

El Carácter Persecutorio del Crédito Laboral*

Luces y sombras de un principio

Henry Carhuatocto Sandoval

Colaborador de la Revista de la Unidad
de Post Grado de Derecho en la UNMSM

SUMARIO: Introducción	629
1.- Protección del Crédito	630
2.- El Carácter Persecutorio del Crédito Laboral	632
3.- Naturaleza Jurídica	635
4.- Formas de ejercitarlo	635
4.1.- Cuando el empleador es declarado en insolvencia	635
4.2.- En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones laborales	637
4.3.- Formas de incumplir obligaciones laborales: Simulación y Fraude a la ley	638
5.- Transferencia de activos fijos o aportación de estos para la constitución de nuevas empresas (fusión, escisión, trasvasamiento y fideicomiso)	643
6.- Presupuesto para ejercer el Carácter Persecutorio del Crédito Laboral	651
7.- Defensa del adquirente del activo fijo	652
8.- Plazo	653
9.- Conclusiones	654

Introducción

En el Derecho Laboral en el Perú, existen un tema muy tímidamente tratado por la doctrina nacional, pero que sin duda revisten una importancia y complejidad nos referimos al carácter persecutorio del crédito laboral. Así pues,

* Extracto de tesis, para optar el título de abogado, Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica.

pretendemos descubrir las luces y sombras de esta figura, y con ello despertar el interés de otros investigadores para que inicien la difusión y perfeccionamiento, de una institución que correctamente aplicada conducirá a una efectiva tutela jurisdiccional en los conflictos laborales.

1.- Protección del Crédito Laboral

La protección de los créditos laborales es acaso una de las instituciones más características del Derecho Laboral, las razones por las cuales esto es así, las podemos sintetizar de la siguiente manera:

- a) **La naturaleza alimentaria y previsional, que tiene el crédito laboral**, para el trabajador y su familia. Dicha característica es descrita con total claridad en el artículo 24 de la Constitución Política del Perú, que señala que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, **que procure, para el y su familia, el bienestar material y espiritual**¹. (Cfr. Art. 1 del Decreto Legislativo 650², que define a la indemnización por tiempo de servicio, como un beneficio social previsional y de promoción del trabajador y su familia)
- b) La situación de desigualdad que existe entre el que tiene los medios de producción (el capital) y el que brinda su trabajo. Dicha asimetría de poder es compensada con una legislación protectora para el más débil, en este caso el trabajador.
- c) El trabajador no puede dispersar o diversificar sus riesgos financieros, de la misma forma como lo hacen el resto de los acreedores del empleador, pues su trabajo en la mayoría de casos es exclusivo para un solo empleador.
- d) La posición desventajosa del trabajador frente al resto de acreedores, pues en estricto no puede garantizar su crédito de la misma forma, como lo haría una entidad financiera u otro agente económico (proveedores, clientes, locadores, etc.).

No obstante, las consideraciones anotadas existen un sector minoritario de la doctrina nacional, que critica duramente lo que denominan **“Sobreprotección legal de los créditos laborales”**, basados en considera-

¹ Cfr. Francisco Gómez Valdez; Relaciones Individuales de Trabajo, Editorial San Marcos, 1era Ed., Lima-Perú, 1996, pág. 379

² Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, publicada el 27.02.97

ciones de Análisis Económico del Derecho y a la naturaleza y fines de las garantías reales, injustamente, sostienen, relegadas a un tercer orden de preferencia para efectos del pago de su crédito en el caso de insolvencia del empleador. Para dicha posición, estos créditos, les debería corresponder el primer orden de preferencia, en aras de la seguridad jurídica y la eficiencia de la economía, no importando si para ello se sacrifica a la clase trabajadora³. A quién beneficiaría un privilegio de este tipo, sin duda a las entidades financieras que con garantías reales y personales que aplastarían inmisericordes las expectativas de los trabajadores para el cobro de sus créditos. Nosotros discrepamos abiertamente con esta propuesta, pensamos que si bien una economía financieramente más vigorosa y sana, es importante para el desarrollo del país, más importante aun, es proteger al gran ejercito de hombres que día a día aportan su fuerza y dedicación para hacer crecer los negocios de sus empleadores, en beneficio no sólo de éstos sino de la propia sociedad que indirectamente se verá beneficiada de más productos y servicios, nuevos puestos de trabajo además del cobro de mayores tributos que deberán incrementar el bienestar general.

Enfatizaremos dos ideas:

- a) El crédito del trabajador es eminentemente alimentario para el sustento propio y de su familia, mientras que de los otros acreedores en la mayoría de casos -sobre todo las entidades financieras- son basados exclusivamente en el lucro, y la rentabilidad de un interés, para el incremento de su patrimonio. Es cierto ambos tiene el mismo derecho de cobrar, pero en atención al principio de equidad y la justicia social, se prefiere a quien esta menos preparado para afrontar la insolvencia de su deudor.
- b) Les recordamos, a los defensores de esta postura que el fin último del estado y la sociedad no es la economía per se, sino la persona humana como reza el artículo 1 del máximo código de la nación.

DECRETO LEGISLATIVO N° 856 ⁴

El trabajo es un derecho, que es la base del bienestar social y medio de realización de la persona, pues gracias a este se procura el bienestar material y

³ Cfr. El Superprivilegio del Crédito Laboral vs. El Sistema de Garantías Reales, Huascar Escurra Rivero, en Themis N° 33, pp. 159-163.

⁴ Precisan Alcances y Prioridades de los Créditos Laborales, de fecha 25.09.96.

espiritual, del trabajador y su familia⁵. Las consecuencias derivadas de este derecho subjetivo son el derecho a recibir una remuneración equitativa, y la consagración de la prioridad del crédito laboral frente a cualquier otra obligación del empleador. La legislación relativa a este último, hasta no hace mucho estaba dispersa y disociada; es con la finalidad de diseñar una legislación ordenada, coherente y sin antinomias, es que se proyectó para tal efecto, la creación de una norma que agrupara el racimo de consecuencias que implicaba la aplicación de este principio laboral. Así nació el Decreto Legislativo N° 856.

2.- El Carácter persecutorio del Crédito Laboral

El fundamento de este privilegio, lo hallamos indudablemente, en dos principios laborales:

- a) **En forma mediata, en el carácter irrenunciable de los derechos laborales**, esto es la imposibilidad que tiene el trabajador de renunciar a sus beneficios sociales, donde sé allá inserto el crédito laboral, compuesto por las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones, los aportes al Seguro Nacional de Pensiones, Sistema de Pensiones Privadas, y en general los beneficios establecidos por ley para los trabajadores⁶.
- b) **En forma directa, al carácter preferente o prioritario del crédito laboral** dado su naturaleza alimentaria, como bien, lo deduce Arévalo⁷. El momento en que se ejerce este derecho es cuando el empleador ha ingresado a un procedimiento de insolvencia, y la Junta de Acreedores, se ha decidido su disolución y liquidación, es en esta ultima etapa donde emerge "reluciente" el dicho principio, en estricta aplicación del Art. 24 de la Constitución y el Art. 24 inc.1 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI⁸. Es interesante conocer cuales son los caminos que conducirán al empleador, a un procedimiento de este tipo:

- a) A petición del mismo (Art. 5 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI).
- b) A pedido de un acreedor (Art. 4 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI).

⁵ Art. 22 y 24 de la Constitución Política del Perú.

⁶ Obs. Art. 1 del Decreto Legislativo N° 856.

⁷ Cfr. Javier Arévalo Vela, Comentarios a la Legislación Laboral, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima- Perú, 1997, pág. 192.

⁸ Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, publicada el 01.11.99.

- c) En atención al Art. 703 del Código Procesal Civil; Que es el supuesto en que a falta de nombramiento de bien libre de gravámenes por el deudor a favor de su acreedor, puede conducirlo a un procedimiento de insolvencia sin necesidad de tener un crédito impago superior a 50 UIT, como se exige en el caso anterior⁹.

El liquidador designado por la Junta de Acreedores, es responsable por el incumplimiento de la preferencia o prioridad del crédito laboral, que tendrá tres tipos de responsabilidades:

- **Administrativa**, frente a INDECOPI (Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI).
- **Civil**; ante los acreedores laborales perjudicados, frente a los cuales nacerá una responsabilidad civil contractual;
- **Penal**; por delito contra el sistema crediticio (Art.209 inc. 3 del Código Penal)

Entrando a las razones prácticas y de fondo, por las que se estableció este privilegio, podemos anotar; que de nada, hubiera servido que el ordenamiento jurídico proteja al trabajador, impidiéndole que éste disponga de sus beneficios sociales derivados de su trabajo, en atención a la previsible presión que el empleador hubiera ejercido sobre éste. Si no le otorgaba una forma eficaz de hacer efectiva dicha acreencia. El privilegio de cobrar primero antes que el resto de acreedores, no es suficiente para materializar las consecuencias de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, por dos razones:

- a) Primero; por que éste, sólo se puede ejercer, cuando el empleador ha ingresado a un procedimiento de insolvencia y posterior liquidación, así los problemas que se presentan son:
- El trabajador será un acreedor mas, mientras no se halle incurso en procedimiento de liquidación su empleador¹⁰.
 - El trabajador al no detentar ninguna garantía, tendrá dificultad para hacer efectivo su crédito, pues el empleador puede tener gravados sus bienes, o la mas de las veces, haber realizado transferencias ficticias o

⁹ Torres Carrasco, Manuel. La declaración de insolvencia en virtud del Art. 703 del CPC en: Gaceta Jurídica. Tomo 68-B. Lima. 1999, pág. 84-88

¹⁰ Cfr. Torres Carrasco, Manuel. Reconocimiento de los Créditos Laborales. En: Gaceta Jurídica. Tomo 68-B. Lima. 1999, pág. 74-78

- simuladas a terceros para constituir una nueva empresa o simplemente para proteger ilícitamente sus bienes.
- b) Llevar a una empresa a un procedimiento de insolvencia es sumamente costoso e incluso suicida, para trabajadores con bajos recursos, y nunca se sabe si no se le está dando una "manito" al empleador, que solo estaba esperando, que alguien le haga el "favor" de tenderle la alfombra para ingresar a dicho mecanismo.

Así pues son pírricos la irrenunciabilidad de los derechos laborales y la preferencia o prioridad del crédito laboral, sino se tiene una garantía, que posibilite su concreta realización.

Fue en razón de ello, que nace el carácter persecutorio del crédito laboral, principio debido al cual se puede perseguir los bienes del empleador, estén en poder de quien estén y aun a pesar que hayan sido transferidos varias veces. Lo destacable de esta institución es que no sumerge al trabajador en un largo proceso civil de simulación, o uno por acción pauliana, sino que diseña una vía exclusiva para que el acreedor laboral, en donde se se prescinde del plazo supercorto de las instituciones civiles antes mencionadas. Quebrando incluso conceptos paradigmáticos en el Derecho Procesal Civil, cuando permite que en un proceso de ejecución de sentencia, se tramite un asunto eminentemente cognitivo, como es el ejercicio del derecho de defensa del tercero que no estuvo presente en el proceso que se le gana al transferente del bien, esto es el empleador¹¹.

SIGNIFICADO DEL CARÁCTER PERSECUTORIO DEL CRÉDITO LABORAL

El carácter persecutorio, es un atributo propio de los derechos reales, por lo que recurriremos a la definición de uno de los más connotados civilistas vigentes en la actualidad, Díez Picazo, quien la conceptúa como la facultad que atribuye a su titular la posibilidad legalmente protegida de perseguir o ir a buscar la cosa donde quiera que este y quienquiera que sea la persona que la detente¹². Es seguramente, por ello que jurisprudencialmente sea denominado a esta institución como **El Principio de la Despersonalización o Impersonalización**¹³.

¹¹ Cfr. La Primera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 856.

¹² Díez-Picazo, Luis-Gullón, Antonio; *Sistemas de Derecho Civil*, Vol. III, Tecnos, 4ta Ed. 1995, pág. 60.

¹³ Ejecutoria del tribunal del trabajo de la Libertad, Exp. N° 009-89-Q, Expedida el 31.07.89.

En síntesis, conceptuamos a esta institución como el derecho subjetivo, mediante el cual el acreedor laboral está facultado para perseguir los bienes de su empleador, esté en poder de quien estén y donde quiera que se encuentren, con el objetivo de satisfacer su crédito. Un punto aparte merecen los temas de la buena fe y la forma en que se ejercita este derecho, temas en los que hay que hilar muy fino.

Los supuestos para ejercitar este derecho están contenidos en el artículo 3 del dispositivo bajo comentario, que más adelante desarrollaremos.

3.- Naturaleza Jurídica

Es evidente que nos encontramos frente a una especie de derecho real de garantía, establecido por ley, que según el caso, se materializaran en una modalidad de prenda o hipoteca legal, sin necesidad de observar los requisitos de forma y publicidad, exigidos normalmente para estas garantías. Y esto justamente es lo delicado, la ausencia de publicidad impide a los acreedores comunes, observar cual es el patrimonio gravado por créditos laborales, máxime en tiempos donde los empresarios suelen tener relaciones laborales ocultas, cuando no, empleados reconocidos como tales, pero impagos. No obstante, ello la ley a preferido sacrificar la seguridad jurídica, en aras de los intereses de la clase trabajadora, que solo así puede acceder a una verdadera tutela jurisdiccional efectiva, en otras palabras, a la justicia. Así lo establece, el Art. 2 del D. Leg. N° 856, que prescribe que los bienes de la empresa o el empleador, se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados.

4.- Formas de Ejercitarlo

Son dos las situaciones en que opera este principio, a continuación analizaremos cada uno de los supuestos:

4.1.- Cuando el empleador ha sido declarado en insolvencia, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa.

Este es un supuesto, que en la práctica debería ser constatado por la Comisión de reestructuración Patrimonial de INDECOPI, pues este es el ente que supervisa el procedimiento de liquidación de la mayoría de empresas. Al respecto, debemos señalar que esta institución en materia laboral, ha venido reconociendo créditos laborales aplicando el Principio de Primacía

de la Realidad, e incluso ha consagrado cuestionables cesiones de créditos laborales, a bancos y otros acreedores, por un valor ínfimo; en el primero de los casos, la mayoría de veces en forma acertada, y en el segundo caso, violentando el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Con unas de cal y otras de arena, INDECOPI se atribuye facultades que en estricto corresponden a los Tribunales Judiciales, teniendo como licencia al Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, que justifica dicha situación en función a la eficacia y celeridad de dicho procedimiento. No obstante, lo anterior, este organismo se halla impedido de aplicar el carácter persecutorio del crédito laboral, pues Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, señala con claridad que para los casos de transferencias fraudulentas o simuladas¹⁴ el encargado de interponer la demanda de nulidad es el liquidador¹⁵, y nosotros añadiríamos, que en defecto de este, al representante de los trabajadores, con cargo a rendir cuenta a la Junta de Acreedores y al propio INDECOPI. La solución para el caso de la aplicación del carácter persecutorio del crédito laboral será similar, al amparo de una interpretación analógica.

Diferencias entre la Acción de nulidad y el principio de impersonalización

Se diferencian fundamentalmente, en que su contenido, pues el principio de impersonalización, lo que busca es verificar si los presupuestos para hacer efectiva un gravamen laboral, están presentes, para efectos de su persecución y ejecución. En cambio la acción de nulidad tiene por objeto determinar la invalidez de un acto jurídico, y declarar su nulidad, para luego de logrado ello, hacer ingresar dicho bien a la masa concursal. El principio de impersonalización no cuestiona la validez del acto en forma frontal, se salta esa etapa, lo que le interesa es saber si aun esta vivo el gravamen laboral que afecta los bienes del empleador.

Finalmente, podemos enfatizar que para poner en marcha el mecanismo del carácter persecutorio del crédito laboral, los legitimados para interponer la demanda serian los mismos que para la acción de nulidad, sin

¹⁴ Obs. Art. 19 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI. Cfr. Muro Rojo, Manuel. Nulidad e Ineficacia de los actos anteriores del Insolvente. En: Gaceta Jurídica. Tomo 68-B. Lima. 1999, pág. 79-83

¹⁵ Art. 20 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI

olvidar que en el primer caso el juez competente será el del fuero civil, mientras que en el segundo será el juez laboral. Es evidente, que a primera vista la utilidad del principio bajo comentario puede ser nula, pues la acción de nulidad podría suplirlo, sin embargo se revaloriza si la transferencia efectuada por el insolvente no se haya en ninguno de los siete supuestos expuestos en el Art. 19 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI.

4.2.- En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones laborales

Obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir cuando se compruebe que injustificadamente se disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, cuando abandona el centro de trabajo.

Este es el supuesto, de mayor relieve y trascendencia, que se contempla en el Decreto Legislativo N° 856, fundamentalmente por que recoge los supuestos previstos en la legislación que lo precedió, y en alguna manera la perfecciona. Preliminarmente, podemos anotar, que en la legislación peruana, es uno de los pocos casos, en donde aparece en forma expresa la figura del fraude a la ley; de otro lado es destacable el tratamiento que se le da al trasvasamiento, y no menos meritoria, es la forma como se diseña un camino, distinto al de la doctrina del levantamiento del velo, para evitar que mediante la utilización fraudulenta de la subjetividad o la responsabilidad limitada de la persona jurídica-empresa, se defraude a una clase de acreedores (los trabajadores).

EN LOS CASOS DE EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES E INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CON LOS TRABAJADORES POR SIMULACIÓN O FRAUDE A LA LEY

A.- EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Se entiende por tal, al cese o termino de la relación laboral, lo que originara el surgimiento de derechos favor del trabajador, entre las más importantes figuran:

- a) La indemnización por tiempo de servicios, que se constituye como el beneficio social de previsión frente a las contingencias que origina el

- cese en el trabajo. (Obs. Decreto Legislativo 650 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 004-97-TR).
- b) La indemnización por despido arbitrario. (Obs. Decreto Legislativo N° 728, Artículo)
 - c) Reposición o indemnización en los casos de despidos nulos. (Art. 34, 38 y 42 Decreto Legislativo N° 728).
 - d) Pago de remuneraciones no percibidas y depósitos por CTS, en los casos de despidos nulos con reposición. (Art. 40 Decreto Legislativo N° 728)
 - e) Asignación provisional, en los de demandas por despidos nulos (Art. 41 Decreto Legislativo N° 728)
 - f) Indemnización por accidentes de trabajo.
 - g) Pago de cualquier otro derecho o beneficio pendiente.

B.- INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES

El incumplimiento de una obligación laboral, implica una conducta antijurídica de parte del empleador, que impide u obstaculiza la materialización de los derechos laborales. En otras palabras, es la inejecución de las prestaciones que el empleador, por ser tal debe brindar. Vistas así las cosas, todo incumplimiento de una obligación laboral de parte del empleador, significara un accionar contrario a derecho, una modificación al normal curso de una relación laboral y una trasgresión a los derechos laborales¹⁶.

4.3.- Formas de incumplir las obligaciones laborales

El empleador puede intentar evadir sus obligaciones laborales a través de la simulación o el fraude de la ley, es por ello que la norma bajo comentario, clausura el sendero a lo antijurídico, contemplando estos dos supuestos y sancionándolos, con el principio materia de análisis. A continuación, realizaremos un breve recorrido por el contenido de estas dos instituciones, con el objetivo de comprender a cabalidad su aplicación al campo laboral.

A.- SIMULACIÓN

Los negocios simulados tienen un gran parentesco con los negocios donde la declaración de la voluntad se divorcia de la intención, pues se

¹⁶ Cfr. Ernesto C. Wayar, *Derecho Civil-Obligaciones*, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1990, pág. 496.

sustituye la causa típica del negocio, por otra no contemplada por el legislador, con la intención de lograr un fin distinto al previsto por este.. En palabras de Carbonnier: "el negocio simulado es una especie de mentira que conviene a los contratantes"¹⁷.

Siguiendo al maestro, Ferrara, señalaremos que la simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe (simulación absoluta) o es distinto al que realmente se llevo a cabo (simulación relativa), en igual sentido se pronuncia Albaladejo y Mosset. Ello implica la existencia de dos acuerdos: uno aparente, relativo al negocio simulado, y otro real y efectivo: el convenio simulatorio, cuya finalidad es dejar sin efecto al primero. Lo que origina un negocio complejo, en que se aprecia una doble relación: una interna (entre contratantes, en los actos jurídicos bilaterales; y entre declarante-destinatario, en los actos jurídicos unilaterales); y otra externa (respecto a los terceros)¹⁸. De lo expuesto, podemos inferir que son tres los elementos que integran la simulación¹⁹:

- a) El acuerdo simulatorio, cuya objetivo es producir un acto simulado. A este elemento, suele denominarse contradecларación o declaración secreta.
- b) El propósito de hacer incurrir en error o engañar a terceros.
- c) La discordia consciente entre lo declarado y lo querido.

La simulación y el incumplimiento de obligaciones

Esta es una de las instituciones, a la que más recurren los empleadores para evadir, obstruir o impedir la aplicación de los derechos laborales.

¹⁷ Cfr. Ruben H. Compagnucci De Caso, *El Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1992, pp. 311.

¹⁸ Cfr. Ferrara, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid-España, 1926, pp.56; Cfr. Albaladejo, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Librería Bosch, Barcelona-España, 1993, pp. 172; Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*, T.I, Ediar, Buenos Aires- Argentina, 1974, pp. 15/6.

¹⁹ Cfr. Ruben H. Compagnucci De Caso, *El Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1992, pp.314/5; Cfr. Lohman Luca de Tena, Juan Guillermo; *El Negocio Jurídico*, Editorial Grijley, 2da Ed., Lima-Perú, pp. 364-368; Cfr. Vidal Ramírez, Fernando, *El Acto Jurídico...*, Cultural Cuzco Editores, 2da Ed., Lima-Perú, 1990, pp.280/3 ; Coronel Jones, Cesar; *La Simulación de los Actos Jurídicos*, Editorial Nomos, Bogota-Colombia, pp. 23/5.

La norma bajo comentario, se refiere a la utilización de la simulación en los casos de extinción e incumplimiento de las obligaciones laborales, por lo que nuestros ejemplos se referirán a este supuesto.

Casos de Simulación Absoluta

- a) Cuando el empleador, realiza ventas ficticias a parientes, amigos o empresas vinculadas económicamente, con el objetivo de proteger su patrimonio de las futuras ejecuciones forzadas de parte de sus ex trabajadores.
- b) Cuando se simulan contratos de mutuo, suministro, escisión, emisión de obligaciones, bonos, titulización de activos, la constitución de fideicomisos, fondos empresariales, etc. Con la finalidad de evitar que los trabajadores hagan efectivo su crédito laboral.

Casos de Simulación Relativa

- a) Simular contratos de locación de servicios desde el inicio de la relación laboral, con la intención de que al término de ésta, el trabajador no pueda reclamar sus beneficios sociales.
- b) Obliga a suscribir contratos de locación de servicios al termino de la relación laboral, para que se le dificulte reclamar sus beneficios sociales (crédito laboral).
- c) Coacciona a suscribir contratos de trabajo al termino de la relación laboral, con datos irreales (fechas de ingreso, de cese, monto de la remuneración, etc).
- d) Utilizar testaferros para la adquisición de bienes para la empresa, con el objetivo de que los acreedores laborales no alcancen estos bienes. La aplicación del principio de despersonalización, en este supuesto, puede ser polémica, pero si se toma en cuenta que el verdadero propietario, en realidad es el empleador (este otorgo los fondos y utiliza el bien), sería admisible.

Cabe anotar, que la aplicación del principio de la despersonalización del crédito laboral busca el cobro efectivo de la acreencia del trabajador, mientras que el principio de primacía de la realidad, tiene por objetivo desgarrar la mascara que se ha colocado delante de la relación laboral. El primero, incide en la ejecución del derecho laboral; el segundo en el reconocimiento de este. Aunque debemos anotar, que ambos parten, de una misma fuente: buscar la verdad de las cosas. Por ello, no debe extrañar, como el principio bajo comentario, halle su centro de operaciones en la simulación y el fraude a la ley.

B.- FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley se configura cuando se intenta amparar un resultado contrario a una ley, apelando a otra, de marco general, bajo la cual se realiza un negocio indirecto, con el cual se logra burlar la finalidad de la norma imperativa, desnaturalizando en el proceso la función de la norma general (norma de cobertura). Esta conducta es evidentemente ilícita, frente a lo cual el derecho reacciona declarando nulo dicho acto y aplicando la norma que se intenta eludir, aunque no quedan excluidas ciertas consecuencias anulatorias²⁰.

En el contenido de esta institución, se halla impregnada la idea de considerar al ordenamiento jurídico como un todo; por ello se repugna la sumisión a una norma mediante la cual se va obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento²¹. Permitir estos actos, sería un contrasentido pues no se puede concebir que el derecho prohíba un fin y a la vez lo permite²². Es en este tipo fenómenos, donde la interpretación finalista adquiere relieve, para interpretar la norma vulnerada, no siendo un requisito para su aplicación la intención torcida de los contratantes, pues lo que se resguarda es el cumplimiento de las leyes y solo en forma indirecta o refleja, se reprime la intención maliciosa, si existió²³.

C.-LA APLICACIÓN DE LA SIMULACIÓN Y FRAUDE A LA LEY EN EL CAMPO LABORAL ES DISTINTA A LA CIVIL

Es oportuno resaltar, que aunque técnicamente tanto la simulación como el fraude a la ley tienen el mismo contenido en cualquier rama del derecho, sus efectos no siempre serán los mismos. Así lo que se persigue en

²⁰ Cfr. Sconamiglio Renato; Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983. pp. 175/6; Cfr. De Castro y Bravo; El Negocio Jurídico, Editorial Civitas, Madrid-España, 1997. pp. 169-371; Cfr. De la Vega Benayas, Carlos; Teoría aplicación y eficacia de las normas..., Madrid-España. pp. 220/1; Cfr. Rossembuj Tulio; Fraude de ley y abuso de las formas en el derecho tributario, Marcial Pons, Madrid España, 1994, pág. 13.

²¹ Cfr. Fraude de la ley y economía de opción, Miguel Arias Cañete, en: Estudios de Derecho tributario, I.E.F., Vol. I, Madrid-España. 1979, pág. 505

²² Albaladejo, Manuel. El Negocio Jurídico. Bosch, Barcelona-España, 2da. Ed, 1993, pág. 221

²³ Cfr. Díez Picazo, L. y Gullón, A.; Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Tecnos, Madrid-España, 1995. pp. 697; Cfr. De la Vega Benayas, Carlos; Teoría aplicación y eficacia de las normas..., Madrid-España. pp. 220

el campo laboral con la aplicación de este concepto al carácter persecutorio, no es la nulidad o anulabilidad de una transferencia, **sino la ejecución de un gravamen que se activa cuando se configura la simulación o fraude a la ley en perjuicio de los acreedores laborales**. Así, no se discute si es nula o no la transferencia; sino si el gravamen laboral²⁴, que afectan los bienes de la empresa, es aplicable al caso en concreto. En cambio, en el campo civil vía acción de nulidad o a anulabilidad por simulación; o la propia acción pauliana, lo que se persigue es hacer ineficaz una transferencia; y luego de ello recién poder iniciar un proceso de ejecución para satisfacer un crédito con ese bien; o en todo caso proteger algún otro derecho. Como se observa, los efectos son diametralmente distintos. Ello es así, por que el trabajador es un acreedor privilegiado, al cual el ordenamiento le ha concedido mecanismos, más eficaces, para hacer efectivo su crédito.

D.-EL FRAUDE A LA LEY Y LA SIMULACIÓN EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 856

Es pertinente señalar, que líneas arriba, enumeramos algunos supuestos de simulación en el derecho laboral, que nos parecen deberían hallarse comprendidos en ámbito del Decreto Legislativo N° 856. Sin embargo, una interpretación más restrictiva, puede llevarnos a concluir, que esta norma, enumera taxativamente cuando se encuentra la presencia de acciones en vueltas en la simulación o en fraude a la ley:

- a) Cuando “injustificadamente” se disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo. En este supuesto, el empleador sin motivo hace lenta e ineficiente la producción, hasta paralizar la empresa y lograr su cierre con el fin de incumplir sus obligaciones laborales. Para ello es seguro que el empleador, al estar proscrita el Lock- Out, va realizar acciones, para simular, una causa objetiva para la terminación de trabajo (por ejemplo, la referida, a motivos económicos, tecnológicos o estructurales); disminuir la actividad empresarial mediante un trasvasamiento a una empresa vinculada o amiga; o sencillamente buscar provocar su insolvencia. En estos casos, se puede aplicar el concepto de simulación, pues es a través de negocios simulados (ventas, mutuos, etc) se consigue originar el cierre de la empresa; o el concepto de Fraude a la ley, ya que es mediante normas de carácter general (en

²⁴ Principio de despersonalización o Impersonalización.

- especial, las civiles y societarias); que se intenta eludir normas especiales (las laborales).
- b) Cuando se transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, en este supuesto cabe aplicar también, según sea el caso, la simulación o el fraude a la ley, pues es evidente que pueden ser transferencias ficticias o fraudulentas.
 - c) Cuando se abandona el centro de trabajo, este es un supuesto en estricto de Lock-Out y, no de simulación o fraude a la ley. Es por ello, que en estos casos suele optarse por el procedimiento especial, regulado para este tipo de contingencias, establecido en el D.L. 26135. Sin que esto, signifique una renuncia del trabajador a la facultad materia de análisis²⁵.
 - d) A nuestro; entender la enumeración de casos que hace la norma es de carácter ejemplificativo, y no bajo la formula *numerus clausus*. Ello en atención, al espíritu protector del Derecho del Trabajo, y a la Tutela jurisdiccional efectiva que tiene derecho el trabajador. Así las cosas; podemos inferir, que el principio de la despersonalización puede tener dos aristas: una expresa, referente a la transferencia de bienes de la empresa mediante simulación o fraude; y otra implícita, referente a la adquisición de bienes para la empresa, por medio de un testaferro (simulación por interposición de una persona).

5.- Transferencia de activos fijos o la aportación de estos para la constitución de nuevas empresas.

El tema se vincula, en forma indirecta, con lo que en la doctrina se denomina la hacienda, casa, establecimiento o fondo de comercio; que incluye los bienes destinados a la actividad empresarial, en consecuencia la garantía tacita de los acreedores laborales. Efectuada esta precisión, nos remitimos sumariamente a la primera norma en el Perú sobre el particular, ésta es la Ley 2259, en que se regulaba el traspaso de establecimientos comerciales o industriales, publicada en 1916, en ella se observa el germen de la regulación del tópico bajo comentario, cuando en su único considerando señala: "Es indispensable reglamentar el traspaso de los establecimientos industriales, a fin de garantizar los intereses de los acreedores (...)". Esta pionera norma establece, en su Artículo 1, que al adquirente responde solidariamente con el vendedor de todas las deudas contraídas antes del traspaso.

²⁵ Cfr. Rendón Vásquez, Jorge; *Derecho del Trabajo Colectivo*, Edial, Lima - Perú, 1994, pp.241/2

En forma directa, el antecedente más remoto del tema bajo comentario, lo hallamos en la Ley N° 4919 y su reglamento, que faculta a los acreedores laborales a perseguir los bienes de la empresa, ante los supuestos de venta, fusión, cambio o traspaso de negocios. Mas adelante, se expediría la ley 15485, en su Artículo 1, confirmaría el carácter persecutorio de los créditos laborales, al señalar que los bienes de toda empresa están afectos al pago de los sueldos, salarios e indemnizaciones pendientes, con preferencia frente a cualquier otro crédito. El Decreto Legislativo N° 856 vigente, es más amplio e incluye tácitamente estos supuestos, pues se refiere simplemente a la transferencia de activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, con el fin de incumplir con las obligaciones de los trabajadores.

A.- SUPUESTOS DE TRANSFERENCIA DE ACTIVOS FIJOS

Se entiende por transferencia a todo acto jurídico, sea a título gratuito u oneroso, que implique la transmisión de la propiedad²⁶.

Un activo es un recurso que se halla bajo el control de la empresa del cual se espera obtener beneficios económicos futuros.

En cuanto a los activos fijos, en términos generales, estos están constituidos por los bienes que la empresa posee para realizar su objeto social. Es preciso, poner sobre relieve, que en principio estos bienes no han sido adquiridos para su venta²⁷. Suelen también denominarse, activo no corriente o permanente²⁸, ello en alusión a su vocación de permanencia en la empresa, pues constituyen el soporte material para el desarrollo de su objeto social, por ejemplo en una empresa editora, uno de sus activos fijos serían sus imprentas. Los activos, por cierto, pueden ser intangibles, como serían los casos de las patentes, las marcas, las denominaciones, etc.²⁹.

²⁶ Cfr. Decreto Supremo N° 55 99 EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al consumo, publicado el 15.04.1999.

²⁷ Cfr. Jorge Días Mosto; Origen y aplicación de fondos y análisis financiero, Editorial de Libros Técnicos, Lima-Perú, pág. 23.

²⁸ Cfr. John N. Myer; Análisis de Estados Financieros, principios y técnicas; Editorial Mundi S.A., Buenos Aires-Argentina, 1965, pág. 198

²⁹ Cfr. John N. Myer; Análisis de Estados Financieros, principios y técnicas; Editorial Mundi S.A., Buenos Aires-Argentina, 1965, pág. 198.

En un sentido mas técnico, se entiende por activos fijos a los prescritos por la Norma Internacional de Contabilidad N° 16 (2000), los cuales son los siguientes:

Inmuebles, maquinarias y equipo que reúnan dos condiciones:

- a) Sean utilizados para la producción o suministro de bienes y servicios, para ser alquilados a terceros o para propósitos administrativos de la empresa; y
- b) Se espera usarlos durante mas de un periodo.

Y agrega que una partida de inmuebles, maquinarias y equipos³⁰ debe ser reconocida como activo cuando:

- a) Es probable que fluirán a la empresa beneficios económicos asociados al activo; y
- b) El costo del activo de la empresa puede ser determinado confiablemente (en forma mas o menos precisa), por ejemplo el precio de compra o venta.

Así los inmuebles, maquinarias y equipo constituyen la principal porción de activos totales de una empresa³¹. Incluso los principales repuestos y equipos de servicios reúnen dicha calidad, cuando la empresa espera usarlos durante uno o más periodos. Por ejemplo, el motor de un camión o la turbina de un avión, cuyas vidas útiles son independientes.

Habiendo delimitado, los conceptos previos, podemos afirmar que únicamente puede ser objeto de persecución aquellos bienes del empleador, que tenían la calidad de activos fijos. Así pues, otros bienes, como los activos intangibles contemplados en la Norma Internacional de Contabilidad N° 38, que es un activo no monetario, sin sustancia física y que se destina para la producción o suministro de bienes o servicios, se hallan fuera del ámbito

³⁰ Clases de inmuebles, maquinarias y equipos son los activos de una misma naturaleza y uso similares en las operaciones de la empresa. por ejemplo: a.) terrenos; b.) terrenos y edificios; c.) maquinaria; d.) barcos; Vehículos; e.) muebles y enseres; h.) equipo de oficina, etc.

³¹ Federación de Colegios de Contadores Públicos del Peru- Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASC); Normas Internacionales de Contabilidad 2000, Libro 3, Tomo II, Lima.2000, pág. XVI-8.

de la norma³². Por ejemplo marcas de fabrica, nombres de periódicos, las patentes, los programas de computación, franquicias, licencias, derechos de autor, cartera de clientes, etc.

Supuestos de transferencia de activos fijos a terceros o de aportación de estos para la constitución de nuevas empresas

La primera parte de este supuesto de la norma no ofrece dificultades, pues se entiende al tercero, como aquella persona que es ajena a la obligación de carácter laboral, pero que presta su colaboración para ocultar o proteger los bienes del empleador, mediante actos jurídicos que transmiten la propiedad como son, la compra venta, la donación, el suministro, el fideicomiso, el patrimonio familiar, el anticipo de legitima, etc. Estos actos, están afectados por la simulación o son casos de fraude a la ley, pues el objetivo de la transferencia de estos activos fijos es incumplir con las obligaciones laborales. Los terceros por lo regular suelen ser parientes cercanos del empleador (hijos, hermanos, primos, tíos, etc) o simplemente allegados a este, ya sea por relaciones de amistad o de subordinación (empleados que fungen de testaferros).

Es en la segunda parte de este supuesto, donde el tema se vuelve más complejo. Es en razón, a ello, que hemos decidido exponer los posibles casos en donde se podría aplicar la norma bajo comentario.

B.- APORTACIÓN DE ACTIVOS FIJOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE NUEVAS EMPRESAS

Por Concentración Empresarial; es una de las formas de reorganización de sociedades, que implica agrupar recursos de una o más empresas para conseguir mayores beneficios. Sucintamente, apuntaremos que existen dos formas de concentrar el capital de varias empresas:

En forma directa; mediante **la fusión** (sea por incorporación o por absorción);

³² Federación de Colegios de Contadores Públicos del Perú-Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASC); Normas Internacionales de Contabilidad 2000, Libro 2, Tomo I, Lima. 2000, pág. XXXVIII-3.

En forma indirecta; a través de la **escisión** (propia o impropia); que aunque jurídicamente se puede estar dispersando el patrimonio, y no concentrando, lo cierto, es que en muchos casos dicho patrimonio nunca se movió de la esfera jurídica de los socios de la empresa escindida, pues solo se dividió o transfirió el patrimonio de la empresa, con la finalidad de lograr unidades de producción mas eficientes, ya sea creando nuevas sociedades o transfiriendo activos a otras vinculadas económicamente con la escindida. En síntesis, detrás de una escisión no siempre hay dispersión de patrimonio, sino en la mayoría de casos vinculaciones económicas, que dan origen a los denominados grupos económicos, de empresas o sociedades, que no cabe duda, concentran capitales³³.

Una nota al margen, merecen las escisiones cuyo objetivo es abusar del privilegio de la responsabilidad limitada o de la subjetividad de la sociedad-persona jurídica, que en el campo laboral se resuelve a medias con el principio de solidaridad laboral.

1. **La fusión;** mediante esta los patrimonios de dos o más sociedades se unifican en un solo patrimonio; y dan nacimiento a una nueva subjetividad jurídica, extinguiéndose la que alguna vez tuvieron (fusión por incorporación) o subsiste la de una de ellas extinguiéndose la de la otra (s) (fusión por absorción³⁴). Ello sin duda implica, la trasferencia de activos fijos, sin embargo en estos casos no necesariamente debe recurrirse al carácter persecutorio del crédito laboral. Ello en atención, al Artículo 344 de la Ley General de Sociedades, que expresamente señala que en la fusión la transmisión del patrimonio es en bloque y a título universal, lo que implica el traspaso integral de activos y pasivos, y por ende del crédito laboral. Así pues, comenta Garrigues, citado por Elías Laroza, no habrá necesidad de hacer tantos contratos de cesión como créditos, ni endosar las letras y demás títulos, pues la transmi-

³³ Cfr. Alonso Morales Acosta; Concentración Empresarial: Fusión, escisión y otras formas de reorganización de sociedades; en Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Serie Derecho, Lima-Perú, pp.187-189; Cfr. Elías Laroza, Enrique; Ley General de Sociedades-comentada, fascículo 8vo, Normas Legales, 1998, pp. 739-743

³⁴ Obs. Art. 344 inc. 1 y 2 de la L.G.S.

sión en bloque de activos y pasivos es a título universal, y se produce mediante un solo acto: la fusión³⁵.

Entendidas así las cosas, el trabajador tendría dos alternativas:

- a) Ejercer su derecho de perseguir los bienes de su empleador.
- b) Exigir su crédito a la sociedad naciente de la fusión o la sociedad que absorbió a su empleador, quien debería asumir dicho pasivo, pues ello es una consecuencia de la fusión. Nosotros nos inclinamos por esta alternativa, por ser la más utilizada y donde menos riesgos se corre. Sin embargo, creemos que nada impide que la demanda pueda estar compuesta por pretensiones alternativas.

Un caso de especial cuidado, es la fusión que se produce entre una empresa solvente y una deficitaria, en este supuesto el acreedor laboral de la empresa solvente tiene dos derechos: a) El de oposición a la fusión, cuyo plazo para ejercerlo es extremadamente corto³⁶. Y vencido este, aun le resta b) Ejercer el carácter persecutorio de su crédito laboral, que en un supuesto como este adquiere particular relieve.

2. **La escisión;** implica la división o fraccionamiento del patrimonio de una sociedad, transfiriéndolo para la constitución de nuevas sociedades, extinguiéndose la escindida (escisión pura o propia); o sin extinguirse trasfiere su patrimonio a sociedades preexistentes o constituidas (escisión impropia). Es en este tipo de reorganización empresarial, donde se observa la utilidad del carácter persecutorio del crédito laboral, en razón de las siguientes consideraciones:

- a) La Ley General de Sociedades, no fija ningún tipo de criterio para que los bloques patrimoniales que se fragmentan tengan un equilibrio entre activos y pasivos, por lo que se podrían dar la siguientes situaciones en perjuicio del trabajador:

³⁵ Cfr. Elías Laroza, Enrique; *Ley General de Sociedades-comentada*, fascículo 7mo, Normas Legales, 1998, pp. 698-701.

³⁶ Artículos 219 y 383 de la Ley General de Sociedades

- En una escisión impropia, la empresa escindida podría haber sido dejada con el grueso de los pasivos, además de haber sido despojada de sus principales activos, con lo que el acreedor laboral podría quedar impago.
 - En los casos de escisión pura o propia; se puede transferir los créditos laborales a empresas, constituidas con escaso capital o sociedades cuya situación financiera es frágil, con la evidente intención de defraudar a los acreedores laborales.
 - Es posible que una de las empresas constituidas o preexistentes, se apodere de los activos más valiosos del empleador, descapitalizándolo.
- b) El derecho de oposición que se le concede los acreedores de las sociedades participantes de la escisión, es extremadamente corto, apenas 30 días desde la última publicación del acuerdo de escisión³⁷. Esta manera, de proteger al acreedor es en la práctica un saludo a la bandera, ideal para la proliferación de fraudes.
- c) La inexistencia de solidaridad entre empresa escindida y las beneficiarias, por los créditos laborales ni de ningún otro tipo. A diferencia de la Legislación Española, Artículo 259 de la Ley de Sociedades Anónimas, que acertadamente señala que las sociedades beneficiadas responden hasta por el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas por la escisión³⁸.
- d) En síntesis, se ha dejado el espacio suficiente, como para que empresarios inescrupulosos utilicen la escisión, como un medio para abusar del privilegio de la subjetividad de la persona jurídica y su responsabilidad limitada, en perjuicio de sus acreedores.

Ante dicha orfandad legal, el acreedor laboral, tiene una tabla de salvación como sería el carácter persecutorio de su crédito. Ello en estricta aplicación del principio general de derecho, que señala que la norma especial prima sobre la norma general. Es en

³⁷ Obs. Arts. 43, 380 y 383 de la L.G.S.

³⁸ Cfr. Alonso Morales Acosta; ob., cit., pp. 230/1

este tipo de casos, en que la verdadera dimensión de este superprivilegio del crédito laboral sale a relucir.

Por trasvasamiento; Se califica de esta manera a los supuestos en los cuales una sociedad preconstituida o constituida, se apropia de la actividad económica de otra, quien deja de realizarla, con el objetivo de hacer caer a esta última, en un estado de insolvencia, y así se defraude a sus acreedores. Así entonces, desaparece para la economía, la sociedad trasvasada, cuyas actividades comerciales son continuadas por otra sociedad, vinculada con la primera, y que por lo regular, desarrollan el mismo objeto social, utilizando para ello parte o el total de activo esta. En gran conclusión el Dr. Nissen, afirma, que por este fenómeno, se trasfiere la actividad comercial de una sociedad a otra, como si las sociedades fueran simples vasijas, utilizadas por sus integrantes a su mera conveniencia y beneficio. De esta manera podemos, preliminarmente aseverar, que con el trasvasamiento se extrae el alma de la sociedad: la hacienda o fondo comercial, que entre nosotros se conoce como el fondo empresarial. Es importante, anotar ahora que una de las características del trasvasamiento es la omisión de los procedimientos establecidos por ley (como la fusión, escisión o el traspaso formal del fondo empresarial), llevándose todo en la clandestinidad, con la abierta intención de no hacerse cargo de los pasivos de la sociedad trasvasada, y de esta manera frustrar derechos de terceros, violándose la ley al provocar una insolvencia fraudulenta³⁹. No cabe duda, que la vigencia del carácter persecutorio del crédito laboral, halla en estos casos un caldo de cultivo, ideal para producir todos sus efectos.

Fideicomiso; El fideicomiso es un contrato bancario, consiste en que el fideicomitente (el que da el encargo) transfiere a una entidad fiduciaria (banco) un bien o un conjunto de bienes afectados a un fin específico, un cargo. Este obliga al banco a utilizar los bienes a favor del fideicomitente o de un tercero denominado beneficiario o fideicomisario. Este contrato, por tanto, implica la constitución de un patrimonio autónomo o separado (Artículo 241 de la Ley N° 26702), lo que trae como consecuencia, que los acreedores del fideicomitente no pueden satisfacer sus créditos con los bienes objeto de fideicomiso (Artículo 253 de la Ley N° 26702). Pensamos, en el caso del empleador que para incumplir con sus obligaciones laborales,

³⁹ Cfr. Gulminelli Ludovico, Ricardo; Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica, Ediciones Depalma, Buenos Aires- Argentina, 1997. pp. 97-101.

constituye un fidecomiso. Sería posible, defraudar a estos acreedores laborales. En estos casos el acreedor laboral podría tener dos derechos: 1.) Una engorrosa, acción de nulidad de la transmisión fideicomisaria (Artículo 245 de la Ley N° 26702), que presenta tres inconvenientes: a.) Caduca a los seis meses de la última publicación, y en la práctica dicha publicidad no llega a ser eficaz.; b.) La presión del empleador de no pagar los créditos laborales, o terminar la relación laboral si se impugna el acto; c.) Las relaciones laborales ocultas, no podrían hacer valer su derecho hasta que vía sentencia se acredite su relación laboral, al margen de la medida cautelar que podría solicitar. 2.) Ejercer su derecho al carácter persecutorio de su crédito laboral sobre los bienes de su empleador, que resulta a todas luces aplicables.

Debemos acotar, que solo hemos mencionado algunos supuestos de aportación de activos fijos a una empresa, para defraudar a los acreedores laborales. Antes de terminar este acápite, debemos señalar que entendemos como empresa a la organización económica dedicada a la producción de bienes, la comercialización de estos o prestación de servicios. Y a renglón seguido, decir que toda institución que promueva una empresa, puede estar comprendida dentro del radio del Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 856, de ahí, que hallamos incluido, al fidecomiso como uno de nuestros supuestos.

6.- Presupuesto para ejercer el carácter persecutorio del Crédito Laboral⁴⁰

Esta es una facultad que es de carácter residual, el último recurso para satisfacer un crédito laboral, pues solo se podrá ejercitar cuando:

- 1) No exista bienes en poder de la emplazada para asegurar el pago, puede recurrirse a los bienes que fueron transferidos a terceros, por el carácter persecutorio de los beneficios sociales. La forma de acreditar este hecho es solicitando al empleador que ponga a disposición del juzgado un bien libre de gravámenes para hacer efectivo el crédito laboral; de no hacerlo se presu-

⁴⁰ El Decreto Legislativo N° 856, menciona tres momentos en los cuales se puede ejercer este derecho a través de la vía ordinaria (proceso de conocimiento laboral), en ejecución de sentencia e incluso en los que aun se tramitan extrajudicialmente. En el primer supuesto se configurará un liticonsorcio necesario pasivo innominado; y en el segundo se deberá respetar el debido proceso. Por razones de espacio, no hemos desarrollado este acápite, ni añadido jurisprudencia, como aparece en nuestra tesis.

mirá que no existen bienes para satisfacerlo, quedando expedito el derecho del trabajador ha ejercer el carácter persecutorio de su crédito. También se podrá ejercer este derecho, si luego de ejecutados los bienes del empleador estos son insuficientes para cubrir el total del crédito laboral.

- 2) Se acredite que los bienes que se van a perseguir hayan pertenecido al ex empleador.

Debemos anotar aquí, que al constituir **un hecho notorio o publico** que algunos activos fijos como una embarcación, maquinarias, edificios y otros bienes, implican la existencia de trabajadores laborando en ellas, **el adquirente asumirá tácitamente el gravamen laboral que pesa sobre el bien**, a no ser que el transferente (empleador), le deje constancia que cancelo los beneficios sociales o que los va garantizar con otros bienes. De no ser así, queda fuera de acción el principio de la buena fe del adquirente, aniquilado por el de la diligencia ordinaria de todo comprador. Así el adquirente del edificio de un hotel, restaurante, minimarket, o cine, no podrá alegar que desconocía que en dicho bien laboraban personas, y que con la venta de ese inmueble podría haber perjudicado créditos laborales. Como indica Rocco un hecho notorio es, pues, aquel que por su divulgación general y publica no puede ser ignorado por nadie⁴¹. Es por esta razón, a ello, que el demandante queda exonerado de probar la mala fe del adquirente como se infiere de la lectura del Artículo 191 del Código Procesal Civil. En palabras de Hinostroza: "La notoriedad es la causa de exonerar a un hecho de prueba (...) independientemente de que sea aceptado o negado por cada una de las partes⁴²". A estos considerádos, sumemos una presunción legal absoluta: "La Ley se presume conocida por todos", ello incluiría, el Decreto Legislativo N° 856, y su gravamen laboral sobre los activos fijos de la empresa. (Artículo 278 del Código Procesal Civil).

7.- Argumentos que puede alegar el adquirente de un activo fijo del empleador

En ejercicio legítimo de su derecho de defensa y el respeto a un debido proceso, el tercero que adquirió un activo fijo del empleador, puede alegar lo siguiente, para que su bien no sea ejecutado:

⁴¹ Citado por: Alberto Hinostroza Mínguez, *La Prueba en el Proceso Civil*, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 1999, pág. 36

⁴² Alberto Hinostroza Mínguez, ob., cit., pág. 36

- El bien nunca perteneció al empleador del demandante o ejecutante.
 - Que el empleador tiene otros bienes con los cuales satisfacer el crédito laboral, diferentes a las herramientas de trabajo.
 - Que no era notorio que el bien pertenecía a una empresa.
 - Acreditar que el transferente cancelo el crédito laboral.
 - Que no está vinculado al transferente
 - Que existió una verdadera transferencia de dinero-bien
- Acreditar mediante otros actos su buena fe.

Es oportuno, apuntar que para determinar quienes están “vinculados al empleador”, será útil recurrir al Artículo 5 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, donde en forma precisa señala quienes están vinculados al acreedor (Ejemplo parientes, cónyuges, concubinos, accionistas, socios, funcionarios de confianza, empresas del mismo grupo, etc.).

Debemos, enfatizar que en estos casos no procede la tercería excluyente de propiedad, por que lo que está en discusión no es a quien corresponde la propiedad, está claro que es del tercero, sino si hubo fraude a la ley o simulación en la transferencia. Admitir una tercería, en estos casos, sería tanto como permitir que en un proceso de nulidad de contrato de compra venta, el adquirente interponga una, ante una medida cautelar, que persigue conservar el bien, y se la admitan, en síntesis todo un despropósito.

8.- Plazo

El plazo de prescripción que nos aparece aplicable es el contemplado en el Artículo 2001 del Código Civil inc. 1, es decir diez años. Debemos tener presente que para ejercitarlo la acción no debe haber prescrito su derecho a reclamar sus beneficios sociales.

Existe un supuesto excepcional, cuando se está en un proceso de insolvencia, el plazo para ejercitar esta facultad se acorta a seis meses, desde la presentación de la solicitud de declaratoria de insolvencia. Un caso, especial nos parece el del trabajador que nunca se le comunicó la insolvencia, y ya se declaró la quiebra judicial de la empresa, resaltando que el insolvente tenía la obligación de declarar quienes son sus acreedores⁴³; Además de haber trasgredido el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe

⁴³ Art. 5 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI

dentro del proceso laboral (si había uno en trámite), conforme lo establece el Art.8 de La Ley Orgánica del Poder Judicial. Si este trabajador con sentencia o acción laboral aun viva, puede ejercitar esta facultad, es nuestra interrogante. Creemos que si, pues el plazo corto, solo es aplicable a los procedimientos de insolvencia. Los fundamentos de nuestra posición son: a.) Que ello, sería una sanción al empleador que se quiso pasar de listo; b.) Por la naturaleza alimentaria y previsional que tiene el crédito laboral y no únicamente de lucro como el resto. Evidentemente, el acreedor laboral deberá probar que hubo fraude o simulación, en la transferencia de activos o al menos dar los indicios necesarios para inferirlo (Se hicieron ventas a un familiar cercano, empresas vinculadas, el adquirente no puede demostrar la fuente de los fondos para la adquisición, etc.)

9.- Conclusiones

- 9.1.- Es imprescindible que mediante plenos jurisdiccionales, se establezcan criterios para uniformizar la jurisprudencia laboral, respecto al tratamiento que debe darse al carácter persecutorio del Crédito Laboral.
- 9.2.- En lo posible, se debe reglamentar la aplicación de este derecho, en etapa de ejecución, con la finalidad de que la ley cobre vida, en el momento en que más se necesita.
- 9.3.- Es necesario pulir esta institución, mediante investigaciones mas profundas sobre el tema, además de promover su difusión a nivel de magistrados y universidades. Con el objetivo que se comprenda su contenido, determinar para que sirve y cuando debe aplicarse.
- 9.4.- Es importante, que los magistrados comprendan que en un proceso de esta naturaleza, el fondo del asunto no esta en determinar si es nulo o anulable una transferencia; sino la existencia de simulación o fraude para incumplir con obligaciones laborales. Así, el juez laboral no va declarar nulo el acto de transferencia, sino que va dar la autorización para que el gravamen, que pesa sobre el bien transferido se active, y con ello se lleve acabo la ejecución. Como se observa, no se cuestiona la validez del acto jurídico, sino que el objeto del proceso, es determinar si el gravamen que lleva intrínseco el bien se mantiene vivo*.

* Un agradecimiento muy especial a Leny Calderón Arévalo, Oswaldo Sandoval Heredia, Carlos Madrid y Margarita de la Colina, por su infinita complicidad.