



**DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

El Convenio Colectivo Tripartito como respuesta al Principio de Continuidad en la  
Escisión Empresarial

Tesis presentada por el (la) Bachiller en Derecho:

**MALENA LAURA VELARDE RONDAN**

Para optar el título profesional de Abogado

**Asesor: Mg. Mauricio Matos Zegarra**

**AREQUIPA, 2021**

*A mis padres Lissia y Jorge, que con amor, fe y dedicación me enseñaron a luchar por mis sueños.*

*A mis hermanos Sofía y Matías, siempre juntos en el camino.*

*A la familia Rondán, gracias por creer en mí.*

*A San Judas Tadeo, por devolverme la esperanza y guiar mis pasos.*

*A mi asesor, el Dr. Matos Zegarra, por el constante apoyo y guía.*

## INDICE

### INTRODUCCION

#### I. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL

1. Derecho al Trabajo: Aproximaciones y alcances .....	1
1.1 Concepto y naturaleza jurídica .....	1
1.2 El derecho al trabajo en el Perú .....	4
1.3 El derecho al trabajo a nivel internacional.....	8
1.4 Principios del derecho al trabajo.....	9
2. Principio de continuidad en la legislación peruana.....	14
2.1 Concepto, características y naturaleza jurídica .....	14
2.2 Reconocimiento en la legislación nacional .....	15
2.3 Reconocimiento en la legislación internacional .....	18
3. Estabilidad laboral como consumación del derecho al trabajo y el principio de continuidad.....	19
3.1 Concepto, características y naturaleza jurídica .....	19
3.2 La estabilidad laboral presente en las Regulaciones Laborales y jurisprudencia .....	22
3.3 El Decreto Supremo N° 003-97-TR como precursor de la Estabilidad Laboral .....	26

#### II. ACTUACION DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA ESCISION EMPRESARIAL Y LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL

1. La Escisión Empresarial.....	33
1.1 La escisión en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional peruana .....	35

1.2 La escisión en la legislación y doctrina internacional	39
1.3 Efectos de la escisión empresarial en el vínculo laboral	43
2. La cesión contractual	46
2.1 La cesión de posición contractual en nuestra legislación	46
2.2 La cesión contractual en nuestra legislación internacional	49
2.3 La sustancial diferencia entre la cesión de posición contractual y las reorganizaciones empresariales desde la perspectiva de la Corte Suprema	51
2.4 Acreencias laborales como consecuencia de la escisión	56
2.4.1 Definición de acreencias laborales	56
2.4.2 Protección constitucional de las acreencias laborales	58
2.4.3 La persecutoriedad dispuesta en el Decreto Legislativo 856...	59
2.5 La escisión empresarial y el abuso del derecho	61
2.5.1 El Abuso del Derecho en la Escisión Empresarial	61
2.5.2 El Principio de Buena Fe como protección al Principio de Continuidad en casos de abuso del derecho	62
2.5.3 La Responsabilidad Solidaria en la Escisión	64

### **III. EL CONVENIO COLECTIVO TRIPARTITO COMO RESPUESTA AL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA ESCISION EMPRESARIAL**

1. La negociación colectiva cuando se opta por la escisión empresarial...68	
1.1 La negociación colectiva en casos de escisión empresarial en el derecho nacional .....	68
1.2 La negociación colectiva en casos de escisión empresarial en el derecho internacional .....	72
1.3 El convenio colectivo como materialización de las negociaciones colectivas .....	77
2. Los convenios colectivos tripartitos como garantía de las negociaciones colectivas .....	81
2.1 Concepto, naturaleza y características .....	81
2.2 Cláusulas esenciales del convenio .....	85
2.3 Modificación de remuneración y pago de beneficios sociales .....	88
2.4 Casos de despido o renuncia .....	90

### **CONCLUSIONES**

### **BIBLIOGRAFIA**

### **ANEXOS**

## **RESUMEN**

El presente trabajo se basa en la situación laboral de los trabajadores cuyos empleadores opten por una escisión empresarial, dicha figura al ser poco difundida en nuestro país, no se encuentra legislada en un solo instrumento normativo, sin embargo, con la investigación en base a la realidad actual, se busca ofrecer respuestas a través de diferentes fuentes: legislación nacional, doctrina, jurisprudencia y normativa internacional aplicable al caso en mención. Ello permite que se evalúen diversas posibilidades respecto del vínculo del trabajador, considerando el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo, así como la garantía que ofrece el Principio de Continuidad a través de la estabilidad laboral como presunción, logrando a través del diálogo y del fomento de la celebración de un convenio colectivo, en donde se pueda llegar a pactar condiciones que beneficien a ambas partes.

## **PALABRAS CLAVES:**

Continuidad, Estabilidad, Escisión, Convenio, Negociación.

## **INTRODUCCION**

El mundo está en constante cambio gracias a la globalización, ello se refleja en la nueva economía en la que se desenvuelve el mercado, pues repercute necesariamente en las relaciones personales en nuestra sociedad haciendo que sea requisito esencial que se creen nuevas formas de contratar para que las mismas se amolden a las nuevas exigencias empresariales para así encontrar éxito. Sin embargo, solo hemos descrito un eslabón de una cadena que es interdependiente entre sus partes, ya que, si afectan las relaciones laborales, ello alterará también los derechos y deberes no solo de los empleadores, sino también de los trabajadores, tema que estudiaremos a lo largo del documento.

En la presente investigación se abordará un contexto específico: los casos de escisión empresarial como una de las formas de organización empresarial, en donde podremos analizar la regulación actual de nuestro Ordenamiento Jurídico a la luz del derecho fundamental al trabajo y el Principio de Continuidad laboral como pilares importantes de toda relación laboral.

En la investigación nos enfocaremos en la situación de los trabajadores como el factor más importante en toda organización por lo que, el derecho al trabajo se materializa en el contexto antes mencionado, ya que se entiende este último como el derecho a trabajar, a no hacerlo y decidir en qué trabajar. Es entonces que al encontrarse en una determinada forma de reorganización empresarial como lo es la escisión, surgirán cambios no solo sobre la actividad laboral sino también en las condiciones de trabajo.

Nos enfocaremos en la situación laboral de los trabajadores cuyas empresas pasan por una escisión empresarial. Pues al ser una figura relativamente nueva en nuestro país, es probable que no se encuentre una legislación completamente dedicada a este tema, sin embargo, el derecho necesariamente exige respuestas debido a que repercute en la vida de las personas, supliendo de alguna manera los vacíos que se encuentren y que puedan responder eficazmente a las exigencias. Es por esto que con la presente investigación podremos observar no solo la realidad nacional, sino evaluar los mecanismos existentes- para la protección de los trabajadores cuando una empresa se reorganiza.

Asimismo, la investigación permitirá que no solo se tomen en consideración dos posibilidades respecto del actuar del trabajador: ya sea anular el vínculo laboral o aceptar las nuevas condiciones de trabajo impuestas por el nuevo empleador, sino que se consideren –en base al contexto- diferentes posibilidades y respuestas legales que puedan enriquecer el ámbito del dialogo, llegando a pactos que beneficien a ambas partes. Con ello, se puede establecer los alcances bajo los cuales los trabajadores se podrían amparar ejerciendo su derecho fundamental al trabajo.

Por otro lado, es importante que también se tome en cuenta a la empresa, para que esta pueda conocer sus alternativas frente a los cambios que puedan generar su transformación, proponiendo principalmente la negociación, observando a ambas partes para la colaboración y crecimiento de la misma sociedad.

Para ello, se deberá establecer el alcance no solo del derecho al trabajo, sino también del principio de continuidad, actualizándolos a la realidad en base a lo aportado en estos años por la doctrina y jurisprudencia. Además, esta investigación, permite ilustrar una nueva alternativa de solución a la relación empleador-trabajador que se derive del proceso de escisión promoviendo que mediante la negociación colectiva se logre un acuerdo entre las partes.

Si bien es cierto se ha escrito sobre este tema, sin embargo, no se ha analizado las situaciones en concreto como ejemplificaciones ni tampoco se ha investigado la costumbre aplicada en la realidad, como mecanismo de resolución de controversias.

El fin que persigue esta investigación es contribuir a la sociedad en cuanto a describir las respuestas que puedan surgir en las personas que estén en medio de una escisión empresarial, pues como dijimos anteriormente, no existe una legislación clara y tampoco esta figura es de gran difusión; por lo tanto, sería muy fácil confundir no solo las consecuencias, sino también los deberes que se desprenden de la misma pudiendo llegar a afectar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Nuestro principal objetivo es identificar y establecer la actuación del Principio de Continuidad y el Derecho al Trabajo en los casos de escisión empresarial a través de los convenios colectivos tripartitos.



Para lograrlo, debemos recorrer por partes las bases que se entrelazan en este contexto en específico, siendo el primero de ellos estudiar el Principio de Continuidad y la estabilidad laboral en el Derecho al Trabajo, en segundo lugar, debemos explicar la escisión empresarial y su regulación en la legislación nacional, estableciendo la diferencia entre esta figura y la cesión de posición contractual, y finalmente, establecer el rol de la negociación colectiva y la propuesta de los convenios colectivos tripartitos en los casos de la escisión empresarial.

Para poder llegar a cumplir con los objetivos de la presente investigación, es que desglosaremos en primer lugar, el derecho al trabajo, definiéndolo y describiendo su contenido esencial, luego se abordará el reconocimiento sobre el mismo en nuestro país, analizando el modo en que se plasma esta protección en el ordenamiento jurídico; por otro lado, se estudiará la forma en cómo este derecho fundamental opera en algunos países referentes en cuanto a legislación laboral se trata; a continuación estudiaremos los pilares sobre los cuales el Derecho al Trabajo descansa con el fin de hacer una breve introducción y ubicación del Principio de Continuidad. En cuanto al desarrollo de este principio, empezaremos definiéndolo, describiendo sus características y naturaleza jurídica; luego, estudiaremos su tratamiento en nuestra legislación que se traduce en la estabilidad laboral, pues esta deberá garantizar la protección y permanencia del vínculo laboral. Seguidamente, describiremos cómo es que dicho principio actúa en diferentes países y el grado de protección que el mismo abarca. al haber estudiado la interdependencia entre ambos conceptos, es decir el Derecho al Trabajo y el Principio de Continuidad, es que pasamos a analizar la estabilidad laboral como la materialización en nuestra legislación de la preferencia sobre los contratos por tiempo indefinido, específicamente en instrumentos legales de distinta jerarquía, así como casos emblemáticos que generaron precedentes vinculantes y pondremos especial atención en el estudio –en cuanto a nuestra investigación lo justifique- sobre el Decreto Legislativo N° 003-97-TR, al contener y regular en el ámbito privado la estabilidad laboral en nuestro país.

En segundo lugar, abordaremos la figura de la escisión empresarial, analizando su tratamiento actual en nuestra legislación, enfocándonos en lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, instrumento legal a fin para luego compararlo con lo dispuesto en distintos países y sus ordenamientos, después de ello estableceremos las principales consecuencias que surgen al

optar por una escisión enfocándonos en el vínculo laboral entre trabajador y empleador. Por otro lado, es clave para nuestra investigación que estudiemos la cesión de posición contractual, pues en la realidad, es muy común que se confunda con la escisión empresarial, es entonces que describiremos su tratamiento en el Código Civil de nuestro país y luego brevemente veremos la manera de legislar esta figura en el derecho comparado, estableciendo resumidamente las esenciales diferencias entre ambas figuras desde la perspectiva de la Corte Suprema. Es importante para efectos de esta investigación que se aborden temas que orbitan sobre la escisión empresarial, pues incide en la relación laboral de todos los trabajadores, es por ello que analizaremos las acreencias laborales y su persecutoriedad, los posibles vértices que puedan surgir en este contexto como el abuso del derecho y el principio de buena fe por parte del empleador.

Finalmente, con los previos conocimientos analizados, es que abordaremos la principal herramienta que ayudará a favorecer el dialogo entre ambas partes en el contexto de la escisión empresarial al momento de querer llegar a un acuerdo, estamos hablando de la negociación colectiva, por lo que es necesario definirla, establecer sus alcances en nuestra legislación actual y sus bases fundamentales. Luego, apoyándonos en legislación internacional, describiremos las diferentes disposiciones de organizaciones mundiales sobre el dialogo entre empleador y trabajador. Por otro lado, hablaremos de la materialización y consumación de la negociación colectiva: los convenios colectivos tripartitos definiendo esta novedosa figura y estableciendo el contenido mínimo que se deberá observar, esto incluye la modificación de remuneraciones y el pago de beneficios sociales, así también analizaremos las posibilidades de renuncia o despido, su tratamiento y disposición en nuestra legislación y consecuencias.

En la presente investigación, si bien es cierto se abordarán temas societarios y contractuales, nos enfocaremos en la escisión empresarial, en cuanto a su tratamiento en la legislación laboral, abordando en lo que resulte acorde a la investigación el tratamiento y modificación de beneficios sociales, remuneraciones, casos de despido y renuncia. Respecto de los temas contractuales, se abordarán de manera específica y tangencial en cuanto la presente investigación lo justifique.

En cuanto a la relevancia jurídica, se analizará una de las soluciones posibles a esta situación en concreto; observando a lo que prevé la norma para cuando se opte por la reorganización empresarial. Otro tema sobre el cual se va a estudiar –aunque de manera parcial- serán las circunstancias concomitantes a esta situación, como por ejemplo el despido arbitrario y la responsabilidad social respecto al pago de beneficios sociales.

En cuanto al método jurídico, se aplicará en nuestra investigación el método dogmático-descriptivo, ya que se analizará la situación de la escisión empresarial a la luz de conceptos fundamentales como lo son el Principio de Continuidad y el Derecho al Trabajo; para ello se estudiará la legislación laboral actual respecto del caso en concreto en la realidad peruana actual.

## **I. EL DERECHO AL TRABAJO y EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL**

### **1. El Derecho Fundamental del Derecho al Trabajo: Aproximaciones y alcances.**

Para comenzar con nuestra investigación, es necesario que el enfoque en los grandes pilares sobre los cuales construiremos nuestro estudio, pasando primero por definir qué es el derecho al trabajo para así lograr tener un contexto general de lo que implica, no solo desde el derecho nacional, sino también a nivel global.

#### **1.1 Concepto y naturaleza jurídica**

El Derecho al Trabajo pertenece al grupo de los Derechos Fundamentales, ya que este responde a una necesidad social-económica que constantemente ha existido; inherente a la dignidad humana, puesto que el hombre necesita conseguir recursos para poder subsistir y realizarse; es por ello que, a lo largo de la historia evolutiva del ser humano, se crearon no solo diferentes actividades, sino también pautas a seguir que luego se convirtieron en reglas para establecer cómo es que se llevaría a cabo las mismas, y lo que se desprende como consecuencia inmediata a ellas como lo es la contraprestación y demás. Esto lógicamente supone que se establezcan dos grupos codependientes: por un lado, personas que necesitan trabajar para obtener algo a cambio y satisfacer sus necesidades, y por otro, aquellos que necesitan del servicio y producción para lograr consolidar ya sea un producto final o un servicio más completo.

Habiendo establecido esta interdependencia, es que corresponde hablar sobre la evolución del Trabajo y el reconocimiento de diferentes derechos y deberes que los mismos conllevan; se debe decir que el camino no fue fácil, ya que implicaron muchos siglos de lucha constante entre intereses que se entendían como contrapuestos.

La historia se remonta siglos atrás en un ámbito global pues la esclavitud en casi todas las civilizaciones, creaba relaciones de dependencia entre la persona sometida y el dueño, al ser visto como un objeto de pertenencia exclusiva; es que se traduce como el trabajo humano más antiguo y sin embargo era el principal motor de la

economía<sup>1</sup>. Seguidamente en la historia, con la cultura romana, se crearon las primeras nociones de trabajo por cuenta ajena, libre y retribuida ya que los esclavos no llegaban a satisfacer las exigencias a las nuevas necesidades que surgían debido al crecimiento de las metrópolis. Tiempo después, con la Edad Media es que se estableció el feudalismo, contenido de relaciones personales de subordinación entre el señor feudal y el siervo -reconocido como sujeto de derecho- dándole un status que los obligaba a trabajar en la tierra del señor feudal a cambio de protección.<sup>2</sup> Cuando el feudalismo estaba entrando en decadencia, surgieron mercados artesanales, en donde había un vínculo entre el maestro y el oficial, este último recibía una retribución por el trabajo prestado teniendo la libertad de crear sus propias organizaciones -los pseudos-sindicatos- cuyo objetivo principal era la búsqueda de la mejora de condiciones a través de medidas de fuerza. Para ese entonces, ya se habrían establecido importantes conceptos que luego serían grandes bases fundamentales: un trabajador, un empleador, una empresa, y los primeros sindicatos.

Después de haber hecho un recuento, queda claro que se establecieron los pilares necesarios para poder dar paso al surgimiento del Derecho al Trabajo como figura jurídica autónoma. Siendo necesario recordar la ideología que reinaba en esa época, donde el liberalismo postulaba que las leyes del mercado debían darse solas, es por ello que se permitían abusos e injusticias con las clases sociales más bajas, generando un clima de supremacía por parte de la clase empresarial sobre la clase trabajadora a través de salarios muy bajos, largas jornadas laborales, precarias condiciones de salubridad e higiene que consecuentemente provocaba altas tasas de mortalidad en los trabajadores. Esto propició que el proletariado se organice para

---

<sup>1</sup> Cfr. G. BOZA PRO, “Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo”, *Themis*, N°65, 2014, p 16. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10846/11352>. Consulta: 12 de noviembre de 2020.

<sup>2</sup> Cfr. M. ALONSO OLEA., “*Derecho del Trabajo*” en M. CASAS BAAMONDE *et alii*, Civitas, Madrid, 2008, p. 71, citado por G. BOZA PRO, “Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo”, *Themis*, N°65, 2014, p 16. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10846/11352>. Consulta: 12 de noviembre de 2020.

poder reclamar mejores condiciones laborales.<sup>3</sup> Ello supuso que el orden social se viera frágil debido a los conflictos sociales, es entonces que el Estado debía intervenir para poder otorgar un equilibrio entre ambas partes, por lo que se decidió crear canales para redirigir de buena manera los conflictos existentes y de otro lado controlar el fortalecimiento de la reciente clase obrera ya organizada en gremios. Esto se traduce en la función tuitiva y pacificadora de un Estado de derecho.

Luego de haber puesto en contexto al lector sobre la historia de la evolución del trabajo es que damos espacio al Derecho al Trabajo en sí, pues el mismo pertenece al grupo de los Derechos Fundamentales porque es esencial para la realización de otras actividades que acarrearán otros derechos humanos, siendo parte inseparable de la dignidad humana.<sup>4</sup> Es por ello que, a través de la correcta observancia de tal derecho, se podrá asegurar que quienes accedan a un trabajo, tengan beneficios acordes a la condición de persona y sujeto de derecho que merece todo ser humano, por ejemplo: a la igualdad de salario, a la no discriminación, etc.

Como consecuencia, este derecho no es exigible en sí mismo, ni tampoco al Estado o al sector empresarial. Por el contrario, el Derecho al Trabajo implica que se tenga la libertad para poder decidir trabajar o no, en qué trabajar y en caso de ello, se garanticen condiciones adecuadas para llevar a cabo las actividades laborales. Por lo mismo, el Estado deberá otorgar las pautas necesarias para garantizar el pleno desenvolvimiento de las actividades –tanto de empleados como empleadores– creando un perfecto equilibrio entre la oferta y demanda de trabajo<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. A. OJEDA AVILÉS., “La genealogía del Contrato de Trabajo”, Palestra del Tribunal Constitucional, Volumen XXIX, Lima, 2008, 89-90. citado por G. BOZA PRO, “Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo”, *Themis*, N°65, 2014, p 18. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10846/11352>. Consulta: 12 de noviembre de 2020.

<sup>4</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 18, el Derecho al Trabajo*. Celebrada en Ginebra el 24 de noviembre de 2005. Disponible en: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo>. Consulta: 13 de noviembre de 2020.

<sup>5</sup> R. MARCENARO FRERS., “Los Derechos Laborales de rango Constitucional”, Tesis para optar el Grado Académico de magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 34. Disponible en:

<[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1133/MARCENARO\\_FRERS\\_RICARDO\\_ARTURO\\_DERECHOS\\_LABORALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1133/MARCENARO_FRERS_RICARDO_ARTURO_DERECHOS_LABORALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>

Consulta: 13 de noviembre de 2020.

Ahora bien, al haber conceptualizado el Derecho al Trabajo, se debe pasar a describir las características que lo definen y las consecuencias que se genera, dentro de las cuales están:

- Se genera una relación subordinación, es decir el trabajador otorga a través de su consentimiento una cuota de libertad para que el empleador dirija su actividad. Es preciso señalar que lo expuesto no afecta la personalidad del trabajador.
- Se produce una relación de ajenidad, siendo que lo se produzca (ya sean bienes o servicios) no sean de propiedad del trabajador, sino del empleador; el mismo que al momento de lograr finalmente, otorgue una retribución económica, es aquí donde se puede observar que se traslada el riesgo al empleador.
- La disposición de la fuerza de trabajo y la cesión de los frutos que se generan por mediar entre un contrato que conserva en él la expresión de voluntad y libertad del trabajador.
- Esta relación tiene una finalidad económica, tanto para el empleador (aprovechar la fuerza de trabajo para conseguir un fin económico) como para el trabajador (otorgándole bienes económicos necesarios para subsistir); estableciendo el carácter oneroso del contrato al ser una obligación del empleador de retribuir los servicios prestados por el trabajador.<sup>6</sup>

## **1.2 El derecho al trabajo en el Perú**

Ahora bien, habiendo dejado en claro en qué consiste el Derecho al Trabajo para esta investigación, es necesario ahondar en lo que está próximo. En nuestro país, el Derecho al Trabajo está plenamente reconocido en el Art. 22 de la Constitución Política como:

---

<sup>6</sup> Cfr. G. BOZA PRO, “Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo”, *Themis*, N°65, 2014, p 15. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10846/11352>. Consulta: 12 de noviembre de 2020.

“Artículo 22.- Protección y fomento del empleo. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”<sup>7</sup>

Por lo tanto, en la legislación nacional se concibe como un derecho social que rige el marco de la relación laboral entre el empleador y el trabajador; pues como dice Landa Arroyo: *“el Derecho del Trabajo ahora es concebido como un Derecho sujeto a control o exigibilidad, estableciéndose, ponderadamente, auténticos derechos y deberes constitucionales para los particulares –empleadores o trabajadores– y para el Estado.”*<sup>8</sup>

Sin embargo, lo dicho se remonta al año 1979, con la promulgación de la Constitución, en donde es preciso resaltar la debida importancia que se le dio al trabajo, provocando un reconocimiento íntegramente constitucional. En efecto, esta Norma Fundamental consagró al derecho al trabajo como uno fundamental y esencial de toda persona humana, de conformidad con los diversos instrumentos supranacionales, entre ellos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador” y los diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Es así que, resumiendo, la Carta Magna reconoció los principios del Derecho al trabajo, y, por consiguiente, la estabilidad absoluta del trabajador traducida como la protección al mismo a través de la regulación del despido por causa justificada.

Es necesario ahora, abordar la Constitución actual que nos rige, y es que después del golpe de Estado en 1992, la Carta Magna de 1993 establece que el trabajo es tanto un derecho como un deber; además se dice que el trabajo requiere una especial atención por parte del Estado en donde su principal laboral es crear condiciones para

---

<sup>7</sup> Congreso Constituyente Democrático, *Constitución Política del Perú*, entrado en vigencia el 01 de enero de 1993.

<sup>8</sup> C. LANDA ARROYO., “Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Primer Seminario, Temas de Derecho Laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Palestra, Lima, 2006, p. 13. Disponible: [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/juris\\_doctrina\\_constlaboral.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/juris_doctrina_constlaboral.pdf), consulta: 12 de noviembre de 2020.



el progreso social y económico a través de políticas en donde se promueva el empleo y la educación en los centros de trabajo.

Otro punto a considerar es que se le otorga a la remuneración una protección especial dándole el carácter de ser equitativa y suficiente para la sobrevivencia, además esta y el pago de beneficios sociales tendría prioridad sobre cualquier otra obligación del trabajador.

Respecto sobre los derechos de los trabajadores, estos tienen la facultad de poder organizarse y llevar a cabo negociaciones con sus empleadores. Por otra parte, se reconoce que el número de horas de la jornada ordinaria de trabajo será de 8 horas sin limitación alguna aparte, como la Constitución de 1979, así como se establece el derecho de descanso entre semana y el periodo anual de vacaciones remuneradas.

Estos derechos son de vital importancia en un Estado Social Democrático pues forma parte de las condiciones esenciales para el bienestar y desarrollo de las personas.<sup>9</sup> Según Neves Mujica el derecho al trabajo busca “*regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación*”<sup>10</sup>. Es decir que no todas las actividades se considerarán como trabajo ya que para serlo deberán concurrir cuatro grandes requisitos para que califique de tal manera:

- **Trabajo humano:** en donde el trabajo a realizar debe ser realizado conscientemente por una persona; esto independientemente del tipo de actividad que se vaya a realizar.
- **Productivo:** Para que un trabajo sea calificado como tal, basta que el fin económico exista como objetivo, no teniendo que ser el único. El beneficio económico deberá ser individual y directo, ya que basándonos en el artículo 22

---

<sup>9</sup> C. LANDA ARROYO., “El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora.” *Themis*, N° 65, 2014, p 4. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870>, consulta: 12 de noviembre de 2020.

<sup>10</sup> J. NEVES MUJICA., “*Introducción al Derecho Laboral.*” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, 2ª ed, p. 11

de la Constitución el trabajo es la base del bienestar social y realización personal, sin embargo, se toma como medida la utilidad personal del trabajo. En cuanto a que deberá ser directo, el provecho deberá ser inmediatamente consecuencia de la acción ejecutada.<sup>11</sup>

- **Por cuenta ajena:** Un sujeto puede realizar un trabajo productivo por su iniciativa o hacerlo por encargo de un tercero. En el primer caso, el trabajador será a su vez el titular del bien o servicio producido, por lo que se le denomina comúnmente como un trabajo por cuenta propia. En cambio, en el segundo caso, el tercero tendrá la titularidad de esos bienes o servicios, y le pagará por la actividad al sujeto que los ha realizado, con el que está vinculado a través de un contrato de prestación de servicios, por lo que su trabajo es por cuenta ajena.
- **Libre:** consiste en el derecho de toda persona a decidir si trabajar o no, en qué actividad y para quién. Es, por consiguiente, contrario a ella, tanto obligar a un individuo a prestar un servicio, como impedirle desempeñarse en una actividad determinada. Está proclamada por diversos instrumentos internacionales, ratificado por nuestro país y por la Constitución actual. Es por ello que en nuestra legislación importa que el trabajador pueda expresar su consentimiento.
- **Subordinado:** cuando un trabajo se realiza por cuenta ajena, a su vez se divide en subordinado o autónomo, entendiéndose al primero en donde el empleador dirige la prestación del trabajador, en cambio en el segundo es el trabajador quien dirige su propia prestación. Sin embargo, a nuestros días las cosas tuvieron cambios radicales, ya que se seguirá considerando como trabajo toda actividad que implique el servicio de una persona y que se le retribuya por el esfuerzo hecho, es por ello que el trabajo por cuenta ajena ahora se regula en tres tipos contractuales como es el contrato de trabajo, la locación de servicios y de obra, no siendo tajantemente las únicas formas de trabajo. Ahora bien, es necesario delimitar conceptualmente la subordinación –que existe- y se refiere al establecimiento de vínculos jurídicos entre el empleador y el trabajador en donde implica la conducción del primero sobre el segundo respecto de la

---

<sup>11</sup> *Ibíd*em, p. 14.

actividad económica a realizar. Ello nace a partir del contrato y despliega otras conductas que puedan manifestar esta dirección (y no solo la de tener cierto control sobre el trabajador) como por ejemplo la de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador.<sup>12</sup>

### **1.3 El derecho al trabajo a nivel internacional:**

Después de haber analizado nuestra regulación es necesario estudiar el tratamiento del derecho al Trabajo en otros países y organizaciones internacionales, debido a que nuestra legislación laboral está inspirada en varias regulaciones y diferentes disposiciones vinculantes a nivel mundial que se deben observar:

*La Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada y proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948<sup>13</sup>, después de la Segunda Guerra Mundial, es que respecto del Derecho al Trabajo, se establece dentro del mismo el Principio de Igualdad y la No discriminación; por otro lado, al momento de definir en qué consistía el Derecho al Trabajo, se concibe como la libertad y elección de trabajo, estableciendo una connotación tanto positiva como negativa. Por otro lado, se dispone de una remuneración justa, que cubra las necesidades básicas de la persona y se fija la jornada de trabajo; junto con el descanso y las vacaciones como parte de los beneficios que el empleador deberá otorgar a sus trabajadores. Y finalmente, la libertad de formar parte o no de sindicatos.

*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>14</sup>: principalmente se establece el salario equitativo que sea suficiente para cubrir

---

<sup>12</sup>En la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en el Art. 9 se establece esto, Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.” Perú, entrado en vigencia el 21 de marzo de 1997.

“Artículo N° 9. - Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.”

<sup>13</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, celebrada en París, el 10 de diciembre de 1948.

<sup>14</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, Celebrado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

las necesidades y que se tenga condiciones dignas para la existencia, el pago de vacaciones y descansos; así como el derecho a la huelga. Por otro lado, se establecen pautas para la salubridad e higiene en el centro de trabajo.

*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.* Declaración aprobada en junio de 1998<sup>15</sup> por los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Los derechos laborales incluidos son: la libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”<sup>16</sup>

#### 1.4 Los Principios del Derecho al Trabajo

Según Pla Rodríguez, en su obra magistral dedicada precisamente a estos, los principios son: “*Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos*”.<sup>17</sup> Por otro lado, en nuestra constitución no existe de manera expresa alguna precisión sobre los mismos; supletoriamente el Tribunal Constitucional es quien realizó dos precisiones importantes:

“Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte del núcleo central del sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquel, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico. (...) los principios generales, en relación a las normas y a los valores, han adquirido gran importancia para la interpretación jurídica, además de su indispensable aplicación para fines de la integración jurídica.”<sup>18</sup>

Ahora bien, es necesario enfocarnos en los principios que atañen la rama del derecho sobre el que gravita nuestra investigación, y es que existen diversas formas

---

<sup>15</sup> Organización Internacional del Trabajo, “*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*”, Celebrada en Ginebra el 18 de junio de 1998.

<sup>16</sup> Organización Internacional del Trabajo, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Celebrada en Ginebra el 18 de junio de 1998.

<sup>17</sup> A. PLA RODRIGUEZ., “*Los Principios del Derecho del Trabajo*.” Depalma, Buenos Aires, 1978, 2ª ed, p. 9.

<sup>18</sup> Cfr. STC Exp. 0047-2004-AI, del 24 de abril de 2006, F.J. 42-43.

de denominar y agrupar respecto del Derecho Laboral: Plá Rodríguez reseña trece según el Derecho español y siete según su obra ya citada<sup>19</sup>:

- a) *El principio de obrar de buena fe*: este es un principio-deber ya que se concibe como la disposición de las partes de realizar las prestaciones voluntariamente asumidas. Por lo tanto, en la conducta laboral, se debe actuar con honradez y honestidad en el cumplimiento del deber.<sup>20</sup> Finalmente se puede decir que se trata de no defraudar la confianza ajena depositada.
- b) *El principio protector*: también conocido como *Indubio Pro Operario*, este principio es esencial para el Derecho al Trabajo, pues se origina en el reconocimiento de la relación de desigualdad en el trabajo, determinando así a la parte en ventaja que posee poder de dirección y demás –el empleador- y la parte débil –el trabajador-, cuya función es cumplir deberes y prestar servicios. La doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, reconoce que este principio se concreta en tres reglas:

In dubio pro operario: que se recoge en el Art. 26.2 de la Constitución<sup>21</sup>, en donde el criterio que utilizará el juez cuando deba elegir entre distintos sentidos de la norma, aplicará la más favorable al trabajador.

Norma más favorable: que se encuentra en el Art. III de la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497, se dispone que, cuando coexistan distintas normas aplicables a la misma situación jurídica, se buscará aplicar la más favorable al trabajador.<sup>22</sup>

Condición más beneficiosa. Que no ha sido recogida por la legislación, pero sí por la doctrina, en palabras del Dr. Toyama:

---

<sup>19</sup> A. PLA RODRIGUEZ., “*Los Principios del Derecho del Trabajo ...*”, cit., p. 9

<sup>20</sup> M. GAJARDO HARBOE, “Buena Fe y Derecho del Trabajo”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 2, Vol. 1, 2010, p. 16.

<sup>21</sup> Congreso Constituyente Democrático, *Constitución Política del Perú...cit.* Art. 26, inc. 2

Artículo 26, inc. 2.: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: [...] Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.”

<sup>22</sup> Congreso de la República, Ley N° 29497, “*Nueva Ley Procesal de Trabajo*”, Perú, entrada en vigencia el 13 de enero de 2010. Art. III: “En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad...”

“La C+B supone la conservación de los derechos nacidos de actos no normativos (ora hayan nacido del contrato de trabajo ora se hayan incorporado a su nexo contractual en los casos de un beneficio individual consolidado en el transcurso del tiempo), siempre que no contravengan disposiciones de orden público [...]”<sup>23</sup>

En cuanto a lo visto en sentencias que conforman jurisprudencia se tiene:

“[...] El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a cuatro consideraciones, que son: a) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. b) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. c) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador. d) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador [...]”.<sup>24</sup>

c) *El Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales*: como es sabido, existen derechos inalienables e indispensables, inherentes a la dignidad humana y anteriores al reconocimiento del Estado, es decir aquellos que no pueden ser materia de negociación jurídica,<sup>25</sup> y en materia del Derecho al Trabajo, se impone que siempre se buscará proteger al trabajador, inclusive de sus propios actos, ya que al estar en una negociación en donde hay una evidente desigualdad de condiciones; es muy probable que renuncie a sus derechos para obtener mayores beneficios económicos, por tanto, no se podrá renunciar a cláusulas que contengan beneficios reconocidos por dispositivos legales sin afectar la validez del contrato de trabajo.<sup>26</sup> Esta “limitación” a la capacidad jurídica del trabajador tiene un carácter protector que debe interpretarse de

---

<sup>23</sup> J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Principio de Condición más Beneficiosa: manifestaciones y límites en el Ordenamiento Peruano”, *Derecho & Sociedad*, N° 7, 1993, p.42. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14269>

Consulta: 11 de noviembre de 2020

<sup>24</sup> STC Exp. N° 0008-2005-AI, del 12 de agosto de 2005, F.J. 20.

<sup>25</sup> L. PACHECO ZERGA., *La Dignidad Humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en “60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Jornadas Universitarias”*, Repositorio de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2008, pp. 6-30. Disponible en: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3868/Dignidad\\_humana\\_Declaracion\\_Universal\\_Derechos\\_Humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3868/Dignidad_humana_Declaracion_Universal_Derechos_Humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y), consulta: 12 de noviembre de 2020.

<sup>26</sup> M. ALONSO OLEA y M. CASAS BAAMONDE, “*Derecho del Trabajo*”, Thomson Reuters-Civitas, 26ª ed, Madrid, 2006, p. 109.

acuerdo al artículo 23 de la Constitución: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.” En consecuencia, la protección que se ofrece no implica negarle al trabajador capacidad de negociar, celebrar contratos o transacciones con fines lícitos (art. 2.14), se establece que no se pueda renunciar a derechos expresamente reconocidos por la constitución, y demás instrumentos normativos de inferior jerarquía como lo prescrito en el artículo 43.a) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT).<sup>27</sup> Como manifestaron Pérez Botija y Bayón Chacón:

"El fin del principio de irrenunciabilidad es la protección de quien, por su situación económica y social menos privilegiada, puede ser fácilmente coaccionado y obligado a renunciar al ejercicio de un derecho muchas veces presunto y discutible, frente a una oferta que venga a remediar, con su valor numérico inferior, una necesidad de atención urgente, incluso en los casos en que no fuera posible probar debidamente el fraude a la ley ni la existencia de una vis compulsiva suficiente para invalidar el acto de renuncia"<sup>28</sup>

Al respecto el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC se dice:

“[...] El principio de irrenunciabilidad de derechos prohíbe los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, que está sujeto al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral<sup>29</sup> (...) La norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede ‘despojarse’, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma [...]”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> “La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: a) Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador”. En consecuencia, cuando exista un convenio colectivo aplicable, el contrato de trabajo estará normado por éste y no por la autonomía de las partes en cuanto a los mínimos aplicables. En similar sentido opina la doctrina jurídica al señalar que, en principio, “los derechos procedentes de los convenios colectivos, son tan irrenunciables como los emanados de una ley, ya que son irrenunciables todas las normas laborales. Sólo cabría la posibilidad de la renuncia en la hipótesis, nada probable en la práctica, de que las propias normas del convenio colectivo hubieran autorizado esta renuncia.” A. PLA RODRIGUEZ., “*Los Principios del Derecho del Trabajo ...*”, cit., p. 110.

<sup>28</sup> E. BAYÓN CHACÓN y G. PÉREZ BOTIJA, “*Manual de Derecho del Trabajo, Volumen II.*”, Marcial Pons, Madrid, 1964, p. 231.

<sup>29</sup> J. NEVES MUJICA, “*Introducción al Derecho Laboral.*” Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 103

<sup>30</sup> STC Exp. N° 0008-2005-PI, del 12 de agosto de 2005, F.J. 24

d) *El principio de continuidad laboral*: del que nos ocuparemos luego con mayor profundidad.

e) *Principio de la primacía de la realidad*: Este principio dispone que tendrá primacía la realidad de los hechos por sobre las formas o apariencias y en caso de no coincidir las circunstancias reales con sus formalidades primarán los hechos. Ello con el fin de que se evite las situaciones fraudulentas o simulaciones con el fin de evadir la aplicación correcta de las normas laborales. Tal y como lo dijo Américo Plá Rodríguez:

“La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que(... ) la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento.”<sup>31</sup>

En nuestra jurisprudencia se tiene que:

“[...] En aplicación del principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada [...]”.<sup>32</sup>

f) *Principio de la razonabilidad*: Es un principio bastante general en donde se establece que se use lo razonable como criterio al momento de interpretar las situaciones que son materia de controversia y que sea necesario definir hasta donde abarcan las condiciones de las situaciones y relaciones jurídicas, para así finalmente no caer en absurdos contrarios a lo común o razonable.<sup>33</sup> Tal es así que se tiene en la jurisprudencia:

“[...] La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como

---

<sup>31</sup> A. PLA RODRIGUEZ., “Los Principios del Derecho del Trabajo...”, cit. p. 18-19.

<sup>32</sup> STC Exp. N° 1944- 2002-AA, del 28 de enero de 2003, F.J. 3

<sup>33</sup> INEAF, Business School. Disponible en: <https://www.ineaf.es/divulgativo/laboral/principios-del-derecho-laboral>> Consultado: 12/11/2020.



un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos [...]”.<sup>34</sup>

g) *Principio de no discriminación*: hace referencia este principio al derecho fundamental de igualdad ante la ley, aplicándolo en la materia laboral se traduce como la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y durante el mismo. Es por ello que queda prohibida cualquier forma de discriminación, ya sea por raza, orientación sexual, género, etc. Sin tomar en consideración los méritos o calificaciones que se den para el puesto de trabajo. Para ello, en la STC EXP N° 0018-1996-AI/TC se establece:

“[...] El principio de igualdad, plasmado en la Constitución, no solo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, (...). En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos [...]”<sup>35</sup>

## **2. Principio de continuidad en la legislación peruana**

### **2.1 Concepto, características y naturaleza jurídica**

Siendo la manifestación del principio protector y una consecuencia del principio de causalidad, en términos de Américo Pla Rodríguez, el principio de continuidad “*expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral, desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos.*”<sup>36</sup> Por tanto, este principio se caracteriza por establecer un vínculo duradero entre las partes, en donde se presume que hay un propósito de conservar

---

<sup>34</sup> STC Exp. N° 00535-2009-PA, de fecha 5 de febrero de 2009, F.J. 16

<sup>35</sup> STC EXP N° 0018-1996-AI, de fecha 29 de abril de 1997, F.J. 2.

<sup>36</sup> A. PLA RODRIGUEZ., “*Los Principios del Derecho del Trabajo...*”, cit., p. 154.

esta relación de manera indefinida.<sup>37</sup> De esta manera se asegura que el vínculo laboral así como el contrato de trabajo no se vean interrumpidos.

Por el principio de continuidad laboral, el contrato de trabajo tiene la característica de tracto sucesivo, es decir, no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que perdura en el tiempo, definición otorgada por la Casación Del Santa.<sup>38</sup>

Al respecto, el Dr. Paredes opina:

“Este principio pronuncia la tenencia actual del derecho de trabajo de atribuir la más prolongada duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos. el principio de continuidad establecido a favor del empleador, se tiene por tanto preferencia por los contratos de duración indefinida; haciendo resistente a las circunstancias en que este proceso puede alterar ese carácter, de tal manera que el trabajador pueda cumplir sus funciones mientras este quiera, pueda y mientras exista el trabajo presente salvo excepciones que pueden limitar legítimamente la duración del empleo o su extensión por causas específicas.”<sup>39</sup>

## **2.2 Reconocimiento en la legislación nacional:**

En cuanto al reconocimiento en nuestro país, se encuentra contenido en el Art. 22 de manera implícita en nuestra Constitución Política como lo hemos visto anteriormente, pues se reconoce el derecho al trabajo de manera individual en cuanto a que toda persona pueda acceder a un puesto de trabajo en donde sean garantizados sus derechos.

Es entonces que, el Principio de Continuidad en nuestra legislación se plasma a través de la disposición de que, cuando sea necesario celebrar contratos de trabajo por tiempo definido, el empleador, deba necesariamente observar los requisitos de la ley; en caso contrario, la consecuencia inmediata sería la aplicación de la contratación a tiempo indefinido, estableciéndose la presunción y preferencia por los mismos.

---

<sup>37</sup> C. BLANCAS BUSTAMANTE, “El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo”, *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez*” Grijley, Lima, 2004, 2ª ed., p. 241

<sup>38</sup> Cas. N° 1308-2016 de fecha 19 de octubre de 2017. F.J. 29.

<sup>39</sup> J. PAREDES INFANZÓN. “Análisis de la nueva ley procesal del trabajo: Ley 29497”, Editorial Gráfica Multiservicios La Esperanza, Lima, 2010, p. 25.

En cuanto a esta presunción, es que se debe dedicar especial atención, ya que la OIT en su Recomendación 198, dispone en su artículo 11.b que los países deberán “considerar la posibilidad de “consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios [...]”<sup>40</sup>.

Es por ello, que nuestro país acató dicha recomendación, y prueba de ello se refleja en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497 en su Art. 23.2:

“Artículo 23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.”<sup>41</sup>

Luego, siguiendo a la doctrina es que coincidimos con el Dr. Fajardo:

“De esta manera, la presunción de laboralidad es consecuencia directa e inmediata del reconocimiento por parte del legislador de la prevalencia en los hechos de la prestación personal, remunerada y subordinada de servicios y, por consiguiente, de su poder-deber de garante de las normas laborales.”<sup>42</sup>

Adicionalmente, podríamos resumir todo lo dicho en palabras del Dr. Sanguinetti:

“La presunción de laboralidad tiene como argumento jurídico el fomentar la vis atractiva del Derecho del Trabajo, esto es, abarcar una porción mayor de las relaciones jurídicas cuyo objeto está constituido por el trabajo humano, en desmedro de la aplicación de las normas civiles y mercantiles sobre la materia.”<sup>43</sup>

En cuanto a jurisprudencia, es que tenemos la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N°1874-2002-AA/TC:

“El régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas

---

<sup>40</sup> Organización Internacional del Trabajo, Recomendación 198, “Recomendación sobre la relación de trabajo”. Celebrada en Ginebra, entrada en vigencia 15 de junio de 2006.

<sup>41</sup> Congreso de la República, Ley N° 29497, *Nueva Ley Procesal del Trabajo...cit*, Art. 23, inc. 2.

<sup>42</sup> M. FAJARDO MORI, “La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.” *Derecho y Sociedad*, N° 46, 2016. p 337. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18855>>

Consulta: 02 de octubre de 2020.

<sup>43</sup> W. SANGUINETI RAYMOND, “La Presunción de Laboralidad y la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 36, 2010., p. 47.

circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar.”<sup>44</sup>

La naturaleza jurídica del principio se basa en que en la realidad, el trabajo es la principal fuente de ingreso económico, por lo que el contrato debe considerarse lo más extenso posible, para así beneficiar al trabajador en la consolidación de situaciones jurídicas relacionadas con el trabajo<sup>45</sup>.

Ahora bien, el principio de continuidad tiene un fundamento anterior, y está en el contrato de trabajo, en donde las prestaciones objeto del mismo, son de tracto sucesivo, en otras palabras, genera un vínculo sucesivo y duradero; por lo que si se resolviera el contrato solo podría hacerse bajo supuestos previamente pactados y justificados.<sup>46</sup>

Y tal como lo diría el Dr. Gonzales,<sup>47</sup> el trabajador desarrolla su actividad laboral de manera continua durante la vigencia del contrato de trabajo. De esta manera se asegura que el vínculo laboral se sujetará al espacio de tiempo necesario para el desarrollo de las actividades que motivaron a la contratación. El fundamento del principio de continuidad de la relación de trabajo es la naturaleza de constancia de la obtención de la remuneración, puesto que el trabajador está subordinado jurídica y económicamente al empleador y, fruto de su trabajo, obtiene un sustento. Se busca la preservación del empleo, con el objetivo de dar seguridad económica al trabajador que se incorpora a una empresa.<sup>48</sup>

### 2.3 Reconocimiento en la legislación internacional

---

<sup>44</sup> STC Exp. N°1874-2002-AA/TC, de fecha 19 de diciembre de 2003, F.J. 3.

<sup>45</sup> S. VALDEIGLESIAS PACHECO, “El Principio de Continuidad en el Régimen Laboral de los Docentes”, *Vox Juris*, N° 36, 2018, p. 167. Disponible en: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1313/pdf13>.

Consulta: 17 de noviembre de 2020.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>47</sup> L. GONZALES RAMIREZ., “Modalidades de Contratación Laboral”. Lima, 2013, citado por S. VALDEIGLESIAS PACHECO, “*El Principio de Continuidad en el Régimen Laboral de los Docentes...*”, cit. p. 168.

<sup>48</sup> J. PACORI CARI, “Principio de Continuidad Laboral”, Principio de continuidad laboral, *La Gaceta Jurídica*, La Paz, 2019, p. 1. Disponible en: [https://www.academia.edu/38720285/PRINCIPIO\\_DE\\_CONTINUIDAD\\_LABORAL](https://www.academia.edu/38720285/PRINCIPIO_DE_CONTINUIDAD_LABORAL).

Consulta: 17 de noviembre de 2020.

En cuanto al ámbito internacional, es necesario remitir a la legislación mexicana en donde se encuentra una clara definición del Dr. Camacho Solís refiriéndose a la continuidad laboral como aquel beneficio otorgado al trabajador en donde se establecen una serie de reglas que dotan a la relación laboral de estabilidad en el empleo; con ello se pretende brindar a los trabajadores un contrato laboral a tiempo indeterminado siendo esto lo que prevalece sobre los vínculos temporales.<sup>49</sup>

Hasta aquí, tal pareciera legislación mexicana es semejante a la legislación peruana; sin embargo, se abre una vertiente en cuanto a las consecuencias directas de la presunción en mención, ello se traduce en que siempre que sigan existiendo las mismas causas que dieron origen a la contratación, se podrá aplicar la presunción de que el contrato celebrado es por tiempo indefinido. Este principio dispuesto, implica que las relaciones laborales se conciban dentro de un riguroso marco de prohibición a la terminación incausada de la relación laboral.<sup>50</sup>

Mientras tanto, en la legislación chilena se establece en la Unificación Rol N° 29884-2014:

"(...) En esta idea iluminadora se acoda el tantas veces mencionado Título V del Libro I del código en permanente referencia, que explicita su anhelo de amparar el bien jurídico de la estabilidad en el empleo, por lo que sujeta su término a formalidades que, entre otras, tienen que ver con el tema de la caducidad motivo de este estudio."<sup>51</sup>

Seguidamente, se tiene el Código de Trabajo Chileno, en donde en su Art. 159 se dispone que en caso de que el contrato a plazo fijo durara más del plazo establecido, automáticamente se convertirá en un contrato por tiempo indefinido,<sup>52</sup> por otro lado, continuando con el análisis del mismo instrumento se tiene que, en caso de que el

---

<sup>49</sup> J. CAMACHO SOLIS, *“Los Mecanismos y Normas de Protección en las Relaciones Laborales”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2012, p 241. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/12.pdf>>

Consulta: 17 de noviembre de 2020.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>51</sup> Causa N° 29884/2014, de fecha 15 de setiembre de 2015. F.J. 9

<sup>52</sup> Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Decreto con Fuerza de Ley N° 1, *“Código de Trabajo”*, Chile, entrado en vigencia el 16 de enero de 2003. Art. 159, inc. 4: “El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida.”

empleador ponga fin al contrato injustificadamente, deberá indemnizar al trabajador.<sup>53</sup>

En cuanto a Argentina se tiene la Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 10 dispone que, en caso de duda, las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato.<sup>54</sup> El artículo 90 establece como principio general que los contratos sean celebrados por tiempo indeterminado y por consiguiente, las demás formas de contratación resultan una excepción al principio general. Hay una clara preferencia de permanencia, lo que otorga cierta seguridad y tranquilidad al trabajador tanto desde el punto de vista económico como psicológico, y se relaciona con el concepto de estabilidad, traducido como la expectativa de conservar el empleo mientras cumpla rigurosamente con las obligaciones asumidas.<sup>55</sup>

Después de haber revisado las legislaciones de estos tres países, se puede decir al respecto que resulta importante establecer que el principio de continuidad en las relaciones laborales es una presunción a nivel internacional, y consecuentemente, al ser parte de los Principios del Derecho al Trabajo se le otorga un peso sustancial al momento de regular las condiciones en las cuales se llevará a cabo el trabajo.

### **3. Estabilidad laboral como consumación del derecho al trabajo y el principio de continuidad**

#### **3.1 Concepto, características y naturaleza jurídica:**

Siguiendo al maestro Plá, la estabilidad laboral es una manifestación del principio de continuidad<sup>56</sup>, es entonces que, como escribió el profesor Zegarra Garnica,

---

<sup>53</sup> *Ibíd*em, Art. 168: “El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare.”

<sup>54</sup> Presidencia de la Nación, Ley N° 20.744, *Ley de Contrato de Trabajo*, Argentina, entrado en vigencia el 13 de mayo de 1976.

Artículo 10. “Conservación del contrato. En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.”

<sup>55</sup> *Ibíd*em, Art. 90. Indeterminación del plazo. El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado [...]

<sup>56</sup> A. PLA RODRIGUEZ., “Los Principios del Derecho del Trabajo...”, cit. p.154.

consiste en el derecho que tiene todo trabajador en conservar su puesto de trabajo indefinidamente a menos que se incurra en alguna falta previamente determinada<sup>57</sup>. Su fundamento principal se basa en que la actividad realizada se da de manera sucesiva no agotándose con tan solo un acto; es por ello que una de las tantas razones que motiva a celebrar formalmente un contrato es que se establezca como base la seguridad –tanto en empleador como en trabajador- de que las obligaciones contenidas se cumplan según lo pactado.

Ello está claramente reconocido en el Protocolo de San Salvador, en su artículo 7, literal d):

“La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con *las causas de justa separación*. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.”<sup>58</sup>

La consecuencia inmediata de la estabilidad laboral es el reconocimiento de los derechos del trabajador, en cuanto al manejo de sus facultades, vacaciones, indemnizaciones y la conservación del empleo en caso de accidentes o enfermedades.<sup>59</sup>

Es por ello que podemos deducir el fundamento de la estabilidad y es que se busca proteger a los trabajadores haciendo que su sustento de vida principal sea permanente, lo que genera seguridad no solo individual, sino también conlleva la estabilidad familiar, social y económica.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> F. ZEGARRA GARNICA., “La Estabilidad Laboral.” *Derecho PUCP*, N° 40, 1986, pp. 309-328. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6274>>  
Consulta: 18 de noviembre de 2020.

<sup>58</sup> Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo San Salvador. Celebrada en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999, ratificada por el Perú en 06 de abril de 1995.

<sup>59</sup> G. CABANELLAS., “*Diccionario de Derecho Usual*.” Buenos Aires, 1968 citado por F. ZEGARRA GARNICA., “La Estabilidad Laboral.” *Derecho PUCP*, N° 40, 1986, p. 316.

<sup>60</sup> J. PAREDES INFANZÓN, “*La Estabilidad Laboral en el Perú*”, Poder Judicial, p. 2. Disponible en: <[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc3466804b4149d688bb89501dddbb53/CSJAP\\_D\\_ARTICULO\\_DOCTOR\\_JELIO\\_PAREDES\\_15052012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc3466804b4149d688bb89501dddbb53](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc3466804b4149d688bb89501dddbb53/CSJAP_D_ARTICULO_DOCTOR_JELIO_PAREDES_15052012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc3466804b4149d688bb89501dddbb53)>

Consulta: 18 de noviembre de 2020

Ahora bien, respecto a la trayectoria de la estabilidad laboral en nuestro país, se tiene que en la Constitución de 1979 se hizo un pleno reconocimiento de la misma:

Art. 49: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa ajena, señalada en la ley y debidamente comprobada”.<sup>61</sup>

Y decimos que es un reconocimiento completo porque tal y como lo dice el Dr. Toyama: “*Conviene anotar que la Constitución [de 1979] reconocía las dos modalidades de estabilidad laboral: la de entrada y la salida.*”<sup>62</sup> En cuanto a la estabilidad laboral de entrada se refiere a la seguridad que otorga el contrato al preferir siempre que se dé por un tiempo indefinido a razón de las prestaciones cuya naturaleza es de tracto sucesivo, y en cuanto a la de salida como el límite al despido *ad nutum* o arbitrario.<sup>63</sup>

En cuanto a la Constitución de 1993, se suprimió el artículo antes mencionado; y tal como lo escribe el Dr. Pasco Cosmópolis<sup>64</sup> no se ha mencionado explícitamente la estabilidad laboral de entrada, pues solo se hace referencia a la de salida en cuanto a que el trabajador gozará de adecuada protección contra el despido arbitrario, y que la ley debe explicar los alcances de dichos conceptos.

Es preciso señalar que a partir del 12 de diciembre de 1991 en nuestro país la estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”:

“La cual fue creada con la finalidad de permitir a los empresarios hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se amplió las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos. Este decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado centrada en la creación de entidades

---

<sup>61</sup> Asamblea constituyente, Constitución Política de 1979, Perú, 28 de julio de 1980.

<sup>62</sup> J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En Balance de la reforma laboral.” *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, 2001. p. 17.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>64</sup> Pasco Cosmópolis Mario, *Derecho Laboral*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Selección de Textos. Lima, 2000, pag. 140-141



que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas.”<sup>65</sup>.

Es entonces que uno de los objetivos que persigue el Decreto Legislativo en mención es que la estabilidad pueda ser desplazada parcialmente en cuanto al régimen laboral privado; afectando sólo a aquellos trabajadores que fuesen contratados después de la promulgación de la ley. Sin embargo, dicha finalidad se vio truncada, pues la estabilidad laboral fue ya expresamente reconocida en la Constitución de 1979. Así, durante el periodo comprendido entre 1991 y 1995, coexistieron dos regímenes. Los trabajadores contratados antes de noviembre de 1991 podían seguir exigiendo la reposición o el pago de la indemnización, si no se lograba mostrar que el despido era justificado, mientras que los trabajadores contratados después de esa fecha debían esperar que el juez apruebe la reposición o la indemnización.<sup>66</sup>

### **3.2 La estabilidad laboral presente en las Regulaciones Laborales y jurisprudencia**

Ahora bien, luego de haber dado un repaso sobre el reconocimiento del Derecho al Trabajo en la Constitución de nuestro país, entendida como la columna vertebral de donde se desprende las demás regulaciones; podríamos atrevernos a afirmar que las legislaciones de alguna manera complementan lo dispuesto y reconocido por la misma.

Es por ello que haremos un recuento de las principales legislaciones laborales que gravitan en la presente investigación:

“Constituyen antecedentes de este derecho la Ley N° 4916, promulgada el 7 de febrero de 1924, (...) en el inciso A del art. 16 confirió libertad al empleador de poner término al vínculo laboral, siempre que cumpla con el pre-aviso de 90 días o le facultó el pago de la indemnización equivalente a este lapso; obligó al trabajador en caso de retiro voluntario a dar aviso con 40

---

<sup>65</sup>Autoridad Nacional del Servicio Civil, “Los Regímenes Laborales en el Perú 2.” Disponible en: <<https://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20EI%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>>

Consulta: 18 de noviembre de 2020.

<sup>66</sup> J. SAAVEDRA y E. MARUYAMA., “Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano.” Grupo de Análisis para el Desarrollo GRADE, Lima, 2000. p. 10. Disponible en: <<http://repositorio.grade.org.pe/bitstream/handle/GRADE/222/ddt28.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Consulta: 18 de noviembre de 2020.

días de anticipación; en consecuencia, legisló el pre aviso y el elemento indemnizatorio del derecho de estabilidad laboral. El Decreto Supremo del 5 de julio de 1956, prohibió el despido injustificado de trabajadores con más de 20 años de servicios a una misma empresa, principio ampliado por la Ley N° 15042 (30/4/75); el año 1952, la Ley N° 14221 estipuló el plazo de 15 días de anticipación a la fecha de extinción del vínculo laboral, medida que fue derogada por el Decreto Ley N° 14857. El 19 de noviembre de 1970 se institucionalizó por primera vez en nuestro país el derecho de la estabilidad laboral absoluta, al promulgarse el Decreto Ley N° 18471 durante el gobierno de facto del Gral. Juan Velasco Alvarado, que exigió al trabajador para alcanzar este derecho un mínimo de 4 horas de trabajo y tres meses del período de prueba, bajo la dependencia de un mismo empleador; plazo que fue ampliado por el Decreto Ley N° 22126 promulgado el 21 de marzo de 1978 durante el gobierno del Gral. Francisco Morales Bermúdez que derogó al interior, este dispositivo eleva el período de prueba de tres meses a tres años (estabilidad relativa), para reconocer estabilidad absoluta al trabajador, después de los tres años consecutivos bajo la dependencia del mismo empleador, conservo las 4 horas mínimas de trabajo”<sup>67</sup>

Si bien es cierto que la jurisprudencia no forma parte de la legislación, ella aporta en gran parte a la forma de aplicarla en la realidad, por lo tanto, es que procedemos a analizar el importante caso FETRATEL contenido en el Exp. N° 1194-2001-AA/TC; y específicamente en el fundamento 12,<sup>68</sup> se describe su posición acerca de la estabilidad laboral –en específico la estabilidad laboral de salida y su protección- en donde se establece que el derecho al trabajo engloba un contenido esencial, ello se entiende como la estabilidad laboral para los trabajadores: por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo y por otro, el derecho a no ser despedido sin mediar causa justa (tal y como lo vimos en párrafos anteriores, se refiere a la estabilidad laboral de entrada y salida) Respecto de esta última, se trae a colación el Art. 27 de la Constitución Política en donde se dispone que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, así, textualmente el Tribunal expone:

---

<sup>67</sup> N. ESPINAL ATENCIO, “*El derecho a la estabilidad laboral, historia y problemas en nuestro derecho positivo*”, Tesis para optar por el título profesional en Derecho de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, Pasco, 2018, p. 44. Disponible en: <http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/526/1/TESIS%20DE%20%20ESPINAL%20ATENCIO%20%20OFICIAL.pdf>

Consulta: 19 de noviembre de 2020.

<sup>68</sup> STC Exp. N° 1194-2001-AA/TC, 11 de julio de 2002. FJ. 12.

“...Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.”<sup>69</sup>

Es por ello que podemos concluir, a partir de estas declaraciones, que el Tribunal Constitucional es firme sobre la posición que tiene respecto del despido arbitrario, pues este atentaría a la conservación del empleo –que se traduciría en la estabilidad laboral, materia de investigación en este capítulo- y es que se materializa esta conclusión al prestar especial atención al Art. 34 del Decreto Legislativo N° 728<sup>70</sup>, al disponer como única solución la indemnización mas no la reposición:

“Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. (...) La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.”<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> STC Exp. N° 1194-2001-AA, del 11 de julio de 2002, F.J. 12

<sup>70</sup> Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 003-97-TR “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, Perú, entrado en vigencia el 21 de marzo de 1997., Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”

<sup>71</sup> STC Exp. N° 1194-2001-AA, del 11 de julio de 2002, F.J. 12

Por otro lado, el caso Lagos del Campos vs. Perú, es de vital importancia para esta investigación, pues el motivo de que haya llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos es sumamente relevante: y es que corre en autos que el Sr. Lagos del Campo había trabajado aproximadamente 13 años para la empresa CEPER – PIRELLI y al ocurrir los hechos materia de controversia es que ostentaba el cargo de Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa; y al momento de llevar a cabo las elecciones internas es que se le comunica al Sr. Lagos que estaba siendo despedido bajo la causal de falta grave de palabra contra el empleador. Esta decisión fue impugnada frente a los correspondientes y competentes tribunales peruanos, sin embargo, no se le concedieron las medidas adecuadas para proteger la vulneración de su derecho al trabajo.<sup>72</sup>

Es por ello que seguidamente, la Corte expone su posición sobre la estabilidad laboral, abarcando la de entrada como la de la salida.

“Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización<sup>217</sup> de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos

Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.”<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia de fecha 31 de agosto de 2017, F.J. 151.

<sup>73</sup> *Ibidem*, F.J. 150

La Corte es clara en establecer que la estabilidad laboral engloba un contenido esencial que el Estado deberá regular a partir de leyes que protejan y garanticen el derecho al trabajo y su despliegue, ello se daría a través de mecanismos judiciales e indemnizaciones para cuando se quiebre o vulnere esta estabilidad en el puesto de trabajo por causas totalmente injustificadas de comprobarse.

### **3.3 El Decreto Supremo N° 003-97-TR como precursor de la Estabilidad Laboral.**

El Decreto Supremo 003-97-TR aprobó el Decreto legislativo N° 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral” el 08 de noviembre de 1991, en medio de una crisis económica que atravesaba el país, cuya finalidad fue organizar de mejor manera el régimen privado a través de la relativización de la estabilidad laboral absoluta, admitiendo la celebración de contratos temporales, accidentales, de servicios u obras, y finalmente, se ampliaron las causales objetivas de la extinción del contrato de trabajo.<sup>74</sup>

Se ha descrito de manera breve esta ley, sin embargo, para fines de esta investigación es necesario el profundo análisis en el modo de establecer las tres modalidades de contratos laborales, cuya clasificación se basa en la duración de los mismos:

- a) El contrato a plazo indeterminado. - en el D.L del que hablamos en líneas anteriores, no hay una definición para este tipo de contratos, sin embargo, se hace una primera aproximación en el Art. 37:

“Artículo 37.- En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.”<sup>75</sup>

La legislación es clara al establecer la preferencia por este tipo de contratos, que no es más que la manifestación de garantizar la estabilidad laboral para con los trabajadores.

---

<sup>74</sup> Autoridad Nacional del Servicio Civil, “*Los Regímenes Laborales en el Perú 2...*”, cit., p. 47.

<sup>75</sup> Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 003-97-TR “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral...*” cit.

Por otro lado, debemos recurrir a la doctrina, y es que el Dr. Cornejo Vargas al momento de precisar los contratos indefinidos asegura: “*En términos genéricos podría afirmarse que los contratos de trabajo de duración indefinida permiten atender también las necesidades de servicios correspondientes a actividades complementarias y permanentes...*”<sup>76</sup>

Respecto a los requisitos, este tipo de contratos no están sujetos a ninguna formalidad, pudiendo celebrarse verbalmente y no siendo necesario remitirlo al Ministerio de Trabajo para ponerlo en conocimiento.<sup>77</sup>

b) Respecto a la segunda modalidad, se tratan de los contratos a plazo fijo, para cuando la ley lo habilite, es decir que:

“Deben utilizar para atender necesidades de servicios correspondientes a actividades principales y temporales. Los contratos de trabajo temporales no pueden ser celebrados para atender necesidades de servicios que para la empresa sean permanentes, sin que sea relevante si son principales o complementarias.”<sup>78</sup>

Ahora bien, sobre el uso de estos contratos, se tiene la precisión del Dr. Sanguinetti que señala que:

“(…) podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo. En caso contrario, lo procedente será celebrar un contrato de trabajo por tiempo indefinido. (...)”<sup>79</sup>

Existen diversas formas en las cuales podemos clasificar los contratos temporales, brevemente haremos un recuento:

#### A. Contratos de naturaleza temporal

---

<sup>76</sup> C. CORNEJO VARGAS., “Algunas Consideraciones sobre la Contratación Laboral”, *Derecho & Sociedad*, N° 37, 2011. p 141. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13167>> Consulta: 19 de noviembre de 2020.

<sup>77</sup> Sin embargo, en el Decreto Supremo N° 001-98-TR, *Normas reglamentarias relativas a obligación de los empleadores de llevar Planillas de Pago*, Perú, entrado en vigencia el 01 de agosto de 2006, se establece que si bien es cierto no se exige para este contrato la inscripción en el Ministerio de Trabajo, el empleador deberá incluir a sus trabajadores en las planillas respectivas de pago.

<sup>78</sup> C. CORNEJO VARGAS., *Algunas Consideraciones sobre la Contratación Laboral ...*, cit., p 142.

<sup>79</sup> W. SANGUINETI RAYMOND., “*Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada*”, *Gaceta Jurídica*, 2ed., Lima, 2008. p. 17.

- i. Por inicio o incremento de actividad. – ya sea por una actividad productiva nueva o no, o apertura de nuevos establecimientos.<sup>80</sup>
  - ii. Por las necesidades del mercado. – este contrato solo se celebrará para atender incrementos de producción originados por distintas variables del mercado, puede ser renovado hasta por cinco años.<sup>81</sup>
  - iii. Por reconversión empresarial. – solo para la sustitución, modificación o ampliación de las actividades desarrolladas en la empresa y de carácter tecnológico.
- B. Contratos de naturaleza accidental
- i. Contrato ocasional. – solo se celebrará para necesidades transitorias distintas a la actividad habitual de la empresa, con un periodo máximo de seis meses al año.
  - ii. Contrato de suplencia. – se deberá celebrar siempre y cuando se supla temporalmente a un trabajador estable.
  - iii. Contrato de emergencia. - Para cubrir las necesidades producidas por caso fortuito o de fuerza mayor. Su duración debe coincidir con la de la emergencia.<sup>82</sup>
- C. Contratos de obra o servicio
- i. Contrato para obra determinada o servicio específico. – tiene un objeto previamente establecido y una duración determinada, condicionada a la culminación de la obra o prestación del servicio pudiendo admitir renovaciones.<sup>83</sup>
  - ii. Contrato intermitente. – para actividades que son permanentes pero discontinuas, asimismo, el trabajador goza de un derecho de preferencia para la contratación.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Cfr. M. PASCO COSMOPOLIS., “Los Contratos temporales: exposición y crítica”, *Derecho PUCP*, N°68, 2012, p. 503.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 503.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 503.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 504.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 504.

- iii. Contrato de temporada. - tiene por objeto atender necesidades propias del giro de la empresa en determinadas épocas del año, cuando se repite durante dos temporadas, o tres alternativas, tiene derecho a serlo en las siguientes también.<sup>85</sup>

Los requisitos que deberán observar estos contratos son:

- 1) El momento de celebrar estos contratos será cuando así lo requiera las necesidades del mercado, así también cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.<sup>86</sup>
- 2) Los contratos de trabajo temporales necesariamente deberán constar por escrito.<sup>87</sup>
- 3) Deberán consignarse en forma expresa la duración del mismo, y las causas objetivas determinantes de la contratación.<sup>88</sup>
- 4) Deberán ser presentados a la AAT, entidad que podrá efectuar verificaciones a fin de determinar la veracidad o no de los mismos.<sup>89</sup>

Sobre este requisito, debemos traer al presente su antecedente, con ello nos referimos al D. L 18138, en donde se legislaba en el Art. 3<sup>90</sup> que los contratos modales debían ser necesariamente aprobados por la AAT, no pudiendo comenzar a operar sin esta previa aceptación. La consecuencia inmediata que produjo esta modificación en la Ley de

---

<sup>85</sup> *Ibíd*em, p. 504.

<sup>86</sup> Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral...*”, cit., Artículo 96. – “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad podrán celebrarse cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar [...]”.

<sup>87</sup> *Ibíd*em, Artículo 115.- “Los contratos de trabajo a que se refiere este título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado [...]”

<sup>88</sup> *Ibíd*em, Art. 115.- [...] debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.”

<sup>89</sup> *Ibíd*em, Art. 116.- [...] La solicitud deberá presentarse para su aprobación dentro de los ocho días tic celebración del contrato. La Autoridad Administrativa de Trabajo puede ordenar la verificación posterior de la veracidad de la declaración jurada [...]

<sup>90</sup> Gobierno Revolucionario del Perú, Decreto Ley N° 18138, *Se Dictan Normas para el Contrato Individual de Trabajo a Plazo Fijo*, Perú, entrado en vigencia el 6 de febrero de 1970.



Productividad y Competitividad Laboral la señala el Dr. De las Casas De La Torre Ugarte:

“El cambio que se dio del Decreto Ley N° 18138 a lo regulado por la LPCL fue fundamental. El hecho de pasar de la aprobación previa a la automática implicó que ese filtro que implicaba la fiscalización (previa) de la AAT desapareciera. La preferencia por los contratos de trabajo a plazo determinado a partir de dicho cambio fue evidente. (...) Resulta claro como la proporción entre los contratos modales o a plazo fijo, respecto de la contratación a plazo indeterminado se invirtieron. Eso no muestra solamente el incremento de los contratos modales, sino algo que resulta mucho más serio (y que se desarrollará más adelante, pero que ahora vale la pena advertirlo), y es que no resulta creíble en modo alguno que los contratos temporales, que como se ha afirmado deben de ser la excepción, superen largamente en cantidad a los contratos a plazo indeterminado.”<sup>91</sup>

Respecto a los derechos de este régimen laboral, ambos tipos de modalidades gozan del pago de CTS, gratificación de julio y navidad, 30 días de vacaciones y asignación familiar en caso de tener descendientes menores de edad.

En cuanto al despido,<sup>92</sup> existe la indemnización cuyo cálculo para el caso de los contratos a plazo fijo sería el pago de un sueldo y medio por cada mes que falte para la fecha de conclusión del contrato. Para el

---

<sup>91</sup> O. DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, “La Incorrecta Utilización de los Contratos Temporales de Trabajo”, *Derecho y Sociedades*, N° 37, 2011. p 130. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13166>> Consulta en: 19 de noviembre de 2020.

<sup>92</sup> Al respecto, debemos traer a colación el emblemático Caso Huatuco (Exp. N° 5057-2013-PA/TC), pues si bien es cierto la controversia gira entorno a la ponderación entre el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y, la estabilidad laboral, lo que nos atañe es lo segundo. La Sra. Huatuco demanda la desnaturalización de su contrato de trabajo celebrado bajo el régimen privado del Decreto Leg. N° 728, contrato cuya naturaleza era temporal, sin embargo, se cumplió el plazo estipulado y luego, como corre en autos, la institución optó por no renovar su contrato, lo que provocó –según ella- un despido incausado. Al respecto el Tribunal dijo: “Conforme al artículo 16, inciso c) del TUO del Decreto Legislativo 728, son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad. En este caso se puede afirmar que la conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado. Siendo así, no tienen asidero las expresiones de la parte demandante en el sentido que habría sido despedida sin causa alguna. Por tanto, no habiéndose acreditado la vulneración de los derechos constitucionales relativos al trabajo, la demanda deber ser desestimada.”

caso de un trabajador a tiempo indeterminado, se le indemniza en base al cálculo de un sueldo y medio por cada año trabajando siendo el límite de 12 sueldos.

- c) Y finalmente, los contratos a plazo parcial, que encuentran regulación en el Decreto Supremo N° 001-96-TR, Ley de Fomento al Empleo, en donde pauta que la jornada de trabajo no deba superar las cuatro horas diarias de labor,<sup>93</sup> deberá celebrarse necesariamente por escrito<sup>94</sup> sin derecho al pago de CTS, derecho a la indemnización o reposición y tampoco a vacaciones. Este contrato se deberá registrar a los 15 días posteriores al inicio ante el Ministerio de Trabajo.<sup>95</sup>

A modo de ampliar el estudio de este de contratos, es que podemos recurrir a la definición que nos otorga el profesor Alva Matteucci:

“Bajo esta modalidad de contratación laboral la prestación de servicios se realiza por parte del trabajador a favor del empleador en una jornada de trabajo inferior a la jornada ordinaria del centro de trabajo, permitiendo de este modo que la prestación de servicios sea en parte de la jornada laboral de la empresa, en determinados días de la semana previamente acordados, a ciertas horas del día, algunas semanas del mes e inclusive en algunos meses del año.”<sup>96</sup>

En cuanto a la naturaleza de las prestaciones que se dan en este tipo de contratos, de manera más precisa aborda este tema el Dr. Toyama: “(...) *una prestación regular o permanente de servicios, pero con una dedicación sensiblemente inferior a la jornada ordinaria de trabajo (...)*”<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 001-96-TR, “Reglamento de Ley de Fomento al Empleo”, Perú, entrado en vigencia el 26 de enero de 1996.

Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor [...]

<sup>94</sup> Ibídem, Art. 13.- “El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito [...]

<sup>95</sup> M. PIZARRO, ¿Cuáles son los tipos de contrato laborales y sus beneficios?, *Diario Gestión*, Lima, 18 de julio de 2018. Disponible en:

<<https://gestion.pe/economia/management-empleo/son-tipos-contrato-laborales-beneficios-238789-noticia/>>

Consulta: 19 de noviembre de 2020.

<sup>96</sup> M. ALVA MATTEUCCI, “Las Formas de Contratación Laboral y sus Implicancias en el Campo Tributario.” Disponible en:

<<http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2015/04/13/las-formas-de-contrataci-n-laboral-y-sus-implicancias-en-el-campo-tributario-parte-1/>> Consultado: 19/11/2020.

<sup>97</sup> J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Los Contratos de Trabajo y Otras Instituciones del Derecho Laboral”. *Gaceta Jurídica*. Lima, 2008. p. 62.

Es entonces que esta forma de contratar es muy versátil, ya que genera un costo laboral bajo al no poder gozar de beneficios sociales ya que no se cumple el mínimo de horas diarias de trabajo, otorgándole la característica de ser flexible y se adecua para cualquier tipo de servicio.

## II. ACTUACION DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA ESCISION EMPRESARIAL Y LA CESION CONTRACTUAL.

### 1. La Escisión Empresarial

En el contexto actual en el que se desarrolla la actividad económica, teniendo en cuenta las inversiones extranjeras como uno de los diversos motivos que mueve finalmente a las empresas a constantes cambios, para que ellas puedan responder a las nuevas exigencias y así coexistir exitosamente.

Es por ello que el 2 de marzo de 1997, se publicó el Proyecto de Ley General de Sociedades, cuyo fin fue modernizar la legislación societaria y adecuarla al nuevo marco del que se habló anteriormente.

En esta ley se contemplaron nuevas formas de poder reorganizar una empresa:

Transformación: figura ideal para adoptar un tipo societario distinto, sin cambiar su personalidad jurídica; lo que genera como consecuencia inmediata que no se disuelvan ni se alteren derechos y obligaciones –que podría considerarse como elementos esenciales.<sup>98</sup>

Fusión: se constituye cuando las actividades económicas de dos sociedades se concentran en una sola, para lo cual deben surgir cuatro elementos esenciales:<sup>99</sup>

- ❖ Unión de sociedades: en donde como antecedente deberá existir dos sociedades y con posterioridad convertirse en una sola.
- ❖ Unión de patrimonios: la unión implicará la incorporación como un patrimonio integrado.
- ❖ Unión de socios: todos los socios de las empresas a fusionar pasan a incorporar una sola sociedad para formar el capital de la nueva sociedad, salvo pacto en contrario o ejercicio del derecho de separación por parte de los socios;
- ❖ Extinción de sociedades: por lo menos una sociedad deja de existir, es decir, toda fusión acarrea necesariamente una extinción de sociedades.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> J. HERNÁNDEZ GAZZO, “Reorganización de sociedades: fusión y escisión.” *IUS ET VERITAS*, N° 14, 1997, pp. 27-36. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15703>>  
Consulta: 19 de noviembre de 2020.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp 27-36.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 2.

Escisión: ahora bien, sobre la escisión se llevará a cabo un estudio más preciso ya que es uno de los elementos esenciales de nuestra investigación.

Según el Dr. Otaegui es *“la escisión estriba fundamentalmente en el desdoblamiento de una persona jurídica con el reparto de su patrimonio en varias personas jurídicas, y en el caso de sociedades con la atribución de los socios de la sociedad escidente del carácter de socios de la sociedad escisionaria”*.<sup>101</sup>

Por otro lado, revisando la doctrina española tenemos al Dr. Rafael Guash: *“la operación del Derecho de sociedades consistente en fragmentar total o parcialmente el patrimonio de una sociedad en una o más partes, transmitiendo en bloque cada fracción patrimonial escindida a una o varias sociedades existentes o de nueva creación, mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de acciones o participaciones procedentes de la sociedad o sociedades beneficiarias.”*<sup>102</sup>

Seguidamente, es necesario remitirse a la legislación nacional en donde la LGS lo contempla en su Art. 367:

“Artículo 367º.- Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo con los requisitos y las formalidades prescritas por esta Ley.”<sup>103</sup>

En cuanto a las principales características, son:

La constitución del bloque patrimonial que no es más que la fragmentación en una o más partes del patrimonio de la sociedad.<sup>104</sup>

La transmisión de las partes de un bloque patrimonial en favor de otra sociedad, que deberán ser constituidas previamente para tal fin.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> J.C. OTAEGUI, *“Fusión y escisión de Sociedades Comerciales”*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981. p. 40.

<sup>102</sup> R. GUASCH MARTORELL, *“La escisión de sociedades en el derecho español: La tutela de los intereses de los socios y acreedores”*, Civitas, Madrid, 1993. p. 69.

<sup>103</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit.

<sup>104</sup> A. MORALES ACOSTA, “Reorganización de las sociedades: Transformación y concentración empresarial.”  
Cathedra, Disponible en:  
<[http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998\\_n3/Reorg\\_Soc\\_Trans\\_Conc.htm](http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/Reorg_Soc_Trans_Conc.htm)>

Consultado: 19/11/2020.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

Los socios de la empresa escindida deberán estar dentro de la composición societaria de las sociedades beneficiarias.<sup>106</sup>

Por otro lado, existen modalidades de la escisión previstas en el mismo artículo:

Art. 367: «1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad, en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o,

2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes en su caso.»<sup>107</sup>

### 1.1 La escisión en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana

Esta figura es relativamente nueva en nuestra legislación, pues su único antecedente se encuentra en el régimen tributario.<sup>108</sup>

Al ser novedoso el concepto, es necesario remitirnos a la doctrina, en donde la Dra. La Rossana Sala Estremadoyro define que es la escisión en nuestra legislación:

“Una figura jurídica por la cual una sociedad separa una parte o divide la totalidad de su patrimonio para transferirlo a una o varias sociedades preexistentes o que han de constituirse, atribuyendo directamente a los accionistas o participacionistas de la sociedad escidente, como contraprestación a dicho aporte, acciones o participaciones de la o las sociedades escisionarias, convirtiéndose por lo menos uno de los socios de la o las sociedades escidentes en socio de la o las sociedades beneficiarias.”<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit. Art. 367.

<sup>108</sup> J.L. RAMIREZ ZEGARRA., “La Escisión: sus aspectos societarios y tributarios.” *Advocatus*, N° 25, 2011, p 350. Disponible en: <<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/402/384>> Consulta: 19 de noviembre de 2020.

<sup>109</sup> R. SALA ESTREMADOYRO, Rossana. Escisión de sociedades en materia societaria. Lima, 1988. p. 359. Citado por J. RAMIREZ ZEGARRA y L. VELARDE KOEHLIN, *La escisión: sus aspectos societarios y tributarios*, *Advocatus*, N° 25, p. 351, nota 4.

Seguidamente, la Ley General de Sociedades define a la escisión como una sociedad fraccionada en cuanto a su patrimonio en dos o más partes convirtiéndola en bloques patrimoniales –de los que hablaremos más adelante- para transferirlos a otras para conservar el bloque patrimonial restante. Sin embargo, la misma ley habla no solo de las formas, sino también del proceso a seguir en los siguientes artículos de los cuales detallaremos a continuación.<sup>110</sup>

En cuanto a los requisitos que señala la ley para que se dé la escisión, debemos remitirnos al Art. 370:

Artículo 370.- “Requisitos del acuerdo de escisión. La escisión se acuerda con los mismos requisitos establecidos por la ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto social y estatuto. No se requiere acordar la disolución de la sociedad o sociedades que se extinguen por la escisión.”<sup>111</sup>

Es importante anotar que la Ley ha sido clara en uniformizar la terminología para la calificación correcta de las sociedades que opten por esta forma de reorganización; pues se denomina “sociedad escindida” para la organización que procede a dividir, y como consecuencia, formar el bloque patrimonial; luego la “sociedad beneficiaria” para la empresa que recibirá lo escindido.<sup>112</sup>

En cuanto al bloque patrimonial, la Ley General de Sociedades en su artículo 369 dice:

Artículo 369.- “Definición de bloques patrimoniales Para los efectos de este Título, se entiende por bloque patrimonial:

1. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;
2. El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y,

---

<sup>110</sup> J.L. RAMIREZ ZEGARRA., *La Escisión: sus aspectos societarios y tributarios ...*, cit., p. 350.

<sup>111</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit.

<sup>112</sup> A. MORALES ACOSTA, “*Reorganización de las sociedades: Transformación y concentración empresarial...*”, cit. Disponible en: [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998\\_n3/reorg\\_soc\\_trans\\_conc.htm](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/reorg_soc_trans_conc.htm)  
Consultado: 19/11/2020.

### 3. Un fondo empresarial.”<sup>113</sup>

Entonces siguiendo al Dr. Elías Laroza, los bloques patrimoniales que se asignarán a las sociedades beneficiarias pueden estar constituidos únicamente por activos, lo que determina que la transmisión de tales bloques se realizará a título singular.<sup>114</sup> Y, por el contrario, tratándose de bloques patrimoniales que incorporen activos y pasivos (que deberán estar detallados en el proyecto de escisión), la transferencia se realizará a título global.<sup>115</sup>

Podemos deducir seguidamente que la LGS no manda que la sociedad escindida deba partir su patrimonio en pequeños negocios, sino que el bloque patrimonial a escindir tenga una finalidad económica para la sociedad beneficiaria.<sup>116</sup>

Seguidamente, la ley ha sido muy puntual sobre la obligatoriedad del proyecto previo de escisión que debe crearse para iniciar el verdadero proceso, esto a partir del Art. 370.<sup>117</sup> Es entonces que empieza con el acuerdo de aprobación del directorio de cada sociedad que participe con mayoría absoluta,<sup>118</sup> en donde se señala la fecha de entrada de vigencia, siendo esto “*gran utilidad y novedoso en la LGS el que se pueda señalar la entrada en vigencia de la escisión sin que se haya inscrito aún el acuerdo de escisión en el Registro correspondiente para que surta efectos, aun cuando la inscripción registral del acuerdo deba obtenerse necesariamente a posteriori como manda la Ley.*”<sup>119</sup>

En cuanto al contenido del proyecto de escisión, deberá incluir:

“1. La denominación, domicilio, capital y los datos de inscripción en el Registro de las sociedades participantes;

---

<sup>113</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit.

<sup>114</sup> *Ibidem*. Art. 372.- “[...] 4. La relación de los elementos del activo y del pasivo, en su caso, que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión [...]”

<sup>115</sup> E. LAROZA., “La escisión de sociedades”, *Themis*, N° 36, 1997. p 277. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11744>  
Consulta: ,19 de noviembre de 2020.

<sup>116</sup> A. MORALES ACOSTA, *Reorganización de las sociedades: Transformación y concentración empresarial ...*, cit.

<sup>117</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit. Artículo 370.- “Requisitos del acuerdo de escisión La escisión se acuerda con los mismos requisitos establecidos por la ley y el estatuto de las sociedades participantes [...]”

<sup>118</sup> *Ibidem*, Artículo 371.- “Aprobación del proyecto de escisión. El directorio de cada una de las sociedades que participan en la escisión aprueba, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, el texto del proyecto de escisión [...]”

<sup>119</sup> J.L. RAMIREZ ZEGARRA., *La Escisión: sus aspectos societarios y tributarios ...*, cit., p. 358.



2. La forma propuesta para la escisión y la función de cada sociedad participante;
3. La explicación del proyecto de escisión, sus principales aspectos jurídicos y económicos, los criterios de valorización empleados y la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades que participan en la escisión;
4. La relación de los elementos del activo y del pasivo, en su caso, que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión;
5. La relación de reparto, entre los accionistas o socios de la sociedad escindida, de las acciones o participaciones a ser emitidas por las sociedades beneficiarias;
6. Las compensaciones complementarias, si las hubiese;
7. El capital social y las acciones o participaciones por emitirse por las nuevas sociedades, en su caso, o la variación del monto del capital de la sociedad o sociedades beneficiarias, si los hubiere;
8. El procedimiento para el canje de títulos, en su caso;
9. La fecha prevista para su entrada en vigencia;
10. Los derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones o participaciones;
11. Los informes económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere;
12. Las modalidades a las que la escisión queda sujeta, si fuera el caso; y
13. Cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren pertinentes consignar.

No obstante, lo mencionado, la Nueva Ley General de Sociedades tiene una regulación novedosa en este aspecto ya que, en virtud de pacto en contrario, puede disponerse que:

- a) Uno o más socios no reciban acciones o participaciones de alguna o algunas de las sociedades beneficiarias o;
- b) Que todos los socios tengan participaciones o acciones en todas las sociedades beneficiarias, pero en proporciones distintas, mostrando así una estructuración en el equilibrio de poder y control distinta a la que determinaba la sociedad escindida.<sup>120</sup>

En cuanto al proceso de escisión, este empieza con la convocatoria para que se pueda discutir y decidir la oportunidad de la escisión; para ello se tendrá un mínimo

---

<sup>120</sup> A. MORALES ACOSTA, Reorganización de las sociedades: *Transformación y concentración empresarial ...*, cit.

de diez días de anticipación,<sup>121</sup> esta convocatoria no solamente es formal, sino que “también permitirá que los terceros interesados en la composición de las sociedades intervinientes tengan oportunidad de apreciar si la proyectada escisión afectará de alguna manera sus intereses.”<sup>122</sup>

Una vez que se haya realizado la convocatoria y se haya aprobado el proyecto de escisión, entrará en vigencia según la fecha acordada; la consecuencia inmediata será la posibilidad, a partir del momento del acuerdo, para poder transmitir los bloques patrimoniales a favor de las sociedades beneficiarias,<sup>123</sup> y como ya se había mencionado antes, se podrá permitir la inscripción la Escritura Pública de Escisión en el registro correspondiente.<sup>124</sup>

## 1.2 La escisión en la legislación y doctrina internacional:

El primer país a analizar es Colombia, pues en su Ley N°222, cuya entrada en vigencia es desde 1995 (dos años antes de la creación de nuestra LGS), en su artículo 3 establece situaciones en las cuales hay escisión<sup>125</sup>:

1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.
2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.
3. La escisión puede verse como un recurso para dispersar el objeto social propuesto en un principio por lo socios de una empresa sin llegar a la necesidad de la liquidación patrimonial, todo esto en la eventualidad de que

---

<sup>121</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit. Artículo 374.- “Convocatoria a las juntas generales o asambleas La convocatoria a junta general o asamblea de las sociedades a cuya consideración ha de someterse el proyecto de escisión se realiza mediante aviso publicado por cada sociedad participante con un mínimo de diez días de anticipación a la fecha de la celebración de la junta o asamblea.”

<sup>122</sup> J.L. RAMIREZ ZEGARRA., *La Escisión: sus aspectos societarios y tributarios ...*, cit., p. 356.

<sup>123</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit. Artículo 378.- Fecha de entrada en vigencia La escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión conforme a lo dispuesto en el artículo 376. A partir de esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos [...]”

<sup>124</sup> *Ibidem*, Art. 374.- [...] Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la escisión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en las partidas correspondientes a todas las sociedades participantes. [...]”

<sup>125</sup> Congreso de Colombia, Ley N° 222, “Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”, Colombia, entrada en vigencia el 20 de diciembre de 1995.

la empresa escindida se encuentre inmersa en alguna causal de disolución o para resolver problemas financieros o administrativos.<sup>126</sup>

En cuanto a los elementos de la escisión, estos son los mismos que en nuestro país, esto en su artículo 4 se podría resumir en:

- Deberán participar al menos dos sociedades: la escindida y la beneficiaria –que podrá recién crearse al momento de darse la escisión- en la cual se deberán someter a un proceso en donde previamente deberá existir un proyecto de escisión que no dista nada de lo que se prevé en la ley peruana antes ya estudiada.
- La división del patrimonio de la sociedad escindida y que parte de esta división se transmita en bloque a la sociedad beneficiaria.
- Los socios de la organización escindida adquirirán participación de las sociedades beneficiarias.<sup>127</sup>

Seguidamente debemos pasar al perfeccionamiento de la escisión, en el Art. 8 de la misma ley se establece expresamente que la escisión surtirá plenos efectos cuando el acuerdo de escindir la sociedad conste por escritura pública, conteniendo los nuevos estatutos y acuerdos tomados.<sup>128</sup>

La diferencia es notoria aquí en comparación a lo dispuesto en la ley peruana, pues nuestra LGS tolera que la Escritura Pública de Escisión no se inscriba inmediatamente para surtir efectos, sino que respeta el acuerdo de los socios al momento de pactar una fecha puntual de entrada en vigencia del acuerdo, esto con el fin de que se transfiera el bloque patrimonial a otra sociedad beneficiaria, siendo el principal motivo que causa que la sociedad opte por una escisión.

---

<sup>126</sup> S. ARDILA PÉREZ, V. PICO MANTILLA et alii, “Proceso para realizar una escisión de una empresa en Colombia”, Revista Innovando en la U de la Universidad Libre Seccionaria de Socorro. No. 7. 2015, p 126. Disponible en: <file:///C:/Users/Malena/Downloads/3929-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6536-1-10-20181109.pdf>  
Consulta: 19 de noviembre de 2020.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>128</sup> Congreso de Colombia, Ley N° 222, “Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio...”, cit. Artículo 8. “La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se disuelven habrán de considerarse realizadas para efectos contables, por cuenta de la sociedad o sociedades absorbentes. Dicha estipulación sólo produce efectos entre las sociedades participantes en la escisión y entre los respectivos socios.”

En segundo lugar, tenemos a España, que no regula en un solo instrumento la escisión, sino que se remite a varios; comenzando con el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónima, en donde su Artículo 252 la define como:

“Se entiende por escisión:

a) La extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente.

b) La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes.

Las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión deberán ser atribuidas en contraprestación a los accionistas de la sociedad que se escinde, los cuales recibirán un número de aquéllas proporcional a sus respectivas participaciones, reduciendo la sociedad, en su caso y simultáneamente, el capital social en la cuantía necesaria. En los casos en que existan dos o más sociedades beneficiarias, la atribución a los accionistas de la sociedad que se escinde de acciones o participaciones de una sola de ellas requiere el consentimiento individual de los afectados.

Sólo podrá acordarse la escisión si las acciones de la sociedad que se escinde se encuentran íntegramente desembolsadas.

Las sociedades beneficiarias de la escisión pueden tener forma mercantil diferente a la de la sociedad que se escinde.”<sup>129</sup>

Por otro lado, en cuanto al proyecto de escisión –que también se encuentra concebido como un paso previo y necesario al proceso en si- el Dr. Alonso Espinosa lo define como: *“un régimen especial del derecho de información de los socios y de las sociedades participantes según contenido tasado o formularizado por la Ley.”*<sup>130</sup> Es entonces que debemos remitirnos al instrumento en donde se regula dicho proyecto y es que en la Ley 3/2009, que regula las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se dispone que la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión; en otras palabras, deberíamos remitirnos al Art. 31 de la

---

<sup>129</sup> Ministerio de Justicia, Real Decreto Legislativo 1564/1989, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, España, entrada en vigencia el 27 de diciembre de 1989.

<sup>130</sup> F.J. ALONSO ESPINOSA, “Fusión y escisión de sociedades”, *Anales de Derecho*, N° 17, 1999. p. 25. Disponible en: <<https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81101>>

Consulta: 19 de noviembre de 2020.

misma ley en donde se disponen los requisitos necesarios que debería tener el proyecto de fusión y escisión:

“Artículo 31. Contenido del proyecto común de fusión.

La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se escinden y de la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión, según el Registro Mercantil. El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje. La incidencia que la escisión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante. Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en las sociedades beneficiarias a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de escisión, así como a los administradores de las sociedades que se escinden, de la absorbente o de la nueva sociedad. La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho. La fecha a partir de la cual la escisión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad (PGC). Los estatutos de la sociedad o sociedades beneficiarias. La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad beneficiaria. Las fechas de las cuentas de las sociedades que se escinden utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la escisión. Las posibles consecuencias de la escisión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.”<sup>131</sup>

Seguidamente, a modo de complementar a lo antes dispuesto, el Art. 74 prescribe lo siguiente:

- i. La designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias.
- ii. El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto. No procederá esta mención en los casos de segregación”<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Jefatura del Estado, Ley 3/2009, “*Sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*,” España, entrada en vigencia el 04 de abril de 2009. Art. 31.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, Art. 74.

Es entonces que se puede concluir a simple vista que la regulación peruana no está tan alejada de la manera de legislar en España, pues el proyecto de escisión es un acuerdo en donde se plasman todas las condiciones en las que se dará la reorganización, es por ello que podemos decir que el acuerdo previo forma parte del núcleo esencial de este tipo de reorganización empresarial. De igual modo, debemos resaltar que el Registro Mercantil juega un importante rol, ya que están inscritos todos los datos necesarios de una empresa, llevando un control constante de las mismas.

Luego, podemos pasar al proceso de escisión que deberá materializarse en una escritura pública<sup>133</sup> y la inscripción en el Registro mercantil en donde además deberá observar *“la clase de escisión, indicando si se produce o no extinción de la sociedad que se escinde, así como si las sociedades beneficiarias de la escisión son de nueva creación o ya existentes.”*<sup>134</sup>

### **1.3 Efectos de la escisión empresarial en el vínculo laboral**

Para comenzar, se debe establecer el principal efecto que provoca la escisión en una sociedad, pues como ya se estudió anteriormente, lo que se va a transferir es parte del capital, es decir el bloque patrimonial que se convertirá con posterioridad en acciones en las sociedades beneficiarias. Es entonces que hablamos de un objeto, que si bien es cierto no es siempre material, jamás se tratará de sujetos.

---

<sup>133</sup> Ibídem, Art. 43. “[...] Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido [...]”

<sup>134</sup> Ministerio de justicia, Real Decreto 1784/1996, *Reglamento del Registro Mercantil*, España, entrada en vigencia el 31 de julio de 1996.

Artículo 235. Escritura pública de escisión.

1. Para su inscripción, la escritura pública de escisión habrá de expresar, además de las indicaciones a que se refiere el artículo 227, la clase de escisión, indicando si se produce o no extinción de la sociedad que se escinde, así como si las sociedades beneficiarias de la escisión son de nueva creación o ya existentes.

2. A la escritura pública se acompañarán los documentos que se mencionan en el artículo 230 relativos a la fusión.

Como segunda premisa se debe considerar que la escisión, tal y como se estipula en los Arts. 367 y 369 de la LGS,<sup>135</sup> se puede optar como una forma de reorganización para el traspaso de activos y pasivos que no guarden vínculo alguno, y que por tanto no sea necesario que se constituya una unidad productiva autónoma para tal fin.<sup>136</sup>

Por otro lado, varios autores concuerdan en que la modificación del empleador, en cuanto a la organización del mismo se le conoce como “sucesión empresarial”<sup>137</sup> que repercute indefectiblemente en los contratos y relaciones laborales, sobre las cuales hablaremos a continuación.

Conjuntamente a lo que implica la escisión, es que debemos traer a este capítulo el Principio de Continuidad, y es que como se recordará, dicho principio se caracteriza por establecer un vínculo duradero entre trabajador y empleador porque lo que se desea es la conservación del mismo.<sup>138</sup>

La garantía de esta continuidad evita, bajo toda circunstancia, que el contrato de trabajo se extinga o se vea interrumpido, prevaleciendo la relación laboral, su continuidad y su conservación.<sup>139</sup> Según Américo Plá Rodríguez, ante una transferencia de trabajadores deberá considerarse toda la antigüedad generada por el trabajador, incluso desde el empleador primigenio.<sup>140</sup> Es fundamental tener en

---

<sup>135</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit. Artículo 367.- “Concepto y formas de escisión Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley [...]”

Artículo 369.- “Definición de bloques patrimoniales Para los efectos de este Título, se entiende por bloque patrimonial: 1. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida [...]”

<sup>136</sup> I. MEDINA VALENZUELA, “Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más Allá de la Aplicación del Principio de Continuidad”, *Derecho y Sociedad*, N° 46, 2016. p. 4. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/18826/19046>>

Consulta: 19 de noviembre de 2020.

<sup>137</sup> A. VERA PEREZ, “Implicancias en el traspaso de trabajadores en casos de reorganizaciones societarias”, *Derecho y Sociedades*, N° 46, 2016. p. 122. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/18825/19045/0>

Consulta: 02 de octubre de 2020.

<sup>138</sup> C. BLANCAS BUSTAMANTE, “El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo”, *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*” Grijley, Lima, 2004, 2ª ed. P. 241.

<sup>139</sup> M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, “*Derecho del Trabajo*”, Civitas, Madrid, 1998, p. 385.

<sup>140</sup> A. PLA RODRIGUEZ., “*Los Principios del Derecho del Trabajo.*” Depalma, Buenos Aires, 1978, 2ª ed. Pp. 233-237.

consideración que el Principio de Continuidad siempre operará como una garantía para los trabajadores, del respeto de sus derechos laborales.<sup>141</sup>

Seguidamente deberemos abordar cómo es que el Perú ha regulado esta situación en concreto, pues en el Decreto Supremo N° 010-2003-TR “Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo” en el Artículo 43 se establece:

Artículo 43: las características del convenio son: “[...] e) Continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares.”<sup>142</sup>

Respecto de este artículo podemos decir que el ordenamiento hace que prevalezcan todos los acuerdos que se hayan logrado suscribir, así haya una variación entre el empleador, lo que hará que se garantice los derechos de los trabajadores durante el periodo de vigencia de dicho acuerdo, no dependiendo de cambios en la sociedad.<sup>143</sup> En cuanto al Decreto N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral” se habla del resarcimiento en caso de despido injustificado como manifestación del principio de continuidad.

“Es entonces que cuando se produce la variación del empleador como consecuencia de una sucesión empresarial, es fundamental que se respete el principio de continuidad al momento de abonar la indemnización por despido arbitrario. No es posible considerar que el trabajador cuenta con determinada antigüedad a partir de la fecha de ingreso a la nueva empresa, sino que debe considerarse todo el tiempo trabajado en forma previa, para el empleador anterior. En ese sentido, se garantiza la eficacia resarcitoria de la indemnización por despido, incluso cuando ha habido traspaso de personal mediante la fusión o la escisión.”<sup>144</sup>

Ahora es necesario hablar sobre temas más actuales, siendo preciso señalar al Proyecto de Ley General de Trabajo (en adelante PLGT), en su Art. 9 se establece que:

“Si hay reorganización de empresa, por actos de fusión, absorción, escisión u otras formas de reorganización empresarial, las relaciones laborales

---

<sup>141</sup> W. SANGUINETI RAYMOND., *Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo...*, cit., p. 37.

<sup>142</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*”, Perú, entrado en vigencia el 01 de octubre de 2003.

<sup>143</sup> A. VERA PEREZ, *Implicancias en el traspaso de trabajadores en casos de reorganizaciones societarias...*, cit., p. 123.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 124.



continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados” (...), también “Los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresa y no afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados”. Esta norma señala que “Si el empleador, persona natural, fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales y los derechos alcanzados prosiguen. Éstos también se mantienen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio.”<sup>145</sup>

Seguidamente en el artículo 10 de la PLGT se dice:

“En la transmisión de empresa el empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión a los trabajadores y a sus representantes, de ser el caso. Segundo, indica que “Ambos responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley, nacidos antes de la fecha de su sustitución. El adquirente asume los derechos y obligaciones laborales del cedente y responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución”.<sup>146</sup>

Luego de haber analizado los probables artículos que contiene este proyecto, sorprende que todavía no se haya difundido más sobre el mismo y mucho menos tratado de regular y publicar, pues contiene la intención de renovar y actualizar el derecho laboral en casi todos sus aspectos haciendo que se legislen de mejor manera nuevas necesidades económicas no solo de las empresas, sino también de los trabajadores.

## **2. La cesión contractual**

### **2.1 La cesión contractual en nuestra legislación**

Se debe iniciar haciendo referencia a nuestra legislación nacional para poder entender realmente esta figura jurídica, y es que el Art. 1435 del Código Civil se hace referencia a los casos en donde un tercero ajeno a la relación contractual vigente pueda sustituir la posición contractual de una de las partes contratantes siempre y cuando las prestaciones no se hayan ejecutado en su totalidad.<sup>147</sup> Es decir que en caso de que una de las partes le sea imposible cumplir con la prestación

---

<sup>145</sup> Proyecto que data desde 2012 y que hasta el momento no se ha legislado.

<sup>146</sup> Dictamen de la Comisión de Trabajo, Proyecto de Ley que propone la Ley General del Trabajo, 2012.

<sup>147</sup> Congreso de la Republica, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil Peruano*, Perú, entrado en vigencia 14 de noviembre de 1984.

Art. 1435 del C.C: “En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual [...]”

pueda subrogarse para que el contrato prevalezca; y es que fue importante para el legislador conservar la existencia de esta relación jurídica por diversos factores siendo el principal de ellos que el objeto del contrato siempre será una prestación económica por lo que necesariamente implica un intercambio de bienes y el movimiento de la economía en el mercado.

Según la doctrina muchos juristas se han preocupado por distinguir a la cesión de posición contractual, y es que como afirma el Dr. Osterling: *“el cesionario sustituye al cedente en todas las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas no ejecutadas total o parcialmente. Por lo que se cede es solo una o más de las prestaciones exigibles al deudor; además, los derechos cesibles deben haberse originado, necesariamente, en un contrato”*<sup>148</sup> por lo que la cesión contractual presupone de todas maneras un contrato válido.

Ahora bien, después de haber posicionado nuestro concepto de cesión debemos recalcar que, como afirma Toyama Miyagusuku, no es posible concebir a la cesión de posición contractual como un tipo de reorganización empresarial y viceversa.<sup>149</sup> Lo antes dicho es fácilmente deducible, pues en la primera figura mencionada hay un cambio de “dueños”; a modo de ejemplificar: la empresa ABC cede su lugar a la empresa XYZ, quedando claro que en el ejemplo hay dos tipos de personalidades jurídicas totalmente distintas, mientras que en la transmisión de empresa se habla del cambio de titularidad de una misma empresa; para ejemplificar, en una E.I.R.L cuyo dueño es José López, ahora será Matilda Dueñas, no hay un cambio sustancial en cuanto a la personalidad jurídica, solamente en la titularidad. Pues como afirma Mejía Madrid:

“Lo que se transmite es la titularidad de la empresa, entendiéndola como una unidad económica cuyo valor conforma gran parte del capital; pues existen muchas otras modalidades en las cuales se transfiere por ejemplo el

---

<sup>148</sup> F. OSTERLING PARODI, *“Las Obligaciones”*, Grijley, Lima, 8va Ed, 2017, p. 27.

<sup>149</sup> Cfr. J. TOYAMA MIYAGUSUKU, *“Derecho Individual del Trabajo”*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

patrimonio o los trabajadores solamente; sin embargo, esta transferencia es masiva por lo que ahí sí calificaría como una transmisión de una empresa.”<sup>150</sup>

Seguidamente, la ley propone requisitos para que sea efectiva la cesión de posición contractual:

- a) Debe ser un contrato cuyas prestaciones no deban estar ejecutadas en su totalidad. - y es que claro, no tendría sentido que se reemplace a una parte que ya cumplió con su obligación y además que ya no se le deba nada. <sup>151</sup>
- b) Debe ser a un tercero ajeno a la relación contractual.
- c) La otra parte debe haber prestado su consentimiento para hacer efectivo la cesión. - esto para otorgar la seguridad jurídica necesaria a la otra parte que no cambiará, de que el tercero cumplirá con sus obligaciones.
- d) Deberá guardar las mismas formalidades que se tomaron para el contrato principal y anterior. <sup>152</sup>

Se puede comprender del texto adjunto que los requisitos necesarios para configurar una cesión de posición contractual eficaz no implican una transferencia del bloque patrimonial, siendo el núcleo principal de una escisión empresarial como se dijo anteriormente, pues el objeto de dicha modificación continua siendo las obligaciones pactadas; asimismo, las formalidades que se exigen para el acto de cesión deberán ser las mismas que el contrato primigenio, mientras que en la escisión empresarial se exige la creación de un proyecto previo en donde se estipulen las condiciones y se determine el bloque patrimonial a escindir.

## 2.2 La cesión contractual en la legislación internacional

---

<sup>150</sup> R. MEJIA MADRID, “Transmisión de la empresa y relaciones laborales”, *Foro Jurídico*, N°6, 2006., pp. 23-28.

<sup>151</sup> Congreso de la Republica, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil Peruano...*, cit. Art. 1435- . “En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual [...]”

<sup>152</sup> Congreso de la Republica, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil Peruano...*, cit. Art. 1436: “La forma de la trasmisión, la capacidad de las partes intervinientes, los vicios del consentimiento y las relaciones entre los contratantes se definen en función del acto que sirve de base a la cesión y se sujetan a las disposiciones legales pertinentes.”

En Colombia, en su vigente Código de Comercio, se consagra en su artículo 887 la figura jurídica de la cesión del contrato o de la posición contractual y lo define de la siguiente forma:

“En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”<sup>153</sup>

En cuanto a la manera de realizar la cesión, se dice en el Art. 888 del mismo instrumento:

“Artículo 888. Formas para hacer la cesión. La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito. Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro. Si el contrato consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula "a la orden" u otra equivalente, el endoso del documento bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato.”<sup>154</sup>

Después de haber definido plenamente la cesión contractual y sus formas, es que podemos pasar a ver sus efectos pues en el Código de Comercio se puede establecer las consecuencias para la relación entre cada sujeto que intervenga, siendo conveniente para los fines de la investigación la división de los mismos:

- Entre el cedente y cesionario: El cedente responde frente al cesionario por la existencia y validez del contrato, sin embargo, no deberá responder por la solvencia del otro contratante, ni por el cumplimiento del contrato, tampoco por las garantías, puesto que el cedente no responde por las obligaciones del contratante cedido. No obstante, si se estipula en el contrato que el cedente será

---

<sup>153</sup> Presidencia de la República de Colombia, Decreto 410, *Código de Comercio*, Colombia, entrado en vigencia el 16 de junio de 1971. Art. 887.

<sup>154</sup> *Ibidem*. Art. 888.

responsable del cumplimiento del contrato por parte del cedido, el cedente se convertiría automáticamente en un responsable subsidiario.<sup>155</sup>

- Efectos entre el cedido y el cesionario: La cesión solamente produce efectos desde el momento en que se le notifique al contratante cedido sobre la cesión, o desde el momento en que este la acepte, salvo cuando se trate de un contrato escrito con la cláusula a la orden.<sup>156</sup>
- Efectos entre el cedente y el cedido: Estas partes del contrato quedarán desvinculadas una vez se le notifique al contratante cedido la cesión que ha hecho el cedente, o desde que el contratante cedido la acepta o conoce el endoso.<sup>157</sup>

Después de haber visto superficialmente esta figura, es notoria la intención del legislador colombiano de que se llegue a cumplir las obligaciones con anterioridad en caso de que alguna de las partes –que generalmente es el deudor- se le dificulte realizarlas y que, con ello, se genere el incumplimiento del contrato y devenga en una Litis; es entonces que se establece la posibilidad de que un tercero pueda cumplir con su obligación subrogarse al contrato, y beneficiarse de ello.

Seguidamente tenemos a Argentina, esta figura se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial, en el Art. 1636:

"En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. Si la conformidad es previa a la cesión, ésta sólo tiene efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido."<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, Artículo 890. “Responsabilidad del cedente. El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes.”

<sup>156</sup> *Ibidem*, Artículo 892. “Responsabilidades del cedente y cesionario después de notificada la cesión. El contratante cedido no podrá cumplir válidamente en favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato cedido, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso [...]”

<sup>157</sup> *Ibidem*, Artículo 893. Reserva de no liberar al cedente. Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor [...]”

<sup>158</sup> Presidencia de la Nación, Decreto N° 1795/2014, “*Código Civil y Comercial de la Nación*”, Argentina, entrada en vigencia el 07 de octubre de 2014.

En cuanto a los efectos que produce la cesión de posición contractual debemos analizar el Art. 1637: "*Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación a las otras partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario*"<sup>159</sup>. De ahí se desprende que:

“Esto significa que produce una modificación subjetiva de la relación contractual básica, que implica que.:

- 1) el transmitente (cedente) pierde los créditos, los derechos potestativos y las expectativas correspondientes a la posición contractual cedida;
- 2) el cedente se libera de las obligaciones, de los deberes y de los estados de sujeción correspondientes a la referida posición contractual;
- 3) el cesionario adquiere los créditos y asume las obligaciones que se le transfieren, amén de los derechos potestativos y expectativas correspondientes a la calidad de parte del contrato básico”<sup>160</sup>

### **2.3 La sustancial diferencia entre la cesión de posición contractual y las reorganizaciones empresariales desde la perspectiva de la Corte Suprema**

El motivo de que se incluya la cesión de posición contractual dentro de esta investigación se encontrará plenamente identificado en este capítulo, pues como se ha estudiado y analizado anteriormente, es muy fácil que se confundan ambas figuras, ello debido a que implica un cambio de sujetos en una relación contractual-laboral, lo cual genera diversas consecuencias -dentro ellas- las que nos competen para materia de análisis, serán solamente las laborales.

Por tanto, para poder estudiar a profundidad la diferencia, es necesario traer a estudio la Sentencia Casatoria N° 1162-2013-JUNIN en donde no solo se prestará énfasis a la posición final del órgano colegiado, sino también la realidad de los hechos del caso.

Para iniciar, es preciso relatar los hechos cronológicamente para poder llegar a entender el origen del conflicto; y es que el 24 de abril de 2012 se interpuso una demanda por parte de la Sra. Zimri Cabrera Cairo en contra de Telefónica del Perú

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, Art. 1637.

<sup>160</sup> J. ANTUNES VARELA., "*Das Obrigacoes em general*", Almedina, 1992, p.394 citado por M. CARRER., *Cesión de posición contractual*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. XIX, Córdoba, 2000. p. 100, nota 39.

S.A.A y Telefónica Móviles S.A, con la pretensión de que se declare nulo el traspaso de la primera empresa mencionada a la segunda y que, seguidamente, se restituya a la demandante a las planillas de Telefónica del Perú S.A.A con todos los derechos que habría adquirido a lo largo de los 39 años que venía laborando. Y es que, según la demandante, en agosto de 2011 fue sorpresivamente incluida en la empresa Telefónica Móviles S.A sin que ella tome conocimiento del traspaso que se estaba llevando a cabo. El principal fundamento que alega la demandante es que, si bien es cierto que la Ley General de Sociedades, en su artículo referido a la reorganización simple (Art. 391) si bien es cierto que se alega la segregación del bloque patrimonial hacia una sociedad beneficiaria, ella no se refiere a que los trabajadores deban correr la misma suerte.

El día 04 de julio de 2012, Telefónica contesta alegando lo siguiente:

- i. La incorporación de la demandante es una consecuencia necesaria y razonable de la reorganización simple que implica la transferencia de un fondo empresarial.
- ii. Dicha incorporación es un acto legal y valido, por lo que no se habría vulnerado ningún derecho de la demandante puesto que se habría llegado al compromiso de respetar el tiempo de servicio acumulado, así como los beneficios adquiridos.
- iii. Al optar por una forma de reorganizar la sociedad, es que se ejerce legítimamente el derecho de libertad de empresa.
- iv. Además, la segunda sociedad asegura tener la suficiente solvencia económica para responder por los pagos de los beneficios sociales de sus trabajadores.
- v. Y finalmente, no se puede confundir la figura de la cesión de posición contractual con la reorganización, por lo que los trabajadores no tendrían que haber manifestado alguna aceptación.

Con fecha 07 de setiembre de 2012, el Segundo Juzgado Especializado de Trabajo de Huancayo de la Corte Superior de Junín declara infundada la demanda pues que: i) no se ha afectado ningún derecho laboral en el traspaso; ii) se tiene como referencia la Casación Laboral 991-2005-LA LIBERTAD, en donde se establece que

los cambios empresariales no alteran el contrato de trabajo, por lo que la empresa receptora tendría que aceptar todos los derechos adquiridos así como el pago de beneficios sociales anteriores.

Se impugnó lo resuelto mediante recurso de apelación y el 09 de noviembre de 2012 la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, a través de Sentencia de Vista decidió revocar la sentencia apelada transformándola en fundada, lo que hizo que se declarara nulo el traspaso y se ordenó la restitución de la demandante, ello se amparó en los siguientes fundamentos: i) el traspaso se efectuó sin el consentimiento de la demandante, por lo que la empresa Telefónica del Perú S.A.A procedió de manera unilateral ya que cedió su posición contractual a favor de la empresa cesionaria. ii) se habría vulnerado los derechos constitucionales laborales, así como derechos adquiridos mediante convenios colectivos, así como la restricción de libertades sindicales y manifestación de voluntades. iii) en cuanto a la reorganización simple, se establece en la LGS que se habla de bloques patrimoniales, los que no incluyen a los trabajadores, cuyo amparo es un contrato a plazo indeterminado previamente protegido por el Principio de Continuidad, los cuales se han vulnerado también.

Después de haber relatado los hechos, se continúa con la revisión y análisis de la infracción normativa que lleva a este recurso casatorio, ello debido a que el mismo, versa sobre la aplicación indebida del artículo 1435 del Código Civil, al definir el traspaso como una cesión de posición contractual y no como una forma de reorganización societaria.

Respecto de la cesión de posición contractual, la Corte Suprema en el punto 2.3 de la Sentencia, dice que la cesión es aquella en donde se transfiere a un tercero la situación jurídica que se desprende de la relación obligacional existente, ello amparado en el Art. 1437 del C.C.

En cuanto a la transmisión de empresas y reorganización, el órgano colegiado en el punto 2.4 de la misma define a la empresa como: *“un conjunto de capital y trabajo*



*que funciona de manera organizada para la consecución de un determinado fin mercantil. Dentro de ella precisamente se desenvuelve la relación laboral, la que se inserta para la realización de sus fines.*<sup>161</sup> Seguidamente pasa a definir la transmisión de empresas como un *“fenómeno legal que tiene como resultado el cambio de titular de empresa, de manera que ejecutada la misma, la empresa mantiene elementos patrimoniales y personales para seguir operando.”*<sup>162</sup> es entonces que se termina concluyendo que la transmisión de empresas no es más que una sucesión de empresarios y no de empresas debido a que lo que cambia es la titularidad de la misma.<sup>163</sup>

Luego se pasa a describir los elementos esenciales que definen a la transmisión:

- a) Elemento subjetivo: el cambio de titularidad de una empresa.<sup>164</sup>
- b) Elemento objetivo: la transmisión de una entidad económica, no precisamente la empresa; sino de la persona física o jurídica o una unidad productiva autónoma o un conjunto de elementos patrimoniales y/o humanos que tengan potencialidad de provecho económico.<sup>165</sup>

Seguidamente, el órgano colegiado en el punto 2.5 comienza a establecer las diferencias entre la cesión de posición contractual y la transmisión de empresas en el ámbito laboral; y es que se entiende la confusión puesto que en ambas figuras se lleva a cabo una subrogación patronal. Sin embargo, en la cesión es necesaria que la otra parte (en este caso el trabajador) preste su conformidad y que, en consecuencia, el nuevo empleador asume el conjunto de obligaciones y cargas laborales impuestas por el anterior empleador en virtud del contrato de trabajo celebrado en su momento. En cuanto a la transmisión de empresa, lo que cambia es el titular de la sociedad, manteniéndose la misma con sus elementos patrimoniales y personales, en

---

<sup>161</sup> J. MONEREO PEREZ., *“Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa”*, Ministerio de Trabajo y Social, Madrid, 1987. p. 24.

<sup>162</sup> E. ARCE ORTIZ., *“Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias”*, Palestra, Lima, 2008, 1° ed, 2008, p. 142.

<sup>163</sup> J. MONEREO PEREZ, J. *“Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa...”, cit., p. 24.*

<sup>164</sup> M. UGAZ OLIVARES., *“Transmisión de Empresa y Convenio Colectivo, en: Estudios del Derecho al Trabajo y de Seguridad Social”*, Libro homenaje a Javier Neves Mujica, Grijley, Lima, 2009, 1°ed, p 398

<sup>165</sup> *Ibidem*, p 398.

donde claramente no es necesario el consentimiento del trabajador puesto que ello se fundamenta en que este cambio es importante para que la empresa continúe laborando; y que, en este caso, sea razonable que se le incluya al trabajador en las nuevas planillas.

En orden a la transmisión de empresas, la Corte procede a analizar el caso en concreto, y es que se tiene en autos que las sociedades habían celebrado una escritura pública de reorganización simple y aumento de capital, por la que Telefónica del PERÚ S.A.A transfirió un bloque patrimonial a Telefónica móviles S.A. a cambio de que esta última le remita acciones representativas de capital social; en el instrumento se observa la cláusula de “Efectos de la Reorganización Simple”, en donde ambas empresas acordaron respetar los contratos laborales, así como beneficios y obligaciones adquiridas vigentes, por otro lado, Telefónica Móviles declara gozar de solvencia económica para poder asumir lo que se estaba pactando.

Es por ello, que el Tribunal supremo advierte que la Sala Superior ha aplicado indebidamente el Art. 1435 en donde se califica a dicho acto como una cesión de posición contractual, en razón de la naturaleza de dicho acto, pues la reorganización llevada a cabo es de orden societario y no civil como se pretende; ello se concluye ya que lo que se habría transmitido es un fondo empresarial, lo que incluye pasivos, activos y relaciones jurídicas, siendo necesario el traspaso de trabajadores para la continuación de las actividades, que finalmente son el sustento de la obtención de un salario. Y por supuesto, ya no sería elemental el consentimiento de los trabajadores, pues se habría cubierto la inseguridad propia del cambio con lo acordado sobre el vínculo laboral y el respeto a los beneficios y derechos adquiridos.

Sobre la vulneración del Principio de Continuidad, el Tribunal Supremo argumenta que justamente observando el principio –ya que la legislación no ha establecido de manera expresa alguna regulación para estos casos- es que se debe posibilitar dicha transmisión para que no afecte el vínculo laboral, pues este tipo de reorganización se hizo con un propósito: el de optimizar las condiciones de las sociedades para que se

pueda continuar con las actividades económicas, respetando y garantizando claro está el contrato laboral y todos los derechos laborales que le asisten.

Finalmente, el 30 de setiembre de 2013, el órgano colegiado declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A y otro, en consecuencia; CASARON la Sentencia de Vista y actuando en sede de instancia REVOCARON la sentencia recurrida y CONFIRMARON la apelada que declaró infundada la demanda por parte de Sra. Zimri Cabrera Cairo contra Telefónica del Perú S.A.A y Telefónica Móviles S.A sobre nulidad del traspaso y restitución a planillas.

Después de esta exposición sobre la sentencia casatoria en mención, es que queda clara la diferencia entre la cesión de posición contractual y la reorganización empresarial; que no basta con diferenciar solamente la rama a la cual se dirige cada una de las figuras; sino que se debe observar el propósito con el cual se actúa, pues la principal razón que lleva a una sociedad a plantearse la reorganización es que se pueda mejorar la situación de una empresa a través del traspaso tanto de activos como pasivos; dirigidos a que se pueda continuar con la actividad económica; pues de lo contrario esto supondría el decaimiento de la misma en el mercado y posible cierre, lo que daría como consecuencia inmediata el despido de muchísimos trabajadores –que finalmente es lo que no se quiere.

## **2.4 Acreencias laborales como consecuencia de la escisión.**

### **2.4.1 Definición de acreencias laborales**

Primero, antes de pasar a conceptualizar las acreencias laborales o créditos laborales, debemos analizar el Art. 24 de la Constitución Política del Perú en donde se establece:

“Artículo 24.- Derechos del trabajador El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con

participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.”<sup>166</sup>

Es entonces que podemos deducir que el Estado reconoce el derecho irrestricto de la contraprestación por el trabajo realizado. En otras palabras, se garantiza como derecho fundamental la remuneración junto con el reconocimiento del pago de beneficios sociales. Ellos siguen la suerte de la remuneración al establecerla como prioridad frente a cualquier otro crédito.

Es necesario fijar la diferencia entre remuneración y beneficios sociales, la primera siguiendo a López Basantia se define como todo aquello que percibe el trabajador por los servicios prestados, ya sea en dinero o en especie <sup>167</sup>, en cambio los beneficios sociales son:

“Todos aquellos conceptos que percibe el trabajador por o con ocasión del trabajo dependiente. No importando su origen (legal, heterónimo, convencional o autónomo); el monto o la oportunidad de pago, la naturaleza remunerativa del beneficio, la obligatoriedad o la voluntariedad, etc. Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal.”<sup>168</sup>

Con estos conocimientos previos se puede pasar a definir realmente los créditos laborales, por lo que debemos recurrir al Decreto Legislativo N° 856, en su Art.1:

“Artículo 1: Constituyen créditos laborales las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que se adeudan a los trabajadores. Los créditos laborales comprenden los aportes impagos tanto del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones como al Sistema Nacional de Pensiones, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse.”<sup>169</sup>

Por lo que el crédito laboral abarca remuneraciones, la compensación por tiempo de servicio (CTS), las indemnizaciones y en general los beneficios que estén estipulados por la Ley en la cual se adecuen a los trabajadores. Además,

---

<sup>166</sup> Congreso Constituyente Democrático, *Constitución Política del Perú...*, cit. Art. 24.

<sup>167</sup> J. LOPEZ BASANTIA., “El salario”, en E. MORGADO (coord.) *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AIADTSS-UNAM, México, 1997, p. 477.

<sup>168</sup> J. TOYAMA MIYAGUSUKU., “La Constitución Comentada Artículo por Artículo”, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p.537.

<sup>169</sup> Congreso de la República, Decreto Legislativo N° 856. “*Precisan alcances y prioridades de los créditos laborales*”, Perú, entrado en vigencia el 5 de octubre de 1996.

quedan incluidos dentro de ellos los aportes impagos más intereses y gastos a los sistemas de jubilación.<sup>170</sup>

#### **2.4.2 Protección constitucional de las acreencias laborales**

Después de haber establecido lo que comprende los créditos laborales, es necesaria para la presente investigación, el estudio sobre la protección que ofrece nuestra Constitución a fin de garantizar una plena y correcta regulación de los mismos; ello a través del Art. 26 del mismo instrumento en donde se establecen los principios del Derecho del Trabajo:

“Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.”<sup>171</sup>

Nos centraremos en inciso 2, ya que una de las principales características de las acreencias es la irrenunciabilidad, pues ninguna autonomía privada podría atentar contra el privilegio que se les da constitucionalmente a los créditos laborales.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2906-2002-AA/TC:

“La Constitución protege, pues, al trabajador, aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia- se perjudique”<sup>172</sup>

Así las cosas, es que podemos identificar plenamente la intención del sistema jurídico nacional, pues se trataría de establecer límites mínimos sobre los cuales ninguna autonomía podría alterar. Ello, en consecuencia, hace que los

---

<sup>170</sup> J. CENTENO HUAMAN, y S. ALMEYDA LOPEZ. “La Responsabilidad de la Sociedad Beneficiaria de la Escisión y de la parcialmente escindida frente a las acreencias laborales: Salvaguardando la constitucionalidad del Art. 389° de la LGS”, Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Empresarial, Universidad de Lima, 2017, p. 25, Disponible en: [http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/6311/Centeno\\_Huaman\\_Joe.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/6311/Centeno_Huaman_Joe.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>171</sup> Congreso Constituyente Democrático, *Constitución Política del Perú...*, cit. Art. 26.

<sup>172</sup> STC Exp. N° 2906-2002-AA/TC, de fecha 20 de enero de 2004.FJ. 4.

derechos que se tratan de proteger –en este caso de materia laboral- estén plenamente protegidos, para así operar en beneficio de los trabajadores que, finalmente resulta ser la parte contractual más débil y de cuya situación de desequilibrio podría sacarse provecho.

### **2.4.3 La Persecutoriedad dispuesta en el Decreto Legislativo 856**

La consecuencia inmediata de otorgar el privilegio antes mencionado a los créditos laborales son los distintos mecanismos que se prevé constitucionalmente para no solo fiscalizar, sino también anticipar algunas malas prácticas que podrían usar los empleadores (como una transferencia de bienes a terceros con el fin de disminuir su patrimonio) con el fin de evitar el pago de estas acreencias laborales.

Sobre el Decreto Legislativo N° 856, se tiene:

“Artículo 3: La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones: (...) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.”<sup>173</sup>

Es entonces que queda establecida la situación de simulación o fraude como un supuesto claro para habilitar la persecutoriedad de los créditos; sin embargo, es a través de la jurisprudencia que se ha ido marcando pautas para la aplicación y los alcances, pues esta persecutoriedad tiene como fundamento un derecho real de garantía sobre los bienes, ya que sus características coinciden entre ambas figuras y lo que se pretende tutelar, pues la relación laboral no solo es personal, sino también patrimonial; ello claramente expresado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en el Exp. N° 851-2002-LIMA:

---

<sup>173</sup> Congreso de la República, Decreto Legislativo N° 856. “*Precisan alcances y prioridades de los créditos laborales...*, cit. Art. 3.

"Que, en lo concerniente al carácter preferente de los adeudos laborales, su naturaleza reposa en el hecho que la relación laboral genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el trabajador y el empleado. La primera está referida a las condiciones laborales mientras que la segunda, es una garantía que vincula el patrimonio del deudor al cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales (...) Que, la acción persecutoria tiene por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues éstos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. No se trata de identificar quién o quienes ejercen actualmente la posesión de los bienes de la empresa originaria, o si hay algún vínculo familiar o persona/ de los terceros adquirentes con el empleador; lo que se trata es de identificar los bienes, tener la certeza de que pertenecieron al empleador deudor y, eventualmente, realizarlos."<sup>174</sup>

Posteriormente, se evidencia el motivo de que se haya estipulado dicho supuesto, pues existe la posibilidad de que –cometiendo fraude- la sociedad pueda vender o traspasar sus activos fijos a un tercero para que no sea posible el cobro de los créditos laborales; es por ello que -de darse el caso- si bien es cierto que los trabajadores no podrían exigir el pago al tercero, quedan facultados para ejercer acción persecutoria -sobre los activos fijos materia de traspaso- de la que se hace mención en el Art. 3 del D.L. N°856. No obstante, la acción no operaría de manera automática, pues la carga de la prueba la tiene el trabajador, es decir que sería deber de los mencionados el recabar pruebas que efectivamente comprueben que se ha incurrido en la causal del artículo mencionado.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> STC. Exp. 851-2002-LIMA citada por J. TOYAMA MIYAGUSUKU y E. CUEVA VIEIRA en Grupo de Empresas, Transmisión de Empresas y Persecutoriedad Laboral: ¿Cuáles son sus alcances?, *Derecho y Sociedad*, N° 28, Lima, 2007, p. 336.

<sup>175</sup> J. CALLE CASUSOL., "Persecutoriedad laboral, garantías reales y concurso: un modelo para desarmar", *IUS ET VERITAS*, N° 34, 2007, p. 148. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12314>>

Consulta: 24 de noviembre de 2020.

## 2.5 La Escisión Empresarial y el abuso del derecho.

### 2.5.1 El Abuso del Derecho en la Escisión Empresarial.

Es menester definir qué es el abuso del derecho, siendo que esta figura jurídica se encuentra en el Art. II del Título Preliminar del Código Civil: “*Art. II: La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. (...)*”<sup>176</sup>

Seguidamente, dentro de la Teoría General del Abuso del Derecho, la doctrina ha desarrollado una sub-especie –sumamente importante para nuestro tema de investigación- denominada como “Abuso de la Personalidad Jurídica”, en donde Fernández Sessarego señala:

“El abuso de la personalidad jurídica es aquella situación o circunstancia en la cual una organización de personas utiliza las ventajas que otorga la formalidad que se obtiene con la inscripción de dicha organización en el registro para obtener beneficios en su provecho o en el de terceros al margen de los propios intereses de la persona jurídica. Es decir, son los seres humanos integrantes de la organización los que emplean dichas ventajas en su favor o para cometer un fraude a la Ley.”<sup>177</sup>

Es así que necesariamente se trae a colación la figura jurídica del fraude a la ley, no encontrando regulación expresa en la legislación nacional, por lo que se debe recurrir a la jurisprudencia, en donde la Resolución N° 0329-2005-TDC-INDECOPI, lo siguiente:

“Mediante la figura del negocio en fraude a la Ley, los sujetos celebran un determinado negocio (o acto) jurídico con el propósito de alcanzar un resultado práctico que no guarda correspondencia alguna con los efectos que normalmente se pretenden conseguir a través de la realización de tal negocio, sino con la finalidad de obtener un resultado prohibido por contravenir el orden público, las buenas costumbres o alguna norma imperativa en particular. El elemento que caracteriza dicha modalidad de fraude es la apariencia de respeto a la norma que ofrece el acto celebrado, pero que en realidad oculta la finalidad de eludir su cumplimiento.”<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Congreso de la Republica, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil Peruano...cit.* Título Preliminar, Art. II.

<sup>177</sup> C. FERNÁNDEZ SESSAREGO., “Apuntes sobre el abuso de la personalidad jurídica”, *Advocatus*, N° 4, 2001. p. 57. Disponible en: <https://doi.org/10.26439/advocatus2001.n004.2281>  
Consulta: 24 de noviembre de 2020.

<sup>178</sup> Res. N° 0329-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 21 de marzo de 2005, punto III.2.



Con fines didácticos, es que podemos también recurrir a la doctrina para poder tener una visión más amplia sobre el concepto del fraude de la ley, por ello, citando al Dr. Fernández Sessarego:

“El fraude a la ley resulta así un principio general del derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se encuentra estrechamente vinculado con otros principios generales como la buena fe, las buenas costumbres, el orden público. Se trata, en consecuencia, y al igual que el abuso de derecho, de un deber jurídico a cargo del sujeto de derecho y que consiste en no violar el espíritu de la norma, su sentido jurídico, el propósito para el que fue promulgada más allá de su literalidad. Las normas jurídicas se integran dinámicamente con los valores, en tanto los recogen y plasman al efecto de regular conductas intersubjetivas. El sentido valioso de la norma prima sobre su mera expresión escrita [...]”<sup>179</sup>

Como se dijo en el acápite anterior, si bien es cierto solo son aplicaciones a la realidad de los casos, este tipo de trasposos son muy frecuentes en la práctica, pues a simple vista es solo un acto jurídico plenamente legal, sin embargo, las intenciones que llevan a materializar la decisión de reorganizar una sociedad, va más allá de un intercambio, ya que se estarían vulnerando derechos laborales de trabajadores.

Sin embargo, la solución en estos casos es la relación de interdependencia entre el Abuso del Derecho con el Principio de Buena Fe, ello se fundamenta en que las sociedades podrían incurrir en actos fraudulentos y revestirlos de legalidad, amparándose en sus derechos. Sin embargo, no podría ser un ejercicio irrestricto de la autonomía privada, pues la misma acarrea un deber jurídico genérico que es el de actuar de buena fe, ello actuando como un límite y garante sobre el cual hablaremos a continuación.

### **2.5.2 El Principio de Buena Fe como mecanismo de protección en casos de abuso del derecho.**

Este principio no se encuentra expresamente regulado en algún instrumento normativo, no obstante, en el Código Civil se tiene pleno reconocimiento del mismo; y es que en su Art. 168 establece que el acto jurídico debe

---

<sup>179</sup> C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. “*Abuso del derecho*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 178-179.

interpretarse de acuerdo con el principio de buena fe.<sup>180</sup> Por otro lado, en el Art. 1362 de la misma norma, se ordena que los contratos se negocien, celebren y ejecuten según las reglas de la buena fe.<sup>181</sup>

Como podemos observar, no hay una aproximación sobre lo que es la buena fe, es por ello que podemos recurrir al profesor Trazegnies Granda:

“[...] La buena fe, entendida como la adecuada representación que cada parte realiza de su propio punto de vista frente a la otra, es un principio general del Derecho que no puede ser eludido en ninguna de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la rama del Derecho o el tipo de relación formada o por formarse.”<sup>182</sup>

Es entonces que este principio entra a tallar para los actos abusivos que revisten aparentemente de legalidad; y es que surge el deber de respetar el interés ajeno, pues como dice el Dr. Josserand:

“Pero puede suceder y sucede con frecuencia que un acto sea conforme a determinado derecho y sea, no obstante, ilícito, por ser contrario a la buena fe, a esas reglas que dominan todo el derecho y que constituyen lo que Maurice Hauriou llamaba la superlegalidad. Aun manteniéndonos en la legalidad estricta, podemos violar el derecho.”<sup>183</sup>

Es por ello que indudablemente el abuso de derecho se puede cometer por acción o por omisión (entendiéndola como la posibilidad de ejercer un derecho cuando se pudo y debió hacerlo para evitar un daño injusto a terceros.)<sup>184</sup>

Como podemos observar, no se dispone la ilicitud de una conducta, sino de las intenciones que puedan tener los sujetos al momento de celebrar cualquier acto; para nuestra investigación, queda claro y es muy común en la práctica, que sociedades puedan ampararse en actos de traspaso para así evadir responsabilidades y pagos de créditos laborales: he aquí la conducta ilícita –la

---

<sup>180</sup> Congreso de la Republica, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil Peruano...*, cit. Artículo 168°.- “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.”

<sup>181</sup> *Ibidem*, Artículo 1362°.- “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

<sup>182</sup> F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal” en C. SOTO COAGUILA (ed), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina, Tomo III*, Grijley, Lima, 2007, p. 1618.

<sup>183</sup> L. JOSSERAND., “*Del abuso de los derechos y otros ensayos*”, Editorial Temis, Bogotá, 2009, 2da ed., pp. 23-24.

<sup>184</sup> G. ORDOQUI CASTILLA., “*Abuso de derecho*”, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2010, 2da ed., p. 97.

de evasión o disminución- que provocaría el daño hacia los trabajadores, pues finalmente no debemos olvidar la situación de desequilibrio en la que se encuentran los mismos en la relación contractual. No obstante, dicho principio no solo sería una presunción de la buena intención, sino que también jugaría un rol importante, al ser un mandato indirecto para las sociedades en general de seguir una conducta recta –en cuanto a derecho se refiere- en absolutamente todos sus actos.

### **2.5.3 La Responsabilidad Solidaria en la Escisión:**

En cuanto a la responsabilidad atribuida por la Ley General de Sociedades para la escisión, tenemos que:

Artículo 389.- “Desde la fecha de entrada en vigencia de la escisión, las sociedades beneficiarias responden por las obligaciones que integran el pasivo del bloque patrimonial que se les ha traspasado o han absorbido por efectos de la escisión. Las sociedades escindidas que no se extinguen, sólo responden frente a las sociedades beneficiarias por el saneamiento de los bienes que integran el activo del bloque patrimonial transferido, pero no por las obligaciones que integran el pasivo<sup>185</sup> de dicho bloque. Estos casos admiten pacto en contrario.”<sup>186</sup>

Ello significaría que la empresa beneficiaria no solo tendrá un aumento de capital por el bloque patrimonial transferido, sino que deberá asumir obligaciones que la empresa escindida haya tenido, o que puedan desprenderse por el proceso de escisión.

Asimismo, lo antes expuesto es reafirmado por nuestra jurisprudencia, pues la Corte Suprema en la consulta recaída en el Exp. P.A N° 303-2020 LA LIBERTAD expresa:

Por consiguiente, esta Sala Suprema concluye que, en efecto, se ha determinado que sí se han transferido bienes que pertenecieron a la empresa obligada, por lo que, puede afectarse los mismos en virtud del carácter persecutorio con el fin de cubrir los créditos laborales, pues de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y laborales implica

---

<sup>185</sup> Entendiendo como activo todos los derechos y bienes que son de propiedad de la empresa; y por otro lado los pasivos entendidos como todas las deudas y obligaciones contraída por la empresa. C. ROBLES ROMAN, “*Fundamentos de la administración financiera*”, Red Tercer Milenio, México, 2012, 1° ed, p. 26.

<sup>186</sup> Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades...*, cit. Art. 389.

conceder al trabajador de mecanismos jurídicos indispensables con el objeto que los derechos laborales puedan hacerse efectivos.<sup>187</sup>

En cuanto a la interpretación que hace la Corte, se basa en el Principio de Persecutoriedad de los créditos laborales extendiéndola sin ningún tipo de limitación a la empresa beneficiaria hacia las demás obligaciones laborales, pudiendo concluir que este tipo de responsabilidad atribuida sería solidaria; ello lo reafirma el profesor Toyama: “*Como si se tratara de una sola empresa con pluralidad de empresarios, regida por el principio de la responsabilidad solidaria entre todos sus miembros.*”<sup>188</sup>

Pareciera que entre el artículo 389 y la resolución en mención no hay congruencia, pues en nuestra opinión, el ente colegiado al hacer responsable a la empresa beneficiaria de la escisión de forma solidaria y sin ninguna limitación expresa, es decir “*estableciendo que la empresa beneficiaria de un bloque patrimonial no solo se haga responsable de los créditos laborales que correspondan al referido bloque patrimonial (o hasta su valor), sino, incluso de los que existan en la empresa escindida,*”<sup>189</sup> hace que entendamos que al recibir el bloque patrimonial en escisión, se asuma también con cargas que haya tenido la empresa escindida cuando lo dispuesto por el Art. 389 solo establece que se haga cargo de los pasivos del bloque patrimonial, por lo que finalmente es una evidente contradicción.

Sin embargo, ello podría ir en contra del citado artículo pues la ley expresamente solo la establece para los pasivos que conforman el bloque escindido.

Por otro lado, se debe traer a la presente investigación la Casación N° 932-2002-LIMA, en donde se establece en la parte considerativa que:

“Que, la acción de persecutoriedad de los beneficios sociales reposa en el hecho que la relación laboral genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el empleador y el trabajador, teniendo por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos

---

<sup>187</sup> Consulta Exp. N° 303-2020 La Libertad, de fecha 30 de setiembre de 2020, F.J. 5.6

<sup>188</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, “*Instituciones del Derecho Laboral*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 364

<sup>189</sup> J. CENTENO HUAMAN, y S. ALMEYDA LOPEZ. “*La Responsabilidad de la Sociedad Beneficiaria de la Escisión...*”, cit. p. 38.

constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. No se trata de identificar quien o quienes ejercen actualmente la posesión de la empresa originaria, o si hay algún vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador, lo que se trata es de identificar los bienes, tener la certeza que pertenecieron al empleador deudor y, eventualmente realizarlos”<sup>190</sup>

La Corte menciona el Principio de Persecutoriedad y el Decreto Legislativo N° 856, en donde se dispone en el Art. 3:

“La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones (...) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.”<sup>191</sup>

Todo lo antes mencionado, nos lleva a un camino en común: el de tutelar las acreencias laborales en base al Principio de Persecutoriedad para los casos en donde haya fraude o alguna supuesta simulación; sin embargo, a nuestra opinión, este principio tutela a su vez la vigencia y despliegue del Principio de Continuidad en el vínculo y relación laboral de los trabajadores en los casos de escisión.

En cuanto a la jurisprudencia que hemos traído a colación, efectivamente se ajusta al contexto en el que nos enfocamos en nuestra investigación, pues el objeto de toda escisión es la transferencia de un bloque patrimonial –incluyendo activos y pasivos-, sin embargo, el motivo que lleva a una empresa a optar por este tipo de transformación no implica necesariamente un fin ilícito o fraudulento, pues cada caso de escisión es único en sí mismo; no obstante, no existe en nuestra legislación algún criterio objetivo ni requisitos necesarios que puedan ayudar a evaluar si la escisión empresarial era

---

<sup>190</sup> Cas. N° 932-2002 de fecha 04 de enero de 2006. Considerando tercero.

<sup>191</sup> Congreso de la República, Decreto Legislativo N° 856. “*Precisan alcances y prioridades de los créditos laborales...*, cit. Art. 3.

realmente necesaria para la empresa o si esta figura jurídica tiene vacíos que pueda facilitar la evasión de acreencias laborales.

Es por ello que nuestros tribunales extienden de manera uniforme esta responsabilidad hacia la empresa beneficiaria al momento en el que ellos opten por la escisión, llegando incluso a presumir una responsabilidad solidaria, contraria al Código Civil.

La consecuencia inmediata de atribuir una responsabilidad irrestricta es que la escisión empresarial en el Perú tenga altos costos de transacción, pues se tendría que analizar y prever las posibles contingencias de acreencias laborales, pasadas, presentes y futuras que puedan desprenderse del pasivo del bloque escindido.

### III. EL CONVENIO COLECTIVO TRIPARTITO COMO RESPUESTA AL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA ESCISION EMPRESARIAL.

#### 1. La negociación colectiva cuando se opta por la escisión empresarial

##### 1.1 La negociación colectiva en casos de escisión empresarial en el derecho nacional

Para el análisis de la negociación colectiva debemos remitirnos a su fundamento anterior, que es el derecho fundamental a la libertad sindical entendida como:

“El derecho fundamental de los trabajadores a organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses comunes económicos y sociales. O, si se quiere, con un poquito más de concreción, consiste en el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y en el derecho de aquellos y estas a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses comunes.”<sup>192</sup>

El instrumento legal que plasma la libertad sindical de la que se menciona, se encuentra en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, norma que se estudiará en el presente acápite (respecto de lo concerniente a la presente investigación), pues en su Art. 2 se establece que:

Artículo 2.- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.<sup>193</sup>

Ahora bien, al haber fijado el concepto de libertad sindical, es que se procede a estudiar la negociación colectiva como tal, y tratando brevemente sobre sus inicios en nuestro país, esta se introdujo a través de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, y como lo afirma la Dra. Rosa Balbi, esta ley: “*consolida la sindicalización por empresa y por rama o actividad, en un contexto en donde el sindicalismo en el Perú de los 90 atraviesa una crisis ideológica y organizativa, crisis de representación*”<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> A. VILLAVICENCIO RIOS, “La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación”. *Programa Laboral de Desarrollo – PLADES*, Lima, 2010, p. 87. Disponible en: <<http://files.pucp.edu.pe/posgrado/wp-content/uploads/2017/05/22162507/LA-LIBERTAD-SINDICAL-EN-EL-PER%C3%9A-2010-FINAL.pdf>>

Consulta: 24 de noviembre de 2020.

<sup>193</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*”, Perú, entrado en vigencia el 01 de octubre de 2003.

<sup>194</sup> C. ROSA BALBI, “Sindicalismo y Flexibilización del Mercado de Trabajo en el Perú”, *Debates de Sociología* N° 19, Lima, 1995, p. 91.

Ahora bien, en la Ley de Relaciones Colectivas –instrumento básico para abordar este tema- no se le define expresamente, sino que se opta por mencionar la consecuencia directa de las negociaciones:

Artículo 41.- “Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores. Sólo estarán obligadas a negociar colectivamente las empresas que hubieren cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento.”<sup>195</sup>

Sin embargo, debemos remitirnos a la doctrina para poder terminar de conceptualizar esta figura como:

“... La negociación colectiva como instrumento de gobierno de éste sistema, se pactan todas las reglas necesarias para la expresión de su poder normativo y para resolver todos los conflictos de creación, aplicación o interpretación que surjan a su alrededor.”<sup>196</sup>

Luego, se le otorga una fuerza de obligatorio cumplimiento al establecer el objetivo claro que tienen estas negociaciones: crear acuerdos colectivos y que estos sean respetados tanto por empleadores como por trabajadores:

“Artículo 42.- La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.”<sup>197</sup>

Seguidamente, es importante para fines de la investigación analizar más detalladamente el Art. 43 de dicha ley, pues se dispone las características que tienen las convenciones colectivas:

Artículo 43: la convención colectiva de trabajo tiene las siguientes características:

---

<sup>195</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo...cit.* Art. 41.

<sup>196</sup> A. VILLAVICENCIO RIOS, La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación..., cit., p. 32

<sup>197</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo...cit.* Art. 42.



- a) Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.
- b) Rige desde el día siguiente al de caducidad de la convención anterior; o, si no la hubiera, desde la fecha de presentación del pliego, excepto las estipulaciones para las que señale plazo distinto que consistan en obligaciones de hacer o de dar en especie, que regirán desde la fecha de su suscripción.
- c) Rige durante el período que acuerden las partes. A falta de acuerdo, su duración es de un (1) año.
- d) Continúa rigiendo mientras no sea modificada por una convención colectiva posterior, sin perjuicio de aquellas cláusulas que hubieren sido pactadas con carácter permanente o cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial.
- e) Continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares.
- f) Debe formalizarse por escrito en tres (3) ejemplares, uno para cada parte y el tercero para su presentación a la Autoridad de Trabajo con el objeto de su registro y archivo.”<sup>198</sup>

Corresponde hacer un breve análisis de estas características, pues se establece que dichos acuerdos que deriven de la negociación, tendrán plenos efectos en los contratos de trabajo individuales, además se determina la fecha en la cual empiezan a surtir tales efectos, la duración de los mismos y –de suma importancia para esta investigación- prevé el respeto de dichos acuerdos para casos excepcionales como lo es la escisión empresarial.

Es entonces que surge la inquietud en el lector sobre quiénes llevan a cabo esta negociación, pues en la LRCT se tiene que:

“Artículo 47: “... La representación de los trabajadores en todo ámbito de negociación estará a cargo de una comisión constituida por no menos de tres (3) ni más de doce (12) miembros plenos, cuyo número se regulará en atención al ámbito de aplicación de la convención y en proporción al número de trabajadores comprendidos.”<sup>199</sup>

En cuanto al número de representantes de empleadores:

---

<sup>198</sup> *Ibidem*, Art. 43.

<sup>199</sup> *Ibidem*, Art. 47.

“Artículo 48.- La representación de los empleadores estará a cargo: a) En las convenciones de empresa, del propio empresario o las personas que él designe. b) En las convenciones por rama de actividad o de gremio, de la organización representativa de los empleadores en la respectiva actividad económica y, de no existir ésta, de los representantes de los empleadores comprendidos. La comisión designada por los empleadores no podrá ser superior en número a la que corresponde a los trabajadores.”<sup>200</sup>

Sin embargo, la ley no solo se encarga de establecer la cuota de representación para cada uno de los actores, en su Art. 49 ordena que ambas partes deberán acreditar sus facultades al momento de participar en la negociación y limitarse a estas, además en el caso de los trabajadores, deberán estar suscritos y plenamente identificados en el pliego a presentar.<sup>201</sup>

Al respecto sobre el proceso de negociación, la ley en su artículo 51 pauta lo siguiente:

“Artículo 51.- La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego que debe contener un proyecto de convención colectiva...”<sup>202</sup>

En los siguientes artículos se continúa determinando los plazos dentro de los cuales el sindicato deberá presentar dicho pliego<sup>203</sup> para luego establecer la obligatoriedad de la recepción de dicho pliego por parte del empleador,<sup>204</sup> todo bajo la supervisión de la Autoridad del Trabajo. Así también se dispone imperativamente que se levante actas por cada acuerdo adoptado.<sup>205</sup>

Seguidamente, en nuestro ordenamiento jurídico se prevé los casos en los que las negociaciones no son exitosas, para el cual utiliza a los mecanismos de resolución

---

<sup>200</sup> *Ibíd*em, Art. 48.

<sup>201</sup> *Ibíd*em, Artículo 49.- La designación de los representantes de los trabajadores constará en el pliego que presenten conforme al artículo 51. [...] En ambos casos deberán estipularse expresamente las facultades de participar en la negociación y conciliación, practicar todos los actos procesales propios de éstas, suscribir cualquier acuerdo y llegado el caso, la convención colectiva de trabajo.”

<sup>202</sup> *Ibíd*em, Art. 51.

<sup>203</sup> *Ibíd*em, Artículo 52.- “El pliego debe ser presentado no antes de sesenta (60) ni después de treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de caducidad de la convención vigente. En caso de presentación posterior al plazo señalado, la vigencia a que se refiere el inciso b) del artículo 43 será postergada en forma directamente proporcional al retardo.”

<sup>204</sup> *Ibíd*em, Artículo 54.- “Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable”.

<sup>205</sup> *Ibíd*em, Artículo 57: “[...] Sólo es obligatorio levantar actas para consignar los acuerdos adoptados en cada reunión, siendo facultad de las partes dejar constancia de los pedidos u ofertas por ellas formulados.”

de conflictos –como lo son la conciliación<sup>206</sup> y arbitraje<sup>207</sup>- bajo los parámetros legales establecidos para dichas figuras (como ya se había mencionado) bajo la supervisión del Ministerio de Trabajo, siendo vinculantes todos los acuerdos adoptados.

## **1.2 La negociación colectiva en casos de escisión empresarial en el derecho internacional**

Se comenzará este acápite analizando lo dispuesto por la OIT respecto de la negociación colectiva, debido a que ello repercutirá en casi todas las legislaciones pues se entiende a la negociación colectiva como: “*la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo.*”<sup>208</sup>

Seguidamente, en la Recomendación 91 se define el contrato colectivo como:

“Todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional.”<sup>209</sup>

Siguiendo la misma recomendación, se establece que estos contratos colectivos tienen un carácter vinculante disponiendo la supremacía de los mismos sobre los contratos de trabajo individuales.<sup>210</sup>

Luego, es menester examinar el Convenio N° 98, que si bien es cierto no hay una definición de los contratos colectivos, establece aspectos fundamentales de la negociación colectiva, en donde se tiene por objeto:

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, Artículo 58.- Las partes informarán a la Autoridad de Trabajo de la terminación de la negociación, pudiendo simultáneamente solicitar el inicio de un procedimiento de conciliación [...]”

<sup>207</sup> *Ibidem*, Artículo 61.- “Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.”

<sup>208</sup> B. GERNIGON, “La negociación colectiva: Definición y objeto” en A. ODERO *et alii*, “*La negociación colectiva, normas de la OIT y principios de los órganos de control*”, Oficina Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, p. 9. Disponible en: <[http://oit.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_087940.pdf](http://oit.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087940.pdf)> Consulta: 25 de noviembre de 2020.

<sup>209</sup> Organización Internacional del Trabajo, Recomendación N° 91, *Recomendación sobre los contratos colectivos*. Celebrada en Ginebra, entrada en vigor el 29 de junio de 1951, párrafo 2, subpárrafo 1.

<sup>210</sup> *Ibidem*, párrafo 3, subpárrafos 1), 2) y 3).

“Reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo» y postular «estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria.”<sup>211</sup>

Por otro lado, en cuanto a la Convención N° 154 define a la negociación colectiva como:

“Todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”<sup>212</sup>

En cuanto a los sujetos que intervienen en una negociación colectiva, la Recomendación N° 163 enumera las diversas medidas encaminadas a promover la negociación colectiva, entre las que incluye el reconocimiento de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.<sup>213</sup>

Luego de haber hecho una breve descripción sobre lo que la OIT establece es necesario investigar cómo es que se regula la negociación colectiva en el mundo; y, en primer lugar, tenemos a España, en donde se ha legislado el tema sindical en el Estatuto de Trabajadores, creado en 1980 y modificado sustancialmente en diversas ocasiones en los años noventa.

Este instrumento legal contiene principios básicos –que claro está, también se encuentran reconocidos en su Constitución- como:

- La legitimidad para negociar. - esta tiene un diferente manejo al de nuestro país, pues la misma proviene del número de votos obtenidos en los procesos de elecciones sindicales llevada a cabo en una audiencia electoral.<sup>214</sup> Este poder de

---

<sup>211</sup> Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 98, “*Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*”. Celebrada en Ginebra, entrada en vigor el 18 de julio de 1951, art. 4.

<sup>212</sup> *Ibidem*, Art. 2.

<sup>213</sup> Organización Internacional del Trabajo, Recomendación 193, “*Recomendación sobre la negociación colectiva*”. Celebrada en Ginebra, entrada en vigencia 19 de junio de 1981, párrafo 3, apartado a)

<sup>214</sup> Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 2/2015, “*Ley del Estatuto de los Trabajadores*”, España, entrada en vigor el 13 de noviembre de 2015.

Artículo 87. Legitimación: “[...] La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.”

representación otorgará la facultad de poder estar presentes en diferentes procesos de negociación.

- La eficacia general automática de los convenios. - en donde tratándose de convenios de ámbito superior a la empresa, sean aplicados en todas las empresas y trabajadores que formen parte del ámbito geográfico y sectorial correspondiente, así no haya sido parte de la negociación.<sup>215</sup>
- La ultraactividad de los convenios. – pues los mismos operarán bajo la presunción de que son de duración indefinida hasta que se firme un nuevo convenio.<sup>216</sup>

Otro ámbito a tocar necesariamente respecto a la legislación española –ya que la principal característica de la negociación colectiva es su distribución por ámbitos de negociación,<sup>217</sup> empezando por el aspecto geográfico dependiendo si es descentralizado: local, provincial, y descentralizado: regional o nacional.<sup>218</sup>

“En resumen, la negociación colectiva se lleva a cabo mayoritariamente en un nivel intermedio, el sector con ámbito geográfico provincial, donde se negocian las condiciones laborales de más de la mitad de los trabajadores bajo la cobertura de la negociación colectiva. En conjunto, más del 85% de los trabajadores están afectados por convenios de sector, con diferentes ámbitos geográficos, por lo que menos del 15% de trabajadores negocian sus condiciones laborales en el nivel de la empresa”<sup>219</sup>

---

<sup>215</sup>Ibídem, Artículo 92. Adhesión y extensión.: “[...] 2. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o el órgano correspondiente de las comunidades autónomas con competencia en la materia, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3, las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello [...]”.

<sup>216</sup>Ibídem, Artículo 86 Vigencia: “[...] 2. Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes [...]”

<sup>217</sup> En nuestra legislación también se encuentra regulada, sin embargo, esta no está contemplada de modo específico como la legislación española.

<sup>218</sup>M. IZQUIERDO *et alii*, “*El sistema de negociación colectiva en España: un análisis con datos individuales de convenios*”, Banco de España, Madrid, 2003, pp 9-10. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Mario\\_Izquierdo/publication/28301126\\_El\\_Sistema\\_de\\_Negociacion\\_Colectiva\\_en\\_Espana\\_Un\\_Analisis\\_con\\_Datos\\_Individuales\\_de\\_Convenios/links/0deec51e402441bea1000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Mario_Izquierdo/publication/28301126_El_Sistema_de_Negociacion_Colectiva_en_Espana_Un_Analisis_con_Datos_Individuales_de_Convenios/links/0deec51e402441bea1000000.pdf)>

Consulta: 25 de noviembre de 2020.

<sup>219</sup> Ibídem, p. 10.

Sobre las materias que se negocian, al igual que en nuestra legislación y lo comúnmente pactado, versan sobre incrementos salariales, jornada laboral pactada, reconocimiento y regulación de horas extraordinarias así como el pago de beneficios sociales.<sup>220</sup>

Ahora bien, enfocándonos en el tema de la sucesión empresarial, en cuanto a la representación sindical se tiene que:

“Podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los Convenios Colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas. En su defecto dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.”<sup>221</sup>

Con respecto a los trabajadores que se integran a la nueva empresa, todos los derechos y situaciones adquiridas se mantendrán hasta que la vigencia del convenio termine o se negocie uno nuevo con la empresa, ello como lo afirma el Dr. Manrique López al hacer una aplicación de diversos dispositivos legales lo que lo hace concluir que:

“La empresa beneficiaria es heredera de la segregada en relación con los contratos de trabajo que esta última mantenía vigentes con sus trabajadores y que por razón de la transmisión soleyn adscritos a la primera, operándose, en consecuencia, por ministerio de la Ley, la subrogación en los derechos y obligaciones laborales del empresario anterior, lo que significa que el Convenio Colectivo de empresa mantiene su total vigencia en la nueva empresa.”<sup>222</sup>

De lo antes dicho, podemos entonces concluir lógicamente que los trabajadores de una empresa segregada se trasladarán a la empresa beneficiaria con todos los derechos y situaciones que hayan adquirido en convenios colectivos, aunque estos

---

<sup>220</sup> Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 2/2015, “*Ley del Estatuto de los Trabajadores...*”, cit. Artículo 82, Concepto y eficacia: “[...] 2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.”

<sup>221</sup> *Ibidem*, Artículo 67.

<sup>222</sup> V. MANRIQUE LÓPEZ, “Aspectos sindicales de la segregación y escisión de empresas”, *Revista de la Universidad de Deusto*, N°2, Vol. 43, 1995, p. 112. Disponible en: <<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/viewFile/588/750>>

Consulta: 25 de noviembre de 2020.

sean menos beneficiosos para la nueva situación laboral, siguiendo nuevamente a Manrique López:

“Desde el punto de vista estratégico parece preferible la diversidad de convenios colectivos y regímenes jurídicos aplicables a los trabajadores en razón a la empresa de prestación de servicios, que puede permitir a cada una de tales empresas mantener una situación laboral más acorde con las necesidades del sector y mercado competitivo en cada momento. Lo que resulta evidente es la imposibilidad de pactar, individual o colectivamente, para algunos de los colectivos de trabajadores integrados en una operación de fusión/escisión, condiciones de trabajo regresivas sobre su situación precedente, aun cuando tenga por objeto unificar situaciones.”<sup>223</sup>

Sin embargo, una de las soluciones planteadas a esta diversidad que puede jugar en contra de la situación del trabajador es que se ha admitido en el Estatuto de Trabajadores que se pueda negociar sin pertenecer a un órgano sindical:<sup>224</sup>

“Por consiguiente, la empresa segregada puede concertar acuerdos válidos con cada uno de sus trabajadores si su objeto es lícito y no estipula condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y Convenios Colectivos.”<sup>225</sup>

Con referencia a América Latina en general, hay un decrecimiento en cuanto a la promoción de las negociaciones colectivas, ello se refleja en el número de convenios colectivos inscritos en las diferentes autoridades de trabajo en los países.<sup>226</sup>

Por otro lado, es notorio el único tipo de negociación que se lleva a cabo en Sudamérica, pues como vimos en la legislación española, existen distintos ámbitos para llevar a cabo un convenio; en otras palabras, se hace referencia a los diversos niveles de acuerdo al número de empresas o de sindicatos del mismo rubro o sector de actividades que intervengan. Dicho esto, el que predomina en Latinoamérica es el

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>224</sup> Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 2/2015, “*Ley del Estatuto de los Trabajadores...*”, cit. Artículo 3. Fuentes de la relación laboral. 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: [...] b) Por los convenios colectivos [...]”.

<sup>225</sup> V. MANRIQUE LÓPEZ, *Aspectos sindicales de la segregación y escisión de empresas...*, cit. p. 118.

<sup>226</sup> M. VEGA RUIZ, “*Libertad de Asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación en América Latina*”, Oficina internacional del Trabajo, 2004, p. 52, Disponible en: [http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_decl\\_wp\\_22\\_s\\_p.pdf](http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_22_s_p.pdf)

Consulta: 25 de noviembre de 2020.

de ámbito de empresa y dentro de esta afirmación se encuentran países de Centroamérica, Bolivia, Ecuador, Paraguay y nuestro país.<sup>227</sup>

Caso distinto en países como Argentina, Brasil y Uruguay, en donde su nivel de negociación se encuentra en el de industria, sin embargo, cada vez se acerca más a ser un nivel de empresa, debido a las diferentes reformas laborales y relaciones de trabajo.<sup>228</sup>

### **1.3 El convenio colectivo como materialización de las negociaciones colectivas**

Como se ha venido investigando en el presente documento, se debe establecer qué son los convenios colectivos de trabajo, para ello, nos remitiremos al Art. 41 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo:

Artículo 41.- “Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.”<sup>229</sup>

Se advierte entonces que la legislación nacional al referirse a los convenios colectivos, los concibe como un acuerdo de voluntades, en donde se tendrá que observar los requisitos establecidos en el Art. 140 del Código Civil<sup>230</sup> para que surtan plenos efectos. Por otro lado, siguiendo con lo dispuesto por el instrumento, se identifica plenamente el objeto del mismo, es decir que de alguna manera se define el contenido del que versará el convenio y a su vez a los sujetos que participarán de él.

Necesariamente debemos traer a colación lo dispuesto por el Tribunal Constitucional que reafirma lo dispuesto por el Art. 41 que mencionamos en líneas anteriores: “(...) se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o

---

<sup>227</sup> Ibídem, p. 53.

<sup>228</sup> Ibídem, p. 52.

<sup>229</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo...cit. Art. 41.

<sup>230</sup> Congreso de la Republica, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil Peruano...*, cit. Art. 140:” ... 1.- Agente capaz. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.



*extinguir derechos obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales”.*<sup>231</sup>

En cuanto a lo dispuesto por la OIT acerca de los convenios colectivos, tenemos a la Recomendación 91 sobre los Convenios Colectivos:

“... Todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte y por otra, una o varias organizaciones representantes de trabajadores...”<sup>232</sup>

Dicha afirmación no dista de la establecida en nuestra legislación, pues las semejanzas son notorias.

La doctrina al respecto también se ha encargado de definir los convenios colectivos, es entonces que siguiendo a Bruno Magno: *"Convenio colectivo es el negocio jurídico a través del cual los sindicatos y empresarios establecen condiciones de trabajo (...), como emanación de un poder autónomo (...) y con efectos generales."*<sup>233</sup>

Una aproximación un tanto más profunda nos la da el Dr. Toyama Miyagusuku:

“No cabe duda que el CCT es un negocio jurídico: un acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Pero, la particularidad reside en su eficacia normativa: el acuerdo se produce en virtud de un reconocimiento al poder autónomo que gozan las partes colectivas laborales para "autonormar" sus relaciones jurídicas y crear verdaderas normas jurídicas.”<sup>234</sup>

Seguidamente debemos hablar de la fuerza vinculante, pues en el Art. 42 de la LRCT se dispone:

Artículo 42.- “La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con

---

<sup>231</sup> STC Exp. N° 008-005-PI, 12 de agosto de 2005, F.J. 29.

<sup>232</sup> Organización Internacional del Trabajo, Recomendación N° 91, *Recomendación sobre los contratos colectivos...*, cit., Artículo 2.1.

<sup>233</sup> O. BUENO MAGANO., “*Direito Coletivo do Trabalho*”, IESDE Brasil S.A, Sao Paulo, 1990, p. 135.

<sup>234</sup> J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “El contenido del convenio colectivo de trabajo”, *IUS ET VERITAS*, N° 5, 1994, p. 169. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15461>>

Consulta: 25 de noviembre de 2020.

excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.”<sup>235</sup>

Respecto de la misma, ella encuentra su fundamento en el Art. 28 de nuestra Constitución,<sup>236</sup> por lo que implica el reconocimiento del acuerdo como una norma jurídica entre las partes. Sin embargo, la misma ley establece los límites, pues esta libertad no es irrestricta, ya que nuestro Ordenamiento Jurídico considera la celebración de estos contratos colectivos de interés social, por lo que en consecuencia puede imponer reglas o límites al contenido, tal como lo veremos en líneas posteriores.<sup>237</sup>

Sobre las características que deberá tener todo acuerdo, en el Art. 43 de la ley LRCT se establecen las mismas:

“Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo que son regulados en ella, por lo que los contratos de trabajo individuales se adaptarán a los convenios y tampoco podrán tener disposiciones contrarias a ellos.

En cuanto a la entrada en vigencia, será a partir de la fecha de publicación del pliego o si tiene un plazo pactado, luego, para los acuerdos que se renueven o modifiquen otros, entrarán en vigencia a partir de la fecha de caducidad del anterior que se modifica.

El plazo de duración del acuerdo lo pactan las partes libremente, en caso contrario se presume que la duración es de un año.

Continuará rigiendo el acuerdo si es que no hay modificación alguna.

En caso de que surja alguna forma de transformación de la empresa, las convenciones celebradas continuarán vigentes.”<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo...cit.* Art. 42.

<sup>236</sup> Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo...*, cit., Artículo 28.- “Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. [...] 2. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.”

<sup>237</sup> J. DOLORIER TORRES Y M. CANDELA ROSAS. “El convenio colectivo, concepto, características y jerarquía normativa en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, *Actualidad jurídica*, N° 133, Lima, 2004, pp. 149-151.

<sup>238</sup> Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo...*, cit., Artículo 43.- La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: a) Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador. b) Rige desde el día siguiente al de caducidad de la convención anterior; o, si no la hubiera, desde la fecha de presentación del pliego, excepto las estipulaciones para las que señale plazo distinto que consistan en obligaciones de hacer o de dar en especie, que regirán desde la fecha de su suscripción. c) Rige durante el período que acuerden las partes. A falta de acuerdo, su duración es de un (1) año. d) Continúa rigiendo mientras no sea modificada por una convención colectiva

Ahora bien, anteriormente hemos hecho referencia al contenido de los convenios, -no muy detallados en la norma- y es que tal como lo dice el Dr. Toyama Miyagusuku, cuando hablamos de lo que debe contener el acuerdo, debemos de referirnos a materias convencionales junto con disposiciones acordadas por los agentes laborales;<sup>239</sup> ya que al momento de formular las cláusulas se debe tener en cuenta que todo lo que se pacte, deberá corresponder a todas las materias de las que pueda requerir una parte, salvo aquellas que están expresamente excluidas de la Constitución o la ley.<sup>240</sup>

Expresamente encontramos un listado sobre las materias determinadas en la Recomendación N° 154 de la OIT:

"A efectos del presente Convenio, la expresión "negociación colectiva" comprende todas las negociaciones que tienen lugar (...) con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o e) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez."<sup>241</sup>

Es entonces que podemos concluir que, tanto como la recomendación de la OIT como nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo prevé una lista amplia y genérica sobre las cuales se darán los convenios. No obstante, y siguiendo a la doctrina, existen diversas formas de tratar de clasificar el contenido de los contratos colectivos; es por ello que se trae a colación la primera forma de hacerlo, por la que opta el Dr. Toyama y la mayoría de laboristas, siendo en base a la clasificación de cláusulas que tendrá el acuerdo:

---

posterior, sin perjuicio de aquellas cláusulas que hubieren sido pactadas con carácter permanente o cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial. e) Continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares. f) Debe formalizarse por escrito en tres (3) ejemplares, uno para cada parte y el tercero para su presentación a la Autoridad de Trabajo con el objeto de su registro y archivo.

<sup>239</sup> J. TOYAMA MIYAGUSUKU, *El contenido del convenio colectivo de trabajo...*, cit., p. 169.

<sup>240</sup> J. NEVES MUJICA, "La negociación colectiva y el convenio colectivo en las constituciones de 1979 y 1993", *Revista Asesoría Laboral*, Lima, 1994, p. 28.

<sup>241</sup> Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 154, "Promoción de la negociación colectiva". Celebrada en Ginebra, entrada en vigor el 11 de agosto de 1983.

1. Cláusulas normativas, delimitadoras, administrativas. – que establecerán la administración del convenio por medio de comisiones, tribunales arbitrales, etc.<sup>242</sup>
2. Cláusulas institucionales. – relativas a los aspectos asistenciales y recreativos.<sup>243</sup>
3. Cláusulas funcionales. – que facilitan el desarrollo de la actividad sindical.<sup>244</sup>

Existe otra forma de dividir y ordenar más ampliamente el contenido de los convenios, sin excluir la que acabamos de exponer, pues esta distinción se haría en base a la naturaleza dual de los contratos colectivos al ser una ley y un contrato:

“La delimitación dual normativa/ obligacional parte de reconocer los distintos efectos de las cláusulas del CCT: las cláusulas normativas rigen para todas las relaciones individuales de trabajo, determinan el contenido de los contratos de trabajo. En cambio, las cláusulas obligacionales no tienen como destinatarios a los contratos individuales de trabajo, sino a las propias partes que celebraron el CCT: el sindicato y el empleador.”<sup>245</sup>

Al respecto de esta clasificación, nuestra normativa hace referencia en el Art. 29 del Reglamento de la LRCT en donde se define a las cláusulas normativas como las que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo, asegurando su cumplimiento. Y seguidamente en el mismo articulado se establecen que las cláusulas obligacionales son las que consignan derechos y deberes de naturaleza laboral vinculantes solo entre las partes que celebren el convenio. Siendo la similitud evidente entre lo dispuesto por nuestra norma y la doctrina.

## **2. Los convenios colectivos tripartitos como garantía de las negociaciones colectivas**

### **2.1 Concepto, naturaleza y características.**

En nuestro sistema jurídico no se encuentra legislado como tal o si quiera mencionada esta nueva figura, y es que, con mucha razón, se trata de una forma de acuerdo que se acomoda a las exigencias de una determinada situación: el traspaso

---

<sup>242</sup> J. TOYAMA MIYAGUSUKU, *El contenido del convenio colectivo de trabajo...*, cit. p. 169.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>245</sup> I. GARCÍA-PERROTE, "Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos", *Documentación Laboral*, N°. 25. Madrid, 1988, p. 28.

de trabajadores en una escisión empresarial. Por ello, se le define al convenio colectivo tripartito como:

“... un acuerdo privado que tiene como objeto regular las condiciones societario–laborales del traspaso del personal de una empresa hacia la otra. Como su nombre lo indica, este documento se firma por tres partes: (1) la empresa que transfiere al personal o “empresa A”; (2) la empresa que contratará a todo este personal transferido o “empresa B”; y (3) el trabajador transferido, quien al momento de la firma del convenio tomará conocimiento formal de las nuevas regulaciones de sus relaciones laborales y de aquellas que se mantienen gracias al respaldo jurídico del principio de continuidad.”<sup>246</sup>

Por lo tanto, en este acuerdo de voluntades, se tiene como partes a tres actores que plasman su voluntad dándole una formalidad para que se convierta en un compromiso vinculante entre ellos y dentro del presente documento se encontrarán pactadas responsabilidades, derechos reconocidos, plazos, condiciones, etc.

Al respecto, nuestro país solamente ha legislado la conservación de los convenios colectivos (Artículo 43 de la LRCT) afirmando la autonomía de las partes de poder celebrar un acuerdo que observe los requisitos esenciales para revestirlo de legalidad, haciendo manifiesta la libertad sindical y el poder llevar a cabo las negociaciones colectivas –que en este caso serán con un nuevo empleador. No obstante, la legislación no es del todo clara en cuanto a regular las condiciones que orbitan en esta determinada situación, pues surgen variables sin respuesta como por ejemplo la disminución de trabajadores que forman parte de la empresa escindida y el crecimiento de trabajadores no sindicalizados por parte de la empresa beneficiaria, lo que llevaría a plantear los mecanismos para no solo abrir procesos de adopción de nuevos trabajadores en el sindicato y fundamentalmente la coexistencia de distintos convenios colectivos con diferentes condiciones dentro de los mismos para los trabajadores de una misma empresa.

“No hay regulación que ordene al nuevo titular el reconocimiento de la parte del sindicato segregado y el resultado de la aplicación de la regulación general está perfilada para determinar la necesidad de constitución de nuevo sindicato.”<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> I. MEDINA VALENZUELA, *Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral...*, cit. p. 134.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p 134.

Sin embargo, se tiene el Informe N° 024-2013-MTPE/2/14, donde la Dirección General de Trabajo, absolvió una consulta realizada por el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú y las del Sector de Telecomunicaciones sobre la posibilidad de que el verdadero motivo para realizar una escisión sea perturbar las negociaciones colectivas, pues al haber muchos vacíos legales sobre lo que mencionamos en líneas anteriores, naturalmente los trabajadores sentían cierta vulnerabilidad en su situación laboral. Al respecto se dijo:

“La escisión societaria se ampara en el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa como consecución de la libre iniciativa privada, no puede afirmarse per se que su materialización en medio de una negociación colectiva sea inválida.”<sup>248</sup>

Es decir que la Autoridad de Trabajo tendría que analizar si se cumplen los requisitos necesarios para que se lleve a cabo la escisión, pues realmente no podría saberse a ciencia cierta si verdaderamente el motivo que mueve a las empresas a optar por una escisión sea perjudicar la libertad sindical de sus trabajadores, conclusión lógicamente válida. Y es por ello que al realizar el test de ponderación –al estar en disyuntiva la autonomía privada versus la libertad sindical, ambos derechos fundamentales- en el mencionado informe se concluye:

“Idoneidad: la escisión societaria en tanto expresión del derecho a la libertad de empresa se encuentra legitimada en nuestro ordenamiento jurídico. Necesidad: No existe otro modo por el que la empresa pueda escindir parte de su bloque patrimonial para transferirlo a otra sociedad. Proporcionalidad: La reorganización empresarial materializada mediante la escisión societaria permite que la empresa pueda adaptarse a sus necesidades; mas logra ello sin tener como consecuencia la desaparición del procedimiento de negociación colectiva iniciado por su contraparte sindical”.<sup>249</sup>

Por otro lado, en España el convenio tripartito tampoco se encuentra legislado, sin embargo, se han planteado diversas discusiones sobre llevar a cabo nuevos convenios como resultado de una sucesión empresarial, pues la regla general como en nuestro país, es que se conserven los mismos:

---

<sup>248</sup> Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de la Promoción del Empleo, Informe N° 024-2013-MTPE/2/14, 8 de abril de 2013, p. 11

<sup>249</sup>Ibídem, p. 11.

“Como se ha explicado anteriormente, a pesar de que la regla general prevista por la ley establece que, una vez que tenga lugar la sucesión de empresas, se continúe aplicando el convenio colectivo vigente en la empresa cedente en el momento en el que tiene lugar dicha operación, existe la posibilidad de pactar lo contrario por parte del empresario y los representantes de los trabajadores.”<sup>250</sup>

Es por ello que indudablemente, la jurisprudencia española tuvo que intervenir en los casos en los que había discusión sobre los nuevos convenios y la condición de menos favorable para los trabajadores.

Para ello, nos referiremos a la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 06 de setiembre de 2011,<sup>251</sup> en donde a la conclusión se le conoce como *doctrina Scattolon*, pues se dijo lo siguiente:

“En primer lugar, el TJUE establece que la normativa europea relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas no supone un impedimento a la posibilidad de los empresarios de modificar la relación laboral. (...) por lo que la normativa no veta la mencionada modificación de la relación laboral en caso de sucesión de empresas. Sin embargo, se prohíbe que la causa de dicha modificación sea, por si misma, la sucesión de empresas, pues la aplicabilidad de esa directiva tiene como único efecto impedir que los trabajadores transferidos se encuentren, a causa de esa transferencia, en peor situación que antes de ella.”<sup>252</sup>

La figura de la que hemos hablado es la reforma *in peius* de los convenios colectivos, esto viene siendo de observación crucial al momento de formular nuevos acuerdos en los que intervendrá un tercero con diferentes intereses.

En Perú, es posible una desmejora pactada por un convenio colectivo, pues debemos analizar la Casación Laboral N° 6072-2012-DEL SANTA en donde se establece

---

<sup>250</sup> M.AGUAYO LORENZO y M. LOPEZ ALVAREZ, “El mantenimiento del convenio colectivo en las reestructuraciones empresariales: Análisis jurisprudencial de casos conflictivos derivados de la aplicación del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores”, *Universidad Pontificia Comillas*, Madrid, 2017, p. 33. Disponible en:

<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/10152/TFG-%20Aguayo%20Lorenzo%2C%20Mar%2C%83%2%ADa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Consulta: 25 de noviembre de 2020.

<sup>251</sup> Dicha cuestión prejudicial surge como consecuencia de un conflicto manifestado tras un cambio de empleador que tiene lugar entre dos administraciones públicas italianas de diferente ámbito, y por tanto, con distinto convenio colectivo de aplicación. Entre las cuestiones planteadas, se examina si la Administración cesionaria debe subrogarse y, consecuentemente, mantener aquellos derechos que correspondían a los trabajadores en virtud del convenio colectivo que les era aplicable con anterioridad a la mencionada modificación, tal como lo establece la Directiva N° 2001/23/CE.

<sup>252</sup> M. AGUAYO LORENZO y M. LOPEZ ALVAREZ, *El mantenimiento del convenio colectivo...*, cit. p. 35.

que: “*el laudo arbitral o convenio colectivo puede desmejorar derechos y beneficios obtenidos en convenios anteriores en tanto no afecte derechos mínimos establecidos en la Constitución y leyes*”<sup>253</sup>

Sobre el contenido mínimo a respetar, es que se refiere a la irrenunciabilidad de los derechos, como se determinó en el capítulo I de esta investigación, pues al ser un principio del Derecho al Trabajo, “*opera de manera distinta ya que solo lo hará frente a normas heterónomas (dictadas por el Estado) de carácter imperativo.*”<sup>254</sup>

## 2.2 Cláusulas esenciales del convenio

Como en cualquier acuerdo, se pactarán las obligaciones de cada una de las partes, estableciendo su correcta observación e inserción:

- a) Obligaciones formales de la empresa que transfiere personal: deberá cumplir con ciertos requisitos formales para poder extinguir su vínculo laboral con el trabajador.<sup>255</sup>

“1) Debe dar de baja al personal en el PDT 601 (Planilla Electrónica) y el T-Registro. Mediante este procedimiento, la “empresa A” también les puede dar de baja ante la SUNAT, cancelando en forma definitiva las obligaciones generadas en materia de Impuesto a la renta de quinta, ONP y EsSalud.

2) La “empresa A” debe dar de baja al personal que se encuentre afiliado en una AFP. Este aspecto es sumamente importante, toda vez que las AFP que tienen la práctica de demandar a las empresas, podrían considerar que los trabajadores continúan prestando servicios para el mismo empleador y que subsiste la obligación de éste de retener y aportar el porcentaje correspondiente a las AFP.

3) La “empresa A” debe suscribir un convenio con el trabajador que cesa”<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup>C. GONZALES HUNT y A. JIMENEZ LLERENA, “La reforma in peius de los convenios colectivos, a propósito de una reciente sentencia de la Corte Suprema”, *Revista Actualidad Laboral y Previsional*, N° 151, Lima, p. 246. Disponible en: [https://www.usmp.edu.pe/derecho/8ciclo/derecho\\_laboral\\_II/Dr\\_Nava/escaneo/LA\\_REFORMA\\_IN\\_PEIUS.pdf](https://www.usmp.edu.pe/derecho/8ciclo/derecho_laboral_II/Dr_Nava/escaneo/LA_REFORMA_IN_PEIUS.pdf)  
Consulta: 26 de noviembre de 2020.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 246

<sup>255</sup> A. VERA PEREZ, *Implicancias en el traspaso de trabajadores...*, cit., p. 126.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 126.



b) Obligaciones formales de la empresa que recibe el personal transferido: al momento de recibir a los trabajadores, deberá hacerse cargo del pasivo laboral y las obligaciones formales para con ellos.<sup>257</sup>

“La “empresa B” debe dar de alta al personal en el PDT 601 (Planilla Electrónica), en el T-Registro y en la AFP de cada trabajador

Teniendo en cuenta que el nuevo empleador es la “empresa B”, corresponderá suscribir los contratos correspondientes con el nuevo personal, respetando la antigüedad en la “empresa A” para el caso de los contratos a plazo determinado.

Por tratarse formalmente de un nuevo empleador, la “empresa B” deberá regularizar aspectos de recursos humanos pendientes con los nuevos trabajadores (ficha de ingreso, seguros personales, antecedentes penales de corresponder, DJ de impuestos, DJ de domicilio, entrega de Reglamento Interno de Trabajo de la “empresa B”, exámenes médicos, inducciones laborales, capacitaciones en seguridad y salud, entre otros).

La “empresa B” también debe suscribir un convenio con el trabajador que ingresa, conforme lo explicaremos a continuación.”<sup>258</sup>

Para efectos de esta investigación abordaremos el contenido mínimo del convenio tripartito que ofrecemos como posible opción, es decir que se postulará como las cláusulas esenciales que deberá tener todo acuerdo para que despliegue plena eficacia.

Como primera, se tendría que explicar las razones por la cual se optó por la transformación empresarial de manera resumida, esto con el fin de que quede claro que las partes tienen pleno conocimiento del acto que originó el convenio colectivo, a esto se le denominaría como antecedentes.

En segundo lugar, tendríamos que enfocarnos en las condiciones que se hayan pactado en el traspaso como, por ejemplo: fecha de ingreso, reconocimiento de la antigüedad del trabajador y la titularidad de los pasivos asumidos por la empresa beneficiaria. Esta cláusula la denominaríamos como objeto del convenio.

En tercer lugar, se deberán introducir las condiciones nuevas que se hayan pactado, como por ejemplo las posibles modificaciones en las remuneraciones, o los servicios que se realizarán en el domicilio del nuevo empleador y la manera en la

---

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 126.

que se llevaran a cabo (cuyo fundamento se encuentra en el Art. 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral<sup>259</sup>), a esta cláusula la denominaríamos como nuevas condiciones de trabajo.

Lo que se acaba de describir tiene el propósito de delimitar un contenido esencial que las partes deberían observar al momento de formalizar el acuerdo para que sean garantizados todos los derechos y deberes de los actores, a fin de que después no exista ningún inconveniente o malinterpretación del mismo.

Es preciso señalar que el convenio tripartito en esencia es una manifestación de voluntades que, a diferencia de cualquier otro negocio jurídico, se da en un contexto nuevo no solo para las partes, sino también para nuestro sistema:

“Sobre este último extremo, cabe mencionar que no existe en nuestro ordenamiento ninguna disposición que determine estrictamente quién debe asumir las cargas laborales del trabajador traspasado. En principio, debe ser el empleador primigenio respecto a la primera fase de la contratación, toda vez que éste fue quien contrató al trabajador inicialmente.”<sup>260</sup>

Una de las principales preocupaciones de cualquier trabajador, será el computo de la antigüedad en la empresa, pues es el hecho generador que hace que se desplieguen varios reconocimientos y beneficios, al respecto tenemos que:

“No obstante, dependiendo del tipo de acuerdo que se asuma, y dependiendo de la situación económica de cada una de las empresas, es perfectamente posible que la empresa que recibe al trabajador sea quien se encargue de compensar toda su antigüedad anterior, así como el nuevo récord generado en la última empresa (...) La única

condición, en cualquier caso, es que se respete la antigüedad del trabajador, conforme lo hemos explicado líneas arriba, y que se haya pactado por escrito en este convenio tripartito.”<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 003-97-TR “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral...cit*, Art. 9: “... El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.”

<sup>260</sup> *Ibidem*, p 125.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p 126.

### 2.3 Modificación de remuneraciones y pago de beneficios sociales

Como hemos visto anteriormente, en la LRCT se hace mención a que es posible que se modifique el monto de la remuneración a través de los convenios colectivos, sin embargo, estas variaciones no suponen una libertad desmedida al momento de hacerlo, a continuación, revisaremos en base a diferentes instrumentos los parámetros impuestos.

Para comenzar, debemos remitirnos a una ley que data del año 1941 que aún sigue vigente, la Ley N° 9463, cuyo único artículo es:

“La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que le acuerden las Leyes Nos. 4916, 6871 y 8439, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas (...)”<sup>262</sup>

Es decir que, que dicha norma reconoce la existencia de la reducción salarial que deba ser aceptada por el trabajador, e inmediatamente después disponga de un procedimiento de indemnización para el ajuste eficiente de este menoscabo.

Por otro lado, tenemos la Casación Laboral N° 3711-2016-LIMA, en donde se establece el criterio para la reducción salarial solamente a través de los acuerdos individuales o colectivos:

“Décimo Cuarto. - Causales de reducción de las remuneraciones. La reducción de las remuneraciones de los trabajadores constituye una medida **excepcional**, la cual solo debe aplicarse a contextos especiales que justifiquen tal medida, y respetando determinados mínimos necesarios, tal como sería el caso de la Remuneración Mínima Vital (RMV). Teniendo en cuenta lo expuesto, este Colegiado Supremo considera que la reducción de remuneraciones solo puede efectuarse de las formas siguientes: **a)** Por acuerdo individual entre las partes: Este supuesto se presenta cuando ambas partes, empleador y trabajador, celebran un acuerdo o **convenio escrito**, en virtud del cual se pacta la reducción de las remuneraciones conforme a los alcances de la Ley N° 9463 (...) En ese caso, dicha reducción deberá ser **razonable** y **proporcionada**; además, que en ninguno de los casos podrá reducirse la remuneración por debajo de la **Remuneración Mínima Vital (RMV)**, por encontrarse estipulada en una norma de carácter

---

<sup>262</sup> Congreso de la República Peruana, Ley N° 9463, Perú, entrada en vigencia el 17 de diciembre de 1941.

imperativo. **b)** Por acuerdo colectivo: Esta causal se presenta cuando la reducción de remuneraciones tiene como origen alguna de las causas objetivas previstas para la terminación de los contratos de trabajo en el **artículo 46** del Texto Único Ordenado del **Decreto Legislativo N° 728**, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. En este caso, dicha reducción deberá obedecer a la presencia de un caso fortuito, fuerza mayor, motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra o la reestructuración patrimonial.”<sup>263</sup>

Corresponde ahora delimitar los parámetros sobre los cuales se hizo referencia anteriormente: y es que para que opere la reducción salarial deberá constar por escrito, no deberá ser menor al sueldo mínimo vital y se trae a colación el Art. 46 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 que contiene otros requisitos a observar:

“Artículo 46.- Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo: a) El caso fortuito y la fuerza mayor; b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845.”<sup>264</sup>

Es entonces que confirmamos que en nuestra legislación es posible que se pueda pactar en un convenio colectivo, la modificación de las remuneraciones, e incluso un monto menor, sin embargo, se deberán observar los límites que describimos en párrafos anteriores.

Seguidamente, tenemos el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, en donde en el Art. 1 se dispone:

“Artículo 1.- El trabajador empleado u obrero tiene derecho a un seguro de vida a cargo de su empleador, una vez cumplidos cuatro años de trabajo al servicio del mismo. Sin embargo, el empleador está facultado a tomar el seguro a partir de los tres meses de servicios del trabajador.”<sup>265</sup>

Es entonces que, en cuanto al análisis tenemos:

“Queda claro que el reconocimiento del derecho al seguro de vida Ley también requiere observar toda la antigüedad y tiempo de servicios adquirido por el trabajador. Así, para que el personal tenga derecho a este seguro, se

---

<sup>263</sup> Cas. N° 3711-2016-LIMA de fecha 23 de setiembre de 2016.

<sup>264</sup> Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 003-97-TR “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral...cit*, Art. 46.

<sup>265</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N° 688, “*Ley de Consolidación de Beneficios Sociales*”, Perú, entrada en vigencia el 04 de diciembre de 1991.

deberán seguir computando los años de servicio tanto en la primera como en la segunda empresa en la cual continuará laborando, producto de esta transformación del empleador.”<sup>266</sup>

De igual manera, en cuanto al descanso vacacional, tenemos al Decreto Legislativo N° 713, en donde se dispone que, en cuanto al periodo de vacaciones de treinta días,<sup>267</sup> se obtendrá cuando el trabajador haya cumplido un año de trabajo en la empresa, asimismo se dispone que en los casos de escisión, basta que se haya cumplido el año en la empresa escindida para que se gane el derecho,<sup>268</sup>, no importando en donde se esté laborando, pues se aplica el mismo razonamiento sobre el seguro de vida del que hablamos en el párrafo anterior.

#### **2.4 Casos de despido o renuncia.**

Tema bastante amplio es el despido, ya que existen distintas clases del mismo en base a diferentes causales que pueden versar sobre las conductas del trabajador; sin embargo, la Ley de Productividad y Competencia Laboral, prevé un tipo de despido que es fundamental para la presente investigación: el despido colectivo. En dicho instrumento legal, se le denomina también como cese colectivo, en donde no se le define expresamente, pero sí se establecen causas objetivas para poder hacer uso de esta figura por parte de los empleadores:

“Artículo 86.- Son causas objetivas para la terminación del contrato de trabajo: a) El caso fortuito y la fuerza mayor; b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; d) Las necesidades de funcionamiento de la empresa.”<sup>269</sup>

Por otro lado, la doctrina se ha encargado de conceptualizar dicha figura, concibiéndola como:

---

<sup>266</sup> A. VERA PEREZ, Implicancias en el traspaso de trabajadores..., cit. p. 124.

<sup>267</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N° 713, “*Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada*”, Perú, entrada en vigencia el 07 de diciembre de 1991. “Artículo 10.- El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios.”

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>269</sup> Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 003-97-TR “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral...cit*, Art. 86.

“Pluralidad de despidos individuales, pero vinculados por su causalidad y coetaneidad, en cuanto se fundamentan en el mismo motivo y se producen en el mismo acto. La ‘objetividad’ de la causa en que se fundan deriva del hecho de que esta se configura en forma independiente y ajena a la voluntad y conducta de los trabajadores, lo que la diferencia del despido de una pluralidad de trabajadores que han cometido la misma falta.”<sup>270</sup>

Ahora remitiéndonos a los requisitos que se establecieron en la legislación, es que debe prestar especial atención en las causas económicas y estructurales para con el tema de investigación; en cuanto a la primera de ellas, al respecto el Dr. Arce señala la necesidad de que esta causa impida a la empresa cumplir con sus obligaciones principales, como consecuencia de una crisis real, actual y suficiente,<sup>271</sup> por otro lado, tenemos el Decreto Supremo N° 013-2014-TR que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dispuso con el fin de establecer un criterio legal para poder acceder al cese colectivo:

“Artículo 1.- Situación económica de la empresa. La situación económica de una empresa está determinada por el contexto económico en que se desenvuelve la empresa y por las acciones que el empleador realiza con el fin de mejorar el desempeño económico de la empresa. La terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos económicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, implica un deterioro de los ingresos, entendido como tal registrar tres trimestres consecutivos de resultados negativos en la utilidad operativa, o en una situación en la que de mantener la continuidad laboral del total de trabajadores implique pérdidas, situación que será sustentada con el informe que, para tal efecto, elabore una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República. La evaluación de la situación solo es aplicable para el término de contratos de trabajo por motivos económicos.”<sup>272</sup>

En cuanto a la causal estructural, en la investigación es de suma importancia, ya que la escisión empresarial implica una reorganización dentro de la empresa escindida. Sobre la misma no existe una definición legal, sin embargo, en la Resolución Directoral N° 718-97 DRTPSL-DPSC, se establece que el empleador deberá estar

---

<sup>270</sup> C. BLANCAS BUSTAMANTE, “*El despido en el Derecho Laboral Peruano*”, Jurista Editores, Lima, 2013, 3ª ed., p 728.

<sup>271</sup> E. ARCE ORTIZ., *Derecho Individual del Trabajo*..., cit. p. 142.

<sup>272</sup> Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 013-2014-TR, “Definición de situación económica aplicable al despido colectivo por motivos económicos y plazo para interponer arbitraje potestativo”, Perú, entrado en vigencia el 22 de noviembre de 2014.

en posición de acreditar no sólo las modificaciones estructurales, sino cómo es que ello determina la necesidad de prescindir de los puestos de trabajo.<sup>273</sup>

Queda claro entonces que la jurisprudencia ha sido rigurosa en establecer criterios objetivos para poder terminar el vínculo laboral en caso de que se encuentre verdaderamente justificada la decisión, en cuanto a nuestro tema; al optar por una escisión, como ya hemos hablado anteriormente, es necesario extinguir el contrato de trabajo con la empresa escindida en cuanto al trabajador que será sujeto de trasvase, para ello deberá quedar claro para la Autoridad de Trabajo el porqué de la extinción.

En los casos en donde el trabajador podría ser despedido intempestivamente por la sociedad beneficiaria de la escisión por razón injustificada, se ha previsto la figura del despido arbitrario, en donde se regula el modo de indemnizar y reparar el daño causado.<sup>274</sup>

Esta indemnización deberá verse a la luz del Principio de Continuidad en el caso específico de la escisión empresarial:

“Es fundamental que se respete el principio de continuidad al momento de abonar la indemnización por despido arbitrario. No es posible considerar que el trabajador cuenta con determinada antigüedad a partir de la fecha de ingreso a la nueva empresa, sino que debe considerarse todo el tiempo trabajado en forma previa, para el empleador anterior. En ese sentido, se garantiza la eficacia resarcitoria de la indemnización por despido, incluso cuando ha habido traspaso de personal mediante la fusión o la escisión.”<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> S. QUINO CANCINO, “*El cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en el Perú: algunas propuestas para su viabilidad.*”, Seminario de Trabajo Académico 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p. 11. Disponible en: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8416/QUINO\\_CANCINO\\_SHIRLEY\\_CESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8416/QUINO_CANCINO_SHIRLEY_CESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Consulta: 30 de noviembre de 2020.

<sup>274</sup> Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral...*, cit. Artículo 58.- “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.”

<sup>275</sup> A. VERA PEREZ, *Implicancias en el traspaso de trabajadores en casos de reorganizaciones societarias...*, cit. p. 124.

En consecuencia, queda establecido que el cálculo del monto indemnizatorio incluirá los años trabajados para la empresa escindida.



## CONCLUSIONES

PRIMERA: El Principio de Continuidad es uno de los pilares sobre los cuales el Derecho al Trabajo se consolida, pues no es más que la preferencia por los vínculos laborales por tiempo indefinido; sin embargo en nuestro país el mismo no se encuentra regulado expresamente, sino que se traduce en la estabilidad laboral, contenida en el Decreto Legislativo N° 728 para el ámbito privado, en donde se establece como presunción esta preferencia por los contratos por tiempo indefinido salvo pacto en contrario, para ello provee a la legislación de requisitos necesarios que el empleador deberá observar en caso de querer contratar temporalmente a algún trabajador, ya que de incumplirlos operaría automáticamente la protección y garantía que ofrece el Principio de Continuidad a través de la conversión a tiempo indefinido del contrato o de mecanismos de indemnización en caso de despido.

SEGUNDO: La escisión empresarial, es una forma de reorganización empresarial, en donde el motivo principal es la transferencia de un bloque patrimonial; ello indudablemente repercute en las relaciones laborales entre empleador y trabajador; sin embargo no hay legislación que se encargue de regular esta situación en especial, solamente se protege al trabajador por medio de las garantías que ofrece el Principio de Continuidad a través de la presunción antes mencionada sobre los derechos adquiridos por ellos.

Por otro lado, en la práctica se tiende a confundir la escisión empresarial con la cesión de posición contractual, sin embargo dichas figuras distan de ser lo mismo, pues hay tres fundamentales diferencias: en primer lugar, en la escisión no hay un cambio de personalidad jurídica, sino la transferencia de una parte del bloque patrimonial de una empresa a otra; segundo, para la cesión de posición contractual se necesita la aceptación de la parte que no se altera en la relación, pues al existir una obligación pendiente, se debe dar la garantía de que se llegará a cumplir con la misma; y finalmente, nuestra jurisprudencia colabora en diferenciar estas figuras pues se estableció mediante sentencia casatoria, que en la escisión empresarial la intención es poder organizar de mejor manera el patrimonio de cada empresa para que pueda seguir existiendo en el mercado, mientras que en la cesión de posición contractual el interés principal es el cumplimiento de una obligación pendiente.

TERCERO: La negociación colectiva demanda un dialogo constante entre empleador y trabajadores para llegar a acuerdos sindicales y poder establecer derechos. No obstante, en los casos de escisión la legislación no es clara, pues existen vacíos sobre el incremento de trabajadores no sindicalizados en la empresa beneficiaria y la coexistencia de diferentes convenios colectivos. Pese a ello, si se ha desarrollado la posibilidad de una reducción de beneficios a través de estos acuerdos, siempre y cuando esta sea consentida por ambas partes y esté dentro de los límites que tanto la jurisprudencia como la legislación establecen.

CUARTO: En el proceso de escisión empresarial, la legislación regula el traspaso de trabajadores estableciendo que continúen vigentes los convenios laborales tras la escisión empresarial con el fin de tutelar y garantizar la estabilidad laboral adquirida.

La situación descrita deja en evidencia que se requiere un proyecto legislativo cuyo objetivo sea establecer las bases y reglas para llevar a cabo un proceso de escisión y trasvase exitoso; que reconozca derechos adquiridos, condiciones futuras, beneficios sociales y la celebración de un convenio colectivo tripartito, documento que tendría fuerza vinculante entre los participantes pues constituye la manifestación expresa de la voluntad de todos los actores que se ven afectados de alguna manera en el proceso de escisión.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **DOCTRINA**

AGUAYO LORENZO, M y LOPEZ ALVAREZ, M. “El mantenimiento del convenio colectivo en las reestructuraciones empresariales: Análisis jurisprudencial de casos conflictivos derivados de la aplicación del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores”, *Universidad Pontificia Comillas*, Madrid, 2017.

ALONSO ESPINOSA, F. “Fusión y escisión de sociedades”, *Anales de Derecho*, N° 17, 1999.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. “*Derecho del Trabajo*”, Civitas, Madrid, 1998.

ALONSO OLEA, M. “*Derecho del Trabajo*” en M. CASAS BAAMONDE *et alii*, Civitas, Madrid, 2008, p. 71, citado por G. BOZA PRO, “Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo”, *Themis*, N°65, 2014.

ALVA MATTEUCCI, M. “Las Formas de Contratación Laboral y sus Implicancias en el Campo Tributario.”

ANTUNES VARELA, J. “*Das Obrigacoes em general*”, Almedina, 1992, p.394 citado por M. CARRER., *Cesión de posición contractual*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. XIX, Córdoba, 2000.

ARCE ORTIZ, E. “*Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*”, Palestra, Lima, 2008, 1° ed, 2008.

ARDILA PÉREZ, S., PICO MANTILLA. V. *et alii*, “Proceso para realizar una escisión de una empresa en Colombia”, *Revista Innovando en la U de la Universidad Libre Seccionaria de Socorro*. No. 7. 2015

BAYÓN CHACÓN, E. y PÉREZ BOTIJA, G. “*Manual de Derecho del Trabajo, Volumen II.*”, Marcial Pons, Madrid, 1964.

BLANCAS BUSTAMANTE, C. “*El despido en el Derecho Laboral Peruano*”, Jurista Editores, Lima, 2013, 3ª ed.

BLANCAS BUSTAMANTE, C. “*El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo*”, *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez*” Grijley, Lima, 2004.

BOZA PRO, G. “Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo”, *Themis*, N°65, 2014.

BUENO MAGANO, O. “*Direito Coletivo do Trabalho*”, IESDE Brasil S.A, Sao Paulo, 1990.

CABANELLAS, G. “*Diccionario de Derecho Usual*.” Buenos Aires, 1968 citado por F. ZEGARRA GARNICA., “La Estabilidad Laboral.” *Derecho PUCP*, N° 40, 1986.

CALLE CASUSOL, J. “Persecutoriedad laboral, garantías reales y concurso: un modelo para desarmar”, *IUS ET VERITAS*, N° 34, 2007.

CAMACHO SOLIS, J. “*Los Mecanismos y Normas de Protección en las Relaciones Laborales*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2012.

CENTENO HUAMAN, J. y ALMEYDA LOPEZ, S. “La Responsabilidad de la Sociedad Beneficiaria de la Escisión y de la parcialmente escindida frente a las acreencias laborales: Salvaguardando la constitucionalidad del Art. 389° de la LGS”, Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Empresarial, Universidad de Lima, 2017.

CORNEJO VARGAS, C. “Algunas Consideraciones sobre la Contratación Laboral”, *Derecho & Sociedad*, N° 37, 2011.

DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, O. “La Incorrecta Utilización de los Contratos Temporales de Trabajo”, *Derecho y Sociedades*, N° 37, 2011.

DE TRAZEGNIES GRANDA, F. “La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal” en C. SOTO COAGUILA (ed), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina, Tomo III*, Grijley, Lima, 2007.

DOLORIER TORRES, J. y CANDELA ROSAS, M. “El convenio colectivo, concepto, características y jerarquía normativa en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, *Actualidad jurídica*, N° 133, Lima, 2004.

ESPINAL ATENCIO, N. “*El derecho a la estabilidad laboral, historia y problemas en nuestro derecho positivo*”, Tesis para optar por el título profesional en Derecho de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, Pasco, 2018.

F. ZEGARRA GARNICA., “La Estabilidad Laboral.” *Derecho PUCP*, N° 40, 1986.

FAJARDO MORI, M. “La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.” *Derecho y Sociedad*, N° 46, 2016.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. “*Abuso del derecho*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. “Apuntes sobre el abuso de la personalidad jurídica”, *Advocatus*, N° 4, 2001.

GAJARDO HARBOE, M. “Buena Fe y Derecho del Trabajo”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 2, Vol. 1, 2010.

GARCÍA-PERROTE, I. "Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos", *Documentación Laboral*, N°. 25. Madrid, 1988.

GERNIGON, B. “La negociación colectiva: Definición y objeto” en A. ODERO *et alii*, “*La negociación colectiva, normas de la OIT y principios de los órganos de control*”, Oficina Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000.

GONZALES HUNT y A. JIMENEZ LLERENA, C. “La reforma in peius de los convenios colectivos, a propósito de una reciente sentencia de la Corte Suprema”, *Revista Actualidad Laboral y Previsional*, N° 151, Lima

GONZALES RAMIREZ, L. “Modalidades de Contratación Laboral”. Lima, 2013, citado por VALDEIGLESIAS PACHECO, S. “*El Principio de Continuidad en el Régimen Laboral de los Docentes*”, *Vox Juris*, N° 36, 2018.

- GUASCH MARTORELL, R. “*La escisión de sociedades en el derecho español: La tutela de los intereses de los socios y acreedores*”, Civitas, Madrid, 1993
- HERNÁNDEZ GAZZO, J. “Reorganización de sociedades: fusión y escisión.” *IUS ET VERITAS*, N° 14, 1997
- IZQUIERDO, M. *et alii*, “*El sistema de negociación colectiva en España: un análisis con datos individuales de convenios*”, Banco de España, Madrid, 2003
- JOSSERAND, L. “*Del abuso de los derechos y otros ensayos*”, Editorial Temis, Bogotá, 2009, 2da ed.
- LANDA ARROYO, C. “El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora.” *Themis*, N° 65, 2014.
- LANDA ARROYO, C. “*Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Primer Seminario, Temas de Derecho Laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Palestra, Lima, 2006.
- LAROZA, E. “La escisión de sociedades”, *Themis*, N° 36, 1997.
- LOPEZ BASANTIA, J. “El salario”, en E. MORGADO (coord.) *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AIADTSS-UNAM, México, 1997
- MANRIQUE LÓPEZ, V. “Aspectos sindicales de la segregación y escisión de empresas”, *Revista de la Universidad de Deusto*, N°2, Vol. 43, 1995
- MARCENARO FRERS, R. “*Los Derechos Laborales de rango Constitucional*”, Tesis para optar el Grado Académico de magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- MEDINA VALENZUELA, I. “Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más Allá de la Aplicación del Principio de Continuidad”, *Derecho y Sociedad*, N° 46, 2016.
- MEJIA MADRID, R. “Transmisión de la empresa y relaciones laborales”, *Foro Jurídico*, N°6, 2006.

- MONEREO PEREZ, J. “*Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*”, Ministerio de Trabajo y Social, Madrid, 1987.
- MORALES ACOSTA, A. “*Reorganización de las sociedades: Transformación y concentración empresarial.*” Cathedra.
- NEVES MUJICA, J. "La negociación colectiva y el convenio colectivo en las constituciones de 1979 y 1993", *Revista Asesoría Laboral*, Lima, 1994.
- NEVES MUJICA, J. “*Introducción al Derecho Laboral.*” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
- OJEDA AVILÉS, A. “*La genealogía del Contrato de Trabajo*”, Palestra del Tribunal Constitucional, Volumen XXIX, Lima, 2008, 89-90. citado por G. BOZA PRO, “Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo”, *Themis*, N°65, 2014.
- ORDOQUI CASTILLA, G. “*Abuso de derecho*”, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2010, 2da ed.
- OSTERLING PARODI, F. “*Las Obligaciones*”, Grijley, Lima, 2017, 8va Ed.
- OTAEGUI, J. “*Fusión y escisión de Sociedades Comerciales*”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.
- PACHECO ZERGA, L. La Dignidad Humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en “*60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Jornadas Universitarias*”, Repositorio de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2008.
- PACORI CARI, J. “Principio de Continuidad Laboral”, Principio de continuidad laboral, *La Gaceta Jurídica*, La Paz, 2019.
- PALAVECINO CÁCERES, C. “*Los Principios del Derecho al Trabajo*”, Apuntes de clases, Santiago, 2005.
- PAREDES INFANZÓN, J. “*Análisis de la nueva ley procesal del trabajo: Ley 29497*”, Editorial Gráfica Multiservicios La Esperanza, Lima, 2010.

- PASCO COSMOPOLIS, M. “*Derecho Laboral*”, Pontificia Universidad Católica del Perú. Selección de Textos. Lima, 2000.
- PASCO COSMOPOLIS, M. “Los Contratos temporales: exposición y crítica”, *Derecho PUCP*, N°68, 2012
- PIZARRO, M. ¿Cuáles son los tipos de contrato laborales y sus beneficios?, *Diario Gestión*, Lima, 18 de julio de 2018.
- PLA RODRIGUEZ, A. “*Los Principios del Derecho del Trabajo.*” Depalma, Buenos Aires, 1978, 2ª ed.
- QUINO CANCINO, S. “*El cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en el Perú: algunas propuestas para su viabilidad.*”, Seminario de Trabajo Académico 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015
- RAMIREZ ZEGARRA, J. “La Escisión: sus aspectos societarios y tributarios.” *Advocatus*, N° 25, 2011.
- ROBLES ROMAN, C. “*Fundamentos de la administración financiera*”, Red Tercer Milenio, México, 2012, 1ª ed.
- ROSA BALBI, C. “Sindicalismo y Flexibilización del Mercado de Trabajo en el Perú”, *Debates de Sociología* N° 19, Lima, 1995, p. 91.
- SAAVEDRA, J. y MARUYAMA, E. “Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano.” Grupo de Análisis para el Desarrollo GRADE, Lima, 2000
- SANGUINETI RAYMOND, W. “La Presunción de Laboralidad y la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 36, 2010.
- SANGUINETI RAYMOND, W. “*Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada*”, Gaceta Jurídica, 2ed., Lima, 2008.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. “*Derecho Individual del Trabajo*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.



TOYAMA MIYAGUSUKU, J. “El contenido del convenio colectivo de trabajo”, *IUS ET VERITAS*, N° 5, 1994.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. “Instituciones del Derecho Laboral”. *Gaceta Jurídica*, Lima, 2004.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. “La Constitución Comentada Artículo por Artículo”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2005.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. “*Los Contratos de Trabajo y Otras Instituciones del Derecho Laboral*”. *Gaceta Jurídica*. Lima, 2008.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. “Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En Balance de la reforma laboral.” *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, 2001.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. “Principio de Condición más Beneficiosa: manifestaciones y límites en el Ordenamiento Peruano”, *Derecho & Sociedad*, N° 7, 1993.

UGAZ OLIVARES, M. “*Transmisión de Empresa y Convenio Colectivo, en: Estudios del Derecho al Trabajo y de Seguridad Social*”, *Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Grijley, Lima, 2009.

VALDEIGLESIAS PACHECO, S. “El Principio de Continuidad en el Régimen Laboral de los Docentes”, *Vox Juris*, N° 36, 2018.

VEGA RUIZ, M. “*Libertad de Asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación en América Latina*”, Oficina internacional del Trabajo, 2004.

VERA PEREZ, A. “Implicancias en el traspaso de trabajadores en casos de reorganizaciones societarias”, *Derecho y Sociedades*, N° 46, 2016.

VILLAVICENCIO RIOS, A. “La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación”. *Programa Laboral de Desarrollo – PLADES*, Lima, 2010.

## **JURISPRUDENCIA**

STC EXP N° 0018-1996-AI, de fecha 29 de abril de 1997.

STC Exp. N° 1194-2001-AA, del 11 de julio de 2002.

STC Exp. N° 1944- 2002-AA, del 28 de enero de 2003.

STC Exp. N°1874-2002-AA/TC, de fecha 19 de diciembre de 2003.

STC Exp. N° 008-005-PI/TC, 12 de agosto de 2005.

STC Exp. 0047-2004-AI, del 24 de abril de 2006.

STC Exp. N° 00535-2009-PA, de fecha 5 de febrero de 2009.

Cas. N° 932-2002 de fecha 04 de enero de 2006.

Cas. N° 3711-2016-LIMA de fecha 23 de setiembre de 2016.

Cas. N° 1308-2016 de fecha 19 de octubre de 2017.

Consulta Exp. N° 303-2020 La Libertad, de fecha 30 de setiembre de 2020.

Res. N° 0329-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 21 de marzo de 2005.

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia de fecha 31 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Chile, Resolución N° 143305, Causa N° 29884/2014, de 15 de Septiembre de 2015.

## **LEGISLACION NACIONAL**

Congreso Constituyente Democrático, *Constitución Política del Perú*, entrado en vigencia el 01 de enero de 1993.

Congreso de la República Peruana, Ley N° 9463, Perú, entrada en vigencia el 17 de diciembre de 1941.

Congreso de la República, Ley N° 26887, *Ley General de Sociedades*, Perú, 19 de noviembre de 1997.

Congreso de la República, Ley N° 29497, “*Nueva Ley Procesal de Trabajo*”, Perú, entrada en vigencia el 13 de enero de 2010.

Congreso de la Republica, Decreto Legislativo N°295, *Código Civil Peruano*, Perú, entrado en vigencia 14 de noviembre de 1984.

Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N° 688, “*Ley de Consolidación de Beneficios Sociales*”, Perú, entrada en vigencia el 04 de diciembre de 1991.

Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N° 713, “*Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada*”, Perú, entrada en vigencia el 07 de diciembre de 1991.

Congreso de la República, Decreto Legislativo N° 856. “*Precisan alcances y prioridades de los créditos laborales*”, Perú, entrado en vigencia el 5 de octubre de 1996.

Congreso de la República del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 003-97-TR “*Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, Perú, entrado en vigencia el 21 de marzo de 1997.

Gobierno Revolucionario del Perú, Decreto Ley N° 18138, *Se Dictan Normas para el Contrato Individual de Trabajo a Plazo Fijo*, Perú, entrado en vigencia el 6 de febrero de 1970.

Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 001-96-TR, “*Reglamento de Ley de Fomento al Empleo*”, Perú, entrado en vigencia el 26 de enero de 1996.

Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, “*Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*”, Perú, entrado en vigencia el 01 de octubre de 2003.

Poder ejecutivo, Decreto Supremo N° 001-98-TR, *Normas reglamentarias relativas a obligación de los empleadores de llevar Planillas de Pago*, Perú, entrado en vigencia el 01 de agosto de 2006.

Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 013-2014-TR, *“Definición de situación económica aplicable al despido colectivo por motivos económicos y plazo para interponer arbitraje potestativo”*, Perú, entrado en vigencia el 22 de noviembre de 2014.

## LEGISLACION INTERNACIONAL

Asamblea General de las Naciones Unidas, “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, celebrada en París, el 10 de diciembre de 1948.

Organización Internacional del Trabajo, Recomendación N° 91, *Recomendación sobre los contratos colectivos*. Celebrada en Ginebra, entrada en vigor el 29 de junio de 1951.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 98, “*Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*”. Celebrada en Ginebra, entrada en vigor el 18 de julio de 1951.

Asamblea General de las Naciones Unidas, “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, Celebrado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

Organización Internacional del Trabajo, Recomendación 193, “*Recomendación sobre la negociación colectiva*”. Celebrada en Ginebra, entrada en vigencia 19 de junio de 1981.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 154, “*Promoción de la negociación colectiva*”. Celebrada en Ginebra, entrada en vigor el 11 de agosto de 1983.

Organización Internacional del Trabajo, Recomendación 198, “*Recomendación sobre la relación de trabajo*”. Celebrada en Ginebra, entrada en vigencia 15 de junio de 2006.

Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo San Salvador. Celebrada en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999, ratificada por el Perú en 06 de abril de 1995.

Organización Internacional del Trabajo, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. Celebrada en Ginebra el 18 de junio de 1998.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 18, el Derecho al Trabajo*. Celebrada en Ginebra el 24 de noviembre de 2005.

Ministerio de Justicia, Real Decreto Legislativo 1564/1989, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, España, entrada en vigencia el 27 de diciembre de 1989.

Jefatura del Estado, Ley 3/2009, “*Sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*”, España, entrada en vigencia el 04 de abril de 2009.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 2/2015, *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, España, entrada en vigencia el 23 de octubre de 2015.

Presidencia de la Nación, Ley N° 20.744, *Ley de Contrato de Trabajo*, Argentina, entrado en vigencia el 13 de mayo de 1976.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 410, *Código de Comercio*, Colombia, entrado en vigencia el 16 de junio de 1971.

Congreso de Colombia, Ley N° 222, “*Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*”, Colombia, entrada en vigencia el 20 de diciembre de 1995.

Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Decreto con Fuerza de Ley N° 1, “*Código de Trabajo*”, Chile, entrado en vigencia el 16 de enero de 2003.

## **OTRAS FUENTES**

INEAF, Business School. Disponible en:  
<<https://www.ineaf.es/divulgativo/laboral/principios-del-derecho-laboral>

Autoridad Nacional del Servicio Civil, “Los Regímenes Laborales en el Perú 2.” Disponible en:  
<http://files.servir.gob.pe/WWW/files/biblioteca/SERVIR%20%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>

STC. Exp. 851-2002-LIMA citada por J. TOYAMA MIYAGUSUKU y E. CUEVA VIEIRA en Grupo de Empresas, Transmisión de Empresas y Persecutoriedad Laboral: ¿Cuáles son sus alcances?, *Derecho y Sociedad*, N° 28, Lima, 2007.

Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de la Promoción del Empleo,  
Informe N° 024-2013-MTPE/2/14, 8 de abril de 2013.

Dictamen de la Comisión de Trabajo, Proyecto de Ley que propone la Ley General del  
Trabajo, 2012.

## ANEXOS

### FORMATO DE DISEÑO DE PLAN TESIS

#### 1. INFORMACIÓN GENERAL

**FACULTAD DE DERECHO**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN : LINEA DE DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL**

**NOMBRE DEL GRADUANDO : MALENA LAURA VELARDE RONDAN**

**CIUDAD Y FECHA : AREQUIPA, 02 DE NOVIEMBRE DE 2020**

#### 1. TÍTULO DE TESIS

“El Convenio Colectivo Tripartito como respuesta al Principio de Continuidad en la Escisión Empresarial.”

#### 2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN Y SU DELIMITACIÓN

En la presente investigación se abordará específicamente los casos de escisión empresarial como una de las formas de organización empresarial, en donde podremos analizar la regulación actual de nuestro Ordenamiento Jurídico a la luz del derecho fundamental del trabajo y el Principio de continuidad laboral como pilares importantes de toda relación laboral.

La presente tesis se limita a la situación de los trabajadores, como el factor más importante en toda organización por lo que, el derecho al trabajo se materializa en dicho contexto ya que se entiende este último como el derecho a trabajar, a no hacerlo y decidir en qué trabajar. Es entonces que al



encontrarse en una determinada forma de reorganización empresarial como lo es la escisión, surgirán cambios no solo sobre la actividad laboral sino también en las condiciones de trabajo.

En el trabajo presentado si bien es cierto se abordarán temas societarios y contractuales, solo nos enfocaremos en la escisión empresarial, en cuanto a su tratamiento en la legislación actual. Además, se abordará de forma superficial el tratamiento y modificación de beneficios sociales, remuneraciones y casos de despido y renuncia de manera superficial ya que no será tema de sustentación. Respecto de los temas contractuales, se abordarán de manera específica y tangencial en cuanto a la presente investigación lo justifique.

### **3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

¿Qué es lo que sucede en la relación laboral cuando una sociedad decide optar por la escisión empresarial? Se responderá a partir de todo lo que abarca tanto el Derecho al Trabajo como el Principio de Continuidad para proteger a la parte más vulnerable del vínculo laboral que es el trabajador; para lo cual nuestra legislación, en distintas oportunidades ha ido reforzando la estabilidad laboral que va en dirección a la conservación del empleo y dotando de diferentes mecanismos de negociación colectiva como una de las posibles soluciones para poder plasmarlos convenios tripartitos que finalmente, en esta investigación es a lo que nos enfocaremos.

### **4. JUSTIFICACIÓN**

Nos enfocaremos en la situación laboral de los trabajadores cuyas empresas pasan por una escisión empresarial. Pues al ser una figura relativamente nueva en nuestro país, es natural que no se encuentre una legislación completamente dedicada a este tema, sin embargo, el derecho necesariamente exige respuestas debido a que repercute en la vida de las personas, supliendo de alguna manera los vacíos que se encuentren y que puedan responder eficazmente a las exigencias. Es por esto que con la presente investigación podremos observar no solo la realidad nacional, sino evaluar los mecanismos existentes- para la protección de los trabajadores cuando una empresa se reorganiza.

Asimismo, la investigación permitirá que no solo se tomen en consideración dos posibilidades respecto del actuar del trabajador, ya sea anular el vínculo laboral o aceptar las nuevas condiciones de trabajo impuestas por el nuevo empleador, sino que se consideren –en base al contexto- diferentes posibilidades y respuestas legales que puedan enriquecer el ámbito del dialogo, llegando a pactos que beneficien a ambas partes. Con ello, se puede establecer los alcances bajo los cuales los trabajadores se podrían amparar ejerciendo su derecho fundamental al trabajo.

Si bien es cierto se ha escrito sobre este tema, sin embargo, no se ha analizado las situaciones en concreto como ejemplificaciones ni tampoco se ha investigado la costumbre aplicada en la realidad, como mecanismo de resolución de controversias.

Esta investigación repercutirá sobre los trabajadores que se encuentren en medio de la reorganización de su empresa empleadora, para que, a través de un lenguaje sencillo, se pueda entender qué soluciones les puede dar la norma, y la casuística en la aplicación de casos semejantes. En cuanto a la relevancia jurídica, se analizará una de las soluciones a posibles a esta situación en concreto; observando a lo que prevé la norma para cuando se opte por la reorganización empresarial. Otro tema sobre el cual se va a estudiar –aunque de manera parcial- serán las circunstancias concomitantes a esta situación, como por ejemplo el despido arbitrario y la responsabilidad social respecto al pago de beneficios sociales.

Al ser un tema del que ya se habló y escribió, se han creado antecedentes suficientes sobre los cuales se pueda empezar la investigación. También es vasta la doctrina que habla sobre los derechos laborales sobre los derechos de la empresa, por lo que el tema es realmente viable.

#### **4. OBJETIVOS GENERAL Y ESPECÍFICOS**

**OBJETIVO GENERAL:** Identificar y establecer la actuación del Principio de Continuidad y el Derecho al Trabajo en los casos de escisión empresarial a través de los convenios colectivos tripartitos.

**OBJETIVO ESPECÍFICO:**

1. Estudiar el Principio de Continuidad y la estabilidad laboral en el Derecho al Trabajo.

2. Explicar la escisión empresarial y su regulación en la legislación nacional, estableciendo la diferencia entre esta figura y la cesión de posición contractual.
3. Establecer el rol de la negociación colectiva y la propuesta de los convenios colectivos tripartitos en los casos de la escisión empresarial.

## **6. METODOLOGÍA JURÍDICA**

Se aplicará en nuestra investigación el método dogmático-descriptivo, ya que se analizará la situación de la escisión empresarial a la luz de conceptos fundamentales como lo son el Principio de Continuidad y el Derecho al Trabajo; para ello se estudiará la legislación laboral actual respecto del caso en concreto en la realidad peruana actual.

## **7. ESQUEMA, ÍNDICE O ITINERARIO TENTATIVO**

### **INDICE:**

#### **I. EL DERECHO AL TRABAJO y EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL**

- 1. Derecho al Trabajo: Aproximaciones y alcances.**
  - 1.1 Concepto y naturaleza jurídica**
  - 1.2 El derecho al trabajo en el Perú**
  - 1.3 El derecho al trabajo a nivel internacional**
  - 1.4 Principios del derecho al trabajo**
- 2. Principio de continuidad en la legislación peruana**
  - 2.1 Concepto, características y naturaleza jurídica**
  - 2.2 Reconocimiento en la legislación nacional**
  - 2.3 Reconocimiento en la legislación internacional**
- 3. Estabilidad laboral como consumación del derecho al trabajo y el principio de continuidad**
  - 3.1 Concepto, características y naturaleza jurídica.**
  - 3.2 La estabilidad laboral presente en las Regulaciones Laborales y jurisprudencia**

### **3.3 El Decreto Supremo N° 003-97-TR como precursor de la Estabilidad**

#### **Laboral.**

## **II. ACTUACION DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA ESCISION EMPRESARIAL Y LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL.**

### **1. La Escisión Empresarial.**

#### **1.1 La escisión en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional peruana**

#### **1.2 La escisión en la legislación y doctrina internacional**

#### **1.3 Efectos de la escisión empresarial en el vínculo laboral.**

### **2. La cesión contractual**

#### **2.1 La cesión de posición contractual en nuestra legislación**

#### **2.2 La cesión contractual en nuestra legislación internacional**

#### **2.3 La sustancial diferencia entre la cesión de posición contractual y las reorganizaciones empresariales desde la perspectiva de la Corte Suprema**

#### **2.4 Acreencias laborales como consecuencia de la escisión**

##### **2.4.1 Definición de acreencias laborales**

##### **2.4.2 Protección constitucional de las acreencias laborales**

##### **2.4.3 La persecutoriedad dispuesta en el Decreto Legislativo 856**

#### **2.5 La escisión empresarial y el abuso del derecho**

##### **2.5.1 El Abuso del Derecho en la Escisión Empresarial.**

##### **2.5.2 Aproximaciones del Principio de Buena Fe**

##### **2.5.3 El Principio de Buena Fe como protección al Principio de Continuidad en casos de abuso del derecho.**

## **III. EL CONVENIO COLECTIVO TRIPARTITO COMO RESPUESTA AL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA ESCISION EMPRESARIAL.**

### **1. La negociación colectiva cuando se opta por la escisión empresarial**

- 1.1 La negociación colectiva en casos de escisión empresarial en el derecho nacional
- 1.2 La negociación colectiva en casos de escisión empresarial en el derecho internacional
- 1.3 El convenio colectivo como materialización de las negociaciones colectivas
- 2. Los convenios colectivos tripartitos como garantía de las negociaciones colectivas
  - 2.1 Concepto, naturaleza y características
  - 2.2 Clausulas esenciales del convenio.
  - 2.3 Modificación de remuneración y pago de beneficios sociales
  - 2.4 Casos de despido o renuncia

## 8. PLANIFICACIÓN TEMPORAL

<i>TIEMPO</i>	<b>OC T</b>	<b>N O V</b>	<b>DI C</b>	<b>E N E</b>	<b>FE B</b>	<b>M A R</b>	<b>A B R</b>	<b>FE B</b>	<b>M A R</b>
<i>ACTIVIDADES</i>									
<b>Discusión del plan de investigación con el asesor de Tesis y aprobación del plan</b>	X	X	X						
<b>Recolección de información</b>				X					
<b>Análisis de información</b>				X	X	X			
<b>Redacción de la tesis</b>						X	X	X	

<b>Sustentación</b>									X
---------------------	--	--	--	--	--	--	--	--	---

## 9. BIBLIOGRAFÍA PRELIMINAR

- C. CORNEJO VARGAS, “Algunas Consideraciones sobre la Contratación Laboral.” *Derecho & Sociedad*, N° 37, 2011. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13167>>. Consulta: 02 de octubre de 2020.
- M. FAJARDO MORI, “La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, *Derecho y Sociedad*, N° 46, 2016. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18855>>. Consulta: 02 de octubre de 2020.
- J. L. HERNÁNDEZ GAZZO, “Reorganización de sociedades: fusión y escisión”, *IUS ET VERITAS*, N°14, 1997. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15703>>. Consulta: 02 de octubre de 2020.
- I. MEDINA VALENZUELA, “Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más Allá de la Aplicación del Principio de Continuidad”, *Derecho y Sociedad*, N°46, 2016. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/18826/19046>>. Consulta: 02 de octubre de 2020.
- R. MEJIA MADRID, “Transmisión de la empresa y relaciones laborales”, *Foro Jurídico*, N°6, 2006.
- T. OBREGON SEVILLANO, “Estabilidad laboral no es sinónimo de Reposición”, *Derecho y Sociedad*, N° 46, 2016. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18832>>. Consulta: 02 de octubre de 2020.

- A. PLA RODRÍGUEZ, “*Los principios del Derecho del Trabajo*”, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- J. RAMIREZ ZEGARRA, L. VELARDE KOECHLIN, “La Escisión: sus aspectos societarios y tributarios”, *Advocatus*, N° 25, 2011. Disponible en: <<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/402>.>  
Consulta: 02 de octubre de 2020.
- J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En Balance de la reforma laboral”. *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2001.
- J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “*Derecho Individual del Trabajo*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- A. VERA PEREZ, “Implicancias en el traspaso de trabajadores en casos de reorganizaciones societarias”, *Derecho y Sociedades*, N° 46, 2016. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/18825/19045/0>.>  
Consulta: 02 de octubre de 2020.
- F. ZEGARRA GARNICA, “La estabilidad laboral.”, *Derecho PUCP*, N°40, 1986. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6274>.>  
Consulta: 02 de octubre de 2020.
- Cas. N° 4573-2013-Junin, El Peruano de 02 de diciembre de 2013.
- Cas. N° 1162-2013-Junin, El Peruano de 30 de setiembre de 2013
- Poder ejecutivo, Decreto Supremo N° N° 003-97-TR que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, entrado en vigencia el 22 de marzo de 1997
- STC Exp. N° 1194-2001-AA/TC, del 11 de julio de 2002.