

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social

**La escisión societaria en contraposición al ejercicio de la  
libertad sindical: Análisis bajo la óptica de los derechos  
fundamentales**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad  
en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autor:

***Paolo Giuseppe Zucchetti Paredes***

Asesor:

***Willman Cesar Meléndez Trigoso***

Lima, 2021

# **La escisión societaria en contraposición al ejercicio de la libertad sindical: Análisis bajo la óptica de los derechos fundamentales**

## **Resumen**

A través de la escisión societaria, una empresa puede transferir todo un bloque patrimonial (incluyendo trabajadores) hacia otra empresa. Este fenómeno que tiene efectos en las relaciones laborales individuales y colectivas, no cuenta con una legislación laboral que lo regule.

Ante tal, aparente, incertidumbre; muchas afectaciones a la libertad sindical como producto de las escisiones empresariales han terminado discutiéndose (sin mucho éxito) en vía judicial. Evidenciándose que la principal tara al momento de abordar el problema se encuentra que el análisis se realiza a un nivel infraconstitucional, ignorando por completo, el contenido protegido por la libertad de empresa y la libertad sindical.

Mediante el presente trabajo, ponemos en evidencia las diferentes restricciones que sufre la libertad sindical luego de una escisión, así como el deficiente análisis que se viene haciendo sobre esta problemática. Y finalmente, proponemos un modelo de análisis para estos casos y una posible solución en general, bajo la óptica de los derechos fundamentales.

## **Abstract**

Through the corporate division, a company can transfer an entire block of assets (including workers) to another company. This phenomenon, which has effects on individual and collective labour relations, does not have labour legislation to regulate it.

In the face of such, apparent, uncertainty; many effects on freedom of association as a result of the corporate division have ended up being discussed (without much success) in the courts. Evidenced that the main flaw when addressing the problem is that the analysis is carried out at an infra-constitutional level, completely ignoring the content protected by freedom of business and freedom of association.

Through this work, we highlight the different restrictions that freedom of association suffers after a corporate division, as well as the deficient analysis that has been done on this problem. And finally, we propose an analysis model for these cases and a possible solution in general, from the perspective of fundamental rights.

## **Palabras clave**

Escisión societaria – libertad sindical – libertad de empresa – conflicto de derechos fundamentales.

## Índice de Contenido

I. Estado del arte	1
II. Aspectos generales	4
2.1. La escisión societaria	4
2.2. Los efectos laborales	5
2.3. La transmisión de empresas	11
2.4. Entre el abuso de derecho y el fraude a la ley	13
2.5. La teoría de los derechos fundamentales	15
III. El problema en concreto	22
3.1. El caso Compañía Minera Casapalca	22
3.2. El caso Telefónica Gestión de Servicios Compartidos contra Sitintel	28
IV. Un análisis bajo la óptica del abuso de derecho y el fraude a la ley	31
4.1. El fraude a la ley	32
4.2. El abuso de derecho	35
V. Un análisis bajo la óptica de los derechos fundamentales	38
5.1. Propuesta de análisis en tres niveles	38
5.2. Justificación de ausencia del test de ponderación	39
5.3. Una propuesta de solución para asegurar la libertad sindical	41
VI. Conclusiones	43
VII. Recomendaciones	45
VIII. Referencias Bibliográficas	46

## **I. Estado del Arte**

Cuando una empresa decide reorganizarse, cuenta con un gran abanico de posibilidades para hacer más eficiente su participación en el competitivo mercado. Dentro de este abanico de opciones, no es extraño que veamos operaciones que van desde seccionar y transferir una parte de la empresa, o incluso todo lo opuesto; es decir, absorber otra empresa o una parte del negocio de esta.

Estos temas que parecieran ser más de interés del derecho societario terminan incidiendo mucho más en el ámbito del derecho laboral de lo que a simple vista podemos notar. Y para ser más explícitos, centrémonos únicamente en la escisión societaria, que no es más que el seccionamiento de una parte de la empresa<sup>1</sup> ya sea para transferirlo a otra empresa existente o incluso para crear una nueva. Y dentro de este bloque transferido, es más que usual encontrar, quizás el activo más valioso; es decir, el recurso humano.

La cuestión descrita y que, se encuentra íntegramente regulada en la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), lamentablemente, no tiene un correlato en la legislación laboral nacional. Es decir, como si se tratase de un fenómeno íntegro y aisladamente societario, nuestra legislación laboral decide guardar silencio sobre los efectos que esta escisión tendrá tanto en los trabajadores que son transferidos a una nueva empresa, como en los que se quedan en la empresa que se escinde. Y si ya ha decidido guardar silencio sobre los efectos de la escisión societaria en las relaciones laborales individuales, no debería sorprendernos que no haya mayores luces en lo que respecta a la incidencia en la esfera colectiva (o sindical).

Este último punto, como ya delata el título, es la materia de investigación del presente trabajo. Que inicia con una pregunta aparentemente simple; ¿qué sucede con la organización sindical luego de la escisión?

---

<sup>1</sup> Vale precisar que cuando utilizamos el término “empresa”, nos referimos al negocio con personalidad jurídica, debidamente organizado en algunas de las formas que ofrece la Ley General de Sociedad.

El ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, casi en automático, remitiéndose al art. 14 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo<sup>2</sup> (en adelante la LRCT), nos brindan la siguiente respuesta:

- a. Si la totalidad de trabajadores sindicalizados se encuentra en el bloque transferido. **El sindicato habrá desaparecido de la empresa escidente** para continuar con su existencia en donde vayan a ser transferidos.
- b. Si el número de afiliados en el bloque transferido y en la empresa escidente, fuese menor a 20 trabajadores (en cada una de ellas), el sindicato habrá desaparecido indefectiblemente tanto en la empresa escidente como en el bloque escindido.
- c. Si, por suerte para el sindicato, no nos encontráramos en ninguno de los dos supuestos indicados; es decir, tanto en el bloque escindido como en la empresa escidente, la cantidad de afiliados al sindicato fuese igual o superior a 20 trabajadores, el sindicato podrá continuar con su actividad tanto en el bloque transferido como en la empresa escindida. Esto siempre que cumpla con adecuar sus estatutos y constitución a su nueva realidad.

Todo se reduce a un tema numérico para determinar la suerte de la organización sindical. Llamémosle efecto secundario o daño colateral, pero la cuestión no merece mayor preocupación. Es lo que pareciera decirnos el ordenamiento jurídico, e incluso la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, ya en este punto debería resultarnos sospechosa la forma en que un inocente movimiento societario pueda desaparecer por completo a una organización sindical, o causarle una pérdida de representatividad, sin que podamos hacer nada más que contar el número de sus afiliados para corroborar los estragos que la escisión ha causado en la organización sindical.

Y es que, lamentablemente, el análisis que viene realizándose de estos casos es uno de exegesis infraconstitucional (tal y como veremos en algunos casos prácticos más adelante). Sin notar que nos encontramos ante un escenario complejo, uno de aparente colisión de derechos fundamentales. En tanto que, por un lado, tenemos a la libertad de

---

<sup>2</sup> Nótese que, en este artículo, el legislador establece reglas con independencia de que nos encontremos en un escenario post – escisión. Es decir, para el legislador este hecho societario resulta irrelevante.

empresa materializada en la capacidad que tiene el empresario para decidir reorganizar su negocio a través de una escisión societaria; y, por otro lado, el derecho a la libertad sindical que, en su aspecto individual es, entre otras, el derecho a afiliarse o no a un sindicato e incluso constituir uno y participar de él, mientras que en su aspecto colectivo, entre otras, no es más que el derecho a participar activamente como vehículo para la materialización de derechos colectivos como la huelga, la negociación colectiva, entre otros.

Este escenario complejo exige mucho más que lo que se ha venido haciendo; es decir, una simple subsunción normativa. Este escenario complejo, exige un análisis bajo la óptica de los derechos fundamentales en juego, y seguramente, del test de la ponderación. De lo contrario, corremos el riesgo de suprimir completamente un derecho fundamental como lo es el derecho a la libertad sindical, todo a consecuencia de una interpretación infraconstitucional.



## **II. Aspectos Generales**

Habiendo expuesto el panorama general de la problemática, corresponde abordar de manera breve, pero clara algunos conceptos previos que nos ayudaran a tener una mayor comprensión de la real dimensión del problema, y, en consecuencia, de las soluciones que proponamos.

### **2.1. La Escisión Societaria**

Dado que, el presente artículo no tiene como finalidad un estudio detallado de la escisión como institución jurídica, sino un mero acercamiento a esta; bastará con que conozcamos a grandes rasgos su regulación en el ordenamiento jurídico peruano y sus efectos en las relaciones laborales tanto individuales como colectivas. Siendo este último punto, el que realmente nos preocupa analizar.

De esta manera, para empezar a comprender de forma sencilla a la escisión societaria, podríamos tomar la síntesis de la LGS que realizan los profesores Ramirez Zegarra, y Velarde Koechlin, quienes nos indican que:

*La propia LGS la define en su artículo 367, señalando que por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos (2) o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno (1) de ellos; siendo importante en la escisión el fraccionamiento del patrimonio de la sociedad que se escinde, que, como es de verse, puede ser total o parcial, en tanto dicho fraccionamiento patrimonial sea en bloques patrimoniales (2011, p.351).*

Es decir, la escisión societaria no sería más que el seccionamiento y transferencia de un bloque patrimonial de la empresa escidente hacia otra u otras empresas o incluso para constituir una nueva.

Sobre esta fórmula, la LGS permite que se den diferentes formas de escisión; por ejemplo, una de ellas en la que la empres escidente se extingue completamente al haber transferido toda su organización y patrimonio a través de uno o más bloques; y

entre otras formas menos extremas, pero que, en conjunto, nos resultan relevantes para el presente artículo.

Hasta este punto, un concepto que nos debe resultar relevante es el de “bloque patrimonial”, ya que, finalmente es este el objeto seccionado y transferido en la escisión. Y sobre este concepto, la doctrina es unánime al indicar que el mencionado bloque patrimonial vendrá a estar conformado por activos y pasivos de la sociedad escindida. Es decir, dentro de este bloque patrimonial, podríamos encontrar desde bienes muebles e inmuebles, contratos comerciales, obligaciones pendientes, hasta todo tipo de bienes materiales e inmateriales que signifiquen un pasivo y/o activo para la empresa.

Lo cual nos lleva a inferir que, si es posible transferir las relaciones comerciales y otro tipo de relaciones jurídicas en el bloque escindido, de igual forma sucedería con las relaciones laborales. Es decir, la escisión podría significar también una transferencia de trabajadores hacia la unidad productiva de un nuevo empleador.

Otro punto de vital importancia sobre el bloque patrimonial es que, la LGS otorga completa libertad para que el empresario decida que activos y pasivos conformaran este bloque que será transferido a través de la escisión societaria. Es decir, el empleador tendrá total discrecionalidad para decidir que secciones de su planilla de trabajadores serán las que serán transferidas.

## **2.2. Los efectos laborales**

Si bien no en todas las escisiones societarias el bloque transferido puede incluir a un grupo de trabajadores; para efectos del presente trabajo, nos referiremos y estudiaremos únicamente aquellas que tengan incidencia en las relaciones laborales, principalmente colectivas.

Entonces, de lo descrito en el punto anterior, podemos inferir que la escisión societaria resulta ser un fenómeno societario que no siempre tendrá incidencia en el aspecto laboral, tal y como se precisó en el párrafo anterior. Y es quizás esto último es lo que ha llevado al legislador a regular la escisión societaria desde una perspectiva íntegramente societaria. Por lo que resulta necesario que revisemos los efectos específicos en las relaciones laborales individuales y colectivas.

### 2.2.1. En las relaciones laborales individuales

La primera esfera jurídica en ser afectada, en una escisión societaria que involucra trabajadores dentro del bloque patrimonial transferido, es la de las relaciones laborales individuales.

En tanto que, para los trabajadores integrantes del bloque transferido la figura del empleador será sustituida por quien asuma la titularidad de este bloque. Es decir, mediante un fenómeno societario habrán sustituido a su empleador.

Este suceso que, como dijimos previamente, no tiene ninguna regulación expresa dentro de la legislación laboral, nos trae un par de preguntas **¿el consentimiento de los trabajadores es irrelevante para ser transferidos?**, y luego **¿qué sucede con las condiciones de trabajo y remunerativas de estos trabajadores transferidos?**

Solo sobre estas dos preguntas, podríamos escribir no uno sino muchos artículos analizando este fenómeno laboral – empresarial e intentando dar una respuesta coherente; sin embargo, la materia que nos avoca en esta ocasión es otra. De modo que, apenas alcanzaremos a brindar un breve resumen a estas cuestiones.

#### i) Sobre el consentimiento de los trabajadores

Como ya habíamos mencionado, la LGS únicamente establece los requisitos, plazos y procedimientos necesarios para formalizar la transferencia del bloque patrimonial en el ámbito societario. Y, obviamente, el legislador omite establecer algún requisito relativo al ámbito laboral, principalmente, el referido a la necesidad o no del consentimiento por parte de los trabajadores que serán transferidos.

Ante este vacío legal; cierto sector de la doctrina<sup>3</sup>, tímidamente, ha indicado que, para solucionar el impase bastaría con un convenio tripartito entre la empresa que transfiere el bloque patrimonial (el empleador inicial), el trabajador transferido, y la empresa que recibirá el bloque patrimonial (nuevo empleador). Tal y como sugiere la doctora Vera

---

<sup>3</sup> Cabe precisar que, si bien esta propuesta de solución se estructuró para casos de reorganización societaria en general y otros supuestos de transmisión de empresas, resulta completamente válido que esta misma solución sería propuesta para la escisión societaria en particular.

(2016), este convenio tripartito contendría todas las condiciones de trabajo y remunerativas con las cuales estaría siendo transferido el trabajador, y serviría, por un lado: como compromiso del nuevo empleador de respetarlas; y por otro, como la manifestación de voluntad del trabajador de encontrarse conforme con este traspaso hacia una nueva organización empresarial.

Es decir, la doctrina, o al menos este sector, nos brinda una sugerencia, más no una respuesta expresa a la pregunta si es que se requiere o no el consentimiento del trabajador para ser transferido producto de una escisión.

En consecuencia, al responder la pregunta con una sugerencia, en vez de con una afirmación o negativa, el problema subsiste porque ¿Y si el trabajador se niega a firmar el convenio tripartito y se niega además a ser transferido?

Al respecto, la jurisprudencia ha sido mucho más frontal al abordar este problema; aunque no con la argumentación correcta (a nuestro parecer). Ya que, para reiterada y unánime jurisprudencia nacional, en tanto la voluntad de los trabajadores, ni la suscripción de un convenio tripartito son requisitos establecidos por la LGS para la celebración de una escisión societaria, estos no pueden ser exigibles para reclamar los efectos de esta.

Así, por ejemplo, tenemos el pronunciamiento emitido por la Cuarta Sala Laboral de Lima, en el Exp. No. 6871-2013-0-1801-JR-03, que en Sentencia de fecha 10 de octubre de 2017, en un proceso iniciado por la organización sindical SITENEL contra Telefónica Gestion de Servicios Compartidos S.A.C. y T-Gestiona Logística S.A.C., y que versa justamente sobre afectación de la libertad sindical en un supuesto de escisión como el abordado en el presenta trabajo. La Cuarta Sala Laboral en su considerando 31, indica que:

Las demandadas han seguido el procedimiento legalmente establecido para la escisión, según aparece del artículo 368° en delante de la Ley General de Sociedades, sin que haya existido una cesión de posición contractual, según se advierte de los argumentos que preceden y por ello resulta cierto que no es necesario informar a los trabajadores sobre la escisión, así como tampoco recabar su consentimiento.

Una interpretación completamente formalista e infra constitucional, pero que hasta el momento es unánime en la resolución de casos judiciales en donde el trabajador manifiesta su disconformidad con el traspaso hacia otra empresa.

Por el momento y por la limitación del objeto de estudio, nos bastará decir que concordamos con la consecuencia fáctica más no con la argumentación de la jurisprudencia. Es decir, concordamos en que la voluntad del trabajador transferido no puede oponerse ni evitar los efectos de una escisión societaria, pero no por los motivos señalados por la jurisprudencia.

## **ii) Sobre las condiciones de trabajo y remunerativas**

En lo que respecta a las condiciones con las que el personal transferido pasa hacia la organización de su nuevo empleador, la situación es, por el momento, mucho más pacífica y clara tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario.

En tanto que, es unánime la opinión de que en estos casos debe operar el principio de continuidad y progresividad; es decir, que al personal transferido deberá reconocérsele la categoría, tiempo de servicio y remuneración alcanzada que poseían antes de la escisión.

Sin embargo, y a pesar de este acierto de la doctrina, a nuestro parecer aún queda en una zona grisácea lo referente al pago de utilidades y otros beneficios que, si bien no forman parte de la remuneración fija, significan un desmedro para el trabajador que, vía escisión, pasa (por poner un ejemplo simple) de una empresa principal del sector minero hacia una empresa contratista en donde, por obvias razones, las utilidades serán por lejos inferiores.

Así, como esta, podríamos encontrar muchas otras cuestiones puntuales que quedan en una zona gris, como, por ejemplo, el cambio de funciones y lugar de trabajo por decisión del nuevo empleador.

Lamentablemente, son cuestiones que por la extensión del presente trabajo deberemos dejar pendientes, pero que valía dejar sobre el tapete para un próximo análisis.

### 2.2.2. En las relaciones laborales colectivas

Sin ánimos de minimizar los efectos de una escisión en las relaciones laborales individuales; es preciso reconocer que (en nuestra opinión) los efectos en las relaciones laborales colectivas; es decir, en la organización sindical y sus afiliados resultan mucho más gravosas. Seguramente, porque es este aspecto en donde menos se ha avanzado a nivel doctrinario o jurisprudencial por intentar proponer soluciones a la problemática.

Y es que, lo especialmente grave en relación a los efectos en la esfera colectiva se sustenta en el hecho de que, a través de la transferencia de un bloque patrimonial, que se conforma por una parte o la totalidad de afiliados de una organización sindical, el sindicato quedaría fragmentado o transferido completamente hacia otra empresa; lo cual traería como obvia consecuencia que este pueda perder representatividad o incluso ser erradicado en su totalidad.

Es decir, podríamos encontrarnos, principalmente, frente a cuatro escenarios diferentes:

- i. **Que el bloque transferido comprenda a la totalidad de afiliados de la organización sindical.** – En este supuesto, el sindicato habrá desaparecido completamente de la empresa escidente; y al ser transferido hacia una nueva empresa, tendrá que adecuar su inscripción ante la Autoridad de Trabajo para continuar con su actividad en la nueva empresa a la que ha sido transferido.
- ii. **Que el bloque transferido se encuentre comprendido por menos de veinte afiliados a la organización sindical.** – En este supuesto, la organización sindical carecerá de representación en la nueva empresa a donde sea transferido el bloque patrimonial. Es decir, los trabajadores podrán mantener su condición de afiliados al sindicato, siempre que esta modifique sus estatutos para permitir ello, pero su sindicato no tendrá legitimidad para presentar el pliego de reclamos, negociar colectivamente, ni ejercer representación en defensa de sus afiliados.
- iii. **Que la empresa escidente conserve menos de veinte afiliados a la organización sindical.** – En este supuesto, las consecuencias serían idénticas a las detalladas en el punto anterior, solo que aplicadas en la empresa escidente.

- iv. **Que tanto la empresa escidente como el bloque transferido conserven (cada uno) veinte o más afiliados a la organización sindical.** – Este supuesto que pareciera ser el menos lesivo para el sindicato, en tanto permitirá que este mantenga su existencia y actividad en ambas empresas (siempre que cumpla con adecuar su estatuto y constitución ante la Autoridad de Trabajo), en realidad, también representa un menoscabo a la capacidad negocial y de actuación del sindicato. Es decir, partiendo de la premisa de que el sindicato obtiene sus recursos y capacidad de acción gracias a la unión colectiva y organizada de sus miembros; disminuir el número de sus afiliados (por fragmentación) significaría una disminución consecuente de la fuente de sus recursos y capacidad.

Todos los escenarios posibles expuestos son posibles de resumirse en el siguiente cuadro:

**Cuadro 1**

		Rep. Legítima	Sindicación	Neg. Colectiva	Huelga
<b>En la empresa escidente</b>	<b>Conservando 20 o más afiliados</b>	Sí	Sí	Sí	Sí
	<b>Menos de 20 afiliados</b>	No	No	No	No
	<b>Perdiendo la totalidad de afiliados</b>	No	No	No	No
<b>En el bloque transferido</b>	<b>Conservando 20 o más afiliados*</b>	Sí	Sí	Sí	Sí
	<b>Menos de 20 afiliados</b>	No	No	No	No

**Elaboración propia**

Ya en este punto, cabe preguntarnos cómo es que hemos llegado a determinar estos efectos en la organización sindical y cuál es la posición de la jurisprudencia en los casos mencionados. Y resulta que ambas preguntas comparten la misma respuesta.

Es decir, los efectos que se producirán en la organización sindical como consecuencia de la escisión societaria vienen siendo determinados en base a lo dispuesto por el

artículo 14 de la LRCT. De modo que, de forma negligente y descuidada, el juzgador solo se remite a contar el número de trabajadores sindicalizados que han quedado en el bloque transferido y en la empresa escindida para determinar la subsistencia o no de la organización sindical en cada una de las empresas en las que ha quedado fragmentado.

Como ya habíamos adelantado, esto no es más que el resultado de una exegesis infraconstitucional; o, lo que es lo mismo, la resolución de un caso complejo utilizando únicamente la subsunción. Sin notar que son dos derechos fundamentales los que se encuentran en conflicto. Y que, la óptica bajo la que se analice el problema deberá ser una constitucional para asegurar el respeto de los derechos fundamentales en conflicto.

Asimismo, esta respuesta de la jurisprudencia, salvo algunas bienintencionadas actuaciones, se debería a que *a priori* (a criterio de los jueces) esta fragmentación del sindicato como efecto de la escisión societaria no supone ninguna afectación a la libertad sindical. Por lo tanto, al no haber un problema, tampoco existe la necesidad de pensar en una solución.

Por otro lado, aunque la doctrina parece haber notado, al menos la punta del iceberg que representa esta problemática, las soluciones que plantea aún no resultan suficientes y/o asimilables para la realidad jurídica de esta problemática. Aún así, resulta necesario conocer la forma en que la doctrina viene abordando estos escenarios complejos a través de la perspectiva de la Transmisión de Empresas.

### **2.3. La Transmisión de Empresas y el grupo de empresas**

El fenómeno laboral-empresarial que abordamos en el presente trabajo no es uno de descubrimiento reciente. Sino todo lo contrario, tan así que la escisión societaria descrita resulta solo una de las tantas manifestaciones de lo que la doctrina laboral ha venido estudiando y denominado **transmisión de empresas**.

Este fenómeno se suele conocer como aquel efecto que se produce a causa de un movimiento económico mediante el cual se traspasa una unidad económica y social (conocida como empresa); en donde, aunque la unidad económica (empresa) transferida se mantenga invariable, quien ha cambiado es el titular de esta unidad económica. Tal y como indica el profesor Elmer Arce (citado en Medina, 2016, p. 130).

En ese sentido, resulta válido afirmar que, “el objeto de transmisión puede ser una organización completa identificada como empresa, o partes de esta, en la medida que gocen de suficiente autonomía que permita la continuidad de actividades post-transmisión” (Medina, 2016, p. 131).

Aunque la escisión societaria que abordamos calce en el fenómeno denominado transmisión de empresas, lamentablemente, este es abordado por la doctrina más como un elemento patológico de lo que dará origen a un grupo de empresas o las llamadas empresas en red. Es decir, un grupo de empresas que, si bien gozan de personalidades jurídicas autónomas, en la práctica operan como una sola unidad productiva, al haber segmentado el proceso productivo en diferentes empresas. En donde, generalmente, una opera como empresa matriz o principal.

Con lo cual, una escisión societaria celebrada entre dos empresas que no guardaran vinculación económica o funcional posterior; es decir, que no operaran como un grupo o red de empresas, termina resultando de poca relevancia como objeto de estudio para este sector de la doctrina.

Es por ello, que, aunque sus desarrollos y propuestas, han resultado de mucha utilidad para los efectos de una escisión en el plano de las relaciones laborales individuales; no nos resultan de mucho apoyo en el presente trabajo. Principalmente, porque en el fenómeno que estudiamos no buscamos al empleador complejo o el grupo de empresas. Es más, la no configuración de estos resulta completamente irrelevante para que de todas formas se produzca una afectación a la libertad sindical.

Es decir, la escisión societaria podría celebrarse válidamente entre dos o más empresas que no guardan ninguna vinculación económica / productiva previa o posterior, pero que, con prescindencia de ello, fragmentaran a la organización sindical y producirán los efectos mencionados en los puntos anteriores.

En consecuencia, el concepto o delimitación del empleador complejo o del grupo de empresas resultará irrelevante para el estudio que realizamos. Lo cual demostraremos con mayor detalle cuando analicemos este fenómeno a la luz del fraude a la ley.

## **2.4. Entre el abuso de derecho y el fraude a la ley**

Frente a los efectos (usualmente adversos) de la escisión societaria en las relaciones laborales individuales y colectivas, los agraviados suelen atribuir estos efectos a una conducta abusiva del derecho por parte del empleador o incluso a que el movimiento societario se ha realizado en fraude a la ley.

Sin mucha precisión y claridad, es usual que encontremos jurisprudencia laboral en donde ambos conceptos (abuso de derecho y fraude a la ley) se usen como equivalentes. Lo cual nos puede conducir a graves confusiones y errores, como se verá en los siguientes capítulos.

Es por ello que, nos resultará de mucha utilidad revisar brevemente las principales diferencias entre ambas instituciones jurídicas.

### **2.4.1. La figura de fraude a la ley**

Sin intención de desarrollar un tratado sobre derecho civil, sino todo lo contrario, revisar superficialmente sus instituciones, pero a la luz de los principios y el contexto del derecho laboral, debemos iniciar definiendo lo que entendemos por fraude a la ley en el ordenamiento jurídico peruano.

Con esta institución, nos sucede una suerte de efecto Mandela; es decir, la mayoría creemos haberla estudiado en algún artículo expreso del Código Civil Peruano; sin embargo, con algo de sorpresa recordamos o descubrimos que el fraude a la ley no se encuentra expresamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Pese a tener un amplio desarrollo por la doctrina nacional e internacional; así como de gozar de amplia aplicación en distintas ramas del derecho.

En ese sentido, remitiéndonos subsidiariamente a la doctrina para definir lo que entendemos por fraude a la ley; es mayoritaria la opinión que lo define como un acto de autonomía privada que valiéndose de una norma vigente (norma de cobertura) realiza una conducta u obtiene un fin que se encuentra prohibido por otra norma (norma defraudada).

Luego, en tanto esta figura no se encuentra expresamente regulada en el ordenamiento legal vigente, resulta lógico que más allá del reproche jurídico no exista una consecuencia legal prevista expresamente.

Sin embargo, aplicando algunas declaraciones y pactos sobre derecho internacional como *soft law*, podríamos deducir que ante una conducta de fraude a la ley la sanción o la acción correctiva sería aplicar las consecuencias jurídicas de la norma defraudada; es decir, esos efectos que se buscaron burlar a través de una norma de cobertura. Mientras que el acto celebrado bajo la norma de cobertura sería declarado nulo al igual que sus efectos.

En ese sentido, cuando se denuncia que una escisión societaria se ha realizado bajo fraude a la ley, lo que se busca (usualmente) es que dicho movimiento societario sea declarado nulo y el bloque patrimonial retorne a la empresa escidente. Ya que, mediante la utilización de los artículos de la LGS que regulan la escisión societaria (norma de cobertura) se estaría persiguiendo obtener un fin no permitido por las leyes y principios del derecho laboral (norma defraudada) como, por ejemplo, reducir el número de afiliados a un sindicato hasta quitarles la representatividad numérica exigida por ley.

Ahora bien, aunque la figura de fraude a la ley no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico vigente; sí contamos con una figura similar o que podría perseguir efectos prácticos análogos: esto es la simulación del acto jurídico (ya sea absoluta o relativa) regulada expresamente por nuestro Código Civil.

Así, por ejemplo, el artículo 219 de nuestro Código Civil establece la nulidad como sanción para los actos jurídicos que adolecen de simulación absoluta.

#### **2.4.2. El abuso de derecho**

A diferencia de la figura de fraude a la ley, el abuso de derecho sí se encuentra legislado en nuestro ordenamiento jurídico, expresamente en el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Civil, el cual estipula que *“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”*

En ese sentido, como señala el profesor Fernández Sessarego (1992, p. 179):

El fenómeno jurídico conocido como “abuso del derecho” consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en ilícito atípico al transgredir en su ejercicio, o mediante su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. No es elemento necesario para la caracterización del abuso del derecho, la intencionalidad y el daño.

Es decir, de acuerdo a la definición citada, podríamos añadir que el abuso de derecho inicia en el ejercicio de un derecho válido y legítimo; sin embargo cuando los efectos producidos por este ejercicio (ya sea por obra u omisión) transgrede el deber jurídico de solidaridad es que termina por configurarse.

En este punto, cabe notar que, para el profesor Fernández Sessarego, la producción de un daño concreto y la intención de causarlo son completamente irrelevantes en esta figura.

Asimismo, a diferencia del fraude a la ley, la consecuencia prevista para el abuso de derecho no conlleva a una nulidad del acto causante; sino a la posibilidad de demandar por indemnización y solicitar medidas cautelares contra el acto abusivo; lo cual hace que cierto sector de la doctrina sostenga la inutilidad de esta figura; ya que sostienen que estos efectos fácilmente pueden ser conseguidos desde el campo de la responsabilidad extracontractual: de modo, que resultaba innecesario regular una figura como la del abuso de derecho.

## **2.5. La teoría de los derechos fundamentales**

Tal y como podemos notar hasta este punto, aparentemente nos encontramos frente a una problemática compleja; en donde aún cuesta distinguir con claridad (aunque ya con menos confusión) si es que acaso la escisión societaria con efectos en las relaciones laborales colectivas supondrá un fraude a la ley o un abuso de derecho. Ya que, más allá de lo alegado por los afectados, será necesario realizar un análisis a fondo y metódico,

revisando casos concretos y la respuesta jurisprudencial a estos, a fin de aclarar el panorama. Tal y como haremos en los próximos capítulos.

Mientras tanto, es importante poner de relieve algo que parece ser más que evidente. Esto es que, el punto neurálgico de la problemática se encuentra en la aparente colisión del derecho a la libertad de empresa (del empleador para reorganizar su empresa a través de la escisión societaria) contra el derecho a la libertad sindical (de las organizaciones sindicales y trabajadores afiliados que deben ver restringido el ejercicio de este derecho como efecto de la escisión).

Ante este escenario, la encrucijada se encuentra en definir si alguno de estos dos derechos en conflicto tiene preferencia sobre el otro. Es decir, ¿tendremos que restringir la libertad de empresa para permitir que la libertad sindical prevalezca? ¿o viceversa?

La respuesta a estas cuestiones no es para nada sencilla y nos obliga a adentrarnos en un campo vastísimo, pero con cimientos muy sólidos. Esto es en la teoría de los derechos fundamentales.

Para ello, empezaremos recordando el lugar privilegiado que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional y mundial. Es decir, en jerarquía normativa, es unánime la doctrina que desarrolla la supremacía de los derechos fundamentales sobre cualquier otro.

Sin embargo, el problema surge al interno de esta categoría, principalmente para aquel sector de la doctrina que defiende la teoría conflictivista de los derechos fundamentales. Es decir, aquella que establece que esta categoría de derechos se encuentra en constante conflicto contra otros derechos de su misma categoría. Hecho que no puede ser resuelto con la técnica de la subsunción y la jerarquía normativa; en tanto, todos los derechos fundamentales (en abstracto) gozan de la misma jerarquía. En consecuencia, será necesario emplear alguna técnica jurídica para permitir que ambos derechos puedan coexistir en el máximo nivel de satisfacción posible. Lamentablemente, para llegar a este punto será necesario atenuar el ejercicio de alguno de estos derechos en conflicto (o ambos) con la finalidad de asegurar que ninguno de los derechos fundamentales sea suprimido irrazonablemente.

La técnica jurídica que permite conseguir este objetivo es mayoritariamente conocida y aceptada como el test de ponderación; desarrollado desde la jurisprudencia alemana y posteriormente trasladado por la doctrina hacia el resto del mundo.

Si bien el test de ponderación no es exactamente el mismo, sino que varía de acuerdo a la doctrina y nacionalidad de la corte que lo aplica. Sí es uniforme el criterio respecto de que este test no es pasible de ser aplicado en abstracto; de modo a que aún cuando los derechos fundamentales en conflicto sean los mismos en dos casos diferentes, el resultado del test no será el mismo en ambos.

Por ello, es que resulta imprescindible conocer el más mínimo detalle del caso en concreto (tal y como haremos en el capítulo siguiente); así como conocer el contenido abstracto y protegido de los derechos fundamentales en conflicto (tal y como desarrollaremos en el siguiente punto). Esto último con la finalidad de que en la atenuación no se suprima algún aspecto sustancial del derecho en cuestión, lo que causaría (teóricamente) su supresión completa.

### **2.5.1. El derecho a la libertad de empresa**

Aunque este derecho fundamental se encuentra consagrado en la constitución, y por ende, debería gozar de la misma jerarquía y primacía que los demás derechos fundamentales; para algún sector de la doctrina esto no sería así. Ya que, para este sector de la doctrina, como expresa Carrasco (p. 3), la libertad de empresa entendida como una libertad económica no sería más que un derecho instrumental para la consecución de otros derechos “realmente” fundamentales como: la libre iniciativa, el libre desarrollo de la persona, entre otros.

Bajo esta concepción de la libertad de empresa como un “derecho instrumental”, se justificaría que esta pueda quedar relegada frente a otros derechos “realmente” fundamentales. Es decir, la libertad de empresa sería un derecho fundamental, pero uno de menor jerarquía frente a otros derechos fundamentales (no instrumentales).

Esta particular concepción, incluso ha sido admitida por algún sector de la jurisprudencia internacional, como es el caso de la Corte Constitucional Colombiana en el fundamento 18 de la Sentencia SU-157/99, cuando establece que:

“...En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente

por el Legislador (...). Por consiguiente, es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental...” (Fundamento 18 de la Sentencia SU-157/99; subrayado nuestro).

Al respecto, cabe señalar que no compartimos dicha posición; ya que, a nuestra opinión, al realizar el ejercicio de reducir en su mínima expresión cualquier derecho fundamental tratando de desentrañar si estos representan un fin en si mismos o solo un medio para concretar otros; podríamos caer en el error de concluir que la mayoría de derechos fundamentales solo son instrumentos para concretar otros, por ejemplo, podríamos caer en la falacia de afirmar que el derecho a la educación es solo un derecho instrumental para concretar el derecho al libre desarrollo de la persona. Y así como este, vendrían decenas de ejemplos.

En ese sentido, y sin la oportunidad de poder desarrollar más a fondo nuestra postura, descartamos completamente esta posición de la doctrina, que otorgaría una jerarquía inferior al derecho a la libertad de empresa frente a otros derechos fundamentales como, por ejemplo, la libertad sindical.

Dicho ello, corresponde que podamos delimitar cuál es el contenido del derecho a la libertad de empresa; el cual, según el Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia No. 00003-2006-AI/TC, se encuentra constituido por cuatro libertades que delimitan el ámbito de protección de este derecho:

“En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de

personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno.”

De acuerdo con esta delimitación del contenido protegido por el derecho a la libertad de empresa, resulta consecuente que la facultad de escindir parcialmente la empresa se encuentra dentro de la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades (parcialmente, en el caso de la escisión).

### **2.5.2. El derecho a la libertad sindical**

Lamentablemente, debido a la vasta y compleja naturaleza de este derecho fundamental es que resulta casi imposible encontrar una definición doctrinaria, jurisprudencial o legal que pueda sintetizar todo el contenido constitucionalmente protegido por la libertad sindical.

Así, por ejemplo, en un intento de realizar tal delimitación, nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No. 008-2205-PI, define a la libertad sindical como *“la capacidad de auto determinativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad”*

Asimismo, y mucho más completa, resulta la definición que realiza el profesor Alfredo Villavicencio (2010, p. 89) sobre la libertad sindical, al mencionar que:

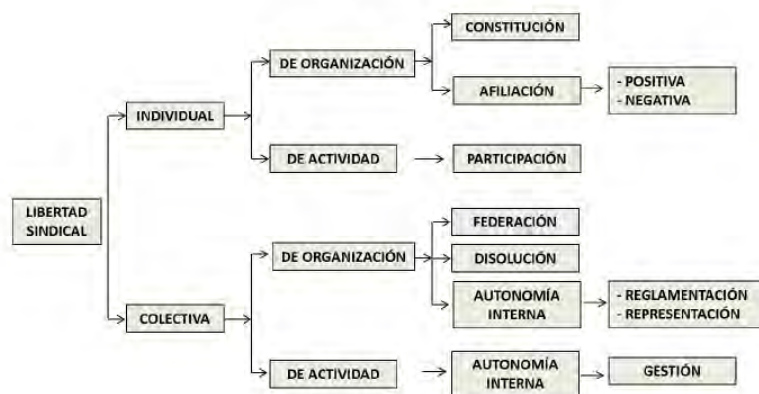
“(…) nadie duda que el contenido esencial del derecho involucra a los componentes individuales y colectivos, así como a las facetas de organización y actividad, incluyendo en estas últimas a la negociación colectiva y a la huelga; que si bien por su propia dimensión e importancia han merecido una regulación específica, incluso a nivel constitucional, no

cabe duda a estas alturas de la historia que junto con la sindicación forman parte inescindible de la libertad sindical.”

Complementando y sistematizando la definición anterior, encontramos muy acertado el desarrollo efectuado por el profesor Neves, al indicar que:

“Cuando se intenta definir la libertad sindical, comúnmente se acude a dos elementos: la titularidad de los derechos que comprende y el contenido de estos. Así, tenemos un aspecto individual y otro colectivo, de un lado, y un aspecto de organización y otro de actividad, del otro. El individual se refiere a los derechos que corresponden a cada trabajador en singular (por ejemplo, el de afiliarse al sindicato), y el colectivo a los que corresponden a la organización sindical (por ejemplo, el del sindicato a afiliarse a una federación). El de organización alude a una dimensión estática (por ejemplo, la constitución de un sindicato), y el de actividad a una dinámica (por ejemplo, el desarrollo de acciones sindicales, como la negociación colectiva), siendo el primero un medio de realizar la segunda. Todos estos aspectos son combinables entre sí. El resultado -inspirado en la doctrina y los convenios internacionales del trabajo- es el propuesto en el Cuadro 1”

Cuadro 1



Con fundamento en lo señalado, el profesor Neves agrega que:

“(…) no existe plena libertad sindical, en el sentido amplio del término, si no se reconocen sus tres instituciones básicas: sindicación, negociación colectiva y huelga. Un sindicato que no puede negociar o hacer huelga, carece de las herramientas esenciales para su funcionamiento.”

Dicho ello, podemos concluir que hemos brindado una visión general y resumida del contenido protegido por la libertad sindical, con la finalidad de que en el siguiente capítulo, al revisar los casos en concreto, podamos identificar si es que efectivamente existe una vulneración a la libertad sindical; y de ser así, cuál debería ser el normal desarrollo de este derecho fundamental frente a los efectos de la escisión societaria.



### **III. El Problema en Concreto**

Con la finalidad de mostrar de manera más expresa y palpable los efectos de la escisión societaria en la organización sindical, resultará más didáctico revisar dos casos que actualmente vienen resolviéndose en sede judicial:

#### **3.1. El Caso Compañía Minera Casapalca**

En diciembre de 2017, la Compañía Minera Casapalca SA (en adelante CMC) realizó una escisión societaria mediante la cual transfería un bloque patrimonial a la empresa contratista minera Gestión Minera Integral SAC (en adelante GMI).

Este bloque patrimonial se encontraba conformado, entre otros activos y pasivos, por más de cien (100) trabajadores, entre los cuales, también se hallaban la totalidad de afiliados al recientemente constituido, en diciembre 2017, Sindicato Unitario de Trabajadores de la Compañía Minera Casapalca S.A. (en adelante el Sindicato).

Como efecto de esta escisión, a partir de enero de 2018, **la totalidad del Sindicato pasaría a formar parte de la planilla de GMI, perdiendo todo vínculo con CMC.**

Posteriormente, durante el primer trimestre del año 2018, algunos miembros del sindicato serían despedidos por reiterada insubordinación, en tanto no reconocían a GMI como su nuevo empleador y se negaban reiteradamente a cumplir con las ordenes de esta.

Finalmente, un punto que parece haber sido determinante (de manera errónea) es la temporalidad. En tanto que, el Sindicato, recién el 9 de enero de 2018, presentó su solicitud de registro ante la Autoridad de Trabajo. En respuesta a ello, con fecha 23 de enero de 2018, mediante resolución sub-directoral se les otorgó la inscripción en el registro de organizaciones sindicales. Sin embargo, debido a que, a la fecha de inscripción, los miembros del Sindicato ya pertenecían a una empresa distinta a CMC, la Autoridad de Trabajo requirió la subsanación de una serie de requisitos de constitución. Y dado que el Sindicato no cumplió con ello, con fecha 15 de mayo

de 2018, la Dirección Regional de Trabajo del Gobierno Regional de Lima declaró nulo el registro del Sindicato.

En dicho contexto es que, a criterio (erróneo) de algunas sedes judiciales, la actividad sindical de la organización recién sería computable y oponible desde el momento de su solicitud de inscripción en el Registro correspondiente (enero 2018). Y dado que, para dicha fecha todos los afiliados al Sindicato ya habían sido transferidos hacia GMI, no podría reclamarse la protección del fuero sindical. En tanto este Sindicato carecía de representación frente a GMI.

### **3.1.1. Los efectos**

Tal y como ya se había mencionado en abstracto páginas atrás, esta escisión causó que el sindicato fuera erradicado de CMC siendo transferido por completo a GMI. Lo cual, sumado a los procedimientos de despido producidos en GMI del personal sindicalizado motivó una serie de demandas judiciales reclamando básicamente dos puntos:

- i. Fraude a la ley en la celebración de la escisión, con la finalidad que esta sea declarada sin efectos.
- ii. Despido nulo basado en la causal de afiliación sindical, según establece el inciso a) del artículo 29 del Decreto Legislativo 728 (en adelante LPCL), con la finalidad de retornar a la planilla de CMC.

### **3.1.2. La respuesta jurisprudencial**

Si bien el escenario descrito dio origen a decenas de demandas judiciales individuales, y aunque ninguna llegó a contar con un pronunciamiento de la Corte Suprema, en tanto los procesos judiciales siguen en curso o han sido resueltos de manera definitiva en segunda instancia; lo cierto es que mediante las sentencias de primera y segunda instancia que se han ido emitiendo, confirmando y, en muchos casos, consintiendo, se ha formado un criterio jurisprudencial mayoritario sobre la problemática. El cual resumimos a continuación:

- i. Sobre el fraude a la ley**

Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria acoge la tesis de que no ha existido fraude a la ley en la escisión societaria, en tanto las empresas participantes se han comportado de acuerdo con lo regulado por la LGS, cumpliendo los plazos y requisitos establecidos por estas. Tal y como expone, por ejemplo, la sentencia recaída en el expediente No. 07929-2018-0-1801-JR-LA-04, emitida por el Cuarto Juzgado de Trabajo Permanente de Lima, en los siguientes considerandos:

*4.4. (...) la escisión es una institución jurídica societaria empresarial, que tiene su amparo en el artículo 59° de la Constitución Política del Estado que garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, en la generación de bienes y riqueza; la cual debemos concordar con el artículo 62° de Carta Fundamental, que dispone que garantiza la libertad de contratar; dejando la salvedad que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (...)*

Y refiriéndose al convenio tripartito que se mencionó páginas atrás:

*4.5. (...) debemos señalar que no existe norma jurídica que lo regule con carácter obligatorio la celebración de la escisión de una sociedad empresarial, por lo que es de aplicación el literal a) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que dispone como principio constitucional que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.". Más aún si la transferencia de personal y continuidad de su relación laboral y sus derechos ganados no ha sido materia de amenaza ni de violación por las empresas demandadas (...)*

*4.6. En cuanto a los aspectos laborales de la escisión acordaron que la escisión implicaba una transmisión empresarial de trabajadores que no requiere el consentimiento de las personas ni terceros involucrados, debido a que se mantendrán los contratos, beneficios, obligaciones y relaciones que se trasladen a la sociedad receptora. (...)*

## **ii. Sobre el despido nulo por afiliación sindical**

En lo referente a este aspecto, surge una pregunta fundamental y es: ¿el fuero sindical, en su dimensión subjetiva, asiste aún a los trabajadores sindicalizados transferidos a una nueva empresa en donde su sindicato no tiene representatividad, ni legitimidad?

Atendiendo al vacío legal para regular este aspecto y otros referidos a las relaciones colectivas de trabajo en supuestos de escisión, era de vital importancia que existiese un desarrollo jurisprudencial que pudiese suplir este vacío.

Lamentablemente, en la mayoría de los casos, la jurisprudencia prefiere evadir esta cuestión, escudándose en lo dispuesto por el inciso b) del número 23.4 de la Ley No. 29497 (en adelante la NLPT). Es decir, que, en tanto, el empleador (GMI) aludía a que existía una causa de despido válida diferente a la alegada por el demandante, correspondía probarla. Y una vez corroborada esta causa válida de despido, quedaría demostrado que el despido no se debió a la afiliación y/o actividad sindical del demandante. Sin ser necesario entrar a analizar los alcances del fuero sindical en casos de escisión societaria.

Sin embargo, en los casos en donde se decide analizar el tema referente al fuero sindical respecto de trabajadores sindicalizados transferidos por escisión, nuevamente nos encontramos con una interpretación formalista que vacía de contenido el derecho a la libertad sindical y la institución del fuero, como el argumento desarrollado en el considerando 16 de la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima en el expediente No. 0777-

2018-0-1801-JR-LA-03, sobre un caso idéntico al materia de análisis, en donde indica textualmente que:

*“ Del decurso de los hechos y la temporalidad de los mismos, puede señalarse que a la fecha de registro de la organización sindical, el demandante no contaba con vínculo laboral vigente con Casapalca, debiendo considerarse además que si dirige la presente demanda contra su empleador a la fecha del despido, es este empleador el que habría incurrido en supuesto de despido nulo por la afiliación sindical, sin embargo no existe organización sindical de su nuevo empleador como supuesto para decidir el despido por la afiliación a la misma.”*

Es decir, bajo ese razonamiento se afirmaría que la actividad sindical de los trabajadores para efectos de reclamar la protección del fuero se computaría a partir de la inscripción del Sindicato en el registro correspondiente, Muy por el contrario, a lo que señala incluso la propia LRCT en su artículo 17, cuando indica expresamente que el registro es meramente formal.

Adicionalmente, se infiere que, a criterio del juzgado, los trabajadores sindicalizados transferidos vía escisión societaria hacia otra empresa no estarían protegidos por el fuero sindical, si es que su Sindicato no cumple con tener representatividad frente al nuevo empleador. Es decir, se desconocería por completo la actividad sindical de estos trabajadores, privándoles de esta protección adicional que otorga el ordenamiento jurídico para aquellos trabajadores con actividad sindical.

### **3.1.3. Una breve reflexión**

Tal y como hemos podido observar en el caso expuesto, las incidencias que suscita una escisión societaria en la libertad sindical son diversas y de gran complejidad. Lamentablemente, ante la ausencia de una regulación expresa y sumado al análisis exegético infraconstitucional realizado por las sedes judiciales encargadas de

resolver estos casos complejos, obtenemos como resultado una grave vulneración de la libertad sindical (tanto en su aspecto colectivo como individual).

En ese sentido, a modo de resumen, podríamos precisar las principales vulneraciones a la libertad sindical en las siguientes:

- Al trasladar a toda la organización sindical hacia una nueva empresa, el empleador original (empresa escidente o CMC) impide que los trabajadores que aún se mantienen en su planilla puedan afiliarse a este Sindicato transferido. Al menos hasta que este adecue su constitución para permitir afiliar a trabajadores de otra empresa.
- Aún cuando se superase este primer obstáculo, los trabajadores de la empresa escidente (CMC, en este caso) tendrían que esperar a ser un total de mínimo veinte (20) afiliados para que su Sindicato (que ante sí tuvo representación) pueda (volver a) tener representación frente a la empresa de donde se les transfirió.
- En una interpretación infraconstitucional (y demás errónea), a los trabajadores sindicalizados transferidos se les negaría la protección del fuero sindical hasta que su Sindicato no lograse acreditar una representación efectiva frente a la nueva empresa a la que ha sido transferida.

Sin perjuicio de que, en los próximos capítulos, se realice un análisis más detallado y exhaustivo sobre la óptica correcta para resolver estos casos complejos; nos referimos a la del test de ponderación. Vale adelantar que, el problema en el razonamiento jurisprudencial no solo se encuentra en tratar de resolver un caso complejo mediante una simple subsunción de normas infra constitucionales (obviando que lo que se encuentran en conflicto son dos derechos fundamentales); sino en que, **aparentemente, para los jueces, la ausencia de una conducta de fraude ante la ley por parte de la empresa escidente y de la empresa receptora del bloque patrimonial, legitimarían todos los efectos de la escisión (incluidos aquellos que afectan directamente a la libertad sindical).**

Cuando, **la comprobación de una conducta de fraude a la ley no es un requisito *sine qua non* para reclamar una afectación de la libertad sindical.** Es decir, se trata de dos hechos completamente aislados que, en algunos casos podrán coincidir y en otros no. Por tanto, no existiría esa relación de causa efecto que el juzgado (e

incluso los demandantes) pretenden establecer. Tal y como demostraremos y explicaremos en los próximos capítulos.

### **3.2. El Caso Telefónica Gestión de Servicios Compartidos VS SITENDEL**

En octubre de 2012, se materializó la escisión societaria llevada a cabo por la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos (TGSC en adelante); mediante la cual segregaba todo un bloque patrimonial para ser transferido a la empresa T-Gestiona Logística (en adelante T-Logística).

Este bloque patrimonial escindido incluía a un grupo de trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores de la Empresa Telefónica y las del Sector de Telecomunicaciones (en adelante SITENDEL), entre los cuales se encontraban miembros de la comisión negociadora del pliego de reclamos 2012-2013. Pliego que venía discutiéndose en trato directo entre SITENDEL y TGSC.

Ante este contexto, surgían, entre otros, tres problemas de gravitante importancia:

- i. Por el número de afiliados transferidos a T-logística (menos de 20 trabajadores), SITENDEL carecía de la representatividad necesaria frente a T-logística para ser reconocida como organización sindical.
- ii. En consecuencia, de lo anterior, los miembros de la comisión negociadora transferidos a T-logística no lograban conseguir las licencias correspondientes por parte de su nueva empleadora para continuar participando de la negociación colectiva.
- iii. Los afiliados transferidos a T-logística se verían privados de acceder a los beneficios derivados del convenio colectivo que SITENDEL pudiese pactar con su ex empleadora TGSC.

La problemática descrita, además de la rotunda negativa de los afiliados a SITENDEL de haber sido transferidos a T-Logística, motivó a que la organización sindical iniciará un proceso judicial en contra de T-Logística y TGSC solicitando la nulidad del trasvase por fraude a la ley y vulneración del derecho al trabajo; en consecuencia, el retorno a TGSC.

### **3.2.1. Los efectos**

El presente caso nos permite observar, nuevamente, cómo es que los efectos de la escisión en la organización sindical vienen definiéndose únicamente por el número de afiliados transferidos o que permanecen en la empresa inicial.

De esta forma y, de un modo inverso al caso Compañía Minera Casapalca, al ser un número reducido (menor a veinte trabajadores) de afiliados transferidos por escisión resulta patente que para ellos el principal efecto es la pérdida de la esfera colectiva de la libertad sindical; es decir, en tanto la organización sindical a la que pertenecían ha perdido la representatividad numérica que la LRCT exige, sus afiliados se han visto restringidos por la problemática reseñada en el punto anterior.

### **3.2.2. La respuesta jurisprudencial**

Lamentablemente, el proceso judicial iniciado por SITENEL contra TGSC y T-Logística, bajo el expediente No. 0687-2013-0-1801-JR-LA-03, se archivó de forma definitiva en julio de 2021, debido a que SITENEL decidió desistirse del proceso aún cuando la causa estaba próxima a ser resuelta por la Corte Suprema en atención al recurso de casación interpuesto por los demandados.

Si bien el proceso judicial no contó con un pronunciamiento definitivo que permitiese dilucidar la controversia; sí se obtuvieron sentencias contradictorias en diferentes instancias. Las mismas que podrían darnos una clara impresión del modo en que los Juzgados y Salas Laborales continúan abordando esta problemática.

#### **i. Sobre la vulneración de derechos laborales en la escisión**

Al analizar este punto que, no es menos que el punto neurálgico del asunto, ambas instancias laborales (el Juzgado y la Sala Laboral), y en diferentes sentencias, arriban a la misma conclusión; es decir, que la escisión societaria no requiere el consentimiento de los trabajadores (en aplicación de la LGS), y por tanto, en esencia, no existiría ninguna vulneración de derechos laborales (al menos individuales) siempre que se aplique el principio de continuidad laboral.

Incluso la Cuarta Sala Laboral, aplicando un superficial test de ponderación entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho al trabajo concluye que no existe afectación de este último derecho al efectuarse la escisión societaria; sin embargo, pese a esta conclusión, termina considerando que en el caso concreto sí existiría un perjuicio económico para los trabajadores transferidos T-Logística; en tanto sus utilidades podrían ser menores que las que percibían en TGSC, y por tanto, ordena la reincorporación de estos trabajadores a TGSC.

El razonamiento jurídico de ambas instancias termina siendo tan confuso y ligero que resulta difícil concluir una línea interpretativa; básicamente porque, pese a que una violación denunciada era el debilitamiento de la organización sindical como efecto de la transferencia de sus afiliados. Este punto no llega a ser analizado con la suficiente rigurosidad jurídica.

### **3.2.3. Una Breve Reflexión**

Pese a que este caso contaba con el contexto preciso para analizar a fondo la existencia de una vulneración a la libertad sindical o no como efecto de una escisión societaria; la teoría del caso de SITENEL apuntó, como en el caso anterior analizado, a denunciar un fraude a la ley en la escisión, dejando de lado la vulneración de la libertad sindical.

Este error en el planteamiento de la teoría del caso, sumado a la perspectiva infra constitucional de la jurisprudencia nacional, terminan por ocasionar que todo el razonamiento jurídico y la discusión se centró en determinar si ha existido una conducta de fraude a la ley. En ese sentido, podríamos advertir válidamente que no solo se trata de una visión miope del problema por parte de la jurisprudencia nacional; sino que incluso pareciera que los mismos agraviados (las organizaciones sindicales) aún no logran observar con claridad el real punto controvertido. Es decir, que lejos de ser una discusión para demostrar una conducta de fraude a la ley; en realidad se trata, una colisión frontal del derecho a la libertad de empresa contra el derecho a la libertad sindical.

Pese a esta reflexión, y solo por mantener cierta rigurosidad en la investigación del presente trabajo, en el siguiente capítulo analizaremos a fondo la figura del fraude a

la ley en casos como los reseñados anteriormente. Todo ello, buscando responder una pregunta de vital importancia ¿es necesario demostrar una conducta de fraude a la ley para lograr una tutela jurisdiccional de la libertad sindical?

#### **IV. UN ANÁLISIS BAJO LA ÓPTICA DEL ABUSO DE DERECHO Y EL FRAUDE A LA LEY**

Si bien se trata de dos instituciones jurídicas con muchos puntos de tangencia; tal y como ya hemos revisado previamente, no es posible señalarlas como conceptos equivalentes. En consecuencia, un acto podrá ser cometido en fraude a la ley o bajo abuso del derecho, e incluso podríamos encontrarnos con un acto que transite por ambas instituciones al mismo tiempo.

Esta diferenciación doctrinaria resultaba de vital importancia para resolver los casos propuestos como ejemplos en el capítulo anterior; sin embargo, debido a errores conceptuales y de razonamiento silogístico, el juzgador terminó realizando un análisis erróneo de la problemática.

En ese sentido, a continuación, analizamos dichos errores:

##### **i) Un error conceptual**

El primer paso en falso cometido en el análisis de los casos ejemplo es identificar el abuso de derecho y el fraude a la ley como conceptos equivalentes.

Cuando el juzgador realiza esta errónea homologación de conceptos, está reduciendo un análisis de doble filtro a uno solo. Es decir, primero se debía verificar si la escisión societaria se configuró en fraude a la ley, y, de ser negativa la respuesta, avanzar al siguiente filtro: analizar si dicha escisión constituye un ejercicio abusivo del derecho. Sin embargo; el juzgador, asumiendo que ambos conceptos son iguales, solo se dedica a revisar si existió o no una conducta de fraude a la ley.

Y, como consecuencia de esa confusión conceptual, es que al momento de examinar si la escisión societaria se cometió en fraude a la ley, el juzgador solo se limita a verificar si este movimiento societario se ha realizado bajo lo establecido por la LGS. Cuando sabemos que este análisis esta más próximo de llevarnos a comprobar un abuso de derecho que un fraude a la ley.

## ii) Un error silogístico

Luego y ya con esa confusión conceptual, el siguiente error en el análisis de los casos ejemplo se encuentra en el razonamiento silogístico. Es decir, **la jurisprudencia citada asume que “SOLO” si la escisión societaria es fraudulenta, existirá una vulneración de la libertad sindical u otro derecho.** En consecuencia, si no se logra demostrar la fraudulencia de la escisión; se concluirá que no existe vulneración de la libertad sindical.

Es decir, **al legitimarse la escisión societaria se legitimarían todos sus efectos.**

Este razonamiento erróneo es el que lleva tanto a los demandantes como al juzgador a buscar una conducta de fraude a la ley para dilucidar la controversia.

Todo ello, sin percatarse que incluso una escisión societaria completamente legítima (en donde no confluyen supuestos de fraude a la ley) podría producir efectos adversos para la libertad sindical y otros derechos. Con lo cual, determinar la fraudulencia o no de la escisión termina siendo un hecho aislado e independiente de si se ha producido o no una vulneración de la libertad sindical.

De esta forma, en los casos revisados, la fraudulencia de la escisión societaria debió ser un análisis paralelo e independiente a la verificación de la vulneración de la libertad sindical. Es decir, luego de comprobar que las operaciones societarias eran lícitas, el juzgador debió revisar si (a pesar de ello) existía una afectación a la libertad sindical. La cual era patente. Y, al realizar este segundo análisis, terminaría notando que efectivamente se estaba vulnerando la libertad sindical.

Con esto, no intentamos afirmar que no sea importante revisar si estas operaciones societarias suponen un fraude a la ley o abuso de derecho. Sino todo lo contrario, este análisis es de suma importancia; ya que, permitirá determinar si el acto y sus efectos podrían ser declarados nulos. Sin embargo, el análisis no se agota en este punto como ya indicamos en el párrafo anterior.

### 4.1. El Fraude a la ley

En lo referente a este primer filtro de análisis que, además, suele ser lo primero en ser reclamado por las organizaciones sindicales o trabajadores afectados con la escisión es

importante reiterar que la afectación de la libertad sindical no necesariamente tiene que estar ligada a una conducta fraudulenta. Es decir, en la escisión societaria, el fraude a la ley no es una condición sine qua non para la afectación de la libertad sindical.

En ese contexto, para resolver los casos, será necesario demostrar que la escisión societaria es el negocio jurídico que se utiliza como norma de cobertura o vehículo legal para obtener un fin que se encuentra prohibido por otra norma, en este caso la vulneración y/o restricción arbitraria de la libertad sindical. Es decir, demostrar que los efectos jurídicos que realmente se deseaban y perseguían no eran los de la escisión; sino el de la restricción o supresión de la libertad sindical.

Lamentablemente, en este tipo de casos, la mayor dificultad se encuentra en el plano probatorio. Ya que, en primer lugar, la parte demandante es la que en peor situación probatoria se encuentra. Ello debido al restringido acceso que puede tener sobre las decisiones empresariales del empleador, entendiéndose que muchas de ellas serán de carácter confidencial.

Intentando superar esta primera dificultad, nos encontraríamos con un segundo obstáculo; esto es que será casi imposible encontrar una prueba directa que pueda demostrar la fraudulencia de la escisión. En su lugar, corresponderá apoyarse de la prueba indiciaria, tal y como dispone la Nueva Ley Procesal de Trabajo (Ley No. 29497) en su artículo 23.5 al establecer textualmente que:

“(…) En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

**Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.”**

Sin embargo, aun valiéndonos de los indicios, no sería posible prescribir un listado de conductas o pruebas que, de manera indirecta y en conjunto, pudiesen llevarnos a determinar que nos encontramos ante una conducta de fraude a la ley.

Incluso, basados en la casuística, podríamos intentar listar algunos de los indicios más recurrentes y compatibles con una escisión fraudulenta, pero tal y como veremos a continuación; estos deben ser analizados necesariamente en el caso en concreto. Así, por ejemplo, tendríamos los siguientes indicios:

**a) Bloque patrimonial conformado solo por trabajadores (sindicalizados)**

En este supuesto, el bloque patrimonial escindido se encontraría conformado únicamente por trabajadores; es decir, la empresa escidente no transferiría ningún activo (como maquinaria, bienes muebles, relaciones comerciales, créditos por cobrar, etc.), ni mucho menos ningún pasivo; sino únicamente se trataría de un traslado de personal hacia la empresa escindida.

De esta forma, obtendríamos un fuerte indicio de que la principal finalidad de la escisión sería trasladar un grupo de trabajadores hacia otra empresa. Y si dentro de este grupo de trabajadores se encuentra la totalidad del sindicato o un número representativo de sus afiliados, obtendríamos un indicio adicional de que, es altamente probable, de que la finalidad de dicho movimiento societario fuese afectar la representatividad del sindicato o, incluso, su erradicación total.

**b) Escisión en grupo económico**

Otro indicio podríamos hallarlo en la escisión que se celebra entre dos empresas que pertenecen al mismo grupo económico. Y de esta forma, la empresa escidente externaliza una actividad puntual transfiriendo toda el área que se encargaba de esta actividad hacia la empresa escindida que, al pertenecer al mismo grupo económico, seguirá realizando dicha actividad en favor de la empresa escidente.

En este escenario, los trabajadores del bloque patrimonial escindido continuarán realizando la misma actividad, y el beneficiario final seguirá siendo la misma empresa (su anterior empleador); pero seguramente contarán con menores beneficios laborales. Ya que, en la mayoría de los casos, se tratará de un traslado de la empresa principal hacia una empresa subsidiaria o contratista.

Si bien el hecho de que este movimiento societario tuviese como evidente finalidad la reducción de costos laborales para hacer más “ágil” a la empresa escidente; no creemos que esto lo descalifique como un indicio válido.

Pese a que los indicios detallados líneas arriba pudiesen parecer irrefutables para coadyuvar en la develación de una conducta de fraude a la ley; es preciso recalcar que estos indicios deberán de analizarse en conjunto con otros más y, sobre todo que deberán soportar la prueba en contrario del empleador, quien debería lograr demostrar con pruebas fehacientes la razonabilidad de las medidas tomadas, pero sobre todo, que existe una finalidad tangible y objetiva para haber realizado la escisión a la que se le reputa fraudulenta.

Así, por ejemplo, en el supuesto indiciario en donde el bloque transferido se encuentra íntegramente conformado por trabajadores; esto podría tornarse razonable si se trata de una empresa dedicada a brindar servicios profesionales, en donde se podría entender que el mayor y principal activo será siempre el recurso humano (caracterizado por profesionales altamente capacitados en labores que implican un esfuerzo intelectual más que físico); prescindiendo incluso de cualquier bien mueble o inmueble. Ya que se entiende que para la prestación de estos servicios profesionales no se requeriría más que la capacidad intelectual de los profesionales que integren el bloque patrimonial escindido.

Es por ello que, resulta completamente imposible realizar un listado de indicios que podrían encaminarnos a develar una escisión fraudulenta. Más aún que, cualquier indicio que pudiésemos hallar deberá constatarse con el contexto particular de cada caso y soportar la prueba en contrario del empleador.

Y, en esta dificultad probatoria, no vemos algo necesariamente negativo que deba eliminarse añadiendo más presunciones legales que las ya existentes o trasladando mayor carga probatoria al empleador. Muy por el contrario, esta dificultad probatoria resulta un filtro más que necesario. Tomando en cuenta que, en caso de demostrarse que la escisión societaria ha sido fraudulenta, la consecuencia inmediata sería declarar nula toda la operación societaria. Consecuencia que, si no es aplicada a los casos que efectivamente lo merecen, por haber defraudado el ordenamiento jurídico, terminaría convirtiéndose en un grave obstáculo para el desarrollo empresarial que suele valerse de estos movimientos societarios para agilizar su tránsito en el mercado.

#### **4.2. El abuso de derecho**

Una vez superado el primer filtro, y habiéndose logrado demostrar que la escisión es completamente legítima y válida, corresponde preguntarse si pese a ello ¿es que acaso este movimiento societario no constituye un ejercicio abusivo del derecho? Más aún si como en los casos ejemplo ha sucedido una afectación a la libertad sindical (directa o indirectamente).

Recordando el marco teórico de los capítulos anteriores, podríamos afirmar que todo abuso de derecho inicia con el ejercicio de un derecho subjetivo (mediante acción u omisión). El cual sería considerado regular si es que no fuese porque su ejercicio significa la lesión del derecho subjetivo de otra persona. Como una suerte de daño colateral.

Ya en este punto, podemos notar que la situación teóricamente descrita calza perfectamente con nuestros casos ejemplos. En donde, la escisión societaria completamente válida y como manifestación del ejercicio de la libertad de empresa termina por causar una afectación a la libertad sindical. Quizás, no de forma intencional.

Sin embargo, lo que hace que estos casos caigan en la definición de abuso de derecho es la conducta del empleador que, pese a conocer que su ejercicio “aparentemente” regular de la libertad de empresa ha causado una afectación a la libertad sindical, se niega a reparar la afectación causada, adecuando su conducta hacia una que permita que la libertad sindical también pueda continuar ejerciéndose como venía haciéndolo antes de la escisión societaria.

Es entonces, esta actitud renuente de reparar la afectación lo que hace que el ejercicio (en principio regular) de un derecho subjetivo termine convirtiéndose en un ejercicio abusivo del derecho.

En consecuencia, de lo expuesto, y a modo de resumen, es válido indicar que para determinar si nos encontramos ante un ejercicio abusivo del derecho, solo hará falta que podamos identificar la confluencia de tres elementos:

**a) El ejercicio regular de un derecho subjetivo**

En la problemática abordada se podrá considerar que el ejercicio del derecho es (en principio) regular simplemente si la escisión ha sido celebrada respetando y cumpliendo con los requisitos establecidos por la LGS y demás normas pertinentes.

**b) La lesión del derecho subjetivo de un tercero**

En este punto, es importante precisar que la relación de causalidad entre este punto y el anterior debe ser directa.

Asimismo, debe tratarse de una lesión concreta y no solo de una posible amenaza.

**c) La conducta renuente a reparar el daño**

Una vez que se ha concretado la existencia de los dos presupuestos anteriores, el tercer elemento (y quizás el más importante) resulta ser la negativa del empleador de adecuar su conducta para reparar la lesión o vulneración del derecho a la libertad sindical. Sin este tercer elemento, sería imposible admitir que nos encontramos ante un ejercicio abusivo del derecho. Ya sea porque no se ha producido ninguna lesión del derecho subjetivo de un tercero o porque habiéndose producido (o antes de producirse) el empleador ha implementado las medidas necesarias para reparar o evitar esta lesión.

Habiendo verificado la existencia de estos tres requisitos o elementos patológicos, lo siguiente sería analizar y proponer cuál debería haber sido la respuesta de la jurisprudencia para repeler estos ejercicios abusivos de la escisión societaria. Análisis que se realizará el siguiente capítulo.

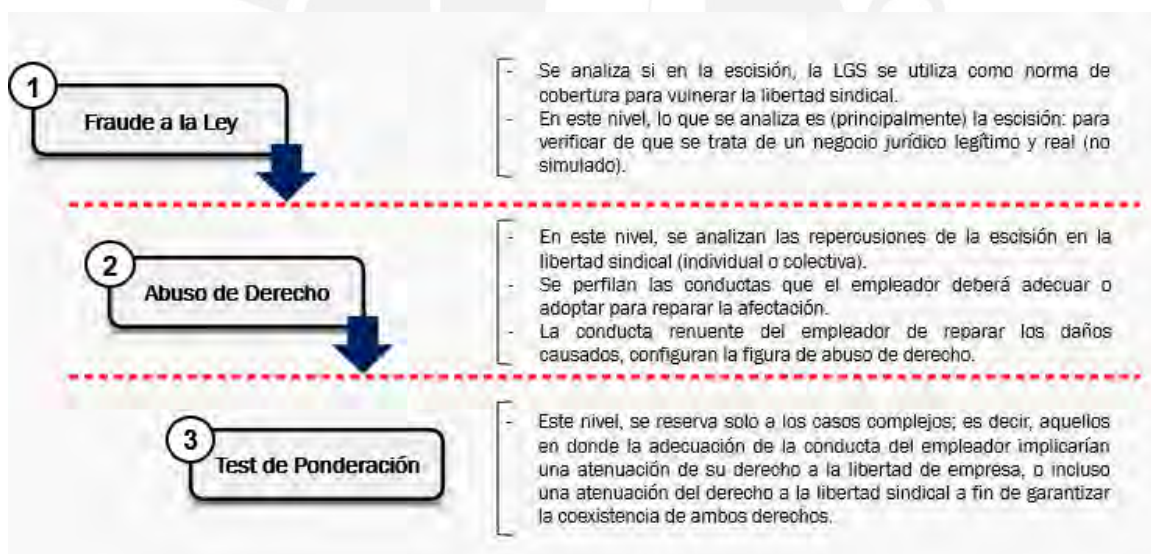
## V. UN ANÁLISIS BAJO LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este punto de la investigación, cabe admitir que, así como los juzgados (a priori) deducen que si una escisión es válida (no fraudulenta), todos sus efectos (aunque afecten la libertad sindical) también lo serán; el presente trabajo inició también con una conclusión a priori o (lo que es equivalente) una hipótesis. Y es que, la problemática estudiada debía ser resuelta a través de la óptica del test de ponderación. Sin embargo, tal y como se explicará a continuación, nuestra hipótesis no era correcta.

### 5.1. Propuesta de análisis en tres niveles

A modo de síntesis de lo expuesto en el capítulo anterior, proponemos que los casos en donde la escisión societaria celebrada por el empleador terminase repercutiendo en la libertad sindical (individual o colectiva) sean analizados bajo un modelo en tres niveles, el cual podríamos resumir y graficar en el siguiente diagrama:

**Cuadro 3**



Elaboración propia

Como puede apreciarse, aun luego de comprobarse que la escisión societaria se ha celebrado cumpliendo con todo lo establecido por la LGS y, que se trata de un negocio con un objeto real y no uno simulado; el análisis no debe detenerse en este nivel. Sino continuar para analizar la afectación causada a la libertad sindical.

En dicho nivel de análisis, podremos darnos cuenta de que, tanto en los ejemplos narrados líneas arriba como en futuros casos, en donde la adecuación de la conducta del

empleador necesaria para reparar la afectación causada no implique dejar sin efecto parcial o totalmente la transferencia del bloque patrimonial no será necesario recurrir al test de ponderación. En tanto, esta adecuación de la conducta del empleador no significaría una atenuación de su derecho a la libertad de empresa, como explicaremos a continuación.

## **5.2. Justificación de ausencia del test de ponderación**

Realizando un breve repaso de nuestro marco teórico, cabe mencionar que ya habíamos advertido que no es inusual encontrarnos en un escenario en donde dos derechos fundamentales se encuentran en conflicto. Situación que requerirá aplicar el test de ponderación, el cual no es más que la técnica jurídica mediante la cual se busca encontrar un punto de equilibrio en el ejercicio de ambos derechos, a través de la atenuación de uno de los derechos fundamentales en conflicto o ambos, sin vaciar de contenido ni suprimir totalmente ninguno de ellos.

Dicho esto, fácilmente, podemos inferir que para llegar a un escenario como el descrito; es decir, en el que se hace necesaria la atenuación del ejercicio de un derecho fundamental para permitir la coexistencia armónica de otro derecho fundamental, debemos de encontrarnos en un caso realmente complejo. Tan complicado que no admite una medida menos gravosa que dicha atenuación luego de aplicado el test de ponderación.

En ese sentido, la problemática que hemos abordado en este trabajo a través de un par de casos reales nos demuestra que, para darles solución a dichos casos, y a la problemática general, no hace falta tal nivel de injerencia como la atenuación de derechos fundamentales. Es decir, nos encontramos en un escenario menos complejo de lo que pudimos haber previsto al inicio del presente trabajo. Sin embargo, esto no implica que el análisis deba ser menos exhaustivo y limitarse únicamente a revisar el cumplimiento de las normas infra constitucionales; lo cual es, justamente, lo que viene sucediendo en estos escenarios y representa, quizás la raíz del problema.

En ese sentido, y bajo una óptica de los derechos fundamentales, si repasamos el derecho a la libertad de empresa (conforme se hizo capítulos atrás), podemos recordar que este derecho fundamental termina por materializarse en el haz de facultades con las

que cuenta el titular (el empresario en este caso) no solo para constituir y organizar su negocio u empresa, sino también en la posibilidad de reorganizarla la forma en que esta sea más eficiente.

Dentro de este haz de facultades que permite la libertad de empresa, nos encontraríamos a la facultad de reorganizar la empresa en las formas legalmente permitidas por la LGS, por ejemplo, la posibilidad de escindirla.

En ese contexto, si pretendiéramos suprimir completamente esta facultad del empleador, prohibiendo la realización de escisiones societarias, nos encontraríamos ante una vulneración de la libertad de empresa que, difícilmente, podría superar el test de razonabilidad.

Por otro lado, si propusiéramos excluir a las relaciones laborales (tanto individuales como colectivas) de los efectos de cualquier escisión societaria pareciera que hubiésemos encontrado con la panacea del problema. Aunque, rápidamente deberíamos caer en cuenta de que esta limitación parcial si bien no constituye una supresión del derecho a la libertad de empresa; si constituye una atenuación de dicho derecho: intervención que deberá superar el test de ponderación.

Sin embargo, como explicábamos capítulos atrás y al igual que en nuestro diagrama de análisis, el test de ponderación se encuentra reservado para los casos especialmente complejos. Es decir, aquellas situaciones en donde es imposible que dos derechos fundamentales puedan coexistir simultáneamente sin que uno de ellos (o ambos) hayan sido previamente atenuados en su ejercicio. Ya que, de otro modo, uno de ellos terminaría siendo vulnerado seriamente. De esta forma, la atenuación de uno de ellos (o ambos) resulta condición sine qua non para la subsistencia armónica de ambos.

Tal y como podríamos inferir, haber llegado a la conclusión de que este conflicto solo puede resolverse mediante el test de ponderación significa que se han explorado otras alternativas que no implican la atenuación del ejercicio de derechos fundamentales y que no han resultado satisfactorias para resolver la problemática.

Sin embargo, y pese a que nuestra hipótesis inicial era que estos casos (por su complejidad) requieren el test de la ponderación para asegurar el ejercicio de la libertad sindical, repeliendo las vulneraciones causadas por la escisión societaria y sus efectos en las relaciones laborales. Debemos admitir que creemos necesario desestimar dicha

hipótesis; ya que, luego de analizar esta problemática a fondo, creemos haber encontrado el mecanismo a través del cual se aseguraría el ejercicio de la libertad sindical en supuestos de escisión, sin la necesidad de atenuar alguno de los derechos fundamentales en cuestión.

### **5.3. Una propuesta de solución para asegurar la libertad sindical**

Antes de iniciar con la propuesta de solución, es importante que podamos reconocer e identificar claramente que en los casos revisados existe una real afectación de la libertad sindical. Sin embargo, dicha afectación suele ser negada bajo el argumento falaz de que si la escisión societaria se ha realizado de manera legítima y válida (sin fraude a la ley), los efectos que esta produzcan son igual de válidos; sin importar que se encuentren restringiendo la libertad sindical. Y sin tomar en cuenta que esta conducta consistente en el ejercicio legítimo de un derecho que termina por lesionar la esfera jurídica de un tercero, sin ánimos de reparar el daño, cae expresamente en la figura de abuso de derecho. Conducta que no es admitida por nuestro ordenamiento jurídico.

En síntesis, de lo expuesto, y extrapolando ello a la problemática general, podemos concluir que no resulta necesario, ni razonable atenuar el ejercicio de la libertad de empresa materializada puntualmente en la escisión societaria. Y, consecuentemente, resulta un completo sinsentido la prohibición de este tipo de movimientos societarios. En tanto que, los efectos que colisionan o restringen la libertad sindical, son los efectos secundarios de una escisión. Es decir, al celebrarse una escisión societaria, tendremos que el efecto primario será la transferencia del bloque patrimonial (cambio de titularidad); y como efecto secundario vendrá el haz de hechos que inciden en la libertad sindical, como bien hemos desarrollado, por ejemplo, la restricción al acceso a la negociación colectiva, la pérdida de representatividad del sindicato, etc.

En ese sentido, las conductas que deben adecuarse para permitir un ejercicio pleno de la libertad sindical son aquellas que hemos denominado efectos secundarios. Con lo cual, es importante dejar por sentado que, desde nuestro análisis, la escisión societaria y su efecto primario (la transferencia del bloque patrimonial) pueden convivir armónicamente con el derecho a la libertad sindical; siempre que los efectos secundarios se adecuen para no constituir ninguna restricción para el ejercicio de la libertad sindical.

Y es que, sobre este último punto, habiendo identificado que no nos encontramos ante un caso complejo; ya que la libertad sindical deberá primar por sobre estos efectos secundarios en tanto ella cuenta con mayor jerarquía normativa. Será labor de la tutela jurisdiccional, reconducir las conductas de los empleadores en los casos en que (como en los casos estudiados) se evidencie una restricción a la libertad sindical. Ello en tanto se combate el abuso de derecho de permitir que estos efectos secundarios (que no gozan de protección constitucional) terminen vulnerando a la libertad sindical.

Muy por el contrario, y distinto escenario sería aquel en el que buscáramos anular los efectos primarios de la escisión y la prevalencia de la libertad sindical incólume, En dicho escenario sí sería necesario efectuar el test de proporcionalidad que permita encontrar la razonabilidad y justificación de dicha medida.

Finalmente, debido a que la adecuación de los efectos secundarios deberá realizarse respondiendo a la necesidad de cada caso en particular; no es posible elaborar una tabla o listado de la forma en que los empleadores deberán realizar estas adecuaciones.

Es por ello, como señalábamos párrafos arriba, que la labor de la jurisprudencia juega y jugará un papel trascendental ya que será ella la encargada de determinar la forma en que el empleador deberá adecuar su conducta.

Por otro lado, en lo que respecta a una propuesta legislativa, consideramos que dado que no es necesario prohibir los efectos laborales de la escisión societaria, y tampoco es posible elaborar una tabla o listado de conductas que el empleador deberá adecuar para asegurar la libertad sindical en un escenario post escisión: resulta inviable la proposición de una formula legislativa. Más aún cuando, la raíz del problema es que el análisis de la problemática viene realizándose de forma infra constitucional; es decir, la legislación (constitucional) que declara la supremacía de los derechos fundamentales como la libertad sindical existe, pero el problema radica en que además de la exegesis infraconstitucional de los empleadores y de los operadores de justicia, la poca claridad al identificar la problemática impide que los operadores de justicia noten que los efectos que buscan hacer prevalecer sobre la libertad sindical, son efectos secundarios sin protección constitucional.

## VI. CONCLUSIONES

**6.1.** Los efectos laborales producidos por las diferentes formas de reorganización empresarial, como la escisión societaria, no cuentan con un adecuado correlato legislativo (en materia laboral) que brinde mayor claridad sobre la forma en que continuarán las relaciones labores individuales y colectivas.

**6.2.** En ese contexto, de la experiencia más cercana se ha podido apreciar que la escisión societaria suele acarrear efectos secundarios que restringen el ejercicio de la libertad sindical (como en los casos revisados); principalmente en el acceso a la negociación colectiva y en la pérdida de representatividad de las organizaciones sindicales.

Esto en los escenarios en que toda la organización sindical o un número considerable de afiliados es transferido (como parte del bloque patrimonial) desde la empresa escidente (empleador original) hacia la empresa escindida (nuevo empleador).

**6.3.** Sin embargo, en el ámbito de las relaciones laborales colectivas (específicamente, me refiero a lo concerniente al derecho a la libertad sindical), el problema no radica en una ausencia de legislación que regule el supuesto particular. Si no, en la óptica infraconstitucional con la que se aborda el tema. Es decir, solo verificando la aplicación de la LGS y la LRCT; sin analizar el contenido protegido de la libertad sindical, a fin de tutelar posibles vulneraciones a esta.

**6.4.** Asimismo, se hace patente una inmensa confusión (a nivel judicial) entre las figuras de fraude a la ley y el abuso de derecho. Lo cual sumado al análisis deficiente e infraconstitucional realizado por las distintas sedes judiciales, llevan a que los operadores de justicia concluyan que si una escisión no es fraudulenta, todos sus efectos (aún cuando vulneren la libertad sindical) serán válidos. Sin tomar en cuenta, que aún cuando la escisión valida; esto no implica que no se pueda caer en el supuesto de abuso de derecho o incluso en uno de colisión directa de derechos fundamentales, el cual requerirá ser resuelto a través del test de ponderación.

**6.5.** Finalmente, se evidencia que la problemática estudiada no implica la complejidad necesaria para ser abordada por el test de ponderación. De un lado, porque la

libertad de empresa (materializada en la escisión societaria) no requerirá ser atenuada o suprimida para permitir el normal ejercicio de la libertad sindical. En tanto que las conductas que deberá implementar o adecuar el empleador no se encuentran vinculadas a los efectos primarios de la escisión (la transferencia del bloque patrimonial); sino a efectos secundarios que no se encuentran dentro del perímetro tutelado por este derecho fundamental.

En ese sentido, por un tema de supremacía normativa, la conducta del empleador debería adecuarse de modo tal que no restrinja la libertad sindical o que permita que esta continúe desarrollándose en la misma amplitud de la que gozaba antes de la escisión (en los aspectos en que sea posible).

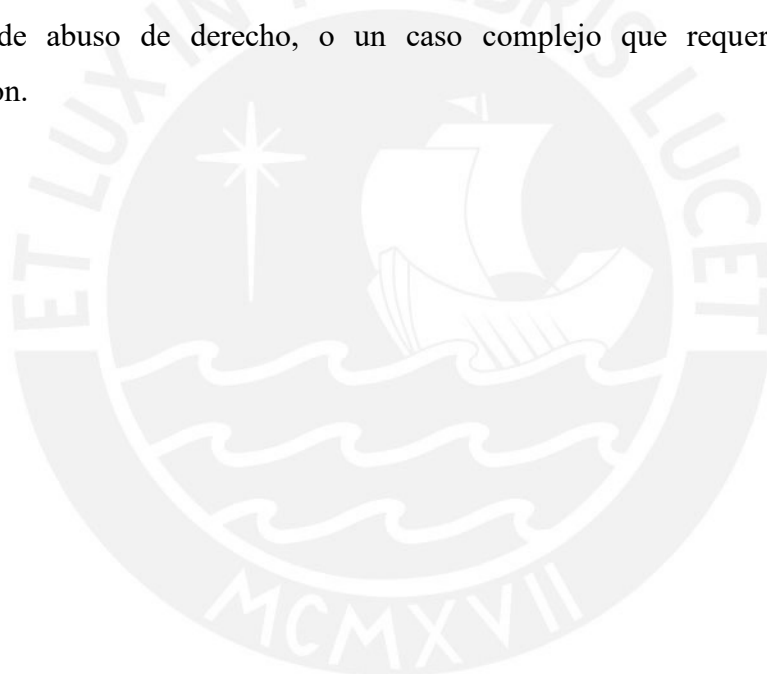


## **VII. RECOMENDACIONES**

**7.1.** Tanto a las organizaciones sindicales como a los operadores de justicia se les recomienda abordar esta problemática desde una óptica de los derechos fundamentales. Para lo cual tendrán que dejar de lado solo la exegesis infra constitucional de la LGS.

Es decir, analizar o verificar la existencia de un fraude a la ley de manera paralela e independiente de la verificación sobre si ha existido vulneración de la libertad sindical.

**7.2.** A los operadores de justicia, se les recomienda utilizar el modelo de análisis en tres niveles propuesto en el presente trabajo. Lo cual, les permitirá analizar, de forma metódica, cada caso y determinar si se encuentran ante un supuesto de fraude a la ley, uno de abuso de derecho, o un caso complejo que requerirá el test de ponderación.



## VIII. Referencias Bibliográficas

1. Ramirez Zegarra, J., y Velarde Koechlin, L. (2011). La escisión: sus aspectos societarios y tributarios. *Advocatus*, 25. 349-359.
2. Vera Perez, A. (2016). Implicancias del traspaso de trabajadores en casos de reorganización societaria. *Revista Sociedades*, 26. 121-127
3. Sentencia de la Cuarta Sala Laboral de Lima de fecha 10 de octubre de 2017, recaída en el Exp. No. 6871-2013-0-1801-JR-03.
4. Fernández Sessarego, C. (1992). Abuso del derecho. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.
5. Carrasco Mendoza, H. El contenido y límites de la libertad sindical de empresa y su articulación con el derecho de libertad sindical Rescatado de: [http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin\\_55/doc\\_boletin\\_55\\_1.pdf](http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_55/doc_boletin_55_1.pdf)
6. Medina Valenzuela, I. (2016). Efectos de la transmisión de empresa en la relación laboral. Más allá de la aplicación del principio de continuidad. *Derecho y Sociedad*, 46. 129-138.
7. Villavicencio Ríos, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Lima, Perú. Editor PLADES.

Sentencia del Tribunal Constitucional colombiano, No. SU-157/99

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. No. 00003-2006-AI/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. No. 008-2205-PI