



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

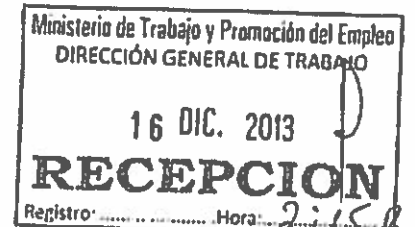
INFORME N° 108 -2013-MTPE/2/14.1

Para : Gastón Remy Liacsa
Director General de Trabajo

De : Víctor Renato Sarzo Tamayo
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

Fecha : 13 de diciembre de 2013

Asunto : Hoja de ruta 137929-2013-EXT



I. INTRODUCCIÓN

Es grato dirigirme a usted para remitirle la respuesta a la consulta formulada por Rodrigo, Elías & Medrano Abogados relativa a la forma de vinculación de los trabajadores con un nuevo empleador, producto de las reorganizaciones societarias que se efectúen al amparo del artículo 391° de la Ley General de Sociedades, como la transmisión de empresa.

Al respecto, el administrado nos pregunta si resulta legalmente válido que, ante una transmisión de empresa, se adopte una medida consistente en i) cese voluntario de los trabajadores y el cobro de su liquidación de beneficios sociales por la primera empresa, y ii) suscripción de contratos de trabajo entre la nueva compañía y los trabajadores, en los que se respeta las condiciones laborales y los tiempos de servicios respectivamente, con ocasión de la referida reorganización societaria.¹

¹ De acuerdo a lo señalado por el administrado, el esquema propuesto obedece a los cuestionamientos de la Administración Tributaria en tomo a determinados pagos efectuados por el nuevo empleador a los trabajadores transferidos: "A manera de ejemplo, tenemos conocimiento de reparos de la Administración





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

Cabe precisar que la presente opinión técnica se emite de conformidad con lo establecido en el artículo 49° del Reglamento de Organización y Funciones de este Ministerio, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2010-TR. Atendiendo a ello, debe considerarse que la opinión contenida en este Informe no tiene por finalidad resolver casos particulares, sino únicamente brindar criterios generales aplicables a la problemática planteada por los administrados, conforme al marco normativo en materia laboral.

II. ANÁLISIS

- a) El artículo 391° de la Ley General de Sociedades señala que se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.



En este sentido, si el bloque patrimonial al que se refiere el artículo 391° está conformado por una unidad económica (mezcla de capital y trabajo) susceptible de explotación, y ésta es transferida a un nuevo empresario ocurriendo un cambio de

Tributaria vinculados a la procedencia de la deducción como gasto para efectos del Impuesto a la Renta de tercera categoría de un pago de indemnización por despido ascendente a 12 sueldos (tope máximo establecido en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) a un trabajador que, sin solución de continuidad, fue transferido de una compañía a otra, y que fue despedido en esta segunda luego de un tiempo breve (1 año). En ese caso, por ejemplo, SUNAT cuestionó la validez de dicho pago y su correspondiente deducibilidad, alegando que no existía justificación para otorgar una indemnización mayor a la que corresponde al tiempo de servicios efectivamente prestado para la compañía que realiza el pago (es decir, bajo esa posición, no se debiera considerar el tiempo prestado a favor de la primera compañía, hecho que causaría un perjuicio al trabajador). En esa misma línea, estimamos que la falta de liquidación puede llevar a la Autoridad Tributaria a cuestionar la deducción del gasto por concepto de beneficios sociales (por ejemplo, CTS) dado que, en caso la reorganización se produzca en el mes de diciembre, el depósito de realizado por la nueva compañía en mayo del siguiente año tendría su origen parcialmente en servicios brindados por los trabajadores a favor de la primera empresa, por lo que no se estaría cumpliendo con el principio de causalidad para la deducción de dicho gasto".



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

titularidad de la organización productiva, se configuraría un supuesto que la doctrina conoce como "transmisión de empresa".²

b) Como se observa, la transmisión de empresa se compone de un elemento subjetivo y otro objetivo. Lo primero se refiere a la sustitución de la persona del empresario, persona física o jurídica, que ostenta un derecho de explotación de la empresa³, lo que puede ocurrir por cualquier acto o negocio jurídico. Lo segundo comprende el traspaso de una unidad económica, esto es, la transferencia de un conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales necesarios para la ejecución de una actividad mercantil⁴, lo cual puede involucrar a una empresa en su totalidad o ámbitos o unidades menores de ella (por ejemplo, una línea de negocio).⁵

c) Al respecto, es preciso señalar que la normativa laboral no ha regulado la transmisión de empresa ni sus efectos en las relaciones de trabajo. En tal sentido, no existe norma expresa sobre la "forma de vinculación" que deben tener los trabajadores con el nuevo empleador, ante una operación económica que conlleve una transmisión de empresa. No obstante, consideramos que, en aplicación del principio de continuidad, por el que se busca atribuir a la relación laboral la más larga duración desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos⁶, los trabajadores tienen derecho a proseguir su vínculo laboral con el nuevo empleador y, por tanto, a mantener el tiempo de servicios



² ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, primera edición, 2008, p. 142.

³ Véase UGAZ OLIVARES, Mauro. *Transmisión de empresa y convenio colectivo*. En: "Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social". Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Lima: Grijley, 2009, p. 404.

⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. *Op.cit.*, pp. 146-147.

⁵ En tal sentido, por ejemplo, no se configuraría una transmisión de empresa en el caso del traspaso de trabajadores únicamente o de meros elementos materiales que no supongan la transmisión de una organización productiva. Sobre el particular, véase MEJIA MADRID, Renato. *Transmisión de empresa y relaciones laborales*. En: "Foro Jurídico", N° 6, Lima, 2006, p. 23.

⁶ PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma, segunda edición, 1978, p. 154.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

acumulado y a gozar de los mismos derechos y beneficios que venían percibiendo, según las disposiciones específicas que rijan a estos.⁷

d) Ahora bien, como el principio de continuidad ha sido concebido a favor del trabajador, aquel principio no puede obligarlo a mantener vigente la relación laboral ante un supuesto de transmisión de empresa. Es decir, no existe impedimento jurídico para que el trabajador renuncie o acuerde la extinción de su contrato con el empleador primigenio, con la consecuente liquidación de beneficios sociales. Por lo demás, éstas son facultades que se desprenden de la libertad de trabajo, reconocida constitucionalmente.⁸



e) Sin embargo, las prácticas extintivas señaladas en el párrafo anterior podrían ser incompatibles con el principio de continuidad si a la renuncia o a la extinción consensuada del vínculo laboral le sigue un nuevo contrato de trabajo y, por tanto, una nueva relación laboral, con el titular adquirente de la organización productiva; lo que se agrava si es que el nuevo contrato no reconoce lo que el citado principio busca proteger, esto es, las condiciones laborales y el tiempo de servicios que el trabajador mantuvo con el primer empleador.

f) Siendo esto así, el esquema planteado por el administrado podría resultar incongruente con el principio de continuidad laboral. No obstante, atendiendo a que no existe una regulación específica sobre la situación del personal en el marco de una transmisión de empresa, es necesario proceder con un criterio de razonabilidad en el tratamiento de esta materia. Entonces, atendiendo a que en una transmisión de empresa el principio de continuidad se define por los objetivos que persigue, esto es, el mantenimiento de las condiciones laborales y el tiempo de servicios que el trabajador acumuló con el

⁷ Naturalmente, la transmisión de empresa no impide al nuevo titular modificar o introducir cambios en las condiciones de trabajo, siempre y cuando esto se realice observando los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico para el ejercicio del poder de dirección.

⁸ De acuerdo con el artículo 2.15 de la Constitución, toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

primigenio empleador, consideramos que el esquema propuesto por el administrado podría resultar válido si se siguen, como mínimo, las siguientes condiciones:

- i) Se debe asegurar al trabajador que opte por la extinción de la primigenia relación laboral un nuevo contrato de trabajo con el empleador adquirente del bloque patrimonial transferido, en el que se respeten, de acuerdo a las disposiciones específicas que los rigen, el tiempo de servicios, los derechos, beneficios y demás condiciones laborales que el trabajador ha venido percibiendo hasta la fecha.

A tal efecto, podría suscribirse un acuerdo tripartito entre el trabajador, el primigenio empleador y el nuevo empleador en el que se expliciten las garantías que se derivan del principio de continuidad laboral.⁹

- ii) Sin perjuicio de lo señalado en el punto i), la extinción de la primigenia relación laboral debe producirse por voluntad del trabajador o por acuerdo escrito de las partes, sin que en ningún caso se incurra en algún vicio en la manifestación de la voluntad, como la intimidación por ejemplo. A tal efecto, debe informarse detalladamente sobre la transmisión de empresa a los trabajadores comprometidos y a las organizaciones sindicales involucradas, de forma que se permita a los trabajadores tomar una decisión libre e informada acerca de proseguir o no con la relación de trabajo inicial.¹⁰

- iii) El empleador primigenio debe cumplir con todas las obligaciones a su cargo que se deriven de la extinción señalada en el acápite ii), con anterioridad a la

⁹ Por ejemplo, y tal como se propone en el esquema del administrado, todos los trabajadores con contrato indefinido deben mantener dicha condición en la nueva compañía. Respecto de los trabajadores contratados a plazo fijo que serán transferidos, se debe tener en cuenta el tiempo de servicios acumulado para efectos de determinar la duración máxima aplicable a la modalidad empleada.

¹⁰ Además, sería recomendable, por ejemplo, que el empleador brinde un incentivo económico al trabajador para que éste renuncie o acuerde la extinción del contrato.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

suscripción del nuevo contrato entre el trabajador que cesó y el empleador adquirente del bloque patrimonial transferido.

- iv) Finalmente, en ningún caso, el esquema propuesto por el administrado puede significar un abuso de derecho por parte del nuevo empleador (artículo 103 de la Constitución).¹¹

Desde luego, el trabajador comprometido en la transmisión de empresa que decida no renunciar mantiene su derecho a continuar su primigenia relación laboral con el nuevo empleador adquirente del bloque patrimonial transferido, gozando de las garantías derivadas del principio de continuidad laboral.



III. CONCLUSIONES

La normativa laboral no ha regulado los efectos de una transmisión de empresa en las relaciones de trabajo. Por ello, es necesario proceder con un criterio de razonabilidad en el tratamiento de esta materia y atender al principio de continuidad laboral.

En tal sentido, el esquema propuesto por el administrado – consistente en el cese voluntario de los trabajadores, el cobro de su liquidación de beneficios sociales por sus labores en la primera empresa y la suscripción de contratos de trabajo con el nuevo

¹¹ El administrado debe reparar en la necesidad de evitar algunos inconvenientes que pueden derivarse de la liquidación de beneficios sociales que realizarían los empleadores por cada uno de los períodos de tiempo en que son titulares de la unidad económica objeto de transmisión. A modo de ejemplo, considérese el caso de una transmisión de empresa que se hace efectiva el 1 de enero de determinado año, donde a efectos de liquidar la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) el empleador antiguo considerará el período pendiente desde el último pago (meses de noviembre y diciembre) y, el nuevo, el período de enero a abril para cancelar la CTS en el mes de mayo siguiente. Ello podría implicar por ejemplo que, a efectos de configurar la regularidad exigida en el artículo 16° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, el nuevo empleador no tome en cuenta en la base de cálculo del beneficio las remuneraciones complementarias, de naturaleza variable o imprecisa, que puede haber percibido el trabajador en el tiempo vinculado al anterior empleador. Sin duda, situaciones como las expuestas deben ser evaluadas por el administrado a efectos de que el esquema que propone no perjudique a los trabajadores.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo


"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

empleador, en los que se respeta las condiciones laborales y los tiempos de servicios acumulados – sólo podrá ser viable si es que cumple los requisitos mínimos expuestos en el acápite f del presente informe.

Desde luego, el trabajador comprometido en la transmisión de empresa que decida no renunciar mantiene su derecho a continuar su primigenia relación laboral con el nuevo empleador adquirente del bloque patrimonial transferido, gozando de las garantías derivadas del principio de continuidad laboral.

Sin otro particular.

Atentamente,


.....
RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo