

IMPACTOS DE LA FUSIÓN DE EMPRESAS EN LA RELACIÓN LABORAL



Cecilia CALDERÓN PAREDES

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada Asociada al Área de Derecho Laboral y de la Seguridad Social del Estudio Echecopar.

SUMARIO I. Introducción. II. Regulación sobre la fusión de empresas. 1. Legislación nacional 2. Legislación comparada: España. III. Principio de Continuidad. IV. Aspectos Laborales de la fusión de empresas. A. Asuntos formales. 1. Envío de comunicación informativa a los trabajadores. 2. Modificación del contenido del T-Registro. 3. Comunicaciones a entidades con interés. 4. Adecuación y entrega del Reglamento Interno de Trabajo. B. Asuntos de incidencia sobre el fondo de la relación laboral. 1. Adecuación de los contratos vigentes. 2. Respeto del personal incorporado. 3. Respeto de la excedencia de personal. 4. Relaciones Colectivas de Trabajo. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad plasmar cuál es el impacto de la fusión de empresas en el desarrollo y contenido de las relaciones de trabajo establecidas entre las empresas afectadas y su personal. Conforme a ello, abordaremos el contenido de la regulación nacional teniendo como parámetro el mayor desarrollo encontrado en la legislación española, luego de lo cual describiremos brevemente las incidencias detectadas.

En tal sentido, se pretende situar al lector en un contexto o marco general, a efectos de que pueda tener una primera aproximación de qué aspectos laborales se verán afectados tras la fusión empresarial.

II. REGULACIÓN SOBRE LA FUSIÓN DE EMPRESAS

1. Legislación nacional

De conformidad con lo establecido en el artículo 344° de la Ley General de Sociedades, norma aprobada mediante Ley 26887, "(...) por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola (...)". Al respecto, señala Enrique Elías Laroza citando a Otáegui que "(...) la fusión como institución propia del derecho de las personas jurídicas se caracteriza por implicar la unificación de dos o más personas jurídicas en una sola (...) [siendo que, mediante ella] los patrimonios de dos o más sociedades que denominaremos sociedades fusionantes se unifican en un solo patrimonio y, consecuentemente, en vez de coexistir varias personas jurídicas o sujetos de derecho existirá en lo sucesivo una sola persona jurídica o sujeto de derecho (...)")⁽¹⁾.

De acuerdo a lo señalado en el citado artículo, en nuestro país la Ley General de Sociedades prevé dos (2) modalidades de fusión de empresas, a saber:

- (i) La **fusión por absorción**, que implica, como su nombre lo señala, la absorción de una (1) o más sociedades por otra sociedad existente, originándose la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas y la incorporación de la sociedad absorbente, a título universal y en bloque, de los patrimonios de las absorbidas; y,
- (ii) La **fusión por incorporación**, sucedida cuando dos (2) o más sociedades se unen para constituir una nueva sociedad incorporante originándose la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad.

Al respecto, señala Elías Laroza que: "(...) las dos formas expuestas varían únicamente en lo formal, no habiendo ninguna diferencia esencial entre ambas (...)")⁽²⁾; ciertamente, citando a Carrigues y Uría señala que "(...) esa doble modalidad de la fusión no hace variar la esencia íntima del fenómeno jurídico, pues en ambos supuestos se produce la unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas que es característica de la fusión [siendo] la diferencia entre ambos procedimientos de fusión (...) puramente externa y formal, no sustancial (...)")⁽³⁾.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto en referencia a la legislación societaria, en la actualidad las consecuencias laborales en casos de fusión de empresas

(1) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Ley General de Sociedades Comentada*. Fascículo Séptimo, Editora Normas Legales, Lima, 1998, p. 695.

(2) *Ibidem*, p. 698.

(3) *Idem*.

se encuentran escasamente reguladas, previéndose algunos de sus efectos únicamente en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, tal y como lo señalaremos más adelante.

En efecto, de conformidad con la recapitulación normativa elaborada por Pedro Morales en su artículo *Sucesión Empresarial*⁽⁴⁾, es a partir de 1916 que la sucesión empresarial es abordada por el legislador nacional quien inició su regulación estableciendo responsabilidad solidaria en materia de créditos laborales entre los empleadores que traspasaban personal (Ley N° 2259 del 29 de setiembre de 1916); posteriormente, se dispuso, entre otros, (i) el reconocimiento por parte del nuevo empleador del tiempo de servicios acumulado por el trabajador traspasado (Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, Reglamento de la Ley N° 4916); y, (ii) que en caso de traspaso de personal, el nuevo empleador debía solicitar la autorización de la Autoridad Laboral para proceder a paralizar total o parcialmente la empresa, disminuir o aumentar la remuneración y horas de trabajo o modificar la organización y régimen de trabajo (Decreto Supremo de fecha 14 de setiembre de 1957)⁽⁵⁾.

Sin embargo, a partir del 29 de julio de 1995, fecha en que entra en vigencia la Ley N° 26513, quedaron derogadas tanto la Ley N° 4916 como sus posteriores modificatorias, reforma que tuvo como consecuencia que en nuestro país existiera una suerte de vacío normativo en lo referido a las consecuencias laborales producto de la fusión de empresas pues, como es sabido, la legislación laboral, como norma especial, únicamente ha previsto algunas implicancias en materia de relaciones colectivas de trabajo.

2. Legislación comparada: España

Ahora bien, consideramos oportuno mencionar que las consecuencias laborales producto de la fusión de empresas han sido abordadas con un desarrollo más amplio en otros países, como es el caso de España, donde se encuentran reguladas no solo de manera indirecta en la legislación societaria sino que tienen mención expresa en la regulación laboral.

Ciertamente, el artículo 23° de la Ley de Sociedades Mercantiles española señala que "(...) 1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas. 2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, esta adquirirá por sucesión universal

(4) MORALES CORRALES, Pedro. "Sucesión Empresarial". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, Grijley, Lima: 2009. pp. 365 a 390.

(5) *Ibidem*, pp. 375 a 386.

los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda (...)”.

Sumado a ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 22° de la Ley 3/2009, **Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**, en España se entiende que la fusión de empresas es aquella operación en virtud de la cual “(...) dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (...)”.

Conforme a ello, en términos generales y a razón del tópico que nos incumbe, podemos afirmar que en la regulación societaria española la fusión de empresas implica la integración de dos (2) o más empresas generando con ello la unión de sus patrimonios en uno (1) solo.

Por su parte, señala el numeral 1) del artículo 44° del Estatuto de Trabajadores que “(...) el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente (...)”, disposición que debe entenderse de manera concordada con lo señalado en el numeral 2) del mismo artículo que indica que “(...) a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría (...)”.

Efectivamente, tal y como lo señala Antonio Morala, la jurisprudencia española, de manera previa a la modificación del artículo 44° del Estatuto de Trabajadores antes transcrito, denotaba dos (2) criterios o requisitos para que se entienda que nos encontrábamos ante un supuesto de sucesión de empresas, a saber, un elemento subjetivo “(...) representado por el cambio de titularidad de la empresa (...)”⁽⁶⁾ y un elemento objetivo consistente en “(...) la entrega efectiva de los elementos de la empresa que permitan la continuidad de la actividad empresarial (...)”⁽⁷⁾.

Respecto de este último elemento, el mismo autor señala que el criterio jurisprudencial generado por el Tribunal de Justicia Europeo en lo referido a cómo se

(6) MORALA GÓMEZ, Antonio. “La nueva regulación de la sucesión de empresas”. En: *Actualidad Laboral* N° 10. Del 4 al 10 de marzo del año 2002, p. 190.

(7) *Idem*.

configura el elemento subjetivo que nos permite referirnos a la sucesión de empresas ha evolucionado a lo largo del tiempo y que, en la actualidad, podría asegurarse que se dirige en la misma línea que la regulación nacional española, pues en virtud de aquel “(...) se debería exigir, por tanto, la transmisión de elementos organizativos, materiales o inmateriales, de forma que se mantengan la ‘identidad empresarial’. Así las cosas, ‘identidad’ significa –según jurisprudencia mayoritaria del Tribunal de Justicia no solo continuidad en la actividad sino también transferencia de los elementos esenciales del activo (...)”⁽⁸⁾.

Ahora bien, luego de haber expuesto qué se entiende en España por la fusión de empresas, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, el impacto de la misma en las relaciones laborales ha sido regulado ampliamente por el Derecho español.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico español no se limita a salvaguardar únicamente el mantenimiento de la relación laboral, sino que también el de todos los derechos y obligaciones generadas con ocasión de esta, razón por la cual a continuación sintetizamos las principales consecuencias laborales que se desprenden de la fusión de empresas en España:

- (i) Responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario durante tres (3) años por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión del personal y por las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito;
- (ii) Vigencia de las condiciones laborales reguladas por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión de personal fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida; la que se mantendrá hasta la fecha de expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la entidad económica transmitida;
- (iii) Obligación de las empresas de brindar información sobre el cambio de titularidad en la relación laboral, refiriéndose específicamente a la fecha prevista para la transmisión; los motivos de la misma; las consecuencias jurídicas, económicas y sociales generadas en los trabajadores con motivo de la transmisión y las medidas previstas respecto de los mismos, al momento en que se publiquen las convocatorias a Junta General de Accionistas que permitirán que la operación se concrete;
- (iv) Obligación de las empresas de iniciar, con la suficiente antelación, un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los mismos, requiriéndose durante dicho

(8) *Ibidem*, p. 192.

periodo que las partes negocien de buena fe y con vistas a la consecución de un acuerdo.

En virtud de lo antes expuesto y a modo de primera conclusión luego de habermos referido también a la regulación nacional en materia de fusión de empresas, consideramos evidente que la regulación española, además de ser más extensa, desarrolla supuestos no contemplados siquiera por nuestro legislador, algo que en muchos casos ha permitido un marco de referencia para los jueces quienes además de observar las normas comunitarias deben atender a la legislación interna, la que muchas veces complementa o limita aquella.

III. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Como es sabido, los principios del Derecho son directrices que, destinadas tanto al legislador como al operador del Derecho, sirven para inspirar ya sea la elaboración de nuevas normas o la interpretación de normas ya existentes.

Conforme a lo dicho, los principios del Derecho son el equivalente a la esencia del mismo, es decir, valores que trascienden a la existencia de una regulación y sirven más bien para verificar la validez de su contenido o brindarle un sentido interpretativo que se ajuste a su naturaleza.

Habiendo quedado previamente establecido que la legislación actual no ha desarrollado cuál es el impacto de una fusión de empresas en el ámbito laboral, corresponde entonces que el operador del Derecho complete dicho vacío pues, evidentemente, la fusión realizada repercutirá sobre el desarrollo cotidiano de la prestación de servicios de los trabajadores de las empresas involucradas.

Luego, es preciso identificar cuál de los principios del Derecho del trabajo resulta aplicable ante la eventualidad de una fusión de empresas y, conforme a ello, será posible afirmar que el Principio de Continuidad, por ser reflejo de la voluntad del legislador de hacer perdurar el vínculo laboral procurando en todo momento su conservación, es el principio elegido para aplicarse en caso de fusión de empresas, interpretándose que, incluso si la mención societaria respecto de la incorporación a título universal de los patrimonios no estuviera recogida en nuestro ordenamiento jurídico, en aplicación del Principio de Continuidad Laboral debería entenderse que la fusión implicará la conservación de las relaciones y condiciones de trabajo existentes en cada empresa.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, estimamos que incluso sin tener que recurrir a los Principios del Derecho del Trabajo, la protección de los trabajadores involucrados en la fusión de empresas se encuentra garantizada por la regulación societaria ya que la incorporación de los patrimonios a título universal, ya sea por

parte de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, implica, como su nombre lo indica, que dentro del nuevo patrimonio social se considere tanto el activo como el pasivo de las empresas involucradas y que, por ende, los créditos laborales, como parte integrante del pasivo, sean también asumidos por aquellas.

De acuerdo a ello, al amparo del artículo 344° de la Ley General de Sociedades sería posible afirmar que la mención societaria de la “incorporación en bloque y a título universal de los patrimonios” implica para efectos laborales el asumir el activo y el pasivo laboral, lo que determina la conservación de las relaciones y condiciones de trabajo existentes en cada empresa, entendiéndose ambas como parte del pasivo asumido.

IV. ASPECTOS LABORALES DE LA FUSIÓN DE EMPRESAS

A. Asuntos formales

1. Envío de comunicación informativa a los trabajadores

Aunque la legislación laboral vigente no ha previsto que el empleador fusionado informe a sus trabajadores cuál es la operatividad de la decisión empresarial que se tomó y cuáles podrían ser las consecuencias o impactos en sus relaciones laborales, consideramos adecuado que, de manera voluntaria, comunique por escrito a los trabajadores qué sucederá en adelante luego de materializarse la fusión, ello a efectos de evitar suspicacias de parte de estos y mantener un clima laboral adecuado.

Conforme a ello, además de informar a los trabajadores sobre el cambio de empleador, estimamos conveniente que en la comunicación que se les envíe se señale que la operación que se lleva a cabo es de implicancia principalmente societaria y que, por lo tanto, al mantenerse tanto el patrimonio como el personal de la empresa fusionada en la nueva empresa, las condiciones de trabajo no variarán de manera sustancial, entendiéndose que no se tratará de “otra” relación de trabajo, pues el nuevo empleador se subrogará o pasará a sustituir al empleador primigenio en su lugar de contraparte del contrato de trabajo.

2. Modificación del contenido del T-Registro

De conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 018-2007-TR, Disposiciones relativas al uso de la Planilla Electrónica, la nueva sociedad formada tras la fusión por incorporación o la sociedad absorbente (en caso se trate de una fusión por absorción) deberá registrar o “dar de alta” mediante el T-Registro a los trabajadores que le fueron transferidos, luego de lo cual se considerarán parte de su personal para todos los efectos. Por su parte, como resulta

lógico, las empresas que hubieren sido fusionadas deberán “dar de baja” a sus trabajadores por el mismo medio.

3. Comunicaciones a entidades con interés

a. Empleo del T-Registro

Como es sabido, a partir de la implementación de la Planilla Electrónica, el T-Registro y el Plame, la información laboral se encuentra agrupada en medios informáticos que permiten su fácil acceso y que, además, en la práctica, pueden ser comparados de manera rápida entre varios organismos del Estado que resulten interesados.

Conforme a ello, las modificaciones realizadas en el T-Registro y que son materia de declaración jurada ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, Sunat) servirán para que tanto la propia Sunat como EsSalud y, de ser el caso, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) tomen conocimiento de la incorporación de los trabajadores transferidos, no resultando necesario que se envíen comunicaciones por escrito a dichas entidades para informar el nuevo estado de los administrados.

b. Empleo de la AFP NET

Por otro lado, y en vista de que las contribuciones al Sistema Privado de Pensiones no son declaradas haciendo uso del Plame o T-Registro que administra Sunat, para efectos de que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) tomen conocimiento del cambio de agente retenedor, el empleador que transfiere al personal deberá declarar el cese de los trabajadores mediante el formato *Detalle Adicional de la Planilla de Aportes* señalando en el apartado III del mismo quiénes son los trabajadores con los que pierde vínculo laboral. Por su parte, la empresa a la que los trabajadores le fueron transferidos, en adelante deberá declarar las retenciones que realiza a su nuevo personal haciendo uso de AFP NET.

c. Presentación de comunicaciones por escrito

Estimamos conveniente que el empleador que transfiere al personal comunique por escrito a las entidades bancarias depositarias de la Compensación por Tiempo de Servicios de los trabajadores afectados que, en adelante, ya no será más el obligado a realizar los depósitos, siendo necesario que, por su parte, la empresa a la que los trabajadores fueron transferidos comunique por el mismo medio que, conforme a lo anterior, a partir de la fecha en que la fusión entre en vigencia será la encargada de realizar los depósitos pues se ha sustituido como empleador.

Adicionalmente, en caso los trabajadores involucrados en el traspaso de personal contasen con una Entidad Prestadora de Salud (EPS) o con el Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo (SCTR) contratado con una aseguradora, tanto

el antiguo empleador como el nuevo deberán enviarles una comunicación por escrito informando del cambio, ello a efectos de que se entienda que, en adelante, el trabajador ya no labora para la empresa materia de fusión pues ha sido transferido a la empresa absorbente o a la que incorporó las sociedades absorbidas, quedando con ello el nuevo empleador obligado a asumir el costo de cada servicio.

4. Adecuación y entrega del Reglamento Interno de Trabajo

Si tras realizarse la fusión de empresas la nueva sociedad alberga más de cien (100) trabajadores, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 039-91-TR, **Norma que establece que el Reglamento Interno de Trabajo que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones**, la nueva empresa deberá elaborar un Reglamento Interno de Trabajo para su presentación y entrega.

Ahora bien, de tratarse de una fusión por absorción en la que la empresa absorbente ya contase con más de cien (100) trabajadores de manera previa a la fusión, pueden suceder dos cosas: (i) que tras realizarse aquella, el Reglamento Interno de Trabajo de la sociedad absorbente se ve afectado, caso en cual deberá adaptarse o modificarse a efectos de reflejar la situación real de la empresa, para luego ser entregado a cada trabajador; y, (ii) que tras realizarse la fusión el contenido del Reglamento Interno de Trabajo no se vea afectado por lo que únicamente corresponderá que se proceda a hacer entrega de un (1) ejemplar a cada nuevo trabajador.

B. Asuntos de incidencia sobre el fondo de la relación laboral

1. Adecuación de los contratos vigentes

a. Contratos laborales

Conforme a lo que venimos comentando, producida la fusión de empresas opera la subrogación legal del empleador en lo que se refiere a efectos laborales: la sociedad absorbente o la nueva sociedad que incorpora a las absorbidas se sustituye como contraparte en los contratos de trabajo que estas hubieran suscrito, volviéndose no solo acreedora de la obligación de los trabajadores transferidos de poner a disposición sus servicios, sino también obligada ante cualquier adeudo laboral ya generado o que se configure en un futuro.

De acuerdo a ello, aunque con la fusión de sociedades opere una subrogación legal del empleador, estimamos recomendable que con ocasión de la operación la nueva sociedad o la sociedad absorbente suscriban con sus trabajadores nacionales *Convenios de Ratificación o Modificación de Condiciones Laborales*, los que les servirán para: (i) establecer que aquellas asumen las obligaciones correspondientes a los trabajadores incorporados o (ii) negociar las condiciones laborales con las

que los trabajadores incorporados ingresan a la sociedad, adecuando las mismas a la nueva situación regente.

Por su parte, en caso entre los trabajadores incorporados figurasen trabajadores extranjeros, en aplicación de lo establecido en el Decreto Supremo N° 014-92-TR, *Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros*, se deberá rectificar la información que ha variado respecto de los contratos previamente suscritos (entre ellas, específicamente quién es el empleador) suscribiendo un nuevo instrumento que contemple los datos y cláusulas exigidas para el contrato original pues, como es sabido, la contratación de extranjeros en el Perú implica la observancia de formalidades en su suscripción, las que deberán ser respetadas siempre que alguna de las condiciones varíe.

b. Convenios de modalidades formativas laborales

Como se recordará, las relaciones contractuales reguladas por la Ley N° 28518 y su Reglamento, *Ley sobre Modalidades Formativas Laborales*, se sujetan a la suscripción de convenios de aprendizaje que dependiendo del tipo de relación regulada podrán ser de: a) formación laboral juvenil, b) pasantía o c) actualización para la reinserción laboral; al respecto, y deben observar como formalidad el contenido mínimo exigido por la norma para cada uno de ellos.

Ahora bien, producida la fusión de empresas, las sociedades que fueron objeto de fusión deberán dar de baja a los beneficiarios de los convenios de modalidades formativas suscritos, debiendo la nueva sociedad o la sociedad absorbente registrar los nuevos convenios que suscriba en el portal web del Ministerio de Trabajo.

2. Respeto del personal incorporado

a. Remuneraciones

Estrechamente relacionado a la suscripción de *Convenios de Ratificación o Modificación de Condiciones Laborales*, con motivo de la fusión de empresas surge como principal inquietud cómo se manejará una situación en la que dos trabajadores de la nueva sociedad o la sociedad absorbente perciban remuneraciones y condiciones laborales distintas pese a desempeñarse en igual categoría o cargo.

Al respecto, es preciso señalar que lo que la nueva sociedad o la sociedad absorbente deben garantizar es igualdad remunerativa y de condiciones siempre que las labores desempeñadas por los trabajadores sean iguales o similares y siempre que no existan diferencias objetivas que permitan valorar de forma distinta los servicios prestados.

En efecto, consideramos importante destacar que, en estricto, no nos encontramos ante la presencia de un acto discriminatorio. Ciertamente, no todo trato diferenciado implica la existencia de discriminación ya que, en líneas generales, no

podemos desconocer la existencia de características propias que individualizan y diferencian de manera objetiva cada colectivo y, por ende, ni la normativa en general ni la normativa interna propia de cada relación de trabajo puede eliminar la diferencias, debiendo más bien tutelarlas reconociendo su valor a partir de la verificación de lo que no es más que un elemento fáctico. En este sentido, consideramos que la prohibición de no discriminación no proscribiera la diferenciación sino que, en realidad, implica la prohibición de perpetuar distinciones arbitrarias y desproporcionadas carentes de justificación válida.

Al respecto, el propio Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, de fecha 1° de abril del año 2005, se ha pronunciado destacando la existencia de "(...) dos categorías jurídico-constitucionales[:] diferenciación y discriminación (...)"⁽⁹⁾; así, de acuerdo al tribunal, la primera se encuentra constitucionalmente admitida debido a que, atendiendo a que **no todo trato desigual es discriminatorio**, es válido que se configure una diferenciación siempre que el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por ello, de no verificarse las condiciones de objetividad y razonabilidad, la desigualdad del trato generará discriminación y, por ende, sí se encontrará proscrita.

Por nuestra parte, coincidimos con Ferrajoli⁽¹⁰⁾ cuando indica que el concepto de *diferencia* no alude sino a un término descriptivo en tanto que: "(...) de hecho, entre las personas, hay diferencias, [ya que] la identidad de [ellas] está dada, precisamente, por sus diferencias, [siendo además que estas] deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad (...)"⁽¹¹⁾.

Consecuencia de lo antes expuesto, estimamos que en la medida en que presenciemos razones objetivas que permitan la existencia de diferentes remuneraciones y/o condiciones por la prestación de trabajos similares, pero a su vez distintos (tales como, por ejemplo, la realización de funciones más especializadas en algunos casos; el distinto grado de calificación para el puesto entre los trabajadores, esto es, diferente grado de instrucción; experiencia laboral con mayor y menor especialidad; mayor o menor capacitación para determinadas funciones, entre otros), no nos encontraremos ante un caso de discriminación y, por ende, si tras la fusión se observan diferencias objetivas entre las funciones de los trabajadores, será posible admitir que no se requiera de una nivelación salarial.

Ahora bien, si luego de la fusión el nuevo empleador encuentra que no existen motivos objetivos que justifiquen una diferencia de remuneraciones entre los trabajadores incorporados, será necesario que adopte la decisión de: (i) nivelar hacia arriba las remuneraciones de los trabajadores afectados, para lo cual bastará su

(9) STC Expediente N° 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico número sesenta y dos.

(10) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Traducido por Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, madrid, 1999, pp. 73-96.

(11) *Ibidem*, p. 79.

decisión unilateral; o (ii) nivelar hacia abajo la remuneración de los trabajadores que se ven beneficiados con mayores ingresos pese a realizar las mismas funciones realizan otros trabajadores, para lo cual el empleador sí requerirá de autorización del trabajador pues, en concordancia con lo establecido en el artículo único de la Ley N° 9463, *Ley que regula las reducciones de remuneraciones aceptadas por el trabajador*, en nuestro país la reducción de remuneraciones no se encuentra proscrita siempre que esta sea previamente aceptada por el trabajador afectado.

b. Jornada y horario de trabajo

De conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 854, *Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre-tiempo*, es facultad del empleador:

- (i) Establecer la jornada ordinaria de trabajo diaria o semanal;
- (ii) Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana;
- (iii) Reducir o ampliar el número de días de la jornada de trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo en cuyo caso esta no podrá exceder de en promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales; y,
- (iv) Establecer turnos de trabajo fijos o rotativos, variables en función a las necesidades del centro de trabajo.

Conforme a ello, tras producirse la fusión de empresas, el nuevo empleador podrá:

- (i) Extender de manera unilateral la jornada de trabajo hasta que esta alcance las ocho (8) horas diarias o las cuarenta y ocho (48) horas semanales, debiendo incrementarse la remuneración en función al tiempo de trabajo incrementado;
- (ii) Reducir de manera unilateral la jornada de trabajo de los trabajadores incorporados por la fusión adaptándola a la vigente en el nuevo centro de trabajo, supuesto en el cual deberá seguir remunerándose como hasta el momento salvo que la reducción no fuese unilateral sino consensuada, supuesto en el cual aplica lo previsto en la ya mencionada Ley N° 9463;
- (iii) Modificar el horario de trabajo existente sin alterar el número de horas trabajadas.

c. Participación en las utilidades

De conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 892, *Norma que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría*, en caso de fusión de empresas, el otorgamiento de las utilidades de las empresas vinculadas a la misma se deberá calcular efectuando un corte a la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública que contiene la fusión, siendo que, para el periodo posterior a la fusión, el cálculo de la participación en las utilidades se realizará en función a los estados financieros consolidados.

Al respecto, y afectos de evitar confusión en los supuestos en los que la fusión de empresas opere, según el acuerdo adoptado por los accionistas, antes o después del otorgamiento de la Escritura Pública aludida en el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 892, el artículo 17° del Reglamento del mismo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-98-TR, ha establecido que en caso de fusión las utilidades de las empresas involucradas deberán calcularse al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de dichos eventos, disposición que responde a la simple lógica: la participación en las utilidades de las empresas debe siempre responder a la contribución directa o indirecta que ha tenido el trabajador en relación a la generación de ganancia para su empleador y, por ello, la participación en las utilidades de cada empresa debe tener su fecha de corte en función al momento en el que el empleador varía, es decir, desde que la fusión tiene efectos o entra en vigencia.

3. Respeto de la excedencia de personal

Como resulta evidente, tras la fusión de empresas y la unificación de sus activos y pasivos, las planillas de trabajadores de todas las empresas involucradas también se consolidan y, como consecuencia de ello, puede suceder que algunos puestos de trabajo se dupliquen, haciéndose innecesaria la prestación de servicios de alguno de los trabajadores.

Siendo ello así, a continuación una breve referencia que no pretende ahondar en detalles sobre cómo podría enfrentar el nuevo empleador la necesidad de desvincular a los trabajadores que considera excedentes.

a. Cese colectivo

De conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, es causa objetiva del término de la relación laboral el cese colectivo respaldado en motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

Para tales efectos, el mencionado cese deberá comprender un número no menor al 10% del total del personal de la empresa, debiéndose: (i) obtener una pericia que acredite que la empresa se encuentra incurso en alguna de las causales objetivas que pueden ser invocadas; (ii) proporcionar al Sindicato de Trabajadores o, en su defecto, a los mismos, información referida a los motivos invocados, a la nómina de trabajadores afectados; (iii) citar a reuniones de trato directo a los trabajadores involucrados para exponer las medida que podrían adoptarse para evitar el cese o, en su defecto, cuáles son las condiciones del mismo; (iv) presentar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo una solicitud de cese colectivo, entre otros.

Como puede observarse, en principio, nuestra regulación laboral prefiere la continuidad del vínculo obligando al empleador a negociar con los trabajadores afectados alternativas al cese de los mismos, considerándose entre ellas, por ejemplo, la suspensión temporal de labores; la disminución de la jornada de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; y, la revisión de condiciones colectivas vigentes (lo que entendemos como una suerte de subsidio grupal que, además, puede entenderse como temporal pues podrá ser renegociado al término de vigencia de la convención colectiva que establezca las nuevas condiciones).

b. Cese por decisión del empleador: despido arbitrario

Señala el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que en el Perú el despido en los casos y formas previstas por la Ley se encuentra amparado y, por ende, todas aquellas modalidades no consideradas justas por la misma serán sancionadas en sus consecuencias.

Al respecto, señala el artículo 34° de dicho cuerpo legal que un despido es arbitrario cuando se produce a sola decisión del empleador sin que este exprese la causa del mismo o cuando pese a haberse señalado causa alguna, esta no puede ser acreditada en un proceso judicial.

Conforme a ello, de encontrarnos ante la necesidad de cesar trabajadores debido a la excedencia generada tras una fusión de empresas, estimamos factible proceder a despedir de forma arbitraria a los mismos, debiéndose tener presente que dicha forma de desvinculación acarreará el pago de una indemnización por despido arbitrario que se otorgará de manera conjunta a la entrega de la Liquidación de Beneficios Sociales correspondiente (esto es, dentro de las 48 horas de producido el cese) si se quiere evitar que se generen intereses por el retraso.

Ahora bien, en lo que respecta a la citada indemnización, esta deberá calcularse en función al tiempo de servicios prestado por el trabajador (de tratarse de personal contratado a plazo indeterminado) o al tiempo que resta para el término del contrato (esto en caso se trate de personal vinculado de forma temporal): una y

media (1 ½) remuneraciones por año completo de servicios o por mes restante para el término del contrato, respectivamente, con el tope de doce (12) remuneraciones.

Sumado a ello, conviene señalar que el monto de la misma se calculará en función a la remuneración mensual percibida por el trabajador afectado al momento del despido, incluyéndose montos percibidos de manera regular, esto es, con una periodicidad de cuando menos tres (3) oportunidades en los últimos seis (6) meses, lo que permite la inclusión de cualquier concepto que represente remuneración complementaria de naturaleza variable o imprecisa como el trabajo en sobretiempo u horas extras, siempre que este cumpla con la citada condición.

Por su parte, la indemnización de los trabajadores comisionistas o sujetos a destajo deberá calcularse considerando el promedio de los ingresos percibidos en los últimos seis (6) meses previos al despido.

Finalmente, resulta pertinente señalar que, de conformidad con lo establecido en el literal a) del tercer párrafo del artículo 18° del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, *Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta*, las indemnizaciones previstas por la legislación laboral vigente, para nuestro caso, la indemnización por despido arbitrario, se consideran ingresos inafectos como ingresos al impuesto a la renta.

c. Cese por mutuo acuerdo: cese por incentivos

Otra alternativa de desvinculación de la que dispone la nueva sociedad es extinguir el contrato de trabajo por mutuo disenso, es decir, apelando al acuerdo de voluntades de las partes, el mismo que deberá constar de manera expresa en la Liquidación de Beneficios Sociales que se expida y, de ser posible, también en un *Convenio de Acuerdo de término de la relación laboral por Mutuo Disenso*.

Al respecto, las empresas pueden convenir con los trabajadores que consideren excedentes culminar la relación laboral que los une ofreciéndoles incentivos para el cese, los que suelen ser muy cercanos al monto que les correspondería por concepto de indemnización por despido arbitrario.

Finalmente, conviene destacar que, de conformidad con el literal a) del tercer párrafo del artículo 18° del TUO de la *Ley del Impuesto a la Renta*, los montos otorgados a los trabajadores en el marco de lo previsto en el artículo 147° del Decreto Legislativo N° 728 como consecuencia de los programas de incentivos o ayudas que fomenten la constitución de nuevas empresas se encuentran inafectos al impuesto a la renta, hasta un monto equivalente al de la indemnización que correspondería al trabajador en caso de despido arbitrario o injustificado, esto es, hasta un máximo de doce (12) remuneraciones.

4. Relaciones colectivas de trabajo

a. Sindicalización de los trabajadores

De conformidad con lo establecido en el artículo 33° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, *Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*, en caso de fusión, se produce la disolución de los sindicatos de la empresa afectada, esto es, ya sea de la empresa absorbida o de las dos (2) o más empresas que son materia de fusión por incorporación, debiéndose solicitar la cancelación del registro sindical correspondiente.

En tal sentido, tras la fusión de empresas y debido a la cancelación del registro sindical, la sociedad disuelta perderá la representación gremial que hubiese ostentado de manera previa, lo que le impedirá, por ejemplo, formar parte de una organización sindical nacional e internacional.

b. Aplicación de convenios colectivos

De conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 43° del *Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*, producida una fusión de empresas, los convenios colectivos vigentes al momento en que ocurra la misma deberán continuar hasta el vencimiento de sus plazos.

De acuerdo a ello, si tras el término de la vigencia de los mismos no existiera un sindicato que pueda iniciar una nueva negociación, los beneficios laborales contenidos en los anteriores caducarán salvo que se tratase de beneficios otorgados con carácter permanente, supuesto en el cual se entenderá que dichos beneficios se incorporaron a las condiciones contractuales de los trabajadores transferidos.

V. CONCLUSIONES

- (i) La legislación laboral nacional, a diferencia de la española, no ha desarrollado ampliamente los impactos de la fusión de empresas en la relación laboral, limitándose a establecer algunas consecuencias en materia de relaciones colectivas de trabajo.
- (ii) Luego de entrada en vigencia del acuerdo de fusión, los trabajadores de las sociedades involucradas dejarán de pertenecer formalmente a las empresas fusionadas, habiendo sido transferidos, por sucesión empresarial y/o subrogación del empleador, a la planilla de la nueva empresa o la empresa absorbente.

- (iii) Existe una serie de obligaciones formales que deberán cumplirse a efectos de que los terceros que tienen interés en la relación laboral (llámese, Sunat, ONP, AFP, EPS, EsSalud, entre otros) tomen conocimiento de la citada subrogación.
- (iv) Con ocasión de la fusión, las condiciones laborales contenidas en los contratos de trabajo vigentes en cada empresa afectada podrán ser modificadas o, en su defecto, se ratificarán de manera automática.
- (v) Con ocasión de la fusión, y en caso de que se detecte excedencia de personal por duplicidad de funciones, el nuevo empleador podrá desvincular a los trabajadores que estime conveniente, siguiendo para ello los requisitos de la modalidad de cese que adopte conforme a Ley.

Una vez producida la fusión de empresas, los convenios colectivos vigentes al momento en que ocurra la misma deberán continuar hasta el vencimiento de sus plazos, siendo imposible que el nuevo empleador pretenda desconocerlos.