que se tratará a los trabajadores trasladados.

2.5.2. El Derecho Laboral Colectivo frente a una Reorganización Empresarial:

Situación de los sindicatos y sus afiliados frente a la normativa actual

El Derecho laboral colectivo abarca la relación entre un grupo de trabajadores organizados o de un sindicato y el empleador. Los principales derechos laborales son los de la creación de un sindicato, así como el derecho de afiliarse o desafilarse a uno existente, el derecho de celebrar convenios que tengan efecto en todos los afiliados del sindicato (convenios colectivos) y el de realizar huelgas.

En lo que se refiere a la celebración de convenios colectivos, como ya lo señalamos, existe en la normativa actual una mención expresa de que estos deben ser respetados hasta el término de su vigencia, incluso si los afiliados al sindicato que haya negociado este convenio sean trasladados a otra empresa; sin embargo, a pesar de lo ya referido, si bien se respetan los convenios colectivos mientras dure su vigencia, como indica Cermeño (2012), existen una serie de interrogantes como:

(i) ¿qué convenio pasará a regular a los trabajadores transferidos una vez terminada la vigencia del convenio de la empresa objeto del traspaso, sin que se haya suscrito otro?, (ii) de no suscribirse un nuevo convenio ¿es posible aplicar la ultractividad del convenio de la empresa traspasada, luego de terminado su vigencia? (pág. 175)

Estas interrogantes con algunas de las situaciones que no han sido contempladas en ninguna norma y que, de terminar siendo sometidas a la interpretación judicial, podrían generar situaciones ineficientes para las partes involucradas en una relación laboral, en caso se produjese una reorganización empresarial

En lo que respecta a la libertad de creación y afiliación de sindicatos; dependiendo de la forma de reorganización de empresas, la entidad sindical afrontará ciertos contratiempos. En caso de una escisión o una reorganización simple, en la que la empresa de la que son trasladados los trabajadores no deja de existir y continúa en operaciones, podemos encontrar un problema respecto a la posición o fuerza que tiene el sindicato para negociar con la empresa, después de producida alguna de las figuras señaladas.

Los sindicatos que tienen un mayor número de trabajadores afiliados se encuentran en una mejor posición para poder negociar con la empresa, debido a que, al

tener una mayor cantidad de afiliados, tendrán un mayor poder de negociación frente a la empresa, quien podrá negociar con ellos sabiendo que un mayor número de trabajadores se encuentra representado. Esto se puede expresar claramente de la siguiente manera: en una empresa cuyo número de trabajadores es de 1000 y tenga un sindicato que haya afiliado a 100 trabajadores, la empresa verá representado únicamente al 10% del total de su planilla, por lo que esta entidad no tendrá muchas posibilidades de pedir incrementos elevados, ya que la empresa sabrá que, fuera de ellos existen una gran cantidad de trabajadores que no se verán beneficiados de los aumentos y esto podría generar complicaciones dentro de la empresa. De otro lado, si en lugar de ese sindicato, la empresa con 1000 trabajadores tuviese un sindicato que afiliase a 500 trabajadores (el 50% de la planilla) tendrá evidentemente mejor posición para negociar, no solo porque la empresa verá una mayor representación de los trabajadores, sino que tendrá incentivos para lograr un acuerdo beneficioso para ambos, al saber que, al celebrar convenio colectivo, la mayor parte de la fuerza laboral está de acuerdo con los beneficios planteados. En otras palabras, mientras más trabajadores afiliados tenga un sindicato, este tendrá mejores posibilidades de lograr eso que busca el derecho laboral colectivo, que es romper el desbalance que existe en la relación laboral o permitir que la parte débil de la relación laboral (los trabajadores) tengan la posibilidad de negociar en un escenario más favorable con el empleador.

Trasladando lo ya mencionado a la escisión o reorganización simple, supongamos que aquel sindicato que contaba con el 50% de la planilla, después de una escisión, pierda 250 de sus afiliados ya que son trasladados a otra empresa, haciendo que ahora la planilla de su empleador tenga 750 trabajadores y el sindicato un total de 250 afiliados, eso significa que, tras la escisión, el sindicato que antes tenía un 50% del total de la planilla como afiliados, ahora solo cuenta con 33%, lo cual disminuye considerablemente la fuerza del sindicato, haciendo que pueda perder su condición de sindicato mayoritario, con las desventajas que esto le acarree al momento de establecer una negociación colectiva.

Respecto a la situación de los sindicatos en un proceso de fusión, como lo señala Puntriano (2014):

En la fusión existen dos supuestos, uno en el que una empresa absorbe a otra (en este proceso solo una de las empresas se extingue) y el otro en el que ambas

empresas se extinguen para crear una nueva entidad. Si estuviésemos frente a un sindicato formado en la empresa absorbida (primer supuesto de la fusión) o frente a sindicatos formados en las dos empresas que se fusionan para formar una nueva, en ambos casos estos sindicatos también se extinguirían junto a sus empresas, en cuyo caso, dependerá de la voluntad de los trabajadores el crear o no un nuevo sindicato en la empresa a la que hayan sido trasladados. (parr. 12)

Vemos entonces, que la situación de los sindicatos no tiene un panorama muy favorable en un proceso de reorganización empresarial, ya que puede ser que su capacidad de negociar con el empleador se vea disminuida o que este se vea obligado a desaparecer (sin perjuicio del derecho de los trabajadores de volver a formar un nuevo sindicato), lo que afectaría la relación entre los trabajadores y el empleador.

Al no haber nada regulado, el conflicto nace con aquellos sindicatos que pierden fuerza para negociar, pudiendo reclamar que se respete el derecho de sus trabajadores de mantener la condición de afiliados (anteriormente se señaló que una posición que se puede adoptar en un juzgado es que los trabajadores tengan que expresar su consentimiento para que en efecto sean trasladados a otra empresa), lo que implicaría un sobre costo para el empleador, sin mencionar que esto puede afectar el clima laboral y la relación que se tenga con la entidad sindical, haciendo que la empresa se vea en una situación algo más tensa al momento de iniciar una negociación con ellos.

2.5.3. Análisis de los convenios colectivos que se encuentran en proceso de negociación

Como lo hemos indicado, la ley de relaciones colectivas, solo distingue la obligación del empleador de respetar los términos de los convenios colectivos que a la fecha de la reorganización se encuentren vigentes, más no hace ninguna mención al tratamiento que tendrán aquellos convenios colectivos que se encuentran en negociación al momento de producirse la reorganización empresarial.

En efecto, puede ocurrir que se esté realizando una negociación colectiva y que se produzca una reorganización empresarial. En este supuesto, la ley deja un vacío respecto al tratamiento que se le debe dar al acuerdo que será firmado posteriormente o, incluso, a si los sindicatos podrán retomar la negociación con su nuevo empleador (en los

casos en que este se extinga, por ejemplo), tomando en consideración que el proceso de negociación había iniciado antes de que el acuerdo de reorganización empresarial surtiera efectos.

Recordemos que un convenio colectivo es un acuerdo entre un sindicato o grupo de trabajadores con el empleador para obtener mayores beneficios que los que otorga la ley (tales como incrementos en las remuneraciones, bonos, etc.), es decir, es un acuerdo mediante el cual los trabajadores obtienen condiciones más favorables, esto dentro de las posibilidades económicas del empleador; sin embargo, para llegar a la celebración de este convenio, el proceso de negociación puede tomar varios meses, lo que hace más necesario aun que se contemple en la ley no solo el tratamiento de los convenios colectivos ya suscritos sino de aquellos que se encuentren en negociación.

El hecho de mantener la legislación como está, sin tratar el tema de los convenios colectivos que se encuentren en negociación al producirse una reorganización de empresas representa una gran incertidumbre para ambas partes, en especial para los sindicatos, quienes no sabrán si el alcance de su negociación aplicaría a todos los afiliados incluyendo a los que hayan sido trasladados (teniendo en cuenta que el traslado se dio después de iniciada la negociación) o si únicamente tendría efectos para los miembros del sindicato que continúen laborando para el empleador en el que se constituyó el sindicato.

2.5.4. Inclusiones o modificaciones a la Ley General de Sociedades y a la Ley Laboral

Ya hemos hecho referencia a los vacíos existentes en la legislación peruana respecto a la situación de los trabajadores que son trasladados de una empresa a otra con motivo de una reorganización empresarial y la necesidad que existe de regular este tema.

Como hemos explicado, la Ley societaria contempla las acciones que un empresario (empleador) puede realizar y que son propias de su interés como dueño de la empresa, con la finalidad de obtener una mayor ventaja económica o mejorar las condiciones de su negocio y, en general, cualquier ejercicio vinculado a la libertad de empresa; por otro lado, el derecho laboral establece obligaciones que el empresario debe cumplir respecto de sus trabajadores y brinda una serie de derechos a estos últimos.

Tomando en cuenta esto y que “la tendencia del mundo es que se les permita a los empresarios tener un mayor control sobre sus redes de producción, pero asegurando a los trabajadores condiciones dignas y fortaleciendo la actividad sindical” (Sanguinetti Raymond, 2009, pág. 235), consideramos que es importante que ambas ramas del derecho contemplen algunas disposiciones que le permitan al empresario una mayor libertad para poder disponer de cambios dentro de la empresa, pero sin dejar desprotegidos a los trabajadores.

En lo que respecta a la Ley Societaria, el cambio que consideramos importante se debe efectuar es que, en lo que respecta a los procesos de reorganización empresarial, se contemple la necesidad de las empresas de remitirse a las leyes laborales, con la finalidad de que los dueños de la empresa sepan que los trabajadores no tendrán el mismo tratamiento que un activo o pasivo de la empresa, sino que se regirán por lo dispuesto en las normas correspondientes (Derecho Laboral).

Respecto a los cambios en las normas laborales, si bien estamos de acuerdo en que la tendencia del mundo es que se les otorgue más libertades a las empresas, con la finalidad de hacer más atractivo el país para la inversión, esto no significa que las normas laborales deban dejar desprotegido al trabajador o que se busque un escenario de inestabilidad absoluta, ya que como lo señala Ermida (2009):

La inestabilidad extrema solo es funcional para el empleador en el corto plazo y en sectores en los que no se necesite mano de obra calificada. Fuera de este ámbito dicha inestabilidad resulta disfuncional para el trabajador y para el empleador, ya que originaría falta de motivación para que el trabajador se capacite o se identifique con la empresa y al empresario tampoco le importaría capacitar a dicho trabajador, haciendo que se pierda la productividad en la empresa (pág. 418)

En ese sentido, consideramos que es necesario que las leyes laborales contemplen los efectos laborales en una reorganización empresarial, pero permitiendo que los empleadores puedan realizar cambios dentro de las relaciones laborales (incluyendo desvinculaciones). Haciendo referencia a algunos supuestos que deberían contemplarse en las leyes laborales, vinculados a las reorganizaciones empresariales Toyama (2015) menciona que:

En la transmisión de empresas existen diversos puntos controvertidos como: (i) la posibilidad de oponerse de los trabajadores ante el cambio de una planilla a otra, (ii) la duplicidad de puestos cuando el empleador solo requiere a uno de ellos, (iii) la homologación de remuneraciones en casos de puestos similares y (iv) la aplicación de los convenios colectivos (págs. 138-141)

Los puntos antes referidos son temas debatibles que son necesarios tratar en la ley laboral, con la finalidad de que la actividad empresarial se pueda realizar de la manera más eficiente, pero contemplando mecanismos que permitan que los trabajadores gocen de suficientes garantías frente a los cambios que las empresas decidan realizar, ya que de otro modo se perdería la esencia del derecho laboral.

Como hemos visto, no es necesario contemplar diversos mecanismos que signifiquen sobrecostos para las empresas ante un despido o cambios en las relaciones laborales, por el contrario, lo que se debe hacer es fomentar que se creen más empleos de calidad y esto se logra incentivando a que las empresas quieran invertir en el territorio peruano. Como fue determinado en el Diario Gestión, “el número de personas que creen que la legislación debería limitar el despido y garantizar mayor protección al trabajador ha disminuido de un 41% a 31%” (Encuesta Pulso Perú, 2018, pág. 18) , por lo que podemos apreciar que actualmente las personas están aceptando la idea de que lo importante es que se aseguren más puestos de trabajo de calidad, lo que se logra con una menor rigidez en las leyes laborales.

Otro aspecto importante a agregar en la legislación laboral es la situación en que se encontrarán los sindicatos en un proceso de reorganización de empresas, así como los convenios colectivos suscritos y en proceso de negociación. Como lo señala Cermeño (2012):

El Anteproyecto de la Ley General de trabajo regula el deber que tiene la empresa de informar a los trabajadores de los efectos que se producirán en las transmisiones de empresas; sin embargo, no se detalla a qué trabajadores se les informará, ni el periodo en el que deben ser informados y tampoco se prevé un periodo de consultas ni de negociación entre los trabajadores y la nueva empresa (pág. 177)

Si bien el Ante proyecto de la ley de trabajo tiene algunos conceptos iniciales vinculados a la reorganización de empresas, estos no resultan suficientes, ya que aspectos como los señalados por la autora resultan sumamente importantes en un escenario en el que se busca que los trabajadores cuenten con garantías suficientes en caso de que sus empleadores decidan realizar una reorganización empresarial. Es importante que las organizaciones sindicales cuenten con una participación adecuada en los procesos de reorganización empresarial, con la finalidad de que puedan realizar propuestas a la empresa que permita salvaguardar los intereses de sus afiliados, pero sin que esto signifique que se limite el derecho a la libertad de empresa.

De no ser regulados estos supuestos dentro de los cuerpos normativos correspondientes estaríamos frente a un escenario en el estas operaciones se puedan ver entorpecidas, lo que desmotivaría la inversión y por tanto perjudicaría la creación de más puestos de trabajo de calidad, y, además, generaría incertidumbre en los trabajadores, quienes no sabrán cuáles son los derechos que tienen frente a un escenario como este. En cualquiera de los dos escenarios, el resultado no es favorable ni para el empleador ni para el trabajador, puesto que estos casos quedarían a la interpretación de los jueces, quienes, frente a vacíos legislativos, emitirían sentencias que podrían generar efectos negativos para ambas partes involucradas, tal como se observa de las sentencias emitidas en los últimos años.

CAPITULO 3:

EFFECTOS DE MANTENER EL RÉGIMEN LEGAL ACTUAL: ANÁLISIS DE CASUÍSTICA Y MODELOS INTERNACIONALES

3.1. Denuncias y demandas de trabajadores en casos de reorganización de empresas

Las operaciones de reorganización de empresas que implican traslados de personas de una empresa a otra, necesariamente van a tener un impacto en los derechos laborales de los trabajadores de ambas empresas, ya que esto va a tener como consecuencia que se mezclen las culturas de ambas empresas e incluso que, tomando en cuenta la organización de la nueva empresa, muchas personas sean cambiadas de puestos de trabajo (para evitar duplicidad de puestos) o se vea la posibilidad de negociar su desvinculación. En cualquier de los últimos escenarios nos encontramos frente a supuestos que podrían implicar denuncias o demandas por parte de los trabajadores, quienes pueden considerarse afectados tras la reorganización empresarial, ya sea alegando que no se ha respetado su derecho al trabajo (la libertad no solo de decidir trabajar sino el de elegir para quien se trabaja), o que se ha cometido un acto abusivo del empleador por haberle cambiado el puesto de trabajo (ya que puede habersele asignado un puesto con menos jerarquía, en cuyo caso podría demandar un despido indirecto).

El hecho de que actualmente no contemos con un cuerpo legal que delimite la situación de los trabajadores frente a un proceso de reorganización empresarial trae como consecuencia que las partes involucradas (empleador y trabajadores) interpreten este vacío a su manera, es decir, por un lado tenemos al empleador quien, haciendo uso del derecho a la libertad de empresa, introducirá los cambios que estime pertinentes, como el desplazamiento de personal, cambio de puestos (lo que puede significar bajas de categoría) e incluso despidos (al existir duplicidad de puestos o que se haya decidido desaparecer ciertas áreas de una empresa) y, de otro lado, tenemos al trabajador, quien haciendo uso de los derechos laborales que lo amparan, luchará porque su puesto laboral sea respetado, no solo buscará mantener su vínculo laboral vigente, sino que, además,

buscará que al ser trasladado, todas las condiciones y beneficios que tenía antes sean respetados (lo que incluye sueldo, categoría, beneficios extras, entre otros).

Al haber tal contraposición entre los involucrados, los trabajadores tendrán la posibilidad de presentar sus denuncias ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) o pueden optar por iniciar procesos judiciales, lo que puede significar una contingencia para la empresa, teniendo en consideración que el derecho laboral tiene un fin protector en favor del trabajador y que, al no haberse establecido ningún supuesto normativo relacionado con los derechos de los trabajadores en una reorganización empresarial, con excepción del tratamiento de los convenios colectivos que se encuentren vigentes, existe una incertidumbre respecto a cuáles son los alcances que el derecho a la libertad de empresa tiene en este escenario de una reorganización empresarial y qué garantías tiene el trabajador.

3.1.1. Análisis de jurisprudencia respecto a los derechos laborales en un escenario de reorganización empresarial

Actualmente no ha sido materia de mucho análisis el tema de los derechos laborales en un proceso de reorganización de empresa; sin embargo, tomando en consideración que el número de fusiones y adquisiciones de empresas está aumentando, cabe analizar los pocos casos que se han presentado en el poder judicial, con la finalidad de poder tener una aproximación de lo que podríamos esperar en futuros procesos similares.

Mientras que la doctrina afirma que los trabajadores deben ser respetados en sus puestos de trabajo, ya que debería primar la dignidad humana y los derechos laborales con los que cuenta, los jueces han emitido algunos pronunciamientos en casos vinculados a reorganización de empresas (los que no tienen el carácter de precedente vinculante) en los cuales se puede ver claramente que en determinadas instancias carecen de conocimiento o bases para resolver este tipo de procesos, obligándolos a recurrir a diversas normas que hacen que la figura de la reorganización empresarial sea tergiversada, produciendo confusión en cuanto al tratamiento que las partes deben darle a estos procesos.

En un caso recaído en una reorganización simple por la que pasó Telefónica del Perú, se indicó que:

La sala superior laboral consideró que el traslado de trabajadores de una empresa a otra, con motivo de una reorganización, debía ser declarada infundada por no haber contado con su consentimiento y porque vulneraba derechos laborales como el de irrenunciabilidad de derechos y continuidad; sin embargo, la corte suprema opinó de manera contraria, indicando que no había vulneración en tanto que no se les había perjudicado económicamente y que la empresa no necesitaba contar con el consentimiento del trabajador pues en la Ley General de Sociedades no se establece tal supuesto. (Casación Laboral N° 4573-2013, 2013)

Inicialmente, en el proceso mencionado, se había fallado en favor del trabajador, por considerar que sus derechos laborales se veían vulnerados al no contar con su consentimiento para haber sido trasladados de una empresa a otra; sin embargo, la sala comete el error de asemejar esta situación a una cesión de posición contractual, en la que, indiscutiblemente, se necesita el consentimiento del cedido para que surta efectos la cesión. Esta interpretación, como bien lo señala la corte suprema, no toma en consideración la figura de la reorganización simple, que fue la utilizada por Telefónica, lo que resultaría en una vulneración a la libertad de empresa, en caso se interpretase que se requiere del consentimiento del trabajador para que el empleador pueda realizar alguna de las figuras de la reorganización de empresas.

Aunque fue una interpretación errónea, consideramos que la sala resolvió de esta manera por intentar interpretar el vacío legislativo de forma pro laboral, intentando salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores; sin embargo, al no tomar en consideración la figura societaria que se había aplicado (reorganización simple), vulneró el derecho a la libertad de empresa, pues ante un vacío legal, utilizó una figura que no tenía lugar en el proceso, pero que resultaba más conveniente para los trabajadores.

Así como este caso, con motivo de la reorganización empresarial por la que decidió pasar Telefónica en el 2011, existieron otras demandas contra dicha empresa, las cuales terminaron en similares términos, por considerarse en la corte suprema que la libertad de empresa no se podía ver entorpecida por los derechos laborales, siempre que la empresa respetara los derechos laborales adquiridos, cabe precisar, el pago de sus remuneraciones, el mantenimiento de la categoría alcanzada y el no ser trasladado a un ámbito geográfico distinto.

Además del caso de Telefónica, tenemos el caso de la Asociación Educativa Casuarinas, en el que se expresó que:

La Asociación debía asumir, de forma solidaria, el pago de los derechos y obligaciones laborales que le correspondían al trabajador demandante, el cual fue transferido del Centro Educativo Particular Los Robles, desde el inicio de su relación laboral con este último y no desde el momento en que se produjo el traslado del referido trabajador. (Casación N° 951-2005, 2006)

En este caso, consideramos que la Sala Constitucional y Social Transitoria falló correctamente al establecer la solidaridad de las dos entidades que realizaron un proceso de reorganización empresarial, en la que se vio trasladado el trabajador demandante y es que establecerlo de otro modo podría traer incentivos para las empresas de usar dichas figuras societarias como una forma de evitar cumplir con sus obligaciones laborales, cosa que sería contraria a todo el ordenamiento laboral.

Siguiendo la línea de lo resuelto en el caso de la Asociación Educativa Casuarinas, en el caso de la Fábrica de Tejidos Pisco S.A.C., la Corte Suprema resolvió que:

Cuando se produce una escisión, la empresa beneficiaria de un bloque patrimonial de la empresa escindida, asume todas las obligaciones laborales de esta última, lo que incluye los derechos laborales adquiridos por los trabajadores y la reposición de un trabajador con motivo de los procesos judiciales iniciados antes de la escisión, así lo ha indicado la Corte Suprema en la casación N° 2310-2011-Ica (Yataco Arias Abogados, 2013).

De lo concluido en el caso anterior, nos encontramos de acuerdo en que, en un proceso de reorganización empresarial como la escisión, la empresa a la que sean trasladados nuevos trabajadores asuma todas las obligaciones laborales respecto de ellos, incluyendo aquellas que sean ordenadas como consecuencia de un proceso judicial iniciado con anterioridad a dicha reorganización empresarial (como la reposición); sin embargo, el resolver que también deben hacerse cargo de los derechos laborales adquiridos, implica que la empresa adquirente podría verse en el escenario en que tenga que replicar dichos derechos y beneficios para todos los trabajadores cuyos puestos tengan características similares de aquellos trasladados tras un proceso de reorganización empresarial, o se enfrente a contingencias por reclamos que podrían basarse en el

concepto de discriminación salarial, siendo cualquiera de estos escenarios desfavorecedores para las empresas.

Lo resuelto en los diversos casos nos parece parcialmente adecuado, ya que si bien los trabajadores necesitan tener garantías que salvaguarden sus intereses (ya que esta es la finalidad del derecho laboral), consideramos que el solo plantear escenarios positivos para el trabajador, sin analizar cuales son los impactos para las empresas, tanto constituidas en el Perú como aquellas que podrían estar interesadas en invertir en el país, puede no solo significar una vulneración a la libertad de empresa, sino también un desincentivo al ingreso de la inversión extranjera. En los casos antes comentados hemos podido advertir que se toma muy en cuenta el principio de continuidad laboral; sin embargo, no se hace un análisis del impacto negativo que estas decisiones pueden traer para las empresas, lo que podría significar el entorpecimiento y encarecimiento de las operaciones de fusión, escisión y reorganización simple, debido a que las empresas tendrán que considerar dentro de sus costos (durante la negociación que se produzca para acordar la operación de reorganización empresarial) el hecho de tener que mantener puestos duplicados o áreas que, a raíz de la reorganización empresarial, ya no sean necesarias, pero que por aplicación de los principios laborales deben mantener. Del mismo modo se dejan abiertos diversas contingencias para la empresa, no solo aquellas vinculadas con el mantenimiento de los puestos laborales que pueden ya no necesitar, sino que, además, podrían verse casos como de discriminación salarial (a raíz de la duplicidad de puestos, en caso de que los trabajadores trasladados tengan beneficios adicionales) u otras demandas, a raíz de que no existe ninguna disposición en la ley que delimite cuáles son los derechos y obligaciones de las empresas que deciden realizar una reorganización empresarial.

3.1.2. Intervención de SUNAFIL en caso de denuncia de trabajadores que son trasladados de una empresa a otra

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL tiene como una de sus funciones el sancionar a las empresas que hayan incurrido en alguna de las infracciones tipificadas dentro de la Ley de Fiscalización Laboral. Su intervención puede llevarse a cabo de oficio o como consecuencia de una denuncia presentada por algún trabajador que considere que se han vulnerado sus derechos

Al no estar regulados los efectos laborales que tiene una reorganización empresarial, como cuáles son los derechos de los trabajadores que debe respetar el empleador o cuales son las posibilidades con las que cuenta para realizar determinadas desvinculaciones, SUNAFIL podría imponer sanciones a aquellas empresas que decidan realizar una fusión, escisión o reorganización simple, que tengan como consecuencia el traslado de trabajadores de una empresa a otra, basándose únicamente en las infracciones actualmente contenidas en el Reglamento de la Ley de Fiscalización Laboral (Decreto Supremo N° 019-2006-TR, 2006), el mismo que no toma en cuenta ninguna de las figuras de reorganización empresarial antes mencionadas.

Como lo hemos referido anteriormente, en una reorganización empresarial podría darse el caso de que existan dualidad de puestos de trabajo, por ejemplo, que existan dos contadores principales, cuando solo es necesario uno de ellos para ocupar dicho puesto, en este escenario, el empleador (en caso quisiera contar con ambos trabajadores) se vería en la necesidad de cambiar a uno de ellos a un puesto distinto (lo que podría implicar una rebaja de categoría), ya sea dentro de la misma área de trabajo (contabilidad) o cambiarlo a un área distinta, en ese escenario, aquél trabajador que haya sido cambiado de puesto podría denunciar ante la SUNAFIL dicho hecho enmarcándolo dentro de una infracción muy grave por considerar que se está vulnerando su dignidad (lo cual es un aspecto subjetivo) y/o que ha sido víctima de un acto de hostilidad. Recordemos que, tras la modificación que se hizo a fines del 2017 a la Ley de productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997) ahora es considerado un acto de hostilidad el rebajar de categoría a un trabajador, sin importar que exista una razón objetiva para ello, lo que hace que, a pesar de que el empleador tenga un sustento por el que redujo de categoría a un trabajador (como lo es el haber realizado una reorganización empresarial), tal acto se encontraría actualmente sancionado por la autoridad de trabajo.

Para dar otro ejemplo de cómo la actividad de la SUNAFIL, con las actuales disposiciones, podría generar un perjuicio injustificado a las empresas que decidan realizar una fusión, escisión o reorganización simple, supongamos que estamos frente a un escenario en el que se varíen las condiciones del trabajo de algunos trabajadores tras un proceso de reorganización empresarial, como designarlos a realizar trabajos distintos de aquellos que venían realizando antes de producida la reorganización, lo que no necesariamente implica una reducción de categoría (ya que ese trabajador podía ser

cambiado de puesto de analista de logística a analista de marketing), pero si implicaría que se le haya modificado unilateralmente las condiciones de trabajo; este hecho podría significar la imposición de una multa a dicha empresa por parte de la SUNAFIL.

Así como lo antes mencionado, se pueden generar otros supuestos que podrían significar contingencias para las empresas que decidan realizar una reorganización empresarial, al no encontrarse regulados ninguno de los efectos que tales operaciones tienen, como lo son otorgar garantías a los trabajadores y crear escenarios en que el empleador pueda tener alternativas legales para realizar cambios en su planilla.

3.2. Derecho Comparado

En el Perú la única regulación actual que existe relacionada con los efectos laborales en una reorganización de empresas se encuentra en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR, 2003), que señala que los convenios colectivos que se hayan suscrito deben ser respetados hasta su vencimiento incluso aunque se produzcan fusiones de empresas o escenarios similares (como lo son la escisión y la reorganización simple), fuera de esto no encontramos ninguna normativa que haga referencia a los aspectos laborales en un proceso de reorganización de empresas, lo cual consideramos que es una falencia en nuestro sistema jurídico actual, que puede traer como consecuencias que se entorpezcan las actividades empresariales o que se desincentive la inversión extranjera. Ante el escenario que nos encontramos, vemos importante recurrir a modelos internacionales, para analizar la situación de trabajadores de otros países que se vean involucrados en una reorganización de empresas, por la que su empleador haya decidido atravesar, con la finalidad de determinar si alguna de esas legislaciones contiene algunos preceptos que podamos asimilar en nuestra normativa o que nos puedan servir como base para poder plantear algunos cambios en ella.

3.2.1. La figura de la flexibilización laboral

De acuerdo a lo señalado por Cárdenas (2017):

La flexibilización laboral nace como consecuencia de la globalización, la cual implicó diversas transformaciones respecto a las relaciones laborales, tales como

inestabilidad en el empleo, desempleo, desprotección legislativa para los trabajadores y potenciación de la autonomía empresarial, permitiéndole a la empresa alcanzar los márgenes de rentabilidad esperados. (pág. 78)

La figura de la flexibilización laboral se genera como un antónimo a la estabilidad absoluta, pues mientras esta última vela porque el trabajador goce de permanencia en su puesto de trabajo (salvo que cometa alguna falta grave y sea pasible de ser despedido justificadamente), la flexibilización pretende que la rigidez del derecho laboral disminuya, para que de este modo la empresa pueda tener un mayor control de sus actividades y pueda introducir mayores cambios en las relaciones laborales e incluso, de ser necesario, proceder a desvincular a trabajadores con mayor facilidad; es decir, la flexibilización laboral se presenta como un concepto en favor de las empresas, quienes a través de ella podrían tener más opciones al momento de introducir cambios en las relaciones de trabajo, con la finalidad de que logren incrementar sus ganancias.

“Con motivo de la globalización, todos los países del mundo buscaron hacerse más atractivos, reduciendo los costos laborales y flexibilizando los sistemas de protección, con la finalidad de atraer inversiones” (Carril Vázquez, 2005, pág. 797). En ese sentido, la flexibilización laboral se dio como un cambio necesario para que las empresas quisieran invertir en aquellos países en los que existiesen costos laborales bajos y que tuviesen normas menos rígidas en materia de relaciones de trabajo.

3.2.2. Análisis del modelo en España

Haciendo referencia a la situación en España, Quiñones (2012) refiere que:

La flexibilización laboral en España se introdujo de manera progresiva, a través de una serie de reformas laborales en el tiempo, teniendo como objetivo el afrontar el problema de desempleo e incrementar la productividad de la economía española, ayudando a que el país supere momentos de crisis. (pág. 318)

La legislación española en materia laboral no inició como un modelo que tenía incluida la flexibilización y tampoco se introdujo de manera intempestiva, sino que fue ingresando progresivamente, en la medida en que dicho país determinaba que era necesario ir introduciendo cambios para hacer frente a las crisis que sufrían e implementaron cambios en su legislación laboral (flexibilizando dichas normas)

buscando una eficiencia económica a través de generar incentivos para la inversión empresarial y promoviendo la mejora de las personas en edad de trabajar, quienes se verán en la necesidad de especializarse y volverse más competitivos para seguir siendo atractivos en el mercado laboral.

En la legislación española se brindan diversas facilidades para que las empresas puedan realizar cambios en las relaciones laborales que haya celebrado, como lo señala García (2016):

La empresa está obligada a respetar los derechos que se encuentren en los diversos cuerpos normativos, así como los acordados a través de los convenios colectivos que suscriba; sin embargo, en todo lo que no haya sido regulado por alguna de las fuentes antes señaladas, se otorga un espacio libre de regulación al empleador, haciendo uso de su derecho a la libertad de empresa. (págs. 58-59)

Podemos apreciar que en España se les otorga a las empresas la libertad de poder regular las relaciones de trabajo, siempre que ello no contravenga las disposiciones legales o los convenios colectivos que la empresa haya suscrito, se prefiere que la empresa mantenga su autonomía y se le permita introducir los cambios que estime necesarios con la finalidad de generar mayores rendimientos. En ese sentido, el derecho a la libertad de empresa en España abarca:

La libertad de contratación laboral, la facultad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, facultades fiscalizadoras y sancionadoras frente a incumplimientos de los trabajadores que pongan en peligro los intereses empresariales o las expectativas mercantiles del empresario, así como el reducir el número de trabajadores contratados como consecuencia de reorganizaciones productivas, mejoras tecnológicas, etc. (García Sala, 2016, pág. 35).

La legislación española es un modelo que contempla, en materia laboral, supuestos que permiten que el derecho a la libertad de empresa que tiene el empleador se desarrolle con gran amplitud, siempre que cumpla con las condiciones indicadas en las normas y convenios colectivos, que tenga justificaciones objetivas para aplicar cambios en las relaciones laborales y que estas hayan sido comunicadas de manera oportuna y apropiada a los trabajadores que vaya afectar las decisiones que adopte la empresa, es decir, se entiende que el derecho a la libertad de empresa, como derecho fundamental, no

puede verse afectado por el ejercicio de otros derechos (incluyendo el derecho de trabajo), ya que lo contrario implicaría que el empresario vea limitadas sus facultades de modificar o direccionar su empresa de la manera en que él considere más eficiente.

Por otro lado, la legislación laboral española contempla el derecho de los trabajadores de participar de las decisiones empresariales a través de las formas de organización de trabajadores previstas en sus normas; dichas organizaciones deberán ser informadas de los cambios o decisiones que adopte la empresa e incluso ser consultadas respecto de aquellos cambios que puedan afectar a los trabajadores. Asimismo, se les otorga a los convenios colectivos el carácter de obligatorio para las partes que lo suscriben, siendo estos convenios uno de los límites a la libertad de empresa, ya que el empleador no podrá disponer arbitrariamente sobre asuntos tratados en el convenio, estando obligado a respetarlos hasta su terminación, es decir, se les otorga a los trabajadores algunas figuras que les brindan garantías frente al poder del empleador de dirigir su empresa de la manera que el considere más conveniente.

Es importante señalar que en la legislación laboral española, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, 2015), sí se hace referencia al tratamiento que tendrán los trabajadores en caso se produzca una reorganización empresarial, estableciendo disposiciones como: darle a la empresa a la que los trabajadores son trasladados la posibilidad de decidir respecto a todos los cambios que se realizarán sobre los contratos de trabajo de dichos trabajadores, lo que incluye la posibilidad de variar sus condiciones esenciales y también podrá decidir cuáles trabajadores serán desvinculados (pagándoles el monto indemnizatorio que corresponda); también se establecen obligaciones para las empresas que realicen una reorganización de empresas, como el deber informarles a los representantes de los trabajadores o, a falta de ellos, a los trabajadores, de las decisiones empresariales que les afecten, así como la responsabilidad que tienen las empresas involucradas en el proceso de reorganización de responder solidariamente por las obligaciones que hayan sido transmitidas.

Como hemos analizado, el modelo de flexibilización laboral español ha generado varios incentivos tanto para el trabajador como para el empleador, de tal manera que las relaciones de trabajo se puedan llevar de manera eficiente; por parte de los trabajadores, ellos cuentan con garantías detalladas en la ley, frente a las decisiones que pueda adoptar

el empleador, como los efectos que tienen los convenios colectivos, la participación que tienen dentro de las decisiones empresariales e indemnizaciones en caso de producirse un despido, pero también se ven en la necesidad de especializarse cada vez más, ya que no cuentan con estabilidad en el empleo, y por otro lado, el empleador tiene el derecho a la libertad de empresa especialmente protegido (teniendo limitaciones a su ejercicio reducidas), permitiéndole tener un amplio campo de acción en cuanto a la forma de gestionar su empresa, pudiendo regular incluso todos aquellos supuestos que no estén contemplados en las leyes o convenios colectivos; de esta manera el modelo de España es visto como uno de “flexiseguridad”, que es “un modelo que posee lo mejor de la flexibilización laboral con la seguridad social” (Vidal, 2012, pág. 404), es decir, se establecen mecanismos para que el empleador pueda gestionar su empresa de la forma en que él considere más eficiente, pero brindándole a los trabajadores determinadas garantías frente a las decisiones empresariales. Asimismo, la legislación laboral, la cual sigue en constante modificación con la finalidad de adaptarse a los cambios que puedan presentar las empresas, establece el tratamiento que tienen las relaciones laborales en procesos de fusión o escisión, quedando claramente establecidas las obligaciones y derechos de los trabajadores y empleadores, lo que permite a las empresas que decidan realizar una reorganización empresarial advertir todos los gastos y costos que involucran dicha operación, siendo tal escenario igualmente aplicable a aquellas empresas extranjeras que tengan interés en invertir en España.

3.2.3. Análisis de los modelos en América Latina

Al igual que en el caso de España, los países latinoamericanos también se vieron en la necesidad de flexibilizar sus leyes con la finalidad de adecuarse a las tendencias a las que nos ha llevado la globalización, en materia de relaciones entre trabajadores y empleadores. Como lo señala Vega (2005):

Desde los años 90, América Latina no ha sido ajena a los debates entre la protección y la flexibilidad en el empleo, apareciendo una serie de reformas orientadas a la reducción de algunos derechos reconocidos en la legislación del trabajo y a la reducción de los costos laborales, con la finalidad de fomentar la creación de empleos y generar una mayor competitividad. (pág. 22)

Las legislaciones en los países de América Latina tuvieron una serie de cambios dirigidos a disminuir la rigidez de la legislación laboral con miras a adecuarse a los cambios tecnológicos y de manejo empresarial que se dieron, para captar la inversión extranjera y que se generaran más empleos.

Siguiendo con lo referido por Vega, en relación a las causas que motivaron el proceso de flexibilización de las leyes laborales en América Latina, Morgado (2009), señala que:

Las reformas laborales ocurridas entre los años 1990 y 2009 disminuyeron el nivel de seguridad en el empleo por efecto de factores como: (i) el cambio que presentaron las relaciones de trabajo, (ii) el protagonismo asumido por los contratos de trabajo que antes eran considerados atípicos, (iii) la ampliación y fortalecimiento de causales de terminación de los contratos de trabajo por motivos económicos y tecnológicos y por inadaptación de los trabajadores, y (iv) el crecimiento de regímenes indemnizatorios substitutivos. (pág. 30)

De lo sostenido por Morgado, podemos apreciar que la flexibilización laboral en América Latina se dio como algo necesario para que se delimitaran los alcances que tenían las relaciones de trabajo y permitirle al empresario (empleador) que tuviese un mayor margen de acción respecto a la forma en que dirigiría su negocio, brindándole algunas alternativas para poder implementar cambios dentro de la empresa, lo que incluía la posibilidad de desvincular a aquellas personas que no contribuían a la empresa, por no adaptarse a los avances tecnológicos o por representar sobre costos para ella, pero pagándoles la indemnización correspondiente.

Respecto a los efectos que tuvieron los cambios que se dieron con motivo de la aplicación de la flexibilización laboral en América Latina, Ermida (2009) señala que:

En la mayor parte de países latinoamericanos se verificó una desregulación impuesta por el Estado, que se centró en torno a dos aspectos: (i) la disminución de beneficios laborales y (ii) la instauración de contratos con nullos o escasos derechos que llevaban a precarizar las relaciones de trabajo, e incluso se crearon regímenes especiales a los que se les desaplicaba la legislación laboral, como la tercerización y la subcontratación de personas. Dichos cambios en conjunto no significaron una mejora en el nivel de empleo y se vio un nuevo problema que era

la noción de trabajo decente, lo que suponía superar la preocupación cuantitativa por la creación de cualquier tipo de empleo, para destacar la preocupación por la calidad del empleo. (pág. 410)

Vemos que la flexibilización laboral aplicada en América Latina si bien tuvo como objetivo el que los países captaran más empresas y se crearan más empleos, generó un escenario muy desfavorable para los trabajadores, debido a que en el modelo que se aplicó no solo se incluyeron la disminución de beneficios laborales, sino que se crearon figuras laborales que generaron subempleos. Con la implementación de la flexibilización laboral, efectivamente se crearon puestos de trabajo; sin embargo, estos carecían de los beneficios laborales que tenían los contratos de trabajo antes de la flexibilización (como los contratos a tiempo parcial) y se implementaron sistemas por el que las empresas podían contratar a otras para que se encargaran de gestionar a personas para que realicen tareas en su nombre, pero sin tenerlas en planilla (intermediación y tercerización), generándose un conflicto entre los intereses del trabajador y los intereses de la empresa (empleador), ya que este último contaba con muchas figuras que hacían que no fuese necesario contratar personas por cuenta propia, sino que podía delegar dicha contratación a otras empresas, sin que tuviese que responder por los trabajadores que esas empresas emplearan.

A nuestro parecer, la implementación de la flexibilización en América Latina se hizo de forma incorrecta, pues, a diferencia de lo que sucede en España, en donde los trabajadores tienen diversas garantías para hacer frente a la actividad empresarial y se da la debida importancia a la agrupación de trabajadores, quienes participan de las decisiones empresariales que puedan afectar a los trabajadores, en muchos de los países latinoamericanos se optó por reducir beneficios laborales sin otorgar garantías suficientes para los trabajadores, creándose figuras que resultan mucho más atractivas para las empresas que la contratación directa de personas, si se tiene en cuenta que los trabajadores aún gozaban de una protección constitucional que lo asemejaba al derecho de libertad de empresa del empleador, pues si bien se introdujeron cambios en las leyes laborales, las Constituciones mantenían las disposiciones respecto al derecho de trabajo, lo que significaba que el empleador no gozaba propiamente de control en sus actividades empresariales, sino que debía considerar los intereses de los trabajadores.

Es preciso señalar que, ante la creación de los subempleos (el problema que generó la flexibilización laboral en América Latina), en Uruguay, que aplicó la flexibilización laboral inicialmente, se vio en la necesidad de introducir los siguientes cambios:

Se fortalecieron los sindicatos, se recentralizó y extendió la negociación colectiva, se estableció responsabilidad solidaria o subsidiaria de todo intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra y se adoptaron otras iniciativas legales de tutela para el trabajador, sin verificarse la pérdida de competitividad ni desempleo, sino que se vieron mejoras en la formalización y la tasa del empleo. (Ermida Uriarte, 2009, pág. 412)

Como podemos apreciar, la legislación de Uruguay, ante el problema que había originado la flexibilización laboral aplicada de la forma en que se adoptó en América Latina, tuvo que introducir cambios que favorecieran a los trabajadores, para tratar de equilibrar la relación entre ellos y sus empleadores, para que este último no cometiera abusos utilizando las figuras legales que se crearon con motivo de la flexibilización; es decir, si bien entendían que la finalidad de la flexibilización era el de atraer la inversión, no se debía dejar del lado al trabajador, quien debía tener las garantías suficientes para poder asegurar su propia estabilidad económica en aquellos casos en los que el empleador decidiera realizar cambios dentro de la empresa (aplicando un modelo de “flexiseguridad”, parecido al aplicado por España).

Tomando como referencia lo ocurrido en España y en América Latina, podemos decir que, con motivo de la globalización, la flexibilización laboral se vio como un cambio necesario con la finalidad de atraer la actividad empresarial y que con ello se generaran más empleos; sin embargo, la forma en que se debía aplicar la disminución de la rigidez de los derechos laborales era de acuerdo al contexto social y económico de cada país y de manera progresiva, pues de lo contrario, si se intentase aplicar intempestivamente un cambio normativo, esto podría generar efectos contrarios a los esperados, como crear nuevos problemas en el país.

A diferencia de lo que sucede en España, donde el derecho a la libertad de empresa tiene pocas limitaciones, en América Latina no se pueden imitar las mismas disposiciones ya que se mantiene el derecho de trabajo como un derecho fundamental de igual jerarquía que la libertad de empresa, es decir, que el ejercicio del derecho a la libertad de empresa

no podría implicar la vulneración del derecho al trabajo (contexto distinto al español). Por esta razón, a nuestro parecer, si se iban a introducir cambios en las leyes, más aún aquellos que impliquen quitarles derechos a unos (en este caso a los trabajadores) para beneficiar a otros (empleadores), persiguiendo un fin beneficioso para los primeros y para el país en general, deben realizarse analizando los posibles escenarios que se puedan presentar tomando en cuenta la realidad de cada país.

3.3. Posibilidad de aplicar modelos internacionales al sistema peruano

Las leyes de cada país son particulares a cada uno y depende de la realidad de estos; sin embargo, es posible que podamos tomar como ejemplos algunas legislaciones internacionales, con la finalidad de tener un modelo de referencia y adecuar las disposiciones que sean posibles a la realidad peruana.

En ese sentido, si bien nos parecería adecuado efectuar cambios en la legislación laboral con el objetivo de incentivar la inversión de empresas, contando con garantías para los trabajadores (la “flexiseguridad”), si tratásemos de imitar modelos como el español, que cuenta con mecanismos suficientes de protección al trabajador, pero priorizando la actividad empresarial, esto no es posible debido a que, como lo señala Quiñones (2012):

Cuando España atraviesa por el proceso de flexibilización de sus normas laborales, contaba con la “Estrategia Europea de Empleo” que estableció un conjunto de objetivos y metas que todos los países miembros debían seguir en torno a 4 pilares: (i) la empleabilidad como la lucha contra el desempleo prolongado, (ii) la creación de leyes claras en materia de creación y gestión de empresas y la simplificación administrativa para las pequeñas y medianas empresas, (iii) la adaptabilidad de las empresas a través de la modernización de la organización y la flexibilidad del trabajo, y (iv) la igualdad de trabajo. (pág. 320)

Como refiere el autor, España tenía lineamientos dispuestos por la Unión Europea para no perder de vista que, si bien se necesitaban flexibilizar las leyes laborales, con motivo de atraer las inversiones, era necesario que las personas mantuviesen empleos con salarios y condiciones que les permitieran seguir consumiendo, lo que impactaba directamente en beneficio de la economía del país, es decir, tenían claro que querían que

más empresas invirtieran en el país, pero que esto significara la creación de más puestos de trabajo y con sueldos adecuados.

Contrario a las disposiciones planteadas por la Unión Europea, en el Perú no tenemos lineamientos que establezcan estrategias para lograr que se flexibilicen las leyes laborales, pero salvaguardando los derechos de los trabajadores. En nuestro caso, cuando se flexibilizaron las disposiciones laborales, se hizo con la idea de fomentar la inversión extranjera, pero favoreciendo únicamente a los empresarios, sin tomar en consideración que los trabajadores no contaban con ningún tipo de garantía adicional ante una situación de desempleo. Tal situación se mantiene hasta la fecha y es la razón por la que no es posible aplicar cambios que prioricen la actividad empresarial, sin que antes no existan mecanismos apropiados que permitan que los trabajadores se puedan reinsertar en el mercado laboral en puestos de calidad, o que se les otorgue formas de participar en decisiones empresariales que vayan a significar afectarlos, esto sin mencionar que tenemos el problema de la informalidad laboral, lo que ha significado la creación de puestos de trabajo pero que son precarios y que no permiten que los trabajadores puedan vivir en condiciones apropiadas.

Tomando en consideración estos problemas que se presentan en el Perú, será necesario evaluar nuestra realidad antes de determinar cuáles disposiciones extranjeras son posibles aplicar y cuales, por el momento, no podemos adoptar. Del mismo modo, será necesario determinar qué garantías serán otorgadas a las partes que vaya afectar un cambio en la normativa, pues de lo contrario podríamos generar efectos negativos.

3.3.1. Flexibilización laboral en el régimen peruano

La flexibilización no fue ajena al sistema laboral peruano, ya que en nuestro país, al inicio de los 90, se emitieron una serie de disposiciones legales (incluso el cambio de constitución) que implicaron la disminución de los derechos laborales, con la finalidad de mejorar la competitividad del país frente a la globalización y reducir la informalidad; sin embargo, el proceso de flexibilización tuvo los efectos contrarios y llevaron al problema descrito anteriormente en Latinoamérica, la creación de empleo precario y que no permitía que la calidad de vida de los trabajadores fuese adecuada.

Respecto a los cambios que se dieron en Perú, con motivo de la flexibilización laboral, Tostes y Villavicencio (2012), señalan que:

Las principales medidas de flexibilización laboral fueron: (i) la eliminación de la estabilidad laboral de entrada, con la creación de las formas de contrato temporales, (ii) eliminación de la estabilidad de salida, que fue sustituido por el régimen de despido indemnizado, (iii) ingreso de las figuras de intermediación y tercerización, (iv) posibilidad del empleador de introducir cambios en las condiciones de trabajo, (v) eliminación de participación de los trabajadores en la gestión y propiedad de las empresas. (págs. 362-364)

El cambio que, a nuestro parecer fue el más grande, en materia laboral, fue el cambio de la constitución de 1979 por la de 1993, lo que significó la pérdida de la estabilidad absoluta, ya que la constitución anterior (Consititución Política del Perú de 1979), que detallaba muchos derechos en favor del trabajador, señalaba no solo que los trabajadores podían ser despedidos por causas justas señaladas en la ley, sino que le daba al Estado un rol de garante frente a los trabajadores, ya que era el Estado el que debía velar por que las personas se vieran protegidas del desempleo y del subempleo, fue cambiada por la Constitución actual (Constitución Política del Perú, 1993) que ya no fija el rol de garante que tenía el Estado frente a las personas de asegurar un trabajo decente o el fomento del empleo y eliminó la estabilidad absoluta por el régimen de indemnización en caso se produjese un despido.

Además del cambio constitucional, se introdujeren otras leyes como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997) el cual establecía un régimen de indemnizaciones en caso de producirse un despido arbitrario (por decisión unilateral del empleador), la posibilidad de introducir cambios en las condiciones de trabajo y crea la figura de los contratos sujetos a modalidad o a plazo fijo, mediante los cuales se les dio la posibilidad a las empresas de contratar a las personas por un tiempo determinado, fundamentando cada contrato en una causa objetiva, y no necesariamente mediante un contrato indeterminado.

Siguiendo la línea de darle opciones a las empresas para que no tuviesen la necesidad de contratar a plazo indeterminado a las personas, la referida ley introdujo la creación de empresas de intermediación laboral, que son empresas que se encargan de contratar personas para que sean enviadas a las empresas que lo requieran, denominadas

“usuarias”, y que realicen labores complementarias (como limpieza, seguridad) o tareas especializadas que no estén relacionadas con la actividad principal de la empresas usuarias; esta modalidad de contratación significó que las empresas pudiesen optar por suscribir contratos con estas empresas de intermediación y así evitar contratar personas directamente para realizar actividades que, a pesar de ser permanentes en toda empresa, no estaban directamente relacionadas con la actividad propiamente del negocio.

En lo que respecta al aspecto colectivo del derecho laboral, “la flexibilización inicialmente debilitó el accionar de los sindicatos y restringió derechos de negociación colectiva” (Ciudad Reynaud, pág. 249), ya que la antigua Constitución (Constitución Política del Perú de 1979) fijaba como uno de los derechos de los trabajadores el constituir sindicatos de la forma en que lo estimaran conveniente sin autorización ni obstáculos, así como la libertad de administrarlo y este solo podía ser disuelto por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la corte superior; sin embargo, con el cambio de Constitución y la entrada en vigencia de la Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada (Decreto Ley N° 25593, 1992), durante el proceso de flexibilización de los años 90, se introdujeron cambios como requisitos para constituir un sindicato, la posibilidad de que sus registros fuesen cancelados por causales adicionales a la voluntad de sus miembros y se le fijaba un plazo determinado a los convenios colectivos, los cuales veían sus efectos caducados al término de un año, salvo que las partes intervinientes pactasen lo contrario.

Aunque en materia de derecho laboral colectivo, a la fecha, se han cambiado algunas disposiciones, como la duración de los efectos de los convenios colectivos, ya que ahora su vigencia se extiende hasta que no se haya firmado uno nuevo y se han eliminado límites innecesarios para poder ser parte de un sindicato; la flexibilización laboral implicó “un desequilibrio entre tendencias flexibilizadoras y garantistas, teniendo exclusivo predominio las primeras, ya que todas las modificaciones legislativas se hicieron a favor del empleador” (Ciudad Reynaud, 2001, pág. 249)

De todos los cambios legislativos antes mencionados, a nuestro parecer, los únicos que encontraban fundamentación eran el no permitirles a los trabajadores participar de las empresas como dueños de ellas, ya que esto significaba que el empresario viese condicionada la contratación de trabajadores a entregarles, con el tiempo, parte de la titularidad de la empresa en la que él había invertido capital, y la eliminación de la

estabilidad absoluta, ya que ambos implicaban que el empresario viera vulnerado su derecho a la libertad de empresa al no poder introducir los cambios que estimase necesarios o que los trabajadores tuviesen derechos a los dividendos de la empresa, además de los que la ley ya les otorgaba por su condición de trabajadores. Respecto a los otros cambios que se incluyeron con motivo de la flexibilización, consideramos que, tal como se efectuaron, no fueron los más adecuados, y que estos pudieron haberse hecho sin necesidad de restarles a los trabajadores las garantías que la anterior Constitución les otorgaba y permitiendo que las agrupaciones de trabajadores fueran consultadas antes de realizar cambios que tenían un fuerte impacto para el trabajador.

Si bien entendemos que la flexibilización, como en todos los países, tenía como finalidad el volver más atractivo el país para atraer la inversión de empresas y que eran necesarios los cambios legislativos con motivo de la globalización, permitiéndoles a los empleadores tener mayor libertad respecto a la forma en que administraban sus empresas, consideramos que lo más adecuado hubiera sido que el Estado mantuviese una posición de garante frente a los trabajadores, promoviendo la creación de empleos adecuados y que los empleadores puedan llegar a acuerdos apropiados con los trabajadores en caso fuese necesario variar sus condiciones laborales o en caso el empleador tomara la decisión de desvincularlos.

3.3.2. Análisis de las Relaciones Laborales actuales en Perú

Después del proceso de flexibilización laboral, al igual que en la mayoría de países de América Latina, en el Perú se generaron sub empleos y se produjeron despidos masivos en las empresas, amparándose en las disposiciones que la legislación laboral contenía, además de producir que los vacíos legales fuesen “regulados” en la vía judicial, mediante sentencias que no siempre siguen criterios similares y representan una incertidumbre para las partes intervinientes en los procesos.

Como uno de los ejemplos de despidos masivos tenemos el caso de Telefónica, cuyo ejercicio abusivo terminó con la Sentencia del Tribunal Constitucional que “declaró inaplicable el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y competitividad laboral y se ordenó que la empresa reincorpore a todas las personas sindicalizadas que fueron despedidas” (Sentencia N° 1124-2001-AA/TC, 2002), lo cual es un claro ejemplo

de que la flexibilización, de la manera en que se efectuó, permitió a las empresas ejercer de manera inadecuada las disposiciones legales, haciendo que el escenario para los trabajadores fuese muy desfavorable.

En lo que respecta al sub empleo, actualmente se aprecia que la mayoría de empresas prefiere contratar a empresas de intermediación o tercerización que contratar directamente a las personas que requieren para desempeñar actividades que, a pesar de ser permanentes, no forman parte de las actividades principales de la empresa. Estas empresas, que le pagan el sueldo mínimo vital a las personas que desempeñan la actividad que necesita la empresa usuaria, al trasladarles los costos de la contratación del personal que emplean para realizar la actividad por la que las empresas usuarias las contratan y agregarles sus ganancias, terminan significando un sobre costo para las empresas usuarias, quienes prefieren pagarles ese monto superior a lo que realmente les costaría contratar directamente a las personas que desempeñan actividades como limpieza o seguridad, con la finalidad de no tener que preocuparse por personas que podrían representar contingencias en el caso que dicha empresa tomara la decisión de realizar cambios en las condiciones de sus contratos de trabajo o que no puedan desvincularlas en caso se obligue a la empresa a reponer al trabajador despedido

En lo que respecta a las sentencias que se vuelven “reguladoras” de derechos, tenemos como ejemplo el caso antes referido de Telefónica, que limitó de manera absoluta la posibilidad de la empresa de desvincular al personal sindicalizado salvo por causas justas contempladas en la ley (lo que implicó una limitación al ejercicio de la libertad de empresa, como consecuencia del ejercicio abusivo del empleador), y también existen casos en los que las sentencias tienen evidentes contradicciones respecto a un mismo caso concreto, para ejemplificar esto, tomemos el caso de los trabajadores de confianza, cuya situación presenta diversas posiciones; si bien en lo que respecta a la estabilidad, se dice que ellos “no cuentan con estabilidad y si se les retira la confianza es una causal para despedirlos o que regresen al puesto inmediato anterior, en caso hayan sido ascendidos (lo que implica una disminución de categoría)” (Cárdenas Terry, 2015, pág. 323), en relación a la indemnización de estas personas existen posiciones distintas, algunas mencionan que sí tienen derecho a la indemnización, mientras que otras sentencias establecen que aquellos trabajadores que obtuvieron el cargo de confianza con motivo de un ascenso si tienen derecho a la indemnización y, por el contrario, los

trabajadores que al iniciar la relación laboral con la empresa ingresaron directamente a puestos de dirección o confianza no tienen derecho a la indemnización. Si bien este caso se analizó en el “VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional”, el cual estimó como correcta la segunda postura en relación a la indemnización del personal de confianza, esta decisión, que a nuestro parecer carece de fundamentos legales, resulta en una vulneración de los derechos de dichos trabajadores, pues se les estaría privando de las garantías que les corresponden al ser despedidos.

Como vemos, actualmente, las relaciones laborales en Perú no se encuentran en un escenario adecuado, puesto que, además de los problemas que se generaron a raíz del proceso de flexibilización laboral en nuestro país, existen diversos vacíos legislativos que son tratados en la vía judicial, de los cuales se obtienen pronunciamientos que no permiten que ninguna de las partes tenga la certeza en cuanto al modo en que será resuelto un caso no regulado, como lo es la situación de los trabajadores en un proceso de reorganización de empresas.

En nuestro contexto actual, en el que las operaciones de fusiones y adquisiciones se empresas están aumentando, resulta relevante que las disposiciones legales contemplen los aspectos vinculados a los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que se vean involucrados en uno de dichos procesos; en caso esto no se haga, estaríamos en un escenario similar al que hemos tratado anteriormente, en el que o bien las empresas ven entorpecidos sus procesos de reorganización empresarial, por las contingencias laborales que estos podrían implicar, al no estar claros los conceptos laborales que deben respetarse, o que los jueces interpreten cada uno a su manera el vacío legal existente y tanto las empresas como los trabajadores se encuentren en una incertidumbre respecto a la forma en que sería resuelto un proceso judicial que inicie un trabajador que considere verse afectado por una reorganización empresarial.

3.4. Cambios que podrían resultar benéficos a la situación peruana

Tomando en consideración que se están incrementando el número de procesos de reorganización empresarial en el Perú y considerando la forma en que se resuelven los asuntos no regulados en un proceso judicial, hemos podido determinar que la falta de regulación de derechos laborales en un proceso de reorganización de empresas representa

un escenario poco favorable, tanto para los trabajadores como para las empresas (empleadores), ya que en caso el conflicto sea sometido a la vía judicial, el cual carece de lineamientos legales para resolver una situación como esa y que resuelve de más de una manera los casos similares, las partes involucradas podrían ver vulnerados algunos de sus derechos (ya sea la libertad de empresa o los derechos laborales); es decir, la falta de regulación generaría que aquellos conflictos vinculados con las condiciones laborales en una reorganización empresarial, presentados ante el poder judicial, se resuelvan de distintas maneras (cada una siguiendo el criterio del juez o jueces que resuelvan), sin tener una línea jurisprudencial clara, lo que haría que se pierda la seguridad jurídica para las partes intervinientes y podrían llegarse a decisiones que no resultarían óptimas y que podrían generar nuevos problemas.

Habiendo determinado que la mejor alternativa es regular los efectos laborales que tienen las reorganizaciones de empresas, corresponde analizar la forma en que sería adecuado incluir tales disposiciones en la legislación actual. Si bien la flexibilización laboral fue algo necesario para hacer más atractivo el mercado laboral y sigue siendo la actual tendencia, los modelos internacionales nos han demostrado que no debemos dejar del lado las garantías con las que los trabajadores deben contar, pues de lo contrario se generan situaciones de abuso por parte de los empleadores y se termina perjudicando la posición de los trabajadores, lo que finalmente haría que los trabajos se precaricen y la eficiencia en los trabajos realizados disminuya. Como lo señalan Vinatea y Toyama (2018): “Apostar por solo contenidos normativos protectores o por desreguladores no es lo más apropiado, lo que se debe buscar es el equilibrio entre ambos” (pág. 7)

En ese sentido, consideramos que la forma más apropiada de regular los efectos laborales en una reorganización empresarial es: (i) otorgarle a los empresarios (empleadores) suficientes alternativas para que puedan disponer de los cambios que estimen necesarios dentro de sus empresas, sustentándolas en razones objetivas; (ii) no perder de vista los principios laborales y que los trabajadores gocen de un adecuado nivel de protección, sin que esto implique que se limiten las decisiones empresariales; y (iii) que el Estado colabore en los cambios a implementarse.

3.4.1. Seguridad para el empresario y la atracción de las inversiones

Estamos de acuerdo en que el mejor escenario para los empresarios es el que las leyes laborales continúen flexibilizándose, permitiéndoles a ellos poder realizar cambios en los contratos laborales que estimen convenientes, y que la tendencia actual es que se admitan cambios que flexibilicen las disposiciones laborales. Por dicha razón se deberían adecuar las disposiciones vinculadas a las facultades que tienen las empresas para realizar cambios en las contrataciones laborales, dentro de un proceso de reorganización empresarial, las cuales deberían brindarles a los empleadores mayores alternativas para poder introducir los cambios que considere necesarios.

La rigidez laboral, “como disposiciones que impliquen estabilidad absoluta, resulta en un desincentivo para que las empresas contraten a más personas” (Tuesta, 2018, pág. 12), por lo que no es eficiente que las disposiciones mediante las cuales se regulen los efectos laborales en una reorganización de empresas partan de la premisa que todos los trabajadores trasladados deban mantener sus puestos de trabajo; por el contrario, se le debe dar la posibilidad a las empresas que puedan implementar los cambios que estimen necesarios, tanto en las condiciones laborales, como en la posibilidad de desvincular a aquellas personas que ya no resultan eficientes tras la reorganización.

Desde el punto de vista de las empresas, es lógico pensar que resulta atractivo un país que permita mayor campo de acción al ejercicio de la libertad de empresa, y para los trabajadores esto significará que se generarían más empleos (ya que más empresas tendrán incentivos para invertir en el Perú).

Haciendo referencia a la flexibilización de las normas laborales, Cárdenas (2017) señala que “permite que las empresas inserten cambios necesarios para obtener un buen desempeño, logrando que el mercado tenga un mayor crecimiento económico y mayores posibilidades de generación de empleo, lo que redundará en mayores beneficios sociales”. (pág. 107). Por lo que, si bien la flexibilización laboral actúa como un seguro para los empleadores, quienes verán menos limitados los cambios que puedan introducir dentro de su empresa, esto también genera eficiencia respecto a la oferta de más trabajos y con mejores condiciones económicas.

Tomando en consideración lo señalado y que el número de reorganizaciones empresariales está aumentando, resulta razonable señalar que las disposiciones al

respecto deban seguir una tendencia de flexibilización, permitiéndole a las empresas que puedan establecer cambios al decidir atravesar por una reorganización empresarial; sin embargo, esto no puede ser del todo permisivo, ya que, como podemos apreciar de la etapa de flexibilización en América Latina, el incluir cambios que solo tengan por finalidad favorecer al empresario, sin tener en cuenta los derechos laborales o brindarles a los trabajadores suficientes garantías, no resulta en algo eficiente.

A nuestro parecer, la forma de regular las relaciones laborales en un proceso de reorganización empresarial sería otorgarles facultades para introducir cambios en las relaciones laborales a aquellas empresas que no estén vinculadas entre ellas y que decidan realizar un proceso de reorganización, desde implementar cambios en las condiciones laborales hasta poder desvincular a aquellos trabajadores que por razones de duplicidad de puestos ya no sean necesarios, mientras que aquellas vinculadas se les apliquen los efectos que actualmente vienen siendo la tendencia jurisprudencial (que deben respetar cada uno de los contratos de trabajo, siguiendo el principio de continuidad). Esto se debe a que en el caso de las empresas vinculadas resulta más factible que utilicen las figuras de la reorganización empresarial para desvincular trabajadores de manera injustificada (amparándose en que las leyes le permiten introducir cambios en las relaciones laborales frente a un proceso de reorganización); mientras que en el caso de empresas no vinculadas, la figura de la reorganización tendría una aplicación más objetiva que sería generar mayor eficiencia para las empresas involucradas, siempre que se pueda demostrar objetivamente las causas que motivaron la reorganización.

En cualquiera de los casos, ya sea en una reorganización empresarial entre empresas vinculadas o no, resulta importante que se establezca la responsabilidad que las empresas involucradas tendrán en materia de relaciones laborales. Como lo señala Toyama: “en la transferencia de empresas entre aquellas sin vínculos económicos, la empresa que reciba el bloque patrimonial asumirá las obligaciones laborales, pero si se tratase de un fraude o simulación, ambas deberán responder solidariamente por tales obligaciones” (Como se citó en Vidal Salazar, 2012, pág. 80), esto con la finalidad de que las empresas no vinculadas no recurran a mecanismos como la reorganización empresarial para desconocer las obligaciones laborales que deben honrar; lo mismo se debería aplicar a aquellas empresas vinculadas, con la salvedad de que en el caso de las empresas vinculadas no sería recomendable permitirles desvincular a trabajadores con

motivo de una reorganización, pues en ese escenario resultaría en una oportunidad para que dichas empresas (que son controladas por las mismas personas) realicen abusos, lo que resulta contrario al equilibrio buscado.

De otro lado, tomando en consideración las disposiciones del Reglamento de la Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres (Decreto Supremo N° 002-2018-TR, 2018), sería importante que se estableciera como una justificación de diferencias salariales el traslado de trabajadores de una empresa a otra con motivo de una reorganización empresarial, pues de otro modo, las empresas estarían en un escenario en el que tendrían que nivelar todos los salarios de personas que realizaban funciones similares antes de la reorganización (lo que implica un sobre costo para ellas) o estarían en una posición que implicaría contingencias laborales a raíz de estar incumpliendo con lo dispuesto en la referida disposición (ya sea por denuncias presentadas o por fiscalizaciones por parte de la autoridad laboral). A nuestro parecer la inclusión de este supuesto en la norma antes mencionada tiene un carácter objetivo y permitiría que las reorganizaciones empresariales se realicen con mayor facilidad.

3.4.2. Implementación de cambios laborales en pro del trabajador y salvaguardando los intereses del empresario

Como lo señala Vidal (2012), haciendo referencia a las implicancias laborales en operaciones societarias: “El derecho laboral debe adaptarse a los nuevos tiempos, es decir, debe modernizarse, pero sin perder su esencia protectora” (pág. 66). Por lo que, si se quieren introducir cambios que permitan que los empleadores puedan ejercer con mayor amplitud el derecho a la libertad de empresa, será necesario que existan disposiciones que garanticen a los trabajadores que existirá la adecuada protección frente a los cambios que el empleador pueda necesitar implementar en su empresa.

Además de lo dispuesto en el sub capítulo precedente (respecto a la responsabilidad solidaria de las empresas que realicen una reorganización de empresas con respecto a las deudas laborales), de los modelos internacionales podemos aplicar algunas disposiciones que podrían favorecer a las relaciones laborales, sin que se obstruya la actividad empresarial, los cuales podemos dividir en garantías individuales y colectivas.

Respecto a las garantías individuales, consideramos que lo más apropiado sería que el trabajador gozara de una indemnización más elevada, como sabemos en el Perú, actualmente, la indemnización asciende a un sueldo y medio por cada año trabajado, teniendo el tope de 12 remuneraciones, lo que significa que después de 8 años de servicios, el trabajador no verá ningún incremento en el valor de su indemnización en caso fuese despedido. Como menciona Blancas (2015), respecto a la ampliación de la indemnización por despido:

Es crucial que, sin cambiar el modelo actual de estabilidad relativa, se pueda ampliar el periodo de servicios indemnizable de 8 a 16 años y de ser necesario a esos 8 años adicionales establecerles una escala distinta a la actual de un sueldo y medio por año, de esta manera se reforzaría la protección contra el despido. (pág. 180)

Compartimos la idea del profesor Blancas respecto a incrementar el tope de la indemnización a pagárseles a los trabajadores con motivo de un despido, más aún si se tiene en cuenta que esto favorecería a aquel trabajador con más edad, al cual le resulte más complicado establecer una nueva relación de trabajo con otro empleador. Además, tomando en consideración que, en la actualidad, las empresas pagan a sus trabajadores montos más elevados que el tope de indemnización al que tienen derecho, bajo el concepto de “pago a título de gracia”, el cual está sujeto al pago de tributos y por tanto el trabajador no recibe el monto total que el empleador está dispuesto a pagar, no se generaría un perjuicio para las empresas, quienes solo tendrían que pagarles a los trabajadores por el concepto de indemnización en lugar de destinar un porcentaje del pago a título de gracia como pago por impuesto a la renta.

En relación a las garantías colectivas, vemos que en los modelos internacionales se les otorga a las organizaciones de trabajadores una participación activa en cuanto a los cambios laborales que la empresa decida implementar, esta participación consiste en que las empresas deben comunicarles a dichas organizaciones de los cambios que impacten a los trabajadores, con la finalidad de que ellas puedan presentar opiniones al respecto y alternativas que sean lo menos lesivas posibles para los trabajadores a los que representan. En ese sentido, haciendo referencia a las garantías a incluirse en materia de derecho laboral colectivo en caso de una reorganización de empresas, Cermeño (2012) señala que:

En los procesos de transmisión de empresas se deberían analizar: (i) la continuidad de los convenios colectivos, mientras no se haya suscrito otro, (ii) el mantenimiento de la representación sindical y protección de los representantes de trabajadores y (iii) el reconocimiento de los derechos de información y consulta a las organizaciones sindicales que representen a los trabajadores afectados con los cambios implementados por la empresa. (pág. 175)

Como lo hemos mencionado anteriormente, el derecho laboral colectivo es el que permite que un grupo de trabajadores organizados puedan negociar con sus empleadores mejoras en sus condiciones salariales o que se les otorguen otros beneficios, con mayores opciones de las que tendría el trabajador negociando individualmente, por lo que resulta apropiado analizar qué garantías deben tener tanto estas organizaciones de trabajadores, así como los acuerdos a los que hayan llegado con sus empleadores, en caso ellos decidan realizar una reorganización empresarial.

Para salvaguardar los derechos laborales, consideramos razonable que, de producirse una reorganización empresarial, los sindicatos subsistan y que puedan negociar tanto por los trabajadores que aún permanezcan a la empresa en donde se constituyó el sindicato, así como con la nueva empresa a la que fueron trasladados, esto con la finalidad de que no se utilicen las figuras de reorganización como un medio para perjudicar las negociaciones de los sindicatos que se encuentren en curso (sobre las que no existe ninguna disposición) o que se busque que los sindicatos pierdan fuerza al momento de negociar un convenio colectivo futuro (en caso se trasladen parte de sus afiliados a una nueva empresa). Es importante señalar que, en el caso de aplicarse este cambio, no habría necesidad de establecer una continuidad de los convenios colectivos, ya que al mantener la actividad sindical, permitiéndoles negociar tanto con la empresa que subsista (en caso de fusión) o con las dos empresas en las que ahora se encuentran divididos sus afiliados (escisión o reorganización simple), el Sindicato podría continuar negociando los convenios en curso y, del mismo modo, podría negociar con cualquiera de las empresas los nuevos convenios a suscribirse, después que termine la vigencia de aquel que haya sido firmado antes de producirse la reorganización empresarial.

En lo que respecta a la posibilidad de que los sindicatos puedan intervenir en las decisiones de la empresa, esto podría verse de manera negativa por parte de los empleadores, quienes buscan poder implementar cambios en sus empresas sin necesidad

de contar con autorización de alguien que no ostente la condición de dueño de la empresa (siendo esta la tendencia de la flexibilización laboral); en ese sentido, consideramos que no resultaría prudente establecer disposiciones al respecto sin que se delimiten en qué casos sea necesario que las agrupaciones de trabajadores emitan alguna opinión en relación a los cambios que la empresa quisiera realizar. A nuestro parecer, la actividad sindical no debería entorpecer las actividades empresariales que tengan fundamentos objetivos (ya sea porque la productividad pueda mejorar o porque se requieren cambios en el personal para que se adapten a las necesidades de la empresa) y siempre que esto pueda ser sustentado; sin embargo, podría ser factible que el sindicato presentase, sin alterar el plan de eficiencia buscado por la empresa, algunas propuestas alternativas que perjudiquen menos a sus afiliados, siempre que puedan demostrar que con dichas propuestas la empresa pueda llegar a la condición de eficiencia buscada; esto tendría que estar acompañado de un plazo para que el sindicato presente propuestas y, al mismo tiempo, facultar a la empresa de poder introducir los cambios que tenía previstos, en caso los sindicatos no presentes propuestas a tiempo, o si a pesar de haberlas presentado, no resulta rentable para la empresa (esto con la debida sustentación, para evitar que se vulneren derechos laborales).

3.4.3. Actividad estatal que puede ser implementada para permitir mayor campo a la libertad de empresa

Los cambios antes analizados, respecto a los aspectos laborales en una reorganización de empresas, no podrían llevarse a cabo si no se cuenta con la intervención estatal correspondiente, que busque tanto el bienestar de los trabajadores como la atracción de las empresas, no uno por encima de otro, sino una situación de equilibrio. La principal deficiencia de la flexibilización laboral aplicada en el Perú fue que no tuvimos un marco político de referencia y que la reforma laboral tuvo como única finalidad el favorecer al empresario, ignorando factores importantes como los derechos de los trabajadores y sin que el Estado garantizase empleos de calidad o realizara un plan apropiado para disminuir el desempleo.

A nuestro parecer, incluir determinadas disposiciones que se utilizan en modelos internacionales, sería viable siempre que el Estado tenga una activa participación en el proceso de inclusión de los cambios, ya que, como refiere Blancas (2012): “imitar un

modelo internacional careciendo de contexto político, institucional, económico y social que lo respalden podría traer como consecuencias un escenario de despidos libres o precariedad laboral, que resulta contrario al modelo de la flexiseguridad” (pág. 401); en ese sentido, corresponde que analicemos qué actividad estatal es necesaria implementar, con la finalidad de lograr una situación de equilibrio entre empleadores y trabajadores.

Lo primero que el Estado debería tener en consideración es volver a tener el estado de garante que tenía con la Constitución anterior (Constitución Política del Perú de 1979, 1979), asegurándose de implementar las condiciones necesarias para que se disminuyan los sub empleos y que el periodo en que las personas se encuentren desempleadas sea menor. Haciendo referencia a los cambios necesarios en el Perú para poder implementar los modelos internacionales, Vidal (2012) detalla que:

Para incluir la flexiseguridad en el Perú, se necesita: (i) implementar una relación de equilibrio entre políticas de empleo y sociolaborales que tengan en cuenta la realidad del mercado de trabajo y sus tendencias pasadas y futuras, (ii) Regular adecuadamente la flexibilización, (iii) reconocer el valor del trabajo decente como herramienta para la mejora del país, (iv) fomentar la participación sindical en la implementación de políticas sociales, (v) establecer políticas de empleo y protección en casos de desempleo, transición de empleos y formación. (pág. 434)

Vemos que es necesario que el Estado establezca un plan de trabajo apropiado, el cual permita flexibilizar leyes laborales, con la finalidad de atraer la inversión de las empresas, pero contando con garantías apropiadas para las personas (trabajadores), lo que incluye no solo indemnizaciones, sino también que haya oportunidades para que las personas puedan volverse más atractivas al momento de buscar trabajos. De no tener claro esto, el efecto que traería la aplicación de la flexibilización de las leyes laborales, que solo tomen en cuenta los intereses del empresario, es que el empleo se precarice más y esto termine afectando la productividad en el país, tal como sucedió durante la flexibilización del Perú en los años 90.

Además de contar con una regulación apropiada que cubra los vacíos legales existentes en materia de relaciones laborales en los procesos de reorganización de empresas y políticas que busquen un equilibrio entre la actividad empresarial y la fuerza laboral, es importante que el Estado otorgue mecanismos de fiscalización adecuados, con la finalidad que no se cometan abusos por parte del empleador y que los trabajadores, si

bien tengan participación en determinadas decisiones empresariales, no sean un obstáculo para que la empresa pueda efectuar cambios internamente.

Haciendo referencia a algunos aspectos a mejorar en la fiscalización laboral, Ulloa (2015) señala que estos son: “(i) unificar los criterios utilizados por los inspectores, (ii) Celeridad en determinados procedimientos y (iii) establecer un sistema mediante el que se conozcan las sanciones impuestas a las empresas” (pág. 567). Estas posibilidades de mejora permitirían que al momento de realizar las fiscalizaciones laborales en procesos de reorganización empresarial (y en general en cualquier aspecto laboral), puedan realizarse de manera más eficiente, brindándoles a los intervinientes de la relación laboral una mayor seguridad en caso se inicie una fiscalización, por un lado el empleador tendría una línea clara de la forma en que la autoridad de trabajo resuelve casos similares y, por otro lado, los trabajadores tendrían la seguridad de que sus denuncias serán atendidas de acuerdo a las disposiciones legales correspondientes y, con la implementación de un sistema que registre las sanciones aplicadas a las empresas, los trabajadores podrían tener un mejor soporte para poder defenderse frente a abusos del empleador (en caso sea reiterativo o no haya cumplido con subsanar la actividad que motivó la sanción) .

Finalmente, en lo que respecta al plan estatal, consideramos importante que el Estado promueva un cambio en relación a la estabilidad ya que, actualmente, la estabilidad es vista como un derecho desde el momento en que se supera el periodo de prueba en los contratos indeterminados, lo que genera que el trabajador no cuente con incentivos para progresar y más bien genera un incentivo para que las empresas quieran desvincularlo. Como lo señalan Toyama y Vinatea (2017): “La estabilidad laboral debería ganarla cada trabajador con su dedicación y esfuerzo. La empresa estabiliza a los mejores y se desprenden de quienes no agregan valor.” (pág. 7). La idea expuesta resulta lógica, ya que las empresas siempre buscarán mantener a las personas más productivas, esto es lo que debe impulsar el Estado, ya que, en un escenario como este, serían las empresas quienes buscarían estabilizar a los trabajadores, siempre que exista de parte de ellos un crecimiento y capacitación constante, lo que tendría un efecto positivo en el país.

CONCLUSIONES

- Actualmente las operaciones de reorganizaciones de empresas se encuentran aumentando; tomando en consideración que el derecho se ajusta a la realidad del país y que existen una serie de aspectos controvertidos en materia de relaciones laborales que tienen las empresas y los trabajadores, resulta necesario que se contemplen los efectos laborales en las reorganizaciones empresariales, a efectos de delimitar cuáles serán los derechos y limitaciones que cada una de las partes tendrán en un escenario como este, permitiendo que exista un equilibrio entre los intereses de ambos.
- En nuestra legislación actual contamos con un derecho societario que contempla disposiciones vinculadas a la libertad de empresa, sin contemplar el factor humano de manera apropiada, a pesar de que este es determinante en la vida de una empresa y, por otro lado, tenemos una legislación laboral que contempla obligaciones para el empleador y derechos del trabajador que no tiene en cuenta que limitar la actividad empresarial desmotiva la inversión y con ello no se generan más puestos de trabajo. Si bien ambas ramas del derecho parecen contraponerse, la realidad es que están vinculadas al punto en que una no puede existir sin la otra, por lo que es importante lograr un equilibrio entre ellas a efectos que el derecho a la libertad de empresa no se vea afectado por el derecho del trabajo y que los derechos laborales cuenten con suficientes mecanismos que permitan que los intereses de los trabajadores no queden relegados.
- La mejor manera de armonizar los derechos del empresario (empleador) y del trabajador es aplicar el modelo de la “flexiseguridad” que implica otorgarles libertades a los empleadores, ya que con esto se genera un incentivo para atraer la inversión de diversas empresas, lo que significa la creación de puestos de trabajo de calidad, pero dotando a los trabajadores de suficientes garantías que les permitan afrontar los cambios que se produzcan en la empresa. En ese sentido, la forma de regular los derechos laborales en una reorganización de empresa debería ser permitirles a los empresarios introducir los cambios que objetivamente

resulten necesarios para que las empresas sean rentables y puedan ajustarse a las situaciones que puedan presentarse, mientras que los trabajadores deberían tener una participación más activa en dichos cambios, ya que de otro modo, si solo se toma en cuenta el interés del empleador, tendremos un escenario desfavorable como el que se produjo con el ingreso de la flexibilización laboral en Perú.

- Las consecuencias de no regular los efectos laborales en las reorganizaciones empresariales son que dichos casos terminarían siendo interpretados por los jueces, quienes, ante el vacío legislativo, utilizarían su criterio para resolver los casos que lleguen al Poder judicial. Como se ha analizado en la investigación esto trae efectos negativos para las partes involucradas, como el que no cuentan con seguridad respecto a la forma en que se vaya a resolver un proceso, ya que cada juez puede utilizar un criterio distinto, y que se genere un escenario que implique sobre costos para la empresa que carezca de suficiente fundamento legal, lo que provocaría que estas operaciones se puedan ver perjudicadas o terminen inconclusas, trayendo como consecuencia que las empresas pierdan incentivos por invertir, lo que finalmente terminaría perjudicando al mercado laboral.
- La regulación de derechos laborales en un proceso de reorganización de empresas debe estar acompañada de mecanismos de fiscalización apropiados que garanticen que las empresas no cometan abusos y de una actividad estatal que esté orientada no solo a fomentar la inversión de empresas, sino que tome en consideración los intereses de los trabajadores para evitar escenarios de precarización del empleo, de informalidad o escenarios en que los trabajadores no tengan suficientes garantías que les permitan superar los cambios empresariales.

RECOMENDACIONES

- Tomando en consideración lo investigado y el escenario actual del país, a nuestro parecer, una primera propuesta de normativa que regule los derechos laborales en los procesos de reorganización empresarial sería incorporar a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral las siguientes disposiciones:

TITULO XX

DERECHOS LABORALES EN UNA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Reorganización de empresas

Art. XX.- Para efectos de lo dispuesto en este título se entenderá por Reorganización empresarial a la fusión, escisión y reorganización simple, contenidas en la Ley General de Sociedades.

Empresas vinculadas.

Art. XX.- Se considerará que existen empresas vinculadas en los siguientes supuestos:

1. Cuando dos o más empresas, jurídicamente independientes, actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente.
2. Cuando dos o más empresas, jurídicamente independientes, tengan a los mismos dueños, sin importar la proporción de acciones o participaciones que tengan en cada empresa.
3. En los casos en que una empresa tenga acciones o participaciones en otra, sin importar el porcentaje de control.

Transferencia de Trabajadores

Art. XX.- La transferencia de trabajadores entre empresas, con motivo de la aplicación de cualquiera de las figuras de Reorganización Empresarial, no podrá

afectar los beneficios legales o convencionales de éstos, y se deberá respetar el tiempo de servicios para todos los efectos legales.

Art. XX.- La transferencia de trabajadores conforme lo señalado en el artículo anterior no extingue, por sí misma, ninguna relación laboral, quedando el nuevo empleador subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Las empresas involucradas en la transferencia de trabajadores responden solidariamente por cualquier concepto laboral que se haya originado antes y hasta que se haga efectiva la reestructuración societaria.

Efectos Laborales de las Reorganizaciones de Empresas

Art. XX.- Tratándose de empresas vinculadas que hagan uso de alguna de las figuras de Reorganización Empresarial, la empresa a la que son transferidos los trabajadores deberá respetar los vínculos de trabajo que mantenían con su anterior empleador.

En el caso de las empresas no vinculadas que hagan uso de alguna de las figuras de reorganización empresarial antes referidas, la empresa a la que son transferidos los trabajadores podrá desvincular a aquellos transferidos cuyos puestos y funciones sean similares a otros existentes en la empresa adquirente y no fuesen requeridos en ella, lo cual será sustentado con el cuadro de categorías y funciones de cada una de las empresas. De optar por la desvinculación de algunos o todos los trabajadores cuyos puestos y funciones sean iguales a aquellos existentes en la empresa adquirente, esos trabajadores desvinculados tendrán derecho a la indemnización por despido que les corresponda.

Art. XX.- Los Sindicatos, cuyos afiliados hayan sido transferidos a otra empresa con motivo de una reorganización empresarial, podrán seguir representando a dichos trabajadores en defensa de sus intereses siguiendo lo establecido en la Ley de la materia. Los Sindicatos, de aquellas empresas que hayan decidido realizar una Reorganización empresarial, no perderán su Registro ni estarán obligados a disolverse, pudiendo realizar los cambios que sean necesarios en su Registro con la finalidad de que puedan seguir representando a todos sus afiliados transferidos o no.

Art. XX.- Si al momento de producida la reorganización empresarial algún Sindicato se encontrase negociando un convenio colectivo, los efectos de este serán aplicados a los trabajadores miembros de dicho Sindicato, que hayan sido transferidos a otra empresa, tan pronto se haya suscrito.

Fiscalización y control

Art. XX.- La entidad encargada de fiscalizar el contenido de este título será la Superintendencia de Fiscalización Laboral – SUNAFIL.

Para que sean válidas las desvinculaciones que las empresas no vinculadas realicen, con motivo de una reorganización empresarial, deberán presentar a la Autoridad de Trabajo el cuadro de categorías y funciones de cada una de ellas, adjuntando el cargo de recepción por parte de los trabajadores que hayan decidido desvincular; de lo contrario, esas desvinculaciones serán consideradas como nulas.

- Además del proyecto normativo antes propuesto, consideramos que la viabilidad del modelo que sugerimos depende también que se evalúe la posibilidad de incrementar el tope del monto de indemnización por despido arbitrario, que a la fecha es de 12 remuneraciones, ya que, si bien consideramos que es importante hacer atractivo el país para fomentar la inversión, ese incremento en el monto indemnizatorio permitirá que los trabajadores puedan afrontar mejor las situaciones de desvinculación, como la planteada con motivo de una reorganización de empresas.

REFERENCIAS

- A la deriva. (20 de agosto de 2018). *Diario Gestión*, pág. 26.
- Arce, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú Desafíos y deficiencias* (Primera ed.). Lima: Palestra.
- Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo* (primera ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Blancas Bustamante, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.
- Blancas, C. (2012). Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. En Facultad de Derecho PUCP, *erecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho N° 68 El rumbo de las reformas laborales - Balance y perspectivas* (págs. 383-402). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Broseta, M., & Martínez, F. (2014). *Manual de Derecho Mercantil* (Vigésimo Primera ed.). Madrid: Tecnos.
- Burneo Farfán, K. (14 de marzo de 2018). La calle está dura. *Diario Gestión*, pág. 23.
- Cárdenas Sierra, R. (2017). *Flexibilizaciónn laboral y justicia distributiva* (Primera ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Cárdenas Terry, E. (2015). Tendencias jurisprudenciales sobre protección contra el despido de los trabajadores de confianza. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Primera ed., págs. 311-324). Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
- Carhuatocto, H. (2005). *La persona jurídica en el derecho contemporáneo* (Primera ed.). Lima: Jurista Editores.
- Carril Vázquez, X. M. (2005). El nuevo Escenario del Derecho del Trabajo: Globalización, Estado, ordenamientos supranacionales y la sociedad internacional de nuestros días. En J. L. Collantes González, *Temas Actuales de Derecho Laboral* (Primera ed., págs. 793-814). Trujillo: Editora Normas Legales.
- Carrillo Acosta, J. (13 de marzo de 2018). Oportunidad para empezar a ahorrar. *Diario Gestión*, pág. 22.

- Casación Laboral N° 4573-2013 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 02 de diciembre de 2013).
Obtenido de
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5f2a6b0042a422aa958a9dfb4b69e528/4573-2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5f2a6b0042a422aa958a9dfb4b69e528>
- Casación N° 951-2005 (Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 14 de marzo de 2006). Obtenido de
<http://trabajodigno.pe/wp-content/uploads/2016/02/Los-contratos-de-trabajo-de-duraci%C3%B3n-determinada.pdf>
- Cermeño Durand, C. (2012). Aproximaciones a la regulación de la transmisión de empresas en el derecho laboral peruano. En Sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social, *V Congreso Nacional SPDTSS "Tendencias y perspectivas laborales: juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario"* (Primera ed., págs. 163-178). Lima: Imprenta Editorial El Búho.
- Ciudad Reynaud, A. (2001). Efectos de la Flexibilización del Derecho Individual del Trabajo sobre las relaciones colectivas en Perú. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Balance de la Reforma Laboral Peruana* (Primera ed., págs. 249-263). Lima: Industrial Papiros S.A.
- Confederación General de Trabajadores del Perú. (25 de agosto de 2016).
Publicaciones; Instituto de Estudios Sindicales. Obtenido de Página web del Instituto de Estudios Sindicales:
<https://www.iesiperu.org.pe/documentos/publicaciones/LGT%20SEP%202015.pdf>
- Constitución Política del Perú de 1979*. (13 de julio de 1979). Obtenido de Sitio web del Sistema Peruano de información Jurídica:
[http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPperuhistorico/coleccion00000.htm/tomo00163.htm/sumilla00174.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_CONSTITUCION-1979](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPperuhistorico/coleccion00000.htm/tomo00163.htm/sumilla00174.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_CONSTITUCION-1979)
- Constitución Política del Perú*. (30 de diciembre de 1993). Obtenido de Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Decreto Ley N° 25593, Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada (02 de julio de 1992). Obtenido de
<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00437.htm/a%C3%B1o70532.htm/mes72707.htm/dia72718.htm/sector72719.htm/sumilla72721.htm>
- Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (21 de marzo de 1997).
Obtenido de
<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00431.htm/a%C3%B1o88017.htm/mes88627.htm/dia88866.htm/sector888>

67.htm/sumilla88869.htm?f=templates\$fn=document-frame.htm\$3.0#JD_salas380

Decreto Supremo N° 002-2018-TR, Reglamento de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres (8 de marzo de 2018).
Obtenido de
http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00437.htm/a%C3%B1o515013.htm/mes519049.htm/dia519638.htm/sector519687.htm/sumilla519688.htm#JD_002-2018-TR

Decreto Supremo N° 010-2003-TR. (30 de setiembre de 2003). *Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*. Obtenido de
[http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00431.htm/a%C3%B1o152833.htm/mes166342.htm/dia166557.htm/sector166595.htm/sumilla166596.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_m43212](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00431.htm/a%C3%B1o152833.htm/mes166342.htm/dia166557.htm/sector166595.htm/sumilla166596.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_m43212)

Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (28 de octubre de 2006). Obtenido de
http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00437.htm/a%C3%B1o224736.htm/mes244751.htm/dia248219.htm/sector248265.htm/sumilla248267.htm#JD_DS019-2006-TR

Echaiz Moreno, D. (2002). *La empresa en el Derecho Moderno* (Primera ed.). Lima: Gráfica Horizonte.

Elías Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano La ley General de Sociedades del Perú - Tomo II* (tercera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Encuesta Pulso Perú. (12 de junio de 2018). Caen de 41% a 31% los que creen que la legislación debería limitar el despido. *Diario Gestión*, pág. 18.

Ermida Uriarte, O. (2009). Políticas Laborales después del Neoliberalismo. En Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI* (Primera ed., págs. 407-428). Lima: Ara Editores.

Ferrero, G. (18 de abril de 2018). Las fusiones y adquisiciones en el Perú siguen caminando. *Gestión*, pág. 18.

García Sala, A. I. (2016). *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores* (Primera ed.). Madrid, España: Thomson Reuters.

Hernández Gazzo, J. (2005). Apuntes sobre la reorganización simple en la legislación peruana. En Instituto Peruano de Derecho Mercantil, *Tratado de Derecho Mercantil Tomo I* (Segunda ed., págs. 1207-1225). Lima: Gaceta Jurídica.

Higa García, A. (2017). *La Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales - Un enfoque sustantivo y procesal* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

- Hundskopf, O. (2012). *Manual de Derecho Societario* (Segunda ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Kresalja, B. (2004). La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En Pontificia Universidad Católica del Perú, *Homenaje a Jorge Avendaño - Tomo I* (Primera ed., pág. 541). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ley 26887. (15 de noviembre de 1997). *Ley General de Sociedades*. Obtenido de [http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00432.htm/a%C3%B1o89391.htm/mes93189.htm/dia93313.htm/sector93314.htm/sumilla93317.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_salas2380](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00432.htm/a%C3%B1o89391.htm/mes93189.htm/dia93313.htm/sector93314.htm/sumilla93317.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_salas2380)
- Montoya Chávez, V. (2010). ¿Qué es la libertad de empresa? En J. M. Sosa Sacio, *Los Derechos Fundamentales - Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho* (Primera ed., págs. 401-435). Lima: Gaceta Jurídica .
- Morgado Valenzuela, E. (2009). Seguridad del Empleo: Visión actual de la terminación de la relación de trabajo en Iberoamérica. En Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Actualidad del Derecho del Trabajo* (Primera ed.). Lima: Grupo Editorial Arteidea E.I.R.L.
- Navascues, M. (04 de febrero de 2013). *"Lo más importante en una fusión o adquisición es retener el talento humano": Gestión*. Obtenido de Sitio web de Diario Gestión: <https://archivo.gestion.pe/empleo-management/lo-mas-importante-fusion-adquisicion-retener-talento-humano-2058256>
- Puntriano, C. (21 de octubre de 2014). *¿Qué le espera al trabajador en una fusión o adquisición?* Obtenido de El Comercio: <http://elcomercio.pe/economia/peru/le-espera-trabajador-fusion-adquisicion-178756>
- Quiñones, S. A. (2012). La flexibilidad laboral en España y Perú: análisis de ciertos aspectos diferenciadores. En Facultad de Derecho PUCP, *Derecho PUCP - Revista de la Facultad de Derecho N° 68 - El rumbo de las reformas laborales, Balance y Perspectivas* (págs. 309-334). Lima: Fondo editorial PUCP.
- Real Decreto Legislativo 2/2015. (24 de octubre de 2015). *Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. España. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>
- Resolución de Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 038-2013-SUNARP/SN. (15 de febrero de 2013). *Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas*. Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Reyes, F. (2000). *Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades* (Primera ed.). Bogotá: Temis.

- Sánchez, F., & Sánchez-Calero, J. (2011). *Instituciones del Derecho Mercantil Volumen I* (Trigésima cuarta ed.). Navarra: Thomson Reuters.
- Sanguineti Raymond, W. (2009). La Tutela de los derechos fundamentales del trabajador en las cadenas de producción de las empresas multinacionales. En Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (Primera ed., págs. 205-235). Lima: ARA Editores.
- Sardón, J. (21 de noviembre de 2017). El rol del juez en una sociedad de libertades. *El Peruano - Edición Jurídica*, pág. 2.
- Sentencia N° 1124-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 2002). Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>
- Sudarsanam, P. (1996). *La esencia de las Fusiones y Adquisiciones* (Primera ed.). (M. Perez, Trad.) México: Prentice Hall hispanoamericana S.A.
- Tostes, M., & Villavicencio, A. (2012). Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú. En Facultad de Derecho PUCP, *Derecho PUCP - Revista de la Facultad de Derecho N° 68 El Rumbo de las Reformas Laborales, Balance y Perspectivas* (págs. 355-382). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). El tratamiento jurídico de las reestructuraciones empresariales en el Derecho Laboral peruano. En Sociedad Peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social, *Laborem N° 14/2015 - Empresa y Relaciones de trabajo en el siglo XXI* (Primera ed., págs. 129-152). Lima: El Búho.
- Toyama, J. (2015). *El Derecho Individual de Trabajo en el Perú un Enfoque teórico-práctico* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Toyama, J., & Vinatea, L. (setiembre de 2017). Estabilidad Laboral: un balance y una oportunidad. *Soluciones laborales*(117), 7-8.
- Tuesta, D. (9 de mayo de 2018). Fallo del TC limita atar la productividad al mercado laboral. *Diario Gestión*, pág. 3.
- Tuesta, D. (15 de mayo de 2018). Hay que buscar el equilibrio. *Diario Gestión*, pág. 12.
- Ulloa Millares, D. (2015). Sugerencias para un mejor funcionamiento de la administración de la fiscalización laboral en Perú. En Sociedad Peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social, *VI Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (Primera ed., págs. 559-568). Lima: Imprenta Editorial El Búho.
- Vaie, S. (2014). *Fusión y Escisión de Sociedades* (Primera ed.). Bogotá: Editorial Teemis S.A.

- Vega Ruis, M. L. (2005). *La reforma laboral en América Latina: 15 años después* (Primera ed.). Lima: Publicaciones de la Oficina Internacional de Trabajo .
Obtenido de http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_2.pdf
- Vidal Salazar, M. (2012). La relación del Derecho laboral con el derecho societario y su visión a partir de los sujetos de la relación laboral. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *V Congreso Nacional SPDTSS "Tendencias y perspectivas laborales: juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario"* (Primera ed., págs. 59-93). Lima: Imprenta Editorial El Búho.
- Vidal, Á. (2012). El debate europeo sobre la flexiseguridad: algunas lecciones para el sur. En Facultad de Derecho PUCP, *Derecho PUCP - Revista de la Facultad de Derecho N° 68 - El rumbo de las reformas laborales, Balance y Perspectivas* (págs. 403-434). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vinatea, L., & Toyama, J. (Enero de 2018). La rigidez y la flexibilidad otra vez. *Soluciones Laborales*(121), 7-8.
- Yamakawa, P. (16 de agosto de 2018). Hacia una organización ágil. *Diario Gestión*, pág. 6.
- Yataco Arias Abogados. (5 de julio de 2013). *En una escisión el nuevo empleador es responsable de la reposición del trabajador despedido por la empresa escindida*. Obtenido de Gestiones Laborales: <http://gestioneslaborales.blogspot.com/2013/07/en-una-escision-el-nuevo-empleador-es.html>