

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA DE DERECHO**



**FUSIÓN EMPRESARIAL Y DERECHOS LABORALES CON  
CONTENIDO ECONÓMICO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**ROSA CECILIA FUENTES ALARCON**

**ASESOR**

**JAVIER HILDEBRANDO ESPINOZA ESCOBAR**

<https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>

**Chiclayo, 2020**

**FUSIÓN EMPRESARIAL Y DERECHOS LABORALES CON  
CONTENIDO ECONÓMICO**

PRESENTADA POR:

**ROSA CECILIA FUENTES ALARCON**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR:

Manuel Francisco Porro Rivadeneira  
PRESIDENTE

Katherine Del Pilar Alvarado Tapia  
SECRETARIO

Javier Hildebrando Espinoza Escobar  
VOCAL

### **DEDICATORIA**

A mis padres Alberto y Cecilia por inculcarme valores, el esfuerzo realizado para brindarme la mejor educación, el apoyo incondicional, consejos y comprensión.

A mi abuela Nilda, por ser complemento y fortaleza para mi vida. A mi hija Cayetana, por ser mi fortaleza en momentos de fatiga y debilidad.

### **AGRADECIMIENTOS**

A mí asesor temático, Dr. Javier Hildebrando Espinoza Escobar, por su tiempo, dedicación y apoyo constante en el desarrollo de esta investigación.

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| DEDICATORIA .....  | 3  |
| AGRADECIMIENTOS .....  | 4  |
| RESUMEN .....  | 8  |
| ABSTRACT .....   | 9  |
| INTRODUCCIÓN .....   | 10 |
| CAPÍTULO I .....   | 13 |
| LA FUSIÓN SOCIETARIA COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD EMPRESARIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD .....                         | 13 |
| 1.- LA FUSIÓN SOCIETARIA COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA .....  | 14 |
| 1.1.-La libertad empresarial como derecho fundamental .....  | 14 |
| 1.2.- La fusión empresarial en el ordenamiento jurídico peruano .....  | 19 |
| 2.- PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL AFECTADA POR UN TRASPASO DEBIDO A LA FUSIÓN .....                                      | 24 |
| 2.1- Principio de continuidad en el Derecho al Trabajo .....   | 24 |
| 2.2- Relación laboral traspasada mediante la fusión, una aproximación al principio de continuidad y estabilidad del contrato laboral ..... | 30 |
| 2.3.- Tiempo de servicios, ¿adquirido o por adquirir? .....  | 36 |
| CAPÍTULO II .....  | 39 |
| LOS DERECHOS LABORALES CON CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS TRABAJADORES Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES .....     | 39 |
| 1.1. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS LABORALES .....  | 40 |
| 1.1.1. Renuncia y el principio de autonomía privada .....  | 41 |
| 1.1.2. Definición del Principio de Irrenunciabilidad .....   | 42 |
| 1.1.3. Fundamento .....  | 45 |
| 1.1.4. Alcances del principio: Normas imperativas y dispositivas .....   | 47 |
| 1.1.5. Actos de disposición .....  | 50 |
| 1.1.6. Aspecto objetivo: normas irrenunciables .....   | 51 |
| 1.1.7. Titulares del principio .....   | 52 |
| 1.1.8. Vigencia temporal del principio .....   | 54 |
| 1.2. ANÁLISIS DE LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES CON CONTENIDO ECONÓMICO .....   | 55 |

|  |     |
|--|-----|
| 2.1.- Clasificación de los derechos laborales .....  | 56  |
| 2.2.- Análisis de disponibilidad de los derechos laborales con contenido económico.  | 58  |
| 2.2.1. Remuneración.....   | 58  |
| 2.2.2 Beneficios sociales .....  | 62  |
| CAPÍTULO III .....   | 70  |
| CONVENIO TRIPARTITO LABORAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES INMERSOS EN UN PROCESO DE FUSIÓN..... | 70  |
| 3.1 EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL Y EL CONVENIO TRIPARTITO LABORAL.....  | 71  |
| 3.2. DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES INMERSOS EN UN PROCESO DE FUSIÓN.....  | 76  |
| 3.2.1. Derecho a la información del trabajador .....   | 77  |
| 3.2.2. Normativa Comparada .....   | 85  |
| a) Legislación Nacional .....  | 86  |
| b) Legislación Española.....   | 88  |
| 3.2.3. Propuesta Legislativa .....   | 92  |
| 3.3. EL CONVENIO TRIPARTITO LABORAL COMO HERRAMIENTA JURÍDICO EMPRESARIAL LABORAL.....   | 96  |
| 3.3.1 Nociones Generales del Convenio Tripartito .....   | 96  |
| 3.3.1.1. Definición del Convenio Tripartito .....  | 96  |
| 3.3.1.2. Cláusulas esenciales del convenio tripartito laboral.....   | 97  |
| 3.3.2. Análisis de Costo Beneficio .....   | 100 |
| CONCLUSIONES.....  | 109 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....   | 111 |
| ANEXOS .....   | 117 |

### **TABLA DE ABREVIATURAS**

LGS: Ley General de Sociedades

CPP: Constitución Política del Perú

FJ: fundamento jurídico

TC: Tribunal Constitucional

D Leg: Decreto Legislativo

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

LME: Modificaciones estructurales de las sociedades comerciales

ACB: Análisis Costo Beneficio

### **RESUMEN**

En la presente investigación se desarrolla la protección de los derechos laborales con contenido económico y el derecho a la información de los trabajadores que son traspasados a consecuencia del proceso de fusión. Del análisis realizado se muestra que los trabajadores traspasados se encuentran desprotegidos frente a la fusión respecto a sus derechos laborales con contenido económico y el derecho a la información. Se concluye proponiendo modificaciones en la Ley General de Sociedades peruana con la finalidad de proteger el derecho a la libertad de información de los trabajadores; y, se aconseja como mecanismo jurídico- empresarial al convenio tripartito.

**Palabras claves:** fusión, traspaso de trabajadores, derecho a la información, derechos laborales, convenio tripartito.



### **ABSTRACT**

This research develops the protection of labour rights with economic content and the right to information of workers who are transferred as a result of the merger process. The analysis carried out shows that the workers transferred are unprotected from the merger with respect to their labour rights with economic content and the right to information. It concludes by proposing amendments to the Peruvian General Law on Companies in order to protect workers' right to freedom of information and is advised as a legal-business mechanism to the tripartite convention.

**Keywords:** merger, transfer of workers, right to information, labor rights, tripartite agreement.

## **INTRODUCCIÓN**

A finales del siglo XX, la mayoría de países adoptó un modelo capitalista con rasgos sociales debido a la globalización de la economía y los cambios tanto en la realidad empresarial como económica. Ante la situación económica y el modelo económico de la actual Constitución, en Perú se promulgó la Ley General de Sociedades N°26887 el 01.01.1998 (en adelante LGS) en la que se regulan ciertas formas de reorganización societaria como la fusión de sociedades ejercitando así la libertad de empresa en su dimensión organizativa.

Esta forma de reorganización trae como consecuencia que las sociedades pierdan la personalidad jurídica para concentrarse en una nueva o existente trasladando su patrimonio en “bloque” a la sociedad fusionante (absorbente o creada). Además, el procedimiento de fusión, obliga a publicar ciertos datos como el proyecto del mismo, los estados financieros auditados, entre otros, con la finalidad de que tanto los acreedores como los socios conozcan el proyecto y puedan ejercer el derecho correspondiente, ya sea el de separación u oposición.

Una de las consecuencias de la fusión empresarial es el traslado de los trabajadores a la empresa fusionante, quien acepta las relaciones laborales vigentes haciéndolas suyas. Al respecto, ni en la LGS ni en la legislación laboral, se especifica el tratamiento a las deudas laborales que resultan un pasivo de la empresa fusionada; además, no se señala en el proceso de fusión la participación de los trabajadores para salvaguarda de su derecho a la información.

Resulta alarmante que no se considere un tratamiento diferenciado a las "deudas laborales", pues dada su naturaleza alimentaria no son deudas comunes, sino relaciones laborales vigentes con protección frente al despido. En consecuencia, es necesario que se especifique

la asunción de responsabilidad por las partes, tanto de la empresa absorbente o incorporante como de la absorbida o incorporada; así como la protección al derecho a la información de los trabajadores inmersos en un proceso de fusión; considerando que pueden existir pactos entre las sociedades partícipes de la fusión con la finalidad de limitar la responsabilidad respecto a las deudas laborales adquiridas antes de su celebración.

La situación descrita permite afirmar que existe una necesidad emergente de los trabajadores traspasados, pues se encuentran, claramente, ante una situación de desventaja respecto a su nuevo empleador. Debido a que no lo eligen ni conocen encontrándose en la necesidad de aceptar el cambio ya que la remuneración es el medio básico para su subsistencia económica tanto individual como familiar (de ser el caso). Además, el panorama para ellos no resulta claro toda vez que existe falta de información en el proceso de fusión; por lo que, no reconocen a quién deben exigir las acreencias laborales; existiendo, en algunos casos, incertidumbre respecto a quién (empresa absorbente, incorporante, absorbida, incorporada) es el obligado frente al trabajador.

En consecuencia, cabe preguntar qué sucede con el tiempo de servicios laborado por el trabajador de la empresa que será absorbida y los derechos adquiridos en este, ¿este periodo deberá contabilizarse?, ¿quién será el encargado de asumir las remuneraciones o beneficios sociales de aquella época? Si se limita la responsabilidad de las partes en la fusión estableciendo que la empresa fusionada asuma las deudas laborales o se asuman estas deudas hasta el monto del activo del bloque patrimonial de la fusionada ¿La empresa debería respetar dichos contratos?, ¿está obligado el empleador primigenio a informar de manera directa y clara a sus trabajadores? Ante esta situación surgen innumerables interrogantes pero sobre todo una grave situación de desprotección a los derechos de los trabajadores que se tratarán de resolver a continuación.

La problemática descrita líneas arriba se puede concretar en la siguiente interrogante ¿Cómo se deben proteger los derechos laborales con contenido económico y el derecho a la información de los trabajadores traspasados en un proceso de fusión? Con la finalidad de dilucidar la problemática se requiere, como objetivo general, determinar el mecanismo de protección de los derechos laborales con contenido económico y el derecho a la información de los trabajadores traspasados a través de un proceso de fusión. Para ello, se han establecido como objetivos específicos; en primer lugar, describir el proceso de fusión empresarial en el Perú y si existe algún conflicto con el principio de continuidad laboral; en segundo lugar,

analizar los efectos laborales generados por la fusión empresarial a partir de un estudio del principio de irrenunciabilidad de derechos; y, finalmente, proponer al convenio tripartito como mecanismos jurídico - empresarial de protección de los derechos laborales con contenido económico y modificaciones al procedimiento de fusión en cuanto a la información brindada a los trabajadores.

La justificación de esta investigación es establecer normas mínimas para generar seguridad laboral a los trabajadores que son parte de un traspaso, acerca de la exigibilidad de los derechos laborales con contenido económico que adquirieron en la relación laboral y su protección al derecho a la información en el proceso de fusión. En ese sentido, la propuesta de la celebración opcional de un convenio laboral tripartito beneficiaría al empleador primigenio, nuevo empleador y a los trabajadores al negociar internamente los derechos laborales con contenido económico disponibles de acuerdo al marco legal actual. Asimismo, la modificación del proceso de fusión de los artículos referentes al derecho a la información de los trabajadores inmersos en un proceso de fusión sería considerada un avance para el efectivo derecho a la información de los trabajadores inmersos en un proceso de fusión.

En este sentido, la tesis busca dilucidar si de suscribirse un convenio tripartito laboral y modificarse artículos de la Ley General de Sociedades relativos al derecho a la información de los trabajadores traspasados a través de un proceso de fusión se protegerían con mayor ímpetu los derechos laborales con contenido económico.

## **CAPÍTULO I**

### **LA FUSIÓN SOCIETARIA COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD EMPRESARIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD**

Ante la lectura del título surgen dudas respecto a si necesariamente el Derecho Comercial diverge con el Derecho Laboral pues finalmente ambos se encuentran dentro del mundo jurídico y real. Por su lado, el Derecho Mercantil regula los actos de comercio entre comerciantes en el ámbito privado bajo sus principios; mientras que, el Derecho Comercial regula las relaciones laborales en las que básicamente participa el empleador (muchas veces coincidente con el empresario) y el trabajador bajo la concepción de ser una relación asimétrica, centrándose en esta última idea sus principios. Cada rama del derecho estudia su objeto propio, sin embargo, al momento de desarrollarse ciertas situaciones jurídicas, aquellas confluyen sin necesidad de transgredirse entre sí.

En el desarrollo del primer capítulo se analiza a la fusión societaria, figura emblema del Derecho Mercantil, como expresión de la libertad empresarial buscando desarrollar desde el derecho constitucional económico su concepto, fundamento, clasificación y modalidades. Posteriormente, se desarrolla el principio jurídico laboral de continuidad en las relaciones laborales; específicamente el principio de continuidad de los trabajadores traspasados producto de una fusión empresarial.

## **1.- LA FUSIÓN SOCIETARIA COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA**

### **1.1.-La libertad empresarial como derecho fundamental.**

El Estado tiene como finalidad el bien común para lo cual se establecen planes y proyectos en diversos aspectos como el económico, social y cultural. Con respecto al rol del Estado peruano en la economía, Chanamé (2015) afirma que, actualmente, este

"estimula con leyes la creación de riqueza sin intervenir regulando precios u orientando la demanda; por el contrario, se transforma en un agente pro-activo de la actividad económica privada; por lo tanto, si tuviera que intervenir lo hace de manera subsidiaria" (p. 604).

En la actualidad el Estado peruano tiene una política económica de libre mercado, la misma que conlleva a una mayor actividad empresarial, el fomento de la inversión tanto nacional como extranjera y la dinamicidad del mercado laboral.

En palabras de Gutiérrez (2015), la actual Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante CPP) establece que el centro de la actividad económica recae en la empresa privada; razón por la que serán las personas (ya sean naturales o jurídicas) quienes tengan la función de crear o no riqueza; mientras que, por su parte, el Estado será el garante de generar las condiciones mínimas para que el mercado funcione. De lo expuesto se afirma que, no forma parte de las ocupaciones del Estado participar directamente en la actividad económica, ya que su función es ser un regulador.

Cabe mencionar que, la libertad básica y necesaria para concretar los derechos sociales y económicos, descrita con anterioridad, presenta diversas manifestaciones; siendo uno de los "grandes principios del orden económico de la civilización occidental" la libertad económica (Kresalja & Ochoa, 2012, p. 117). Esta libertad, en un principio protegía al comercio e industria (recuérdese la Revolución Francesa); sin embargo, paulatinamente acogió nuevos intereses propios del capitalismo como son los de la empresa. Ello se corrobora en las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 en las que se agrega la protección constitucional a la libertad de empresa; siendo esta la fórmula actualizada de la libertad económica.

En tal sentido se afirma que el actual régimen económico de la C.P.P. protege a la actividad económica privada inmersa en el libre mercado, interviniendo el Estado de forma

excepcional. Para ello, nuestro ordenamiento jurídico, en conjunto, protege ciertos derechos y libertades necesarias para que se desarrolle el modelo económico recogido en nuestra Carta Magna, entre estas – entiéndase libertades – se encuentra la libertad de empresa. Esta manifestación de la libertad defiende la competencia económica como vía adecuada para el logro de mejoras en el nivel de vida de los ciudadanos.

En principio, la libertad en un sentido lato, de acuerdo a Aristóteles (349 a.C.), es aquella “capacidad que posee el ser humano de poder obrar según su propia voluntad, a lo largo de su vida; por lo que es responsable de sus actos” (p. 473). Cabe resaltar que, tanto para Aristóteles como en este trabajo se considera a la libertad como aquella capacidad del ser humano de elegir conscientemente, siendo responsable de sus actos. En el mismo sentido, Hervada (1976) refiere que “la verdadera libertad consiste de modo radical en asumir conscientemente el propio ser, tal como nos es dado” (p.7). Por lo que, si la libertad que utilizamos para volar consiste en conocer las leyes de la aerodinámica; la libertad para decidir consistirá en el conocimiento de las normas éticas.

Asimismo, debemos entender que la libertad está íntimamente ligada a las facultades del querer, esta se encuentra implícita en la capacidad del hombre de autodeterminar su actuar; en ellas se manifiesta la libertad de la voluntad (Flores, 2007). Finalmente, se puede definir a la libertad como aquella condición de actuar de acuerdo al libre albedrío, como la “capacidad del ser humano a pensar, discernir y obrar de acuerdo a la moralidad interna” (Pérez, 2015). Por lo expuesto, se define a la libertad como la capacidad de autodeterminar conscientemente el propio ser.

Asimismo, resulta necesario indicar que, dentro de los derechos civiles y políticos se reconoce a la libertad. Esto en virtud del artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (la misma que es criterio de interpretación de los derechos fundamentales en razón de la cuarta disposición final de la Constitución) en la cual se señala que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)” (Bernaes, 2012). Además, se afirma que esta es anterior al Estado, siendo necesario su reconocimiento tanto en el derecho internacional como nacional, máxime si a través de la historia se trasgredieron las mismas. Por lo tanto, la libertad es un derecho natural factible de constitucionalizar su protección a través de las Constituciones, dependiendo únicamente de casa país.

Con lo que respecta al objeto de investigación, es necesario aterrizar el concepto de libertad específicamente al ámbito de la empresa; para lo que se esbozará una definición, se delimitará su contenido esencial; y, finalmente, se analizará si esta manifestación de la libertad tiene límites.

La libertad de empresa se encuentra reconocida expresamente en el artículo 59 de la C.P.P. de 1993 de la siguiente manera: el Estado (...) garantiza (...) la libertad de empresa (...); resáltese que tanto en la anterior como actual Constitución se encuentra recogida la libertad de empresa; sin embargo, es en el actual modelo económico que cobra mayor relevancia y protección, siendo considerada pilar del desarrollo de la economía.

Por su parte, en la jurisprudencia constitucional se han dilucidado diversos aspectos como definición, manifestaciones y contenido. Así pues, en el Exp.Nº2802-2005-PA/TC, FJ.3 se define a la libertad de empresa como aquel “derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”

Guzman (2015) define a la libertad de empresa como un derecho fundamental, asimismo, indica que este “es un mecanismo a través del cual el ser humano hace efectivo su deseo de procurar satisfacer necesidades de los demás a través de la actividad empresarial y con un legítimo afán de lucro” (p.377). Asimismo, Kresalja y Ochoa (2012) señalan que por ser el derecho a la libertad de empresa uno fundamental posee doble ámbito: subjetivo y objetivo. Por el primero, se entiende que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que, por tanto, exige la abstención por parte del poder público. Mientras que por el segundo se exige al Estado realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y eficacia del derecho en la realidad.

Por otro lado, Guzman (2015) precisa que el contenido de la libertad en análisis “implica la posibilidad de crear organizaciones empresariales, dentro de los márgenes fijados por la ley, las cuales son suficientemente amplios, así como la libertad de adquirir organizaciones ya existentes” (p. 379), esto es, la libertad de acceso al mercado, libertad de organización y la libertad de dirección. Asimismo, Bernales (2012) señala que la libertad de empresa, contenida en las libertades económicas, tiene como fin principal reservar la iniciativa privada de toda la actividad económica. En distinta clasificación, Kresalja y Ochoa (2012) se



preguntan cuáles son las facultades concretas, propias del empresario; ante esta interrogante la Doctrina es unánime al señalar como aspectos esenciales a la libertad de: (i) creación de empresa y de acceso al mercado, (ii) organización, (iii) competencia; y, (iv) cese de las actividades. Por lo que, esta libertad actúa tanto en la entrada y permanencia en el mercado como en su salida.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en el Exp. N° 03116-2009-PA/TC, fundamento jurídico 9, señala que cuando el artículo 59 ° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa – entiéndanse a estas como el contenido –

Está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En concordancia con lo anterior, Gutierrez (2015) refiere que la libertad de empresa como derecho que se manifiesta en la realidad está compuesta “por un conjunto de facultades que le dan entidad jurídica y que hacen realidad ese haz de libertades que implica emprender o acometer un negocio o empresa” (p. 317). Dentro de las facultades mencionadas anteriormente se encuentran la libertad de creación de empresa, libertad de inversión, libertad de acceso al mercado, libertad de organización, libertad de gestión, libertad de transferencia de empresa, libertad de cierre de empresa.

En la presente investigación es de interés desarrollar la manifestación de libertad de organización como facultad de la libertad de empresa debido a que en esta vertiente se encuentra habilitada la posibilidad de fusionar personas jurídicas.

Esta vertiente radica en la facultad que tienen los distintos agentes económicos del mercado para auto ordenarse, decidir aspectos internos referidos a la clase de empresa, contratar su personal, definir sus funciones, establecer la estructura de la empresa, etc.

El TC (2010), coincide con esta idea y en su sentencia N° 1405-2010-AA, FJ 15, agregó que la libertad de organización implica, también,

la libertad de decisión (...) para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado.

De igual manera, García (2015) indica que esta vertiente implica la “posibilidad de configuración interna de la empresa, en términos de organización interna, composición de los órganos de dirección e incluso denominación y ubicación”, (p. 380). Además, incluye lo relacionado a la dirección de la empresa en la que se encuentra los factores de producción, inversión política comercial, precios, etc.

Al respecto, Gutiérrez (2015) señala que la libertad de empresa en su dimensión organizativa “(...) consiste en la facultad que se le otorga al empresario para determinar sus objetivos empresariales y, en función de ellos, decidir la manera de combinar los elementos materiales e inmateriales de la empresa” (p. 311).

Por lo antes esbozado sobre la libertad de organización podemos afirmar que tanto en el ordenamiento jurídico como en el mundo mercantil tiene manifestaciones concretas en la realidad; por ejemplo, encontramos a las formas de reorganización societaria como las fusiones y adquisiciones que son materia de análisis en la presente investigación.

Finalmente, respecto al tercer punto en análisis, se afirma que la libertad de empresa es un derecho con limitaciones al igual que todos los derechos, teniendo que convivir con los demás derechos y libertades pese a ser considerado como un derecho económico esencial; es así que, en palabras de Gutierrez (2015):

(...)La libertad de empresa (...) no solo debe ser entendida como una declaración positiva o una facultad que se les reconoce a todas las personas (...) sino también a un mismo tiempo como una limitación porque el Derecho Constitucional es el Derecho a la libertad y para garantizarla debe inevitablemente limitar el poder. (...) Una libertad de empresa ilimitada permitirá una acumulación de poder en manos de unos cuantos, que invariablemente pondrá en peligro los derechos y libertades de los demás. (p. 312)

La libertad sin restricciones permite al hombre a abusar de esta; razón por la cual se afirma que en cualquiera de sus manifestaciones tiene límites; en el caso específico, la libertad de empresa en todas sus dimensiones y manifestaciones encuentra límites en el ordenamiento jurídico; siendo relevante para la presente investigación su dimensión organizativa expresada en la fusión societaria. Por lo que, conforme se desarrollará en líneas posteriores,

el proceso de fusión posee ciertos requisitos y fases de obligatorio cumplimiento, siendo estas consideradas como límites a su consecución.

En concordancia con lo expuesto, Guzmán (2015) manifiesta que la libertad de empresa no debe ser lesiva a la moral, ni a la salud o seguridad pública, entendiéndose estas como límites externos. Asimismo, Kresalja & Ochoa (2012) señalan que “los límites o condiciones de ejercicio de la libertad de empresa actúan en beneficio de otros intereses constitucionales que muchas veces se contraponen a los derechos subjetivos de los operadores económicos o de los empresarios que compiten entre sí” (p. 125). Asimismo, existe un límite específico, como las cláusulas que habilitan la intervención de los poderes públicos, la reserva de ley, recogida en la Constitución.

En este acápite se concluye afirmando que al igual que todas las libertades, la libertad de empresa no es irrestricta. Por otro lado, se resalta el reconocimiento constitucional de la misma y su importancia en el régimen económico del país.

## **1.2.- La fusión empresarial en el ordenamiento jurídico peruano**

Respecto a la fusión empresarial, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se han esbozado antecedentes, definiciones, características, formas e, inclusive, consecuencias tanto positivas como negativas.

La fusión empresarial como fenómeno jurídico y económico se ha desarrollado en la historia de forma paulatina. En ese sentido, Echaíz (2015) menciona como antecedentes lo siguiente:

En el mundo globalizado se ha transformado la actuación de las empresas en el mercado, pues esta ya no puede realizarse cómodamente de modo aislado, sino que requiere la sumatoria de esfuerzos para tener mayores posibilidades de supervivencia corporativa. Surge así pues la concentración empresarial con sus diversas manifestaciones que van desde las fusiones (con pérdida de personalidad) hasta los grupos de empresas (sin pérdida de personalidad). (p. 43)

Cabe señalar que, en palabras de Brunetti, citado por Elías (2015):

Económicamente, la fusión sirve para impulsar el fenómeno beneficioso de la concentración de las empresas, o, para decirlo mejor, es una de las formas que sirven para

realizar las concentraciones. De la reunión de varias empresas en una sola se deriva una mayor unidad de dirección, mayor solidaridad patrimonial y mayor productividad. (p. 398)

En el desarrollo histórico de la economía se ha pasado de la disgregación de unidades productivas, esto es que cada empresa realice una de las actividades que se realizan en cadena para obtener un producto final; para que, en la actualidad se prefiera unificar procesos productivos (concentración vertical) o empresas similares (concentración horizontal) ya sea para reducir costos o competencia.

Con respecto a la definición de fusión, en palabras de Morales (1991) es “la concentración de empresas en un solo titular, que se presenta vinculada a la consolidación de la gran empresa” (p. 185). Asimismo, Echaíz (2015) afirma que es un “medio típico de concentración empresarial, orientada a la más alta reorganización de la empresa y con la cual se unifican patrimonios, titulares y relaciones jurídicas” (p. 50). En el mismo sentido, Espinoza (2014) señala que la fusión se desarrolla “cuando se reúnen dos o más personas jurídicas para formar una sola” (p. 184).

La fusión es una institución propia del derecho de las personas jurídicas caracterizada por implicar la unificación de dos o más personas jurídicas en una sola. En palabras de Oteagui, citado por Elías (2015) señala que mediante este proceso de reorganización:

Los patrimonios de dos o más sociedades 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 que llamaremos sociedad fusionaria (p.398).

En la misma línea, Montoya (2004) la define como “un acto en virtud del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, unen sus patrimonios, agrupando a sus respectivos socios en una sola sociedad” (p. 369). Agrega, también, Sanchez (2005) que la fusión, desde un punto de vista económico, “ha de situarse dentro de los fenómenos de integración económica tendentes hacia el fortalecimiento de las empresas y hacia nuevas organizaciones de la actividad económica”. (p. 690)

Cabe resaltar que la fusión recogida dentro del ordenamiento jurídico permite que las personas jurídicas a fusionarse tengan objetos sociales totalmente diferentes y formas

societarias o no societarias. Por ello, se podría pensar en una fusión entre una asociación de mototaxistas con una sociedad anónima dedicada a la exportación de insumos, entre tantas otras combinaciones que se puedan imaginar. En el presente trabajo se entenderá a la fusión como aquel fenómeno económico recogido por el ordenamiento jurídico mediante el que dos o más sociedades unifican sus patrimonios, socios y relaciones jurídicas.

En tercer lugar, respecto a las características esenciales de la fusión, Elías (2015) señala tres:

- (i) La transmisión en bloque y a título universal, de los patrimonios de las personas jurídicas que se extinguen; (ii) la creación, como resultado de cualquier fusión, de un nuevo organismo social que, en su conjunto resultante, es enteramente nuevo, como forma acabada del vínculo entre las sociedades que participan en la fusión; y (iii) la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas o incorporadas. (p. 405)

Respecto a la primera característica, la doctrina refiere que esta transferencia es similar a la que se produce con respecto al patrimonio de una persona física al fallecer (...), pese a que las posturas son discordantes respecto al legado en el caso de la herencia y la entrega a título universal. Ante lo cual, se sostiene que en el supuesto específico de las fusiones es diferente pues (...) siempre encontramos una transmisión, de la integridad de todos y cada uno de los patrimonios, en bloque y a título universal (Elías, 2015).

Este principio de la sucesión universal es de suma ayuda para el eficaz traspaso patrimonial de una a otra sociedad, en palabras de Garrigues y Uría citados por Elías (2015) “(...) permite que los distintos bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio de la sociedad disuelta se transmitan en un solo acto”. (p. 408). Caso contrario, es decir, si no se acepta este principio; se tendría que adoptar el lento procedimiento de descomponer la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos idóneos para la transmisión de los distintos elementos integrantes del patrimonio. Con la cesión en bloque no hay necesidad de que los administradores de las dos sociedades estipulen tantos contratos de cesión como sean los créditos, ni notificar el cambio de acreedor a los deudores, ni endosar las letras y demás títulos (...) Entonces, lo expuesto anteriormente es el beneficio práctico de la transmisión en bloque de activos y pasivos de la fusión (Elías, 2015).

En relación a la segunda característica se afirma que en la fusión se crea un organismo social enteramente nuevo, como forma acabada del vínculo de las sociedades que participan en la fusión, conforme expone, Franceso Messineo citado por Elías (2015):

La fusión tiene como finalidad práctica la formación de un organismo social nuevo, que, naturalmente, resultará de dimensiones mayores respecto de aquellos que se fusionan (...); es necesario añadir que, propiamente, la fusión suprime todo vínculo, puesto que conduce a la unificación jurídica, además de económica, de las dos o más empresas, dando lugar a un sujeto jurídico único allí donde, antes de la fusión, existían dos (o más). (pp. 409,410)

Referente a la tercera característica, se sostiene que la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas o incorporadas se extingue. Por lo que, en palabras de Elías (2015):

El verdadero carácter esencial de la fusión, en nuestro concepto, es, en este aspecto, el de la extinción automática de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas o incorporadas, como resultado directo de la operación de fusión. La extinción es consustancial a la fusión y opera por el mérito de esta última, como una característica inseparable. La personalidad jurídica no se disuelve, como tampoco se disuelve el vínculo social, ni se liquida. Simplemente, se extingue. (p. 411)

Asimismo, una vez sucedido el fenómeno de la fusión empresarial, ocurre la compenetración o agrupación de los socios y de las relaciones jurídicas de todas sociedades que participan en la fusión; pese a que hay fusiones en las que, por excepción, este elemento no se presenta, ello no decae el elemento sustancial expuesto. Además, esta situación se produce en casos excepcionales como cuando:

(i) Una o más de las sociedades que se extinguen son valorizadas con un patrimonio neto igual a cero o negativo; (ii) en los casos en que la fusión se realiza porque la sociedad absorbente es la propietaria de la totalidad de las acciones o participaciones de la absorbida; y (iii) con respecto a aquellos socios que ejercen el derecho de separación. (Elías, 2015, p. 414)

En cuarto lugar, se desarrollarán las formas de fusión societaria en concordancia con el artículo 344 de la LGS (1997) que enuncia lo siguiente:

Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola (...) Puede adoptar alguna de las siguientes formas: 1) La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina 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; o, 2) La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

Echaíz (2010), de acuerdo a la normativa peruana antes señalada, precisa que existen dos formas de fusión: a) la fusión por creación y b) la fusión por absorción. La primera, implica que dos o más empresas se fusionan y crean una tercera, desapareciendo el patrimonio de

las dos primeras; entiéndanse que el patrimonio no desaparece, sino que es asumido por la nueva empresa. Mientras que, la segunda se da cuando una empresa absorbe a otra u otras, las mismas que quedan extintas, de manera que el patrimonio es asumido por la primera. En la misma línea, pero con otras denominaciones, Sánchez (2005), distingue a la fusión que se genera por la constitución de una nueva sociedad (entiéndase la fusión por creación o propiamente dicha) y la fusión por absorción (anteriormente ya desarrollada). Cabe resaltar que ambas modalidades de fusión comparten las mismas características

Finalmente, Elías (2015) señala que las ventajas económicas y sociales de la fusión como forma de concentración, entre otros, son: la reducción de costos y procesos productivos ya que permite la eliminación total de las estructuras jurídicas de varias sociedades y la subsistencia de una sola, se elimina el problema de los sistemas de garantías mutuas y la necesidad de invertir ingentes recursos propios en la adquisición directa de acciones y participaciones, necesarias para el control societario con independencia de personalidad jurídica; en la sociedad fusionada no existen incompatibilidades y conflictos propios de los miembros de los órganos sociales como sí sucede en los grupos; y, finalmente, se evitan problemas de incumplimiento formal de las disposiciones de libre competencia.

Asimismo, Echaiz (2010) señala que la fusión genera grandes ventajas para la empresa y el mercado. Entre estas se afirma que este fenómeno jurídico – económico facilita la concentración empresarial, con lo cual existe un menor riesgo, control, infraestructura para la inversión y conservación del capital de inversión; además, permite acogerse a beneficios tributarios, es versátil al cambio del mercado y es el mejor destino para los fondos excedentes.

Sin ánimos de desmerecer las ventajas de la fusión en la realidad económica, es necesario aterrizar el concepto de persona jurídica ya que es la base sobre la cual se permite la creación de sociedad; y, en consecuencia, el fenómeno de la concentración empresarial realizada mediante la fusión. Respecto a la persona jurídica, esta puede ser utilizada fraudulentamente con el fin de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales, o deberes familiares o tributarios (Ormeño, 2006).

Además, es relevante para la investigación mencionar que en la fusión se produce una real transferencia de la empresa, en razón de que se sustituye al titular de una unidad productiva,

transfiriéndose bienes y personal. En este proceso se requiere la concurrencia del elemento objetivo – se transmite en bloque el patrimonio que incluye los elementos materiales necesarios para continuar con el negocio – y el elemento subjetivo – se produce transfiriéndosele a una persona jurídica distinta – (Toyama, 2015). Esta transferencia producirá que el cambio de empresario sea real.

Por último, se resalta que la fusión empresarial es una forma de reorganización empresarial válida que genera como consecuencia la transmisión de la empresa, y a la vez un traspaso de todas las relaciones jurídicas, incluyendo la laboral. Esta última es tratada como si fuese cualquier otra relación jurídica; sin embargo, en la presente investigación se analiza si debería tratarse de forma diferente teniendo en cuenta su carácter alimentario. Al respecto, “y pese a que no constituye un tema reciente, la mayor parte de sus efectos en las relaciones laborales no han sido regulados en el plano nacional” (Medina, 2016, p. 129).

## **2.- PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL AFECTADA POR UN TRASPASO DEBIDO A LA FUSIÓN**

### **2.1- Principio de continuidad en el Derecho al Trabajo**

En este acápite se analiza, en primer lugar, las diferencias y similitudes entre libertad de empresa, libertad al trabajo y derecho al trabajo con la finalidad de establecer si realmente existe la necesidad del derecho al trabajo. Posteriormente se desarrolla el contenido y manifestaciones del Principio de Continuidad en el Derecho Laboral, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Respecto a la relación entre libertad de empresa y derecho al trabajo, existen posturas distantes respecto a su convivencia. Para encaminar la postura propia es necesario; en primer lugar, mencionar el núcleo duro del derecho al trabajo; y posteriormente, analizar si después de lo señalado líneas arriba como contenido esencial de la libertad de empresa, esta encuentra algún conflicto con el derecho al trabajo.

Con referencia al derecho al trabajo:

En la Doctrina se reconocen dos dimensiones: (i) conseguir no solo la inhibición estatal en la actividad económica individual, sino también la prohibición de malas prácticas de agentes privados contrarias al libre ejercicio de la actividad laboral; y (ii) la protección a



los ciudadanos contra las barreras que impiden la pretensión de trabajar. (Kresalja & Ochoa, 2012, p. 75).

De lo expuesto se deduce que el núcleo fundamental del derecho al trabajo está compuesto por el libre ingreso a un puesto de trabajo (en caso sea un asalariado) o al mercado (en caso sea un independiente), sin barreras ni desigualdades; la salida del trabajador ya sea asalariado o independiente; y, finalmente, en caso ser trabajador dependiente a la estabilidad en su contrato laboral y a no ser privado del trabajo sin que medie causa justa.

En segundo lugar, respecto a la relación entre libertad de empresa y libertad de trabajo Kresalja & Ochoa (2012) sostienen que la libertad de empresa, no solo convive en armonía con el derecho al trabajo, sino que engloba al mismo puesto que el empresario es justamente un ciudadano que en ejercicio de su derecho al trabajo elige una profesión u oficio para actuar en el mercado por cuenta propia; específicamente Kresalja & Ochoa (2012) afirman que:

La libertad de empresa en cuanto auténtico derecho subjetivo es la base, el apoyo sobre el que se construye el sistema económico constitucional. El reconocimiento unánime que los textos constitucionales hacen a la libertad de trabajo, esto es el derecho que tienen todos los ciudadanos para elegir la profesión o el oficio que deseen, comprende, justamente, el de actuar por cuenta propia, que será el supuesto elegido por el empresario. Y si a ese derecho a la libertad de trabajo se le adiciona el reconocimiento constitucional a la libre iniciativa de la persona en materia económica, nos encontramos con la libertad de emprender. De esto se deduce que para comprender a cabalidad los alcances del derecho fundamental que es la libertad de empresa, esta debe interpretarse de manera sistemática con otros preceptos constitucionales. (p. 119)

De lo enunciado por Kresalja & Ochoa se resalta que la relación entre libertad de empresa, libertad al trabajo y derecho al trabajo resulta confusa. Sin embargo, es necesario aclarar que libertad al trabajo y derecho al trabajo no son sinónimos; y, mucho menos libertad de empresa y libertad de trabajo. Tal afirmación se desarrollará, a mayor profundidad, en el siguiente acápite.

En distinta postura, Rojas (2015) afirma que existe un problema en la realidad entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo; incidiendo en que las sociedades organizadas como personas jurídicas al momento de hacer uso de su facultad organizativa se reorganizan o forman grupos de empresas; situación ante la cual el trabajador asalariado se encuentra desprotegido; por lo que:

El problema que subyace es la falta de acciones judiciales estando vigente la relación individual de trabajo – lo que podría explicar la falta de pronunciamientos judiciales sobre derechos individuales dependientes de la dimensión de la empresa – y de acciones judiciales por el ejercicio de los derechos colectivos (p. 258).

En el mismo sentido, para Spector (2015) “el Derecho Laboral es una compleja serie de restricciones a la libertad de contratación en los mercados laborales” (p.6). De aceptar la definición brindada se afirmaría que el Derecho Laboral se encuentra en contraposición con la libertad de empresa. Sin embargo, existe una postura mixta, la misma que no concilia con la tesis del conflicto de derechos, sino con la tesis unitaria de los derechos fundamentales.

Como postura ecléctica se encuentra la expuesta por Toyama (2015), quien sostiene que el Derecho Laboral cuenta con un constante conflicto de intereses entre empleador y trabajador. Esto se aprecia específicamente en el caso de reestructuración empresarial (entiéndase que dentro de este fenómeno económico – jurídico se encuentra la posibilidad legal de fusionar personas jurídicas), puesto que, por un lado, el trabajador – dependiente – quiere que la relación laboral permanezca en el tiempo bajo las mismas condiciones (o mejore) y que sus créditos laborales estén debidamente garantizados; mientras que, el empleador, pretende mantener (o mejorar) la capacidad productiva, adoptando para ello las medidas y ajustes necesarios. Cabe resaltar que, Toyama (2015) hace referencia al conflicto de intereses y no al conflicto de derechos; asimismo, en el mencionado conflicto considera solo al trabajador asalariado y no al independiente, siendo aquél relevante para el Derecho Laboral.

Antes de continuar, debe recordarse que respecto a los derechos fundamentales existen dos teorías cuando estos se encuentran contrapuesto: la teoría unitaria de derechos y la teoría conflictivista. En el presente trabajo se opta por la teoría unitaria, la misma que se fundamenta en que los derechos fundamentales se fundan en la dignidad «inherente» o «natural» de la persona humana; adoptan facetas positivas y negativas, requiriendo, por tanto, de la actividad prestacional del Estado como de su abstención en ciertas esferas; y, por último, gozan de un reconocimiento directo de la Constitución, el mismo que les otorgará una eficacia inmediata o diferida, pero que bajo ninguna circunstancia desvirtúa la plena juridicidad de los mismos (Quiñones, 2008).

Sin soslayar lo expuesto, es necesario mencionar que, en el Derecho Comercial, de acuerdo a ciertos principios como la autonomía de la voluntad y la costumbre, se permite realizar convenios de accionistas y de estos con terceros. Esta posibilidad es exigible una vez que se

comunique debidamente a la sociedad y no contravenga el estatuto; sin embargo, respecto a la interpretación del convenio y su efectivo cumplimiento existen grandes dificultades, ello en razón de que la autonomía de la voluntad de los socios o de los terceros contratantes puede inducir a error, a tal punto que “se pacte sobre derechos indisponibles; encontrándose así una puerta abierta a la inconstitucionalidad y la trasgresión a derechos de terceros dentro de los cuales podría encontrarse el Derecho Laboral”(Valle et.al., 2012, p. 39).

De lo mencionado, se concluye que si bien los derechos fundamentales reconocidos por la C.P.P ostentan el mismo rango y se fundamentan ontológicamente en la dignidad humana; en situaciones específicas (como el traspaso de trabajadores dependientes debido a una fusión societaria) los intereses de los particulares pueden contraponerse, concretamente en lo analizado es el trabajador dependiente (entiéndase que es esta la relación protegida por el Derecho Laboral) y el empleador (quien ejerce la libertad empresarial) quienes podrían discrepar en situaciones específicas.

Si bien existen múltiples situaciones en las cuales podrían encontrarse discrepancias entre el empleador y trabajador; en el presente estudio se analizará concretamente la libertad de empresa en su manifestación organizativa materializada a través de la fusión (recogida en la LGS 1997) y el Derecho Laboral del trabajador traspasado (entiéndase que este es dependiente de la empresa absorbida o incorporada).

Conforme se ha señalado, la libertad de empresa en su manifestación organizativa le brindaba al empresario la posibilidad de maximizar sus recursos y ganancias; ante ello, es el Estado quien – cubriendo la dimensión objetiva del derecho fundamental a la libertad de empresa – positiviza el proceso de fusión empresarial. En este proceso se permite a la sociedad absorbida o incorporada pasar en bloque y a título universal su patrimonio a la empresa incorporante o absorbente; entiéndase, además que, dentro del patrimonio se encuentran los activos y pasivos de la empresa, incluyéndose los adeudos laborales. Sin embargo, este adeudo no es de carácter convencional, es uno de carácter alimentario – laboral (entiéndase de antemano que la relación jurídico laboral es distinta a cualquier otra relación jurídica civil, razón por la que tanto en el ordenamiento jurídico internacional como nacional su protección es diferente).

En esta situación, diverge la válida y aceptada manifestación de la libertad de empresa en su dimensión organizativa a través del proceso de fusión empresarial y el derecho del trabajador a la continuidad de su relación laboral (en caso sea despedido), a conocer las condiciones del contrato laboral (entiéndanse que se tendrá un nuevo empleador, inclusive podrían cambiarse ciertas condiciones del contrato) y se genera discusión respecto al tiempo de servicios prestado y los beneficios adquiridos en relación a su antiguo y nuevo empleador en correspondencia a los derechos laborales con contenido económico (que para este punto es necesario analizar si la relación laboral continua o si por el contrario nos encontramos ante una nueva).

Por otro lado, respecto al principio de continuidad en el Derecho Laboral, Medina (2016) citando a Américo Plá señala que:

Para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. (p. 132)

Teniendo como base que la relación laboral es una de tracto sucesivo, se entiende su duración en el tiempo y el fundamento del principio en cuestión. Así pues, el principio de continuidad es reconocido tanto en el ámbito internacional como nacional, en palabras de Plá Rodríguez citado por Agreda (2010), este supone “la tendencia de atribuirle a la relación laboral la duración o permanencia más larga posible, desde cualquier punto de vista y en todos los aspectos” (p. 219).

A decir de Isabel Herrera, este principio tiene su raíz en el principio de conservación de actos jurídicos, que en el Derecho del Trabajo adopta un matiz propio por el carácter tuitivo de esta disciplina que busca garantizar la subsistencia del trabajador y su familia. (Medina, 2016, p. 132)

En el mismo sentido, García (2010) precisa que la aplicación del principio de continuidad debe entenderse en el sentido que el vínculo laboral de un trabajador no sea interrumpido y persista en las mejores condiciones (nunca inferiores), pese a que existan hechos o eventos que inicialmente lleven a pensar lo contrario.

Respecto a la aplicación del principio de continuidad en los efectos generados a los trabajadores traspasados debido a la transmisión de la empresa, Arce (2008) afirma que “el

efecto general y único que se predica respecto de los cambios de titularidad en nuestro ordenamiento laboral es la subrogación del nuevo titular de la empresa en la posición contractual del precedente” (p. 147).

Asimismo, Américo Plá Rodríguez – citado por Toledo & Toledo (2012) – al desarrollar la figura de la sustitución del empleador como expresión del principio de continuidad sostiene que:

La idea directriz es que la empresa constituye una universalidad cuyos elementos pueden cambiar sin que se altere la unidad del conjunto. El empleador puede transferir a otro la empresa, los miembros del personal se renuevan sin que se altere esa unidad. Cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor, la unidad económica y social que constituye la empresa permanece siendo la misma. (p. 4)

En la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 13685-2013- La Libertad señaló que sólo si existen funciones y labores similares entre el puesto que ocupaba el trabajador en la empresa anterior y el (...) que ocupó en la siguiente empresa (...), operará la continuidad de la relación laboral, independientemente del nombre de la posición o puesto de trabajo en ambas empresas. Respecto al criterio asumido por la Corte, se discrepa ya que, el trabajador no decide cuál será su puesto de trabajo a ocupar, por lo que, no debería resultar perjudicado, contabilizándosele el tiempo de trabajo en su integridad.

En el mismo sentido, Vera (2016) citando a Américo Plá Rodríguez, agrega que:

El principio de continuidad expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral, desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos. Asimismo, el principio de continuidad se caracteriza por establecer un vínculo duradero entre las partes que forman parte de la relación laboral, presumiéndose que existe una vocación de conservar este vínculo en forma indefinida. (p. 122)

De esta manera, en virtud del principio de continuidad, el vínculo laboral se mantiene vigente y permanece en el tiempo, incluso a pesar de que se produzcan modificaciones en la titularidad del empleador, como consecuencia de una reorganización societaria, como es el caso de la fusión.

Respecto a la continuidad de la relación laboral cabe resaltar que si bien en la legislación española, específicamente en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23 de 12 de marzo de 2001 emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se prevé la imposibilidad de

flexibilización externa, entendida esta como despido, cuando el motivo en sí mismo sea la sucesión de empresa (en este caso, la fusión societaria), no prohíbe que puedan producirse por otras razones (económicas, técnicas, organizativas o productivas). Por otro lado, la realización del despido deberá ser con posterioridad a la fusión, de lo contrario podría provocar la nulidad de la medida argumentando fraude a la ley debidamente comprobado.

## **2.2- Relación laboral traspasada mediante la fusión, una aproximación al principio de continuidad y estabilidad del contrato laboral**

En este acápite se analizan los cambios que se generan en la relación jurídica laboral a consecuencia de la reorganización empresarial, específicamente mediante fusión; para ello, se inicia analizando la relación jurídica, luego se encamina dicha relación al ámbito laboral con las particularidades que esta ostenta y finalmente se analiza la implicancia del principio de continuidad en la relación jurídica laboral en un proceso de fusión.

Conciérne estudiar la relación jurídica para ello es necesario recurrir, como en todo, al origen etimológico de la misma. Esta, en su origen tiene un significado de unión, por lo que la relación jurídica siempre implicará vínculo entre partes; definiéndose como la vinculación entre dos sujetos en contraposición. La relación jurídica es “un vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción” (Monroy, 2003, p. 99).

Por otro lado, Morales (2008) la define como la “síntesis de situaciones jurídicas subjetivas” (p. 325) y, en ese mismo sentido, Chiovenda (2005) la conceptualiza como una “relación entre dos o más personas, regulada por la voluntad de la ley y creada por la realización de un hecho, siendo compleja debido a que comprende más de un derecho subjetivo (recordando a Morales, el derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva) de una parte hacia otra” (p.56).

En una definición más extensa de relación jurídica se vislumbra que además de necesitar de un vínculo creado por normas de derecho entre sujetos de derecho origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes (Monroy, 2003). Así, se entiende que la relación que existe entre ambos origina situaciones jurídicas correlativas; pero que, a la vez,

todos tenemos una situación jurídica previa a la relación jurídica. Por otro lado, se entiende que situaciones jurídicas pueden subsistir sin relación jurídica, así se podría decir que no necesariamente toda situación jurídica desencadenará una relación jurídica pero sí lo inverso ya que toda relación jurídica trae consigo situaciones jurídicas subjetivas.

Definida la relación jurídica encaminaremos esta al ámbito laboral. Al respecto, entiéndase a la relación jurídica laboral como aquella que emana de un contrato de trabajo (verbal o escrito); en la que se protege de forma diferente a una relación jurídica de índole civil debido a la desigualdad de poder de decisión y dirección. Respecto al contrato de trabajo se tienen como elementos esenciales: la prestación personal y voluntaria de servicios por parte del trabajador, desarrollada dentro de un ámbito de organización de un empresario y percibiendo el trabajador a cambio de su labor una remuneración a cargo del empleador. (Arce, 2013)

En concordancia con lo definido como relación jurídica desde el ámbito civil se identifica que la situación jurídica en el ámbito laboral anterior al contrato no es estable – téngase en cuenta que la persona que realizará el rol de trabajador antes de celebrado el contrato son inciertas – ya que no siempre se encuentra la persona en subordinación ni prestando la actividad personal. Por lo que, solo después de realizado el contrato (entiéndase escrito o verbal) o de efectuados comportamientos que brinden rasgos de laboralidad (dependencia, subordinación) se adquirirá la situación jurídica (sea trabajador o empleador), asimismo esta se conserva durante y después de la relación jurídica (entiéndase durante el tiempo de duración de la relación laboral). Asimismo, es necesario hacer hincapié en la diferencia sustancial entre la relación jurídica civil y laboral; la primera se da entre dos sujetos en igualdad de condiciones, contraprestaciones y autonomía; mientras que, la segunda tendrá un escenario menos autónomo debido a que el trabajador depende económica e instrumentalmente del empleador y la remuneración (contraprestación recibida por el trabajador) tiene carácter alimentario.

Antes de continuar, es necesario diferenciar cuál es el contenido esencial del derecho al trabajo (entiéndase diferente a la libertad al trabajo) y, sobre todo, cuál es la relación protegida por el Derecho Laboral.

Según Tolivar (1991) la libertad de trabajo comprende: (i) libertad de empresa o de iniciativa económica privada, necesariamente vinculada a la propiedad privada de los medios de

producción y al modelo socioeconómico de economía de mercado; (ii) la libertad referida al ejercicio de actividades laborales por cuenta propia; y, por último, la libertad profesional concerniente a los trabajadores por cuenta ajena. En el presente trabajo se discrepa de la postura asumida por Tolívar, debido a que la libertad de trabajo no debe ser confundida con la libertad de empresa, es por esta razón que se convierte necesario diferenciarlas. Siendo así, la libertad de trabajo protegerá “exclusivamente la libertad para elegir y ejercer actividades laborales por cuenta propia o por cuenta ajena, pero no comprenderá a la libertad de empresa” (Quiñones, 2012, p. 69).<sup>1</sup>

De lo expuesto se afirma que el contenido de la libertad al trabajo comprende tanto el derecho de las personas a acceder a un trabajo, sea este por cuenta propia como por ajena, sin que se presenten interferencias externas en la elección y ejercicio de una actividad humana productiva; como que – en caso sea un trabajador por cuenta ajena – se respeten las condiciones mínimas y se proteja la salida del mismo.

Profundizando el contenido de la libertad de trabajo, debemos tener en cuenta que sólo una de sus manifestaciones será la protegida por el derecho al trabajo. Es así que, este se centra específicamente en tres momentos: antes (el inicio de la relación laboral), durante (aumentos, beneficios adquiridos por convenios, entre otros) y después (extinción de la relación laboral con o sin causa justa). Por ello, se comparte lo afirmado por Neves (2003) al afirmar que el contenido esencial del derecho al trabajo está comprendido por el derecho al trabajo de entrada - esto es facilitar el acceso al empleo a quienes no lo tienen – y el derecho al trabajo de salida –permitiéndose conservarlo a quienes ya lo poseen.

Regresando a la relación jurídica laboral, se precisa que los sujetos parte son específicos: el empleador y trabajador. Respecto al concepto de empleador, no se ha ahondado doctrinariamente en sus características necesarias para su identificación toda vez que no se consideraba necesario ya que al identificar al trabajador – teniendo en cuenta el rasgo de subordinación – se identificaba al empleador. Sin embargo, en la actualidad, debido a la

---

<sup>1</sup> Nótese la diferencia respecto a la libertad de trabajo y a la libertad al trabajo. Lo sostenido por Tolívar tiene relación con la libertad al trabajo entendida como la facultad de las personas a realizar trabajo ya sea de forma dependiente como independiente. Además, en la libertad de trabajo se comprende consustancial a la libertad de empresa o de iniciativa económica, más no parte de esta.



complejidad de las nuevas formas de organización empresarial se han replanteado los conceptos de empresario, empleador y depositario del poder de dirección. (Arce, 2013)

Sin ánimos de contradecir lo expuesto, se considera necesario mencionar que; en la actualidad, existe una fuerte postura respecto a la caracterización y notas esenciales de la relación laboral. Al respecto, Maldonado (2017) propone abandonar el criterio conforme al cual únicamente el trabajador subordinado es merecedor de tutela; debiendo serlo todo tipo de trabajo. Para ello, no se debe distorsionar la nota de dependencia hasta desnaturalizarla pues es una nota derivada; lo realmente definitorio del contrato de trabajo sería su causa, la cesión originaria y onerosa de los frutos del trabajo, o de la utilidad patrimonial del mismo. Señalando que, “la causa del contrato de trabajo puede ser entendida como el intercambio de trabajo por salario, encaminado a la producción de bienes y servicios, así como al desarrollo de la persona” (Maldonado, 2017, p. 374).

En el actual contexto económico – jurídico surgen ciertos cambios en la organización empresarial con la finalidad de maximizar la producción y ganancias, motivo por el que se produce comúnmente una modificación subjetiva en la relación laboral. La situación descrita se ve ejemplificada en los supuestos de sucesión empresarial, ya que se altera una de las partes intervinientes en la suscripción del contrato primigenio.

Se debe tener en cuenta que, necesariamente, la modificación subjetiva se refiere a que el empleador es sustituido; conforme lo expresa Arce (2013), la prestación del empleador en el contrato de trabajo supone un “dar una suma de dinero”, motivo por el cual es perfectamente fungible. Por el contrario, “el trabajador es la parte que realiza la obligación de “hacer” en el contrato de trabajo. La prestación laboral del trabajador tiene carácter de personalísimo y no es susceptible de ser reemplazada por otra persona” (Vera, 2016, p. 123).

Así pues, la modificación subjetiva en la relación jurídica laboral debe entenderse como sinónimo de modificación de empleador, dado que la prestación del trabajador es personalísima y no puede estar sujeta a variación dentro de la misma relación contractual.

En el ordenamiento jurídico peruano hay dos supuestos de subrogación del empleador: primero, que se transfiera al trabajador mediante la figura de una cesión de posición contractual, y segundo, que se transfiera al trabajador en el marco de un proceso de

reestructuración empresarial a través del mecanismo de transmisión de empresa (Arce, 2003, p. 104).

Respecto a la primera, para que tenga efectos se requiere que la otra parte preste su conformidad; es decir, la propia norma ordena cambiar el empleador, pero el contrato sigue siendo el mismo. Aquí, lo que ocurre es que el trabajador pasa de una empresa a otra, que a su vez tiene titular distinto (Arce, 2003).

En cuanto a la fórmula de la transmisión de la empresa debido a la reestructuración empresarial, hay que tener presente que se mantiene la misma empresa, con sus elementos patrimoniales y personales, cambiando únicamente el titular de la misma. Respecto a esta, actualmente, la legislación laboral peruana no cuenta con una norma específica que imponga la continuidad del contrato de trabajo en estos supuestos con el fin de evitar la extinción del mismo, sin embargo, teniendo en cuenta el principio de continuidad, es posible llegar a la misma conclusión. Debido a que, las transmisiones provienen de una decisión unilateral empresarial donde el consentimiento del trabajador no tiene mayor relevancia jurídica, por lo que no cabe trasladarle a este último los perjuicios de una decisión ajena (Arce, 2003, p. 104).

Dentro de este segundo supuesto de modificación subjetiva del contrato de trabajo se encuentra el objeto de investigación del presente estudio; así pues, la fusión como forma de reestructuración patrimonial recogida en la LGS (1997) genera una modificación del empleador, en la misma que no es necesaria la opinión del trabajador.

Si bien actualmente no existe referencia normativa (laboral o comercial) a la subrogación contractual laboral o al destino de los trabajadores tras pasados consecuencia de un proceso de fusión, en el artículo 9 del Dictamen de la Comisión de Trabajo recaído en los Proyectos de Ley Nos. 67/2006-CR, 128/2006-CR, 271/2006-CR, 378/2006-CR, 610/2006-PE, 815/2006-CR, 831/2006-CR y 837/2006-CR, que proponen la Ley General del Trabajo. Proyecto de Ley se contemplaba la continuidad de las relaciones laborales y el mantenimiento de los derechos laborales. Sin embargo, el mencionado proyecto de ley no fue aprobado por el Congreso.

En el mismo sentido, es necesario determinar si la reestructuración en sí genera un cambio en la titularidad de la organización productiva de la empresa; para lo que se deben evidenciar

dos efectos propios de la aplicación del principio de continuidad o de despersonalización del empleador: i) la continuidad de la relación laboral de los trabajadores que laboran en la unidad productiva traspasada; y, (ii) el mantenimiento de las condiciones contractuales vigentes inmediatamente antes del traspaso (Medina, 2016).

En efecto, en función al principio de continuidad los derechos laborales de los trabajadores de la empresa comprendida en un proceso de fusión, se encuentran debidamente resguardados pues el trabajador resulta completamente ajeno a los cambios que se puedan presentar en la organización empresarial o en la titularidad de la misma lo cual tiene que ver igualmente con el principio de despersonalización del empleador. En ese sentido la organización empresarial que resulte del proceso de fusión asumirá la responsabilidad respecto a los derechos laborales de los trabajadores (Toledo & Toledo, 2012, p. 4).

Respecto a la relación laboral traspasada, bajo los principios de continuidad y estabilidad se afirma que la relación jurídica laboral subsiste. Referente a este último principio en el Protocolo de San Salvador se desarrolla de manera extensa los alcances del mismo:

(...) La estabilidad laboral, conforme lo expresa en el literal d) de dicho precepto:

La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa reparación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a la indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional (Blancas, 2012, p. 393).

Conforme lo señala Blancas (2012):

Al haber sido ratificado – el Protocolo de San Salvador - por el Estado peruano y en aplicación de la interpretación del artículo 3 de la Constitución, realizada por el TC, conforme a lo cual los tratados y acuerdos sobre derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional, el Protocolo constituye fuente obligatoria para la interpretación del derecho al trabajo. En tal virtud, el derecho peruano, por la vía del Protocolo de San Salvador, incorpora el concepto de “estabilidad en el empleo”, entendido a su vez, como la exigencia de una causa justa para la validez del despido, o “principio de causalidad” del despido (p.394).

De acuerdo a la normativa nacional e internacional señalada se infiere que el Protocolo de San Salvador se encuentra dentro del bloque de constitucionalidad, razón por la que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. El principio de estabilidad laboral debe entenderse en el caso concreto del trabajador traspasado debido a la fusión empresarial como aquel

principio que, con la finalidad de no extinguir la relación laboral por una modificación en el empleador y no causar un agravio injustificado en el trabajador, considera que la relación laboral debe permanecer.

En conclusión, si bien en el Perú no se ha regulado de forma expresa en la normativa comercial o laboral la subrogación del empleador en casos de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (como fusión, escisión, cesión de activos, entre otras); el principio de continuidad que irradia la relación laboral presupone que las relaciones laborales se encuentren protegidas frente a un posible despido motivado en la fusión.

En legislación comparada, España regula dentro de su ordenamiento la figura de subrogación contractual. Así pues, en el apartado 1 del artículo 44 del Estatuto de trabajadores (actualmente regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) señala que “en los supuestos de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, quedan el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”. Es decir, en los casos de fusión la sociedad absorbente o creada debe asumir la planilla en su conjunto. La mencionada subrogación se refiere a los derechos consolidados y adquiridos sin que alcance a meras expectativas legales o futuras, asimismo esta se produce de forma automática sin importar la voluntad de las partes.

En la fusión, la subrogación contractual implica la novación subjetiva en la persona del empleador, por lo que la modalidad contractual permanecerá en el tiempo. Es decir, si un trabajador está contratado a tiempo indeterminado continuará bajo esa modalidad al igual que un trabajador bajo contrato temporal. Sin embargo, cuando los contratos temporales sean fraudulentos podrán ser impugnados por los trabajadores, quienes de obtener una decisión favorable deberán ser indemnizados por la empresa absorbente o creada. Por ello, se aconseja a las empresas analicen la situación de la planilla de la empresa fusionada pues pueden existir irregularidad que supongan mayores costes laborales de los esperados.

### **2.3.- Tiempo de servicios, ¿adquirido o por adquirir?**

Para finalizar el primer capítulo analizaremos si la relación jurídico laboral inmersa en un proceso de fusión, en la que es traspasado el trabajador y modificado el empleador, es la

misma antes y después de la fusión o si por el contrario se habría disuelto la primera relación laboral para constituir una nueva.

El principio de continuidad, en palabras de Agreda (2010)

Implica que en el caso del traslado de trabajadores de una empresa a otra no debe considerarse la configuración de una nueva relación laboral. Debido a que, implicaría que todos los beneficios obtenidos por el trabajador en la primera empresa se extinguirían al momento del cese formal y se computarían unos nuevos desde su ingreso a la nueva empresa. (p. 88)

En la misma línea, Medina (2016) señala que:

(...) el Derecho del Trabajo a través del principio de continuidad protege la subsistencia de la relación laboral, obligando al nuevo empresario a asumir su rol de empleador sin el quiebre del vínculo laboral; es decir, sin afectación del tiempo de servicios prestados para el anterior empleador. (p. 133)

El principio de continuidad evita que el contrato laboral se extinga o se vea interrumpido, prevaleciendo la relación laboral, su continuidad y su conservación. En palabras de Américo Plá, citado por Vera (2016) “ante una transferencia de trabajadores deberá considerarse toda la antigüedad generada por el trabajador, incluso desde el empleador primigenio” (p. 123).

Asimismo, Vera (2016) afirma que (...) la relación de trabajo continuará bajo las directrices del nuevo empleador y los trabajadores acumularán el tiempo de servicios laborado para la empresa anterior, para todo efecto legal.

Según lo expuesto en el acápite anterior respecto a los criterios adoptados por la Corte Suprema, se coincide con la opinión de Culqui (2015), respecto a que la transmisión debería respetar las mismas condiciones laborales que mantenía el trabajador en la empresa anterior, a través del aseguramiento de una misma remuneración y una misma categoría del puesto de trabajo, pudiendo haber una mejora en las condiciones de trabajo, pero no un menoscabo en las mismas, evitando así que se utilice esta figura para evadir las normas laborales.

En la misma orientación y concordando con Vera (2016), se sostiene que, debido a los alcances del principio de continuidad, se debe admitir que en la relación laboral existe una resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal; por lo que se opta por la prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador. En consecuencia, para determinar ciertos derechos (entiéndase derechos laborales con

contenido económicos) deberá contabilizarse todo el periodo laborado por el trabajador durante el vínculo laboral con ambas empresas.

En tal sentido, en lo que corresponda, deberá ser de aplicación el principio de continuidad, que supone que se deberá respetar la antigüedad y los derechos ya obtenidos por los trabajadores en función de esta (tal como comentaremos de modo específico en líneas posteriores). Dicho de otro modo, y para efectos prácticos, se comprende que la aplicación del principio de continuidad supone en casos como estos que ha habido una sola relación laboral, con todas las implicancias inherentes a ello, pese a que formalmente se hayan configurado diferentes relaciones laborales.

## **CAPÍTULO II**

### **LOS DERECHOS LABORALES CON CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS TRABAJADORES Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES**

Después de descender en los conceptos claves para el desarrollo de la problemática de la presente tesis, corresponde como segundo capítulo analizar los derechos laborales con contenido económico de los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Es necesario tener en cuenta que, dentro de los derechos laborales, existen múltiples clasificaciones como principios que alumbran a estos. Sin embargo, para el desarrollo de la problemática, es necesario analizar la manera en la que irradia el principio laboral de irrenunciabilidad de derechos en los trabajadores traspasados como consecuencia de un proceso de fusión teniendo en cuenta que lo renunciable o negociable será cláusula integrante del convenio tripartito laboral.

Por otro lado, canalizando las expectativas del lector hacia el análisis específico de la tesis, se definen y sintetizan únicamente los derechos laborales con contenido económico, separándolos de la gama total de derechos laborales.

En breves palabras, en este capítulo se indagan los límites en las posibles negociaciones acontecidas entre los trabajadores traspasados y su nueva empleadora respecto a sus derechos laborales con contenido económico; así como la protección que aquellos ostentan.

## **1.1.PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS LABORALES**

Conforme se ha establecido en el primer capítulo, las relaciones laborales objeto del Derecho Laboral se generan por diferentes intereses de las partes. Por un lado, el trabajador necesita generar ingresos económicos para su sostenimiento y el de su hogar; mientras que, el empleador, requiere del trabajo ofertado para poder brindar el bien o servicio de la empresa. Asimismo, cada uno quiere obtener el máximo beneficio: el trabajador, los más altos beneficios económicos; y, el empleador, la más alta producción o calidad.

En la situación descrita, se podría afirmar que no existe ningún inconveniente ya que siempre las partes de una relación jurídica (cualesquiera fuese su naturaleza) buscan obtener el máximo beneficio para sí mismas. Sin embargo, en la relación jurídica laboral, a diferencia de la civil, no existe una igualdad en la posición de las partes para tomar decisiones debido a la subordinación del trabajador al empleador, encontrándose en desequilibrio al momento de la negociación; en otras palabras, no existe una igualdad en la autonomía de la voluntad. (Reyes, 2015)

Esto en razón de que, el empleador ostenta el poder de dirigir, direccionar y sancionar al trabajador, quien se encuentra subordinado a las decisiones del empleador, teniendo este que acatarlas. Asimismo, las necesidades de las partes son diferentes de condicionamiento. Por un lado, para el trabajador la remuneración a percibir es fundamental para su subsistencia económica siendo difícilmente cambiabile; mientras que, para el empleador su fuerza de trabajo es fácilmente cambiabile, pudiendo pagarle a ese trabajador u otro por su servicio (existen circunstancias excepcionales en las cuales el trabajador se convierte en indispensable para la empresa, ya sea por la especialización que ha desarrollado, entre otros).

Teniendo en cuenta el motivo por el cual se distingue la relación jurídica civil de la laboral, debe quedar claro que el Derecho Laboral tiene dentro de sus pilares fundamentales principios propios que irradian en las relaciones objeto del Derecho Laboral. En el presente acápite se analizará el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales desde nuestro ordenamiento jurídico; para ello, en primer lugar, se dilucidará qué debe entenderse por acto de renuncia, posteriormente, se hará mención a los derechos reconocidos por la Constitución y la ley distinguiendo sobre cuales no cabe actos de renuncia y sobre los que caben actos de disposición. Finalmente, se analizará quiénes son los titulares del principio en estudio y cuál



es el momento (entiéndase como punto de referencia la relación laboral) en el que se puede aplicar.

Para analizar el ordenamiento jurídico se comenzará por la norma jerárquicamente superior, esto es, la Constitución Política, la misma que en su artículo 26 numeral 2 señala: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. Después de leer lo establecido en la Constitución se genera naturalmente la interrogante sobre qué se entiende por renuncia.

### **1.1.1. Renuncia y el principio de autonomía privada**

Al respecto, en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define a la renuncia como la “dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello”. Entonces, el acto de renuncia solo puede ser realizado por quien es titular de algo que será dejado para siempre; por lo que, si es un tercero quien priva a otro del goce de un derecho no se tratará de una renuncia sino más propiamente de un desconocimiento del derecho.

En el ámbito jurídico se define a la renuncia como una forma de extinguir la obligación, realizada de manera unilateral, ya que depende exclusivamente de la voluntad del titular del derecho y se materializa con la sola manifestación de esa voluntad sin que esté sujeta a una aceptación o convalidación posterior. Se entiende, también, que quien lo hace no espera – necesariamente – una contraprestación. Asimismo, la manifestación de voluntad de la renuncia puede ser expresa o tácita (Morales, 2017).

Este acto asienta sus bases en el Derecho Civil, en el cual todos los actos jurídicos celebrados entre particulares se rigen por el principio de la autonomía privada. Con referencia al contenido de esta última, De La Puente y Lavalle (1992, p. 10) afirman que es doble, “en primer lugar, la libertad de contratar (...) que es la facultad de decidir, cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se crean derechos y obligaciones; y, en segundo lugar, la libertad contractual (...) que es la que determina el contenido del contrato”.

Antes de continuar; cabe aclarar que el principio de irrenunciabilidad de derechos apunta a los derechos derivados de la relación laboral y no a la libertad de trabajo que faculta al trabajador a renunciar a la labor prestada.

Continuando con el principio de la autonomía de la voluntad dentro del ordenamiento jurídico peruano, este se encuentra reconocido tanto en la actual Constitución (numeral 14 artículo 2) como en el Código Civil (en adelante, CC). Asimismo, en el artículo IX del Título Preliminar de esta última norma se encuentra reconocida la supletoriedad de las normas civiles para las otras ramas del Derecho; por lo que, las disposiciones del CC pueden ser aplicadas supletoriamente al ordenamiento laboral en tanto no desnaturalicen las instituciones propias de esta rama. Entiéndase que, en palabras de Toyama (2001), este principio faculta a los particulares a disponer de sus derechos siempre que no exista transgresión a alguna norma de orden público o norma de carácter imperativo. Siendo uno de esos límites a la autonomía de la voluntad, el principio laboral de irrenunciabilidad por considerar a las normas laborales parte del orden público.

### **1.1.2. Definición del Principio de Irrenunciabilidad**

Este principio del Derecho Laboral tiene por finalidad “garantizar que el trabajador goce de manera irrestricta de los derechos que le asigna la Constitución y la Ley, por estar concebidos dentro de un marco de protección dada su posición naturalmente débil en la relación laboral” (García, 2010, p. 83). Conforme se menciona líneas arriba, el límite al principio de la autonomía de la voluntad se encuentra en las normas de orden público; como es que el trabajador acceda a todos los beneficios que las leyes le asignan, no pudiendo dejar de percibirlos pese a que ello obedezca a una decisión propia del trabajador.

En palabras de Plá (1998) la noción de irrenunciabilidad se puede expresar como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio” (p.118). En el mismo sentido, Neves (2003) considera que el principio de irrenunciabilidad de derechos “(...) prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la transgresión de esta regla» (p. 103). Asimismo, en la Jurisprudencia nacional se ha establecido que:

La Constitución protege al trabajador aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia – y, sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia –, se perjudique (STC Exp. N° 2906-2002-AA, FJ 4 emitida el 20.01.2004).

Asimismo, el argentino De Diego (2002) define la irrenunciabilidad como:

El principio por el cual existen una serie de derechos asegurados y garantizados por la ley y los convenios colectivos que se encuentran fuera del marco de negociación y libertad de contratación de las partes, y cualquier pacto en contrario será nulo y sin ningún valor (p. 113).

En postura propia, se considera que este principio laboral reconocido constitucionalmente apunta a impedir que el trabajador se deshaga, en su perjuicio, de los derechos reconocidos por ella, la ley y el convenio colectivo (en determinadas situaciones); sancionando con nulidad a ese acto jurídico. Es necesario recordar que en el acto de renuncia existe un perjuicio en el trabajador debido al efecto extintivo del mismo (a diferencia del acto de disposición que se analizará en líneas posteriores). Por otro lado, la renuncia a un Derecho Laboral protegido por el principio de irrenunciabilidad de derechos es un acto nulo y no tendrá efecto jurídico alguno.

Antes de culminar este breve acápite, se considera necesario analizar la función general y esencial de los principios en el Derecho y en cada rama del mismo. Con referencia a los primeros, debe tenerse en cuenta que el Derecho es una unidad irradiada por principios generales definidos como “las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanados de la conciencia social, que cumplen funciones fundadora, interpretativa y supletoria de su total ordenamiento jurídico” (Arce y Flores – Valdes, 1990, p. 140). Pese a que se concibe el Derecho como una unidad esencial, en la realidad, se distribuye en niveles de acuerdo a la realidad social generando ramas con principios específicos, los mismos que le otorgan autonomía relativa.

Definitivamente, los principios propios de cada rama del Derecho son su fundamento. Estos, a su vez, informan las peculiares relaciones jurídicas de cada rama. Por ejemplo, en la rama del Derecho Civil, la relación jurídica celebrada entre dos particulares se rige por el principio de autonomía de la voluntad; en la rama comercial, la relación jurídica celebrada entre quienes tienen la calidad de comerciantes es irradiada por el principio de buena fe; y, en la rama laboral la relación jurídica se celebra entre el empleador y trabajador se rige por el principio protector o tuitivo, entre otros ejemplos.

En consecuencia, cada rama del Derecho asienta sus bases en las diferentes relaciones jurídicas que se rigen por principios rectores, por lo que, de no contar con estos resulta ilógica

la diferenciación del Derecho en ramas. Esto quiere decir que, los principios estudiados son bases medulares del Derecho Laboral, teniendo que ser respetados tanto en la conformación del ordenamiento jurídico como en su aplicación en el caso concreto.

Ahora bien, todo principio cumple una triple función; esto es, la informadora, reguladora e interpretativa. La primera función va dirigida a encaminar la facultad legislativa del Poder Estatal. En palabras de Podetti (2016), busca que “se infunda en las leyes laborales todas las virtualidades ínsitas en cada principio, otorgándole una eficacia operativa en la materia y con los alcances regulados por aquéllas” (p.144). En segundo lugar, de acuerdo a la función reguladora, los principios tienen como finalidad ser fuente supletoria en caso de ausencia de ley. En tercer lugar, la función interpretativa permite que los principios sean analizados el momento de interpretar la situación no prevista en el ordenamiento jurídico; específicamente le compete al Juez ejercer esta función.

Por otro lado, siguiendo al mismo autor, se señala que el principio de irrenunciabilidad (también denominado principio de indisponibilidad) es un principio derivado del principio básico protectorio que a su vez procede del principio nuclear de la centralidad de la persona del trabajador, siendo así el principio de irrenunciabilidad una subclasificación manifestada en la restricción dispositiva individual. Además, agrega que, llevado el principio al extremo, el trabajador se encontraría en el mismo nivel de incapacidad de ejercicio que un “menor no tutelado”, lo que no favorece su promoción integral (Podetti, 2016).

La postura antes descrita resulta radical y equívoca toda vez que, si bien este principio protege al trabajador respecto a la renuncia (entendiéndose que en esta existe una manifestación de voluntad sin vicios) de derechos laborales su fundamento no es la incapacidad de ejercicio debido a una situación física o jurídica de ignorancia del trabajador; sino, su situación de debilidad debido a la situación física y jurídica que genera incapacidad económica y de decisión frente al empleador, lo cual conlleva a que el trabajador se encuentre subordinado y restringido en su capacidad negocial.

En efecto, la incapacidad negocial del trabajador genera que los ordenamientos jurídicos protejan su actuar imponiendo un límite a la capacidad para negociar buscando la protección del trabajador de sus propios actos por su situación jurídica que puede lesionar sus intereses

debido a su situación de debilidad. Consagrándose como principio la irrenunciabilidad a los derechos laborales. (Pacheco, 2011)

### **1.1.3. Fundamento**

Teniendo en cuenta lo expuesto, se estudiará el fundamento del principio de irrenunciabilidad de derechos- Rodríguez (2003), afirma que la situación de debilidad y sujeción del trabajador ante el ejercicio de los poderes del empleador en la relación laboral convierte en necesario el principio en estudio, surgiendo, así como una garantía al limitar el grado de sujeción del trabajador y evitar los posibles excesos de dichos poderes.

Por ello, este principio es un medio para lograr el propósito de “restringir la autonomía contractual y el margen de poder empresarial, (...) utilizando como “antídoto” la heteronomía (convenio colectivo, ley, Constitución), mediante las normas inderogables y derechos indisponibles relativamente (...)» (p. 112). Por lo tanto, el fundamento del principio de irrenunciabilidad es la desigualdad en la posición de las partes por encontrarse el trabajador en una situación de debilidad y sujeción frente a los poderes del emperador (razón de ser del Derecho Laboral), situación que reduce el papel de la autonomía privada en el contrato de trabajo.

Por su parte, Blancas (2011) concibe como su fundamento el carácter protector, o tuitivo, del Derecho Laboral, en virtud del cual las normas de este que otorgan derechos y beneficios a los trabajadores son imperativas y, por consiguiente, no son disponibles por el trabajador ni, desde luego, tampoco por el empleador. Encontrándose el ejercicio de este principio como una manifestación del rol intervencionista del Derecho Laboral ya que no se limita a garantizar unos derechos a favor del trabajador, sino que, además, impide que el trabajador disponga de esos derechos bajo insistencia o presión del empleador.

En el mismo sentido, Montoya (1990) considera que este principio es un reflejo del principio protector, o tuitivo, del Derecho del Trabajo, en cuanto impide la renuncia de derechos que realice el trabajador en su propio perjuicio (p. 221). En este sentido parece concebirlo igualmente el TC, al señalar que “La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral” (STC 0008-2005-AI/TC. f.j. 4).

Con postura similar, Hernandez (2004) considera que el fundamento del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales es el

Carácter de orden público (entiéndase de las normas laborales) y el rigurosamente imperativo de las normas de trabajo, en la indisponibilidad de sus preceptos necesarios, en las normas que entrañan una limitación legal al principio tradicional de la autonomía de la voluntad contractual, etc. (p.37).

Entiéndase que, el autor ha señalado como fundamentos del principio tanto al orden público como al carácter imperativo de las normas de trabajo; sin distinguir que el orden público no se reduce a las normas de carácter imperativo. Mientras que estas últimas son taxativas y se encuentran en el ordenamiento jurídico; el orden público, no es una definición ni un concepto estático; por ello, no se puede encasillar o delimitar su concepto a determinadas situaciones, será necesario que se analice en el caso concreto.

Según Salcedo (2002) si bien podría afirmarse que el principio de la irrenunciabilidad de derechos y el principio tuitivo encuentran su fundamento en la relación laboral subordinada, son diferentes en sus fines ya que el principio de irrenunciabilidad se concretará sancionando con la nulidad de cualquier pacto de renuncia de derechos laborales. Asimismo, el principio de irrenunciabilidad es una consecuencia del principio protector o tutelar, pues el Estado manifiesta su mayor protección en favor del trabajador a través de disposiciones legales que impiden que el trabajador pueda acordar situaciones o condiciones económicas, morales o materiales que le sean perjudiciales.

Para otros como Caldera (1972) y Neves (2003), el principio de irrenunciabilidad encuentra fundamento en el carácter imperativo o de orden público de las leyes laborales. Para Caldera la irrenunciabilidad de los derechos laborales “(...) más que una regla, es una consecuencia de la verdadera regla que es la del carácter imperativo que generalmente tienen las normas legales en esta materia» (p. 194). En el mismo sentido, Neves (2003) y Toyama (2001) sostienen que, al ser las normas laborales de carácter taxativo y formar parte del orden público son de obligatorio cumplimiento, configurándose, además, como un límite a la autonomía de la voluntad.

Habiéndose explicado el fundamento del Principio Laboral en análisis desde diferentes posturas, se coincide con que todos los fundamentos resaltan la peculiaridad de la relación laboral: la subordinación y el poder ejercido por el empleador sobre los trabajadores. Esta

trae como consecuencia la imposibilidad de ejercer la voluntad en el marco de la autonomía de la voluntad; y, renunciar a los derechos laborales. Por ello, se sostiene que la razón de ser del principio es el carácter tuitivo del Derecho Laboral que protege la especial relación entre trabajador y empleador, el mismo que genera como consecuencia implícita el carácter imperativo de las normas laborales.

#### **1.1.4. Alcances del principio: Normas imperativas y dispositivas**

La concreción práctica de este principio en el mundo del Derecho hace que tenga gran acogida en las Constituciones o como lo expresa Ramos citado por Pacheco (2011), el principio de irrenunciabilidad es el “instrumento de garantía efectiva del disfrute de los derechos de contenido laboral por parte de quien ostenta en la relación de trabajo una posición de subordinación jurídica” (Pacheco, 2011, p. 3,4). Sin embargo, conforme lo manifiesta Pasco (2007) esta prohibición (a renunciar a derechos laborales) sólo tiene fuerza vinculante si consta en un precepto legal expreso debido a que, “un juez difícilmente podría atribuir tal carácter a un Derecho Laboral en un país donde la ley no lo establezca en forma directa e inequívoca” (p. 70). Entonces, para este autor, solo los derechos reconocidos en normas jurídicas en las que se reconozca expresamente el carácter irrenunciable del derecho podrán ser protegidos por este principio del Derecho Laboral.

Por su parte, Pla, señala que, “el primer problema (...) consiste en determinar cuáles son las normas realmente irrenunciables” (1998, p. 144-145.), dejando abierta la posibilidad de que existan derechos protegidos por este principio en normas en las que el carácter irrenunciable sea expreso y en normas en las cuales el Derecho Laboral reconocido no haya sido calificado expresamente como irrenunciables pero que implícitamente pueden tener rasgos sintomáticos de irrenunciabilidad.

En cuanto a la forma de las normas, debe tenerse en cuenta que la forma implícita es la que deriva inequívocamente del propio contenido de la norma. En consecuencia, no solamente serán irrenunciables aquellas que expresamente tengan ese carácter sino también aquellas otras que, sin tenerla, implícitamente lo son, por el derecho que consagran o la finalidad que persiguen; es decir, las normas que contengan mínimos de derecho necesario.

De lo señalado hasta el momento, surge la interrogante respecto a si la irrenunciabilidad de las normas laborales se debe al carácter imperativo o es dada por su misma naturaleza, y, en

consecuencia, forma parte del orden público. Es decir, ¿las normas laborales son irrenunciables por ser de orden público? o ¿son irrenunciables por encontrarse tal categoría expresamente en la norma y ofrecer un carácter imperativo?, en caso se acepte que existen normas laborales imperativas, ¿se podría admitir que existen normas laborales disponibles? Ante tales interrogantes, y de acuerdo a lo sostenido por Neves (2003) se tiene que las normas laborales son irrenunciables en razón a su carácter imperativo. Por lo que, se deduce que este principio no opera frente a aquellas normas que tienen naturaleza dispositiva.

Cabe analizar en primer lugar si existen o no normas laborales de carácter disponible; o si, por el contrario, todas son imperativas. Con referencia a lo expuesto, en la doctrina laboral, existen posturas discordantes. Por un lado, De La Cueva (1970) sostiene que es un derecho imperativo (*jus cogens*), debido a que “(...) los derechos sociales, (...), forman parte del orden público de las comunidades y, en consecuencia, la sociedad, el Estado y los particulares tienen el deber de respetar sus imperativos” (p. 254). En el mismo sentido, Caldera (1972) señala que, por regla general, en materia laboral, las normas son de orden público; es decir, las normas laborales, en principio, son irrenunciables; y, excepcionalmente, dispositivas.

Por otro lado, siguiendo a Plá (1998) y a la postura predominante en la doctrina, se sostiene que existen, excepcionalmente, normas de carácter disponible (negociable) en el Derecho Laboral, pese a que la mayoría de normas laborales tengan carácter imperativo. Ante ello, se deben clasificar las normas laborales en función de su grado de imperatividad, distinguiéndose entre normas de derecho necesario relativo y normas de derecho necesario absoluto.

En relación a las primeras, operan como mínimos, no impidiendo que las partes pacten sobre su mejora mas no en detrimento del derecho reconocido. Mientras que, en las segundas, son absolutamente inmodificables ya sea a favor o en perjuicio debido a que regulan estructuras básicas de la relación laboral como la capacidad de los sujetos del contrato, las relativas a la vigencia del principio de igualdad y no discriminación y facultades esenciales (trabajador o empleador) (Valderde, Rodriguez y García, 2003, p. 475). Téngase presente que los actos permitidos en razón del grado de imperatividad se debe a un acto de mejora, de disposición y no a un acto de renuncia; en consecuencia, en esta diferencia de normas no se aplica el principio de irrenunciabilidad de derechos.



Como postura radical, se encuentra la enunciada por Ackerman (2004) quien concluye que la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador opera “sea cual fuere su origen; esto es, provengan de normas imperativas o no, y cualquiera que sea el momento de adquisición, es decir, se trate de derechos adquiridos o futuros” (p. 5). Lo expuesto por el autor, carece de un mayor análisis toda vez que en las normas que tienen el carácter de no imperativas, al no existir obligatoriedad en el cumplimiento por las partes, permite a los trabajadores negociar sobre estos.

Por otro lado, conforme lo sostiene García (2010), existe una postura ecléctica; en la cual se debe analizar la norma laboral individualmente para establecer qué parte de la misma es irrenunciable o disponible. Referente a ello, se recuerda que dentro de las normas laborales (que abarcan desde la Constitución hasta las leyes, e incluso, el convenio colectivo en determinadas situaciones) se reconocen derechos y se describe la forma de ejecución de los mismos. Siendo los derechos laborales en su integridad irrenunciables, sin embargo, en su ejecución la norma faculta a las partes (en ciertas oportunidades) a negociar, y, en consecuencia, a disponer de la forma de ejecución de los derechos laborales. Por ejemplo, el artículo 19 del Decreto Legislativo (en adelante, D Leg.) 713, modificado por la Disposición Complementaria Modificatoria del D Leg 1405 (aprobado a los 11 días de setiembre del 2018), que permite al trabajador el “canje” o venta de quince días de vacaciones.

En la misma línea, Fernandez – Madrid, citado por Sisro (2004) señala que:

El basamento en que se asienta el principio protectorio consiste precisamente en la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. La misma está ligada en primer lugar a un derecho de mínima que se estructura en consideración a la falta de capacidad negocial del dependiente (norma mínima). De esta forma, (...) las disposiciones de la ley (...) condicionan la autonomía de la voluntad de las partes del contrato individual. Pero esta misma voluntad debe considerarse limitada para pactar renunciaciones a los derechos adquiridos por encima de los legales (...), salvo que se compense adecuadamente el cambio restablecido de las respectivas prestaciones.

Para este autor, la irrenunciabilidad opera respecto a la norma mínima (taxativa, de orden público), mas no aquellos beneficios superiores (dispositivo o negocial) a lo establecido en la ley (o Constitución). Por ejemplo, en un contrato de trabajo el empleador ofrece pagar tres gratificaciones al trabajador (cantidad superior a las dos obligadas por ley); sin embargo, después el trabajador renuncia a la gratificación extra (1) para continuar con el beneficio social de gratificación de acuerdo a ley (2 gratificaciones por año).

Por ello, se considera que, si bien las normas laborales forman parte del orden público, siendo un límite a la autonomía de la voluntad, debe analizarse la normativa laboral con cautela; debido a que, existen partes de la norma donde podría operar la autonomía privada. Asimismo, se considera que los derechos reconocidos constitucionalmente son, en su integridad, irrenunciables; pudiéndose disponer de los mismos mas no renunciar a ellos ni a su ejecución (pese a que al momento de elegir una forma se perjudique al trabajador). Coincidiéndose con lo señalado por Varela (2018) se precisa que este postulado garantiza al trabajador, que, ante una discusión sobre sus beneficios, tendrá siempre un piso mínimo sobre el cual concertar debajo del cual todo acto celebrado es nulo; pero si, por el contrario, se aumenta o potencializa el derecho será válido el acto jurídico.

### **1.1.5. Actos de disposición**

Ahora bien, analizando el acto jurídico de disposición, existen actos que de cierta manera también importan la dejación voluntaria de algo pero que, por oposición a la renuncia, en estos casos no hay perjuicio para el trabajador. No existe una extinción definitiva del derecho o, si se quiere, no se presenta en la misma magnitud. Al disponer de un derecho, el trabajador conserva para sí todo o parte de él, o adquiere un beneficio complementario como contraprestación por el acto de disposición.

Al estudiar la distinción entre un acto de disposición y un acto de renuncia, Neves (2007) primero, plantea la diferencia entre las normas dispositivas y las imperativas. Por las primeras, “(...) su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición” mientras que, por las normas imperativas “el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace sería un acto de renuncia” (p. 170).

Asimismo, el TC reconoce que:

Un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. La irrenunciabilidad es solo operativa en el caso de la segunda. La norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede despojarse, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma. Una norma jurídica puede contener dentro de su texto partes taxativas y expositivas. (STC N° 0008-2005-AI, FJ. 24)

Por ello, en cuanto a la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la ley, es menester aceptar que el ámbito de aplicación de la norma constitucional es precisamente el de los

derechos reconocidos como mínimos, siendo cuestionable extenderlo a un caso en que el beneficio dependía de la opción libre del trabajador.

Entonces, solamente serán de disposición los derechos contemplados en normas que tengan carácter dispositivo; siendo de plano irrenunciables los derechos contenidos en normas que no admitan un tratamiento distinto o alternativo del propio. Una norma es irrenunciable cuando contiene mínimos de derecho necesario, conforme se mencionaba líneas arriba. Cabe mencionar que existen normas jurídicas cuyos derechos conjugan aspectos irrenunciables y dispositivos para el trabajador. Por ejemplo, el descanso vacacional del trabajador regulado en el artículo 17 del D Leg 703 que otorga al trabajador la posibilidad de “canjear” o reducir, por escrito, quince días de vacaciones con la respectiva compensación (parte dispositiva). Pero imposibilita la renuncia al goce del derecho en dos sentidos: primero, el trabajador no puede renunciar al íntegro de las vacaciones teniendo que disfrutar, como mínimo, de 15 días de descanso; y, segundo, el trabajador no puede renunciar a los días de vacaciones sin contraprestación (parte irrenunciable)

En los actos de disposición se benefician ambas partes: empleador y trabajador. En la práctica, es también el empleador quien toma la iniciativa para este tipo de actos de disposición e intenta persuadir a su trabajador para su celebración, en beneficio de ambas partes y no únicamente una de ellas.

En conclusión, las normas laborales contienen normas imperativas que no pueden ser objeto de renuncia. Sin embargo, dentro de estas normas imperativas existen dos clases de acuerdo al grado de imperatividad: normas de derecho necesario relativo y normas de derecho necesario absoluto. Respecto a las primeras caben actos de disposición; mientras que en las segundas no cabe ni la renuncia ni la disposición.

#### **1.1.6. Aspecto objetivo: normas irrenunciables**

Antes de culminar, cabe analizar sobre qué normas del ordenamiento jurídico peruano recae el principio de irrenunciabilidad. La Constitución señala que es aplicable a los derechos contenidos en la Constitución y la Ley; en ese orden de ideas, el TC en la STC 008-2005-PI/TC, FJ.14 brinda una interpretación restrictiva otorgándole el beneficio exclusivamente a la ley y Constitución; y no a los derechos reconocidos en el Convenio Colectivo.

Sin embargo, doctrinariamente, Plá (1998) considera que los convenios colectivos no son renunciables salvo que en el mismo convenio se prevea la posibilidad de hacerlo. Por su parte, Blancas (2011) y Toyama (2003) señalan que el convenio colectivo es una norma heterónoma con fuerza imperativa; por lo que las disposiciones normativas contenidas en este son irrenunciables. Similar postura ostenta Parra, citado por Varela (2018), al precisar que “son irrenunciables todos los derechos de los trabajadores, independientemente de su origen; heteronómicos o autonomía de la voluntad”; encontrándose dentro del primero el convenio colectivo.

Como postura personal, se considera que los convenios colectivos al buscar mejorar la relación laboral establecen cláusulas normativas (Palomeque & de la Rosa, 2018), las mismas que generan una vinculación entre las partes de carácter irrenunciable. En consecuencia, respecto a esa parte normativa del convenio colectivo, se considera aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales salvo que en el mismo convenio se establezca taxativamente la posibilidad de renuncia.

#### **1.1.7. Titulares del principio**

Finalmente, es necesario recordar quién es el titular del principio laboral. De un análisis superfluo se afirma que es el trabajador el titular; sin embargo, recordemos que existen otros sujetos que pueden ser parte de las relaciones en el Derecho Laboral como el empleador y el sindicato. En cuanto al primero, Neves (2003) sostiene que se puede disponer de los derechos debiendo existir una porción mínima irrenunciable ya que desnaturalizaría la relación. Por su parte, Toyama (2001) sostiene que este principio tiene como titular exclusivo al trabajador.

De lo expuesto, se considera que el fundamento sostenido por Neves de admitir como titular al empleador es errado ya que al renunciar este último a derechos que desnaturalicen la relación laboral y perjudicar directamente al trabajador; no transgrede el principio de irrenunciabilidad sino el principio de buena fe. Según este último, las partes de la relación jurídica laboral (trabajador y empleador) actúan conforme a derecho, obligándose recíprocamente a cumplir con lo pactado; por ello, este principio, conmina a las partes a cumplir sus obligaciones de acuerdo a lo pactado.

Por el lado del Derecho Laboral Colectivo, se concuerda con la postura de Neves (2003) quien sostiene que pese a que la organización sindical (de acuerdo a su naturaleza) ostenta un grado elevado de poder, equiparándose al del empleador, no puede renunciar a un Derecho Laboral contenido en una norma taxativa o con mínimos necesarios (Constitución o Ley). Asimismo, se entiende que los trabajadores integrantes del sindicato y a quienes se les aplique el convenio colectivo (sindicato mayoritario) no podrán rechazar las condiciones contenidas en cláusulas normativas del convenio colectivo debido a que son ley entre las partes; de hacerlo, nos encontraríamos ante un acto jurídico nulo.

Jurisprudencialmente, la Sala Laboral a través de la Casación Laboral. N° 10712-2014-Lima (06.07.2015, considerando sexto) establece tres criterios para establecer en qué casos nos encontramos ante normas laborales de carácter irrenunciable y en cuáles se permite la renuncia.

En primer lugar, analizando la fuente de la ley, todas las normas jurídicas emanadas del orden estatal, sin importar su jerarquía, son de carácter irrenunciable para el trabajador individual. Asimismo, reconoce que este principio no aplica para los pactos de reducción de remuneraciones que son aceptados por el ordenamiento jurídico conforme a la Ley N° 9463 vigente desde el año 1941. Con referencia a esta última ley, la Sala ha desarrollado su criterio de validez señalando que puede existir una reducción consensuada cuando existe un acuerdo entre el trabajador y empleador; y una reducción no consensuada cuando la rebaja la dispone el trabajador de forma unilateral, siempre y cuando, sea una medida excepcional (cuando solo suceda en ocasiones especiales) y razonable (si no implica un aminoramiento importante de la remuneración).

Lo expuesto se encuentra en la Casación Laboral N° 00489-2015 Lima (07.07.2018), precisamente en el considerando décimo, se señala de forma textual lo siguiente:

(...) la posibilidad de la reducción de las remuneraciones (...) regulada en nuestro ordenamiento jurídico (...) puede ser consensuada o no consensuada.

Será consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador, tal como se regula en la Ley N° 9463.

Será no consensuada si es adoptada por decisión unilateral del empleador, es decir, sin aceptación previa del trabajador. Esta posibilidad resulta de la interpretación en contrario

del inciso b) artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR y del artículo 49° del Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador y sin causa objetiva o legal. En tal sentido, esta decisión resultará viable si se expresa los motivos por los que así se procede (por ejemplo, garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado -o en su caso de una empresa-) o se invoca la ley que la justifique.

Referente a la Casación antes mencionada, surgen diversas interrogantes como si la Ley N° 9463 es inconstitucional al permitir la reducción de la remuneración; o si la Sala ha emitido una resolución arbitraria al exceder lo dispuesto por la Ley antes mencionada y otorgar, jurisprudencialmente, la facultad a los empleadores de reducir la remuneración o beneficios sociales sin consentimiento del trabajador, teniendo en cuenta que el actual control de los actos en materia laboral es posterior a la celebración del mismo. Las interrogantes planeadas serán desarrolladas con mayor profundidad en el siguiente acápite.

En segundo lugar, respecto a los derechos laborales que tienen como fuente de origen un convenio colectivo o un laudo arbitral, también tienen carácter irrenunciable para el trabajador individual, pero estos sí pueden ser objeto de renuncia, disminución o modificación por acuerdo entre la organización sindical y el empleador.

Por último, la Sala Laboral reafirma que los derechos derivados del contrato individual de trabajo o de la decisión unilateral del empleador pueden ser objeto de libre disposición por el trabajador individual, que puede aceptar su modificación o incluso su supresión.

En definitiva, y conforme a la jurisprudencia, los derechos laborales irrenunciables de acuerdo a su fuente son aquellos provenientes de la Constitución, la Ley y el Convenio Colectivo (sólo en determinadas situaciones). En realidad, los titulares del principio de irrenunciabilidad frente a la Constitución y la Ley son el trabajador y el sindicato; mientras que, en la renuncia a lo establecido por el Convenio Colectivo, es únicamente, el trabajador.

#### **1.1.8. Vigencia temporal del principio**

Con relación a la vigencia temporal del principio de irrenunciabilidad de derechos, se tiene que este se aplica antes, durante y después de la relación laboral. Bastando la existencia del derecho para que el acto de renuncia del trabajador pueda calificar como irrenunciable, sin que se requiera que el trabajador cuente con los requisitos previstos (...) para el goce efectivo

del referido derecho” (Toyama, 2001, p. 167). Así, por ejemplo, cuando un trabajador al momento de celebrar el contrato laboral renuncia al goce de vacaciones, este acto resulta nulo. Toda vez que; basta con la existencia del derecho a las vacaciones (regulado en la Ley N° 1405) para que el trabajador se encuentre imposibilitado a su renuncia, pese a que el trabajador, en ese momento, no cuente con el año laborado (requisito previo para su efectivo goce).

En el mismo sentido, Blancas (2011) afirma que antes, durante y después de la relación laboral debe entenderse aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos. Acerca de las dos primeras fases en razón de que el trabajador se encuentra en estado de necesidad consecuencia de la sujeción; y, en la última, porque pese a no encontrarse en relación de sujeción, el estado de necesidad se mantiene ya que tiene origen social.

## **1.2. ANÁLISIS DE LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES CON CONTENIDO ECONÓMICO**

Después de estudiar el proceso de fusión empresarial, el mismo que se desarrolla en diferentes etapas como la convocatoria, liquidación, extinción; y, el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales en el que se prohíben los actos de renuncia a los derechos reconocidos por la ley y la Constitución (el convenio colectivo se admite doctrinaria y jurisprudencialmente en determinados casos y respecto de los trabajadores) pero se deja abierta la posibilidad de realizar actos de disposición. En el presente acápite se establecerán qué derechos laborales con contenido económico pueden formar parte del convenio de traspaso y quedar establecidos en liquidaciones individualizadas (por cada trabajador); garantizándose así el cobro efectivo de los adeudos laborales.

La medida propuesta en la presente investigación (convenio de traspaso) encuentra sustento en la realidad económica y social debido a la volatilidad y competitividad del mercado, debiendo el Derecho Laboral buscar medios que colaboren con el desarrollo armónico de la economía y el desarrollo social. En la doctrina, existen posturas diversas en relación al rol del Derecho Laboral ante los cambios económicos. Por un lado, se sustenta que la economía cambiante actual exige a los empresarios a ser, cada vez más, competitivos lo que genera como consecuencia que estos incrementen “su presión hacia los gobiernos para que se admitan métodos de producción más flexibles o regímenes de externalización, de manera

que se viabilicen cambios en la organización del trabajo con inmediatez y frecuencia” (Rodríguez Piñero, 2002, p. 87). De modo que, conforme lo sostiene Ferro (2010), el Derecho del Trabajo “debe transformarse en una disciplina capaz de aportar respuestas polivalentes y ágiles en una sociedad expuesta al cambio permanente”.

En postura contraria, con la cual se concuerda, Alvarez (2017) considera que si bien estos cambios en la economía mundial superan la realidad estudiada por el Derecho Laboral tradicional, la solución no es desconocer todo de este y adaptarse sin reparos a los cambios económicos; por el contrario, postula que el Derecho Laboral basándose en sus principios medulares debe adaptar los cambios económicos a la actualidad compleja que no atañe exclusivamente al mundo del trabajo sino al mercado en general.

Teniendo en cuenta lo que se busca conseguir en el acápite segundo se debe, en primer lugar, definir qué es un Derecho Laboral de contenido económico y qué lo diferencia o asimila a un derecho humano laboral. Posteriormente, se analiza la disponibilidad (entendiéndose esta diferente a la renuncia) y la posibilidad de renuncia de derechos laborales con contenido económico respecto de la norma renunciante o de la parte de la norma en la que se permite tal posibilidad; mas no en las que tienen carácter irrenunciante ya sea porque fue concedido expresamente tal categoría (irrenunciante) o porque la norma opera como mínimo de derecho necesario (de acuerdo al grado de imperatividad) o relativo.(conforme se ha señalado en el acápite 2.1.4).

## **2.1.- Clasificación de los derechos laborales**

Los derechos laborales (entiéndase derechos de los trabajadores) de acuerdo a la norma en la que se reconocen se clasifican en naturales (ius cogens), fundamentales y legales. Los primeros se distinguen por haberse señalado en los instrumentos internacionales de derechos humanos como son la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador (1988), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), entre otros (Canessa, 2008). Por otro lado, los derechos fundamentales son aquellos derechos laborales humanos que se encuentran reconocidos en las Constituciones de cada país (Valdivia, 2007). Finalmente, los derechos laborales legales son aquellos que se reconocen en las legislaciones de cada país, en estas se concreta el cómo se debe realizar determinado derecho.



En distinta pero similar clasificación, Ferro (2010) distingue a los derechos laborales de acuerdo a su grado de concreción práctica en derechos humanos laborales y derechos laborales de contenido económico. Los primeros, tienen por objeto procurar condiciones básicas de trabajo y hacer factible la organización de los trabajadores con vista a la defensa de sus intereses, se orientan a la irreversibilidad y la progresividad; además, se encuentran vinculados al pleno reconocimiento de la dignidad del individuo por lo que sus preceptos se encuentran en instrumentos internacionales y constitucionales. Dentro de los derechos humanos laborales se encuentra, por ejemplo, el derecho a percibir un salario equitativo e igual por trabajo igual, la igualdad de oportunidades, el descanso y el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, entre otros.

En cambio, la segunda clase tiene por objeto otorgar a favor de los trabajadores beneficios que se traducen a términos económicos; por ello ostentan como signos distintivos su capacidad para adaptarse y adecuarse al contexto económico; así pues, se orientan a su compatibilidad con la coyuntura y el devenir económico. Su plasmación en el ordenamiento jurídico surge de normas de inferior jerarquía (leyes). A forma de ejemplo de derechos laborales con contenido económico tenemos a las gratificaciones, la asignación familiar, Compensación por Tiempo de Servicios, entre otras, reconocidas en la ley.

La clasificación señalada no es restrictiva en el sentido de que un derecho humano laboral puede ser desarrollado o concretado por un Derecho Laboral de contenido económico. En otras palabras, “existen vasos comunicantes entre los derechos humanos laborales y los derechos laborales de contenido económico” (Ferro, 2010, p.239). Ambas normas, en la mayoría de casos, se complementan. Por un lado, las normas que contienen derechos laborales económicos encuentran su fundamento directo en las normas que contienen derechos humanos laborales; mientras que estas últimas, encuentran su desarrollo (extensión o amplitud del beneficio sujeto a una evaluación económica) en las normas laborales que contienen derechos laborales con contenido económico.

Para entender lo descrito, se necesita ejemplificar; así pues, el derecho humano laboral a obtener un salario equitativo y suficiente se concreta en el Derecho Laboral con contenido económico que establece la remuneración mínima vital, la misma que depende de un análisis de la realidad económica por lo que puede variar. Otro claro ejemplo es el derecho humano laboral al descanso; el mismo se encuentra concretado en la norma que contiene el Derecho

Laboral de contenido económico que señala los días de descanso; o, el caso de las vacaciones pagadas, estas son un derecho humano laboral pero su efectivo disfrute se consigue con la norma que contiene su valoración, siendo, esta última, una norma laboral con contenido económico.

Por último, dentro de los derechos laborales con contenido económico se encuentra la subclase de “derechos puramente económicos cuyo objeto consiste simplemente en establecer compensaciones económicas particulares cuya determinación, alcance o reducción no puede desvincularse del contexto económico en el cual estos derechos deberán ser aplicados” (Ferro, 2010, p. 239). Así por ejemplo se tiene las gratificaciones por fiestas patrias o navidad, las compensaciones por el tiempo de servicio laborado, el alcance en la participación de las utilidades, etcétera.

Para fines prácticos, la investigadora concibe la clasificación de los derechos laborales en humanos y de contenido económico debido a que permitirá el análisis de disponibilidad de los mismos. Sin embargo, debe quedar claro que la autora no se asimila a la postura adoptada por Ferro en su artículo “El Derecho del Trabajo en tiempo de crisis” debido a que este considera que los derechos laborales reconocidos en el Perú a favor de los trabajadores generan “sobrecostos” excesivos de hasta el 50% del costo anual del salario, sin analizar el rol tuitivo del Derecho Laboral basado en la subordinación que genera una relación asimétrica entre ambas partes, necesitando de la intervención del Estado para su debida protección (entiéndase intervención correctora, compensadora o igualadora mas no intervencionismo, el Derecho Laboral busca establecer pisos mínimos).

## **2.2.- Análisis de disponibilidad de los derechos laborales con contenido económico**

### **2.2.1. Remuneración**

El derecho a una remuneración, reconocido por nuestra Constitución, es un Derecho Laboral natural toda vez que de no ser otorgada una contraprestación por el trabajo subordinado retrocederíamos a la esclavitud. Por ello, toda persona que realiza un trabajo subordinado debe recibir una contraprestación (salario o remuneración) equitativa. Conforme lo expresa TC en la STC Exp. N° 0020-2012-PI/TC (16.04.2014):

El derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por

los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de este último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier obligación del empleador. (FJ. 10)

Por otro lado, la concreción práctica de este Derecho Laboral natural se efectúa legislativamente. Entonces, el legislador peruano establece en el Decreto Supremo N° 004-2018-TR la remuneración mínima vital que debe entenderse como aquel monto dinerario (concebido por jornada completa) mínimo de subsistencia.

Pese a encontrarse reconocido el derecho a la remuneración por la actual Constitución (1993) y la anterior a esta (1979), desde el año 1941 se encuentra vigente la Ley N° 9463 que permite la reducción consensuada de la remuneración siempre que cumpla con las siguientes condiciones: a) que sea libremente aceptada por el trabajador; b) que no afecte los periodos anteriores al pacto, lo que exige que este tenga fecha determinada para su vigencia; y c) que no afecte los mínimos legales ni los convencionales.

En relación a la Ley N° 9463 que posibilita la reducción consensuada, Pacheco (2011) precisa que

La jurisprudencia del Poder Judicial se ha negado la posibilidad de reducir la remuneración del trabajador mediante acuerdo con el empresario, a pesar de que existe una norma del año 1941 que reconoce esta facultad, porque considera que ésta ha sido tácitamente derogada por la Constitución vigente que establece como uno de los tres principios de la relación laboral, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. (p. 4)

Respecto a la derogación tácita de la ley en análisis debe quedar claro que, de acuerdo al artículo I del Título Preliminar del CC peruano (que rige supletoriamente a las otras ramas del derecho) la derogación de la ley solo es dada por otra ley de forma expresa. Por ello, la interpretación brindada por el Poder Judicial de la vigencia de la Ley que aprueba la reducción de remuneración consensuada continúa en vigencia.

Por otro lado, conforme se ha desarrollado en el acápite anterior, en la Casación Laboral N° 00489-2015 Lima (07.07.2018), precisamente en el considerando décimo, se admite la posibilidad de reducción de las remuneraciones de forma no consensuada, es decir por la voluntad unilateral del empleador (a diferencia de lo establecido en la Ley), siempre que “se expresen los motivos por los que así se procede (por ejemplo, garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado -o en su caso de una empresa-) o se invoque la ley que la justifique”. Asimismo, señala que esta forma de reducción

Resulta de la interpretación en contrario del inciso b) artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR y del artículo 49° del Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador y sin causa objetiva o legal.

Referente a la Casación antes mencionada, surge la interrogante respecto a si el actuar de la Sala es arbitrario al emitir una resolución en la que se excede lo dispuesto por la Ley antes mencionada (en esta se permite la reducción consensuada), otorgando jurisprudencialmente la posibilidad de reducir la remuneración sin el consentimiento del trabajador.

Con relación al criterio sostenido por la Sala, considero que la forma no consensuada de reducción de remuneraciones, si bien deja de lado – en parte – el principio de irrenunciabilidad reconocido constitucionalmente, este no es inaplicable en su totalidad debido a que se establece que existen mínimos debajo de los cuales el empleador no podrá reducir como el monto de la remuneración mínima vital. Asimismo, si bien se podría pensar que esta reducción ataca directamente la remuneración entendida como aquel monto básico para la subsistencia indispensable de la persona; debe entenderse que se busca beneficiar a ambas partes de la relación laboral. Tal beneficio se ve reflejado de la siguiente manera: al reducir las remuneraciones de forma no consensuada en los supuestos de crisis económica de la empresa, se busca que esta logre la estabilidad financiera y logre superarla. Por ello, superada la crisis el trabajador debe regresar a las condiciones pactadas

En conclusión, se entiende que la Sala ha ponderado el derecho del trabajador a la remuneración, específicamente alumbrado por el Principio de Irrenunciabilidad de derechos laborales y la libertad del empresario en su manifestación de permanencia en el mercado, buscando la solución más beneficiosa y menos perjudicial para ambas partes. Esta posibilidad es un claro ejemplo de que los derechos no son ilimitados; ya que, de un análisis breve de costo – beneficio resulta más beneficioso para ambas partes (trabajador y empleador) reducir la remuneración (claro, nunca debajo de los mínimos legales establecidos) con la finalidad de recuperar la situación financiera de la empresa.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución señala en su STC Exp. N° 00020-2012-PI/TC, (16 .04.2014, FJ 44) las condiciones básicas para que el empleador utilice la reducción no consensual, entendiéndola como una medida excepcional. El TC desarrolla los siguientes requisitos:

Necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros, que implica la reducción de la remuneración sustentada en la necesidad de reducir el déficit o la escasez a fin de garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado -o en su caso de una empresa-, y exige que debe existir una relación directa entre la medida adoptada y la política o planificación económica perseguida. En suma, se trata de una medida excepcional que se encuentra constitucionalmente justificada en aquellos contextos especiales que generen un impacto económico negativo en la actividad desarrollada por el Estado o por la entidad privada que haga propicia la adopción de tales medidas a fin de evitar mayores perjuicios económicos.

Necesidad de una reorganización del personal, que puede incluir la supervisión y reorganización debidamente justificada de la prestación de los servicios -públicos esenciales en caso de que sea el Estado- que brinda el empleador.

Lo desarrollado por el TC salva los cuestionamientos respecto a la excepcionalidad de la medida y los requisitos previos para su uso. Sin embargo, queda aún una cuestión actual que ha pasado desapercibida como es la supervisión de la real existencia del estado de necesidad de la empresa y su efectivo retorno a las condiciones pactadas una vez solucionados los problemas económicos y financieros.

Con referencia al control del cumplimiento de la normativa laboral anterior a la celebración de los actos, esta ha sido modificada por el D Leg N° 1246 aprobada el nueve de octubre del año dos mil dieciséis. Esta norma en su tercera Disposición Complementaria Modificatoria, modifica el artículo 73 del D Leg 728 eliminando la obligación de presentar una copia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad a la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de su conocimiento y registro.

Asimismo, en la quinta Disposición Complementaria Modificatoria, al modificar el artículo 48 de la Ley N° 28518 elimina la obligación de inscripción de los beneficiarios de las distintas modalidades formativas ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, siendo suficiente con declararlos en la planilla electrónica.

Finalmente, en la Disposición Complementaria Derogatoria Única se elimina el artículo 8 del D Leg N° 689, Ley de Contratación de Extranjeros, indicando que para la solicitud de aprobación de este tipo de contratos de trabajo solo basta remitir el contrato de trabajo escrito y la declaración jurada de la empresa donde se señale que la contratación del extranjero cumple las condiciones establecidas por ley y cuenta con la capacitación o experiencia laboral requerida para la misma.

Con este D Leg se consigue la eliminación de todas las normas que prevén un control anterior del cumplimiento de normas laborales en los actos; por lo que, el único control será el posterior a través de una fiscalización. Siendo actual su adaptación al sistema jurídico peruano se debe dar tiempo para analizar si este tipo de control posterior resulta beneficioso y cubre las expectativas del Derecho Laboral. Entonces, ante la situación descrita el único control que podrá realizar el trabajador ante una reducción no consensuada (o consensuada) es el control judicial posterior al mismo.

Antes de analizar la reducción consensuada debe quedar establecido que en la modalidad de reducción no consensual no existe una renuncia del trabajador a sus derechos, en razón de que este último en ningún momento manifiesta su voluntad de renuncia. Lo que en realidad ocurre es un despojo permitido jurisprudencialmente al empleador.

Por otro lado, en la reducción consensuada la misma norma prevé salvedades con la finalidad de restringir su uso a determinadas situaciones con criterios objetivos en los que se puede realizar la señalada reducción, entendiéndose que esta es temporal y que al término de la situación anómala la remuneración regresará al monto anterior.

Debe quedar claro que tanto en la reducción consensual como en la no consensual de la remuneración se acepta que sea debajo de la remuneración mínima vital establecida en ley.

Entonces, ¿podría reducirse la remuneración de un trabajador traspasado consecuencia de un proceso de fusión? Montes (2015) refiere que “no se puede reducir la remuneración bajo pretexto de que un puesto similar en la empresa nueva gana menos, (...), bajo riesgo de que se tome como una hostilización (art. 30 LPCL).” Ante la postura asumida por el mencionado autor, se difiere toda vez que la empresa fusionante podría reducir la remuneración basada en causas objetivas anteriormente analizadas; asimismo, la reducción no operaría de forma exclusiva para los trabajadores sino en general para todos los trabajadores de la empresa.

### **2.2.2 Beneficios sociales**

Después de analizar la disponibilidad del derecho laboral con contenido económico pilar de la relación laboral, corresponde hacer lo propio respecto a los beneficios sociales ya que son derechos laborales establecidos a través de la ley, de carácter imperativo (el trabajador no puede renunciar a estos) pero con ciertas peculiaridades respecto a su posibilidad de negociación y al rol del tiempo en su goce.

Antes de continuar con el análisis, cabe resaltar que se realiza con la finalidad de establecer el margen de negociación entre el trabajador y empleador por lo que no se realiza sobre los derechos adquiridos en mérito al convenio colectivo o la voluntad de las partes (contrato de trabajo) ya que el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales opera únicamente sobre las normas imperativas. En consecuencia, respecto a los derechos adquiridos superando los mínimos legales ya sea a través de convenio colectivo o contrato de trabajo no aplica el principio de anteriormente mencionado.

Por tal motivo, en el presente acápite se analiza la disponibilidad o margen de negociación de los beneficios sociales, reconocidos constitucionalmente en el artículo 24 de la Carta Magna y creados a través de ley. Estos, son entendidos como aquellas “percepciones otorgadas por ley, cuyo objeto no es retribuir la prestación de servicios del trabajador, sino asegurar su inclusión social, así como la de su familia” (Arce, 2013, p. 68).

- **Vacaciones**

Las vacaciones son un derecho laboral regulado a través del D Leg N° 713 en el que se establece como regla general que los trabajadores gocen de un mes vacacional remunerado al término de un año de servicio continuo con el mismo empleador. Al respecto, en este acápite se diferencian las situaciones posibles de negociación de las irrenunciables; y, se analiza la efectividad del principio de continuidad en el cómputo del plazo para gozar de este derecho.

En principio, un requisito para gozar del derecho a vacaciones es laborar un año de servicio continuo con el mismo empleador. En la presente investigación el trabajador traspasado debido a un proceso de fusión contará con un nuevo empleador, empero, teniendo en cuenta el principio de continuidad que irradia la relación laboral, se afirma que el cómputo del año contabiliza el tiempo laborado con el trabajador primigenio y el que continuará adquiriendo con su nuevo empleador.

Con la finalidad de que el desarrollo de este capítulo sea didáctico, se analiza un ejemplo: Juan Lopez trabaja para la empresa Concordia SA desde el mes de enero del presente año, posteriormente, Concordia es absorbida por Backus SA en el mes de abril; ¿existe un corte en la contabilidad de tiempo de servicios? La respuesta es negativa ya que el principio de continuidad irradia la relación laboral produciéndose únicamente la subrogación en la figura del empleador ¿Concordia SA podría liquidar a su trabajador con la finalidad de que la

empresa absorbente reciba a un trabajador sin adeudos laborales? Efectivamente, de existir un acuerdo entre las empresas inmersas en el proceso de fusión y el trabajador, podrían liquidar sus vacaciones en caso se adeuden, pero no ocurre de igual forma si estas aún no son percibidas a menos que el trabajador solicite vacaciones a cuenta. En el caso de que Concordia no liquide a sus trabajadores; ¿Backus SA se encuentra obligada a contabilizar el periodo anteriormente laborado? La respuesta es afirmativa, Backus tiene la obligación de contabilizar el periodo trabajado anteriormente, es decir, los meses de enero, febrero y marzo.

Siguiendo el mismo ejemplo y teniendo en cuenta que el trabajador percibe una remuneración distinta en Backus, ¿cuál es el monto por concepto de vacaciones que deberá percibir? De acuerdo a los artículos 15 y 16 del D Leg 713, el trabajador debe percibir como remuneración vacacional el equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando. Es decir, si el trabajador gozará de su periodo vacacional cuando labore para Backus SA y esta aumentó o disminuyó su remuneración, Juan Lopez percibe como remuneración vacacional el monto aumentado o disminuido que le corresponda en aquel mes.

Ahora bien, en el D Leg 713 y en el DS N° 002-2019-TR (Reglamento de la norma que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familiar para el sector privado) se reconocen diferentes posibilidades como las i) vacaciones trucas, ii) canjear vacaciones, iii) indemnización laboral en caso de vacaciones vencidas, iv) fraccionar vacaciones; o, v) adelanto de vacaciones.

Lo concerniente para la investigación es distinguir la parte del derecho disponible de la irrenunciable. En principio, es innegociable e irrenunciable acordar reducir el periodo vacacional a un número menor de 30 días calendario por año laborado.

Por otro lado, en lo referente al fraccionamiento de vacaciones, el trabajador tiene cierto margen de negociación, ya que puede solicitar a su empleador fraccionar el periodo vacacional en dos periodos de quince días. Sin embargo, resulta obligatorio que el trabajador solicite gozar del primer periodo de fraccionamiento como mínimo en 7 y 8 días ininterrumpidos; mientras que en el segundo periodo tiene la posibilidad de gozar los días restantes hasta en 1 día calendario como mínimo. Cabe resaltar que en la negociación del



goce efectivo de vacaciones es el empleador quien tiene el poder de decidir que el trabajador goce de las vacaciones, mas no su fraccionamiento.

Entre otras posibilidades, la ley y reglamento reconocen que el trabajador solicite el adelanto de vacaciones pese a no haber laborado el año completo con el empleador a cargo; las mismas que serán compensadas una vez cumplido el año de labores. Ahora bien, qué sucede si habiendo gozado del total de mis días vacacionales ceso en mis labores; ¿debo devolver los días laborados? En principio, la liquidación de Beneficios Sociales que contiene las vacaciones trucas compensaría los días de descanso adelantados; pero si no alcanzan estas se podrá compensar o reintegrar siempre que el trabajador acepte (la aceptación puede constar en el contrato de trabajo, la política de vacaciones de la empresa o, inclusive, al momento de firmar la Liquidación de Beneficios Sociales).

Asimismo, un tema de suma relevancia es el relacionado a las “vacaciones vencidas”, las mismas que ameritan una indemnización. En la presente tesis la problemática gira en torno a los trabajadores tras pasados proceso de una fusión y la conveniencia de la celebración de un convenio tripartito (celebrado entre la empresa fusionada, fusionante y el empleador o sindicato); así pues, ¿qué debería analizar la empresa absorbente o creada al momento de la fusión si se percata que los trabajadores tienen vacaciones acumuladas de distintos periodos? La empresa deberá analizar la forma en la que estos trabajadores acumularon las vacaciones (si se realizó o no por convenio) y el periodo al que pertenecen los días de vacaciones (si es un periodo pasado o no); dependiendo de estos dos criterios conviene examinar a cuál de los periodos pertenecen pues es posible que muchos se encuentren “vencidos” y le generen derecho a gozar del pago indemnizatorio previsto en las normas vigentes.

Por otro lado, respecto a la venta o canje de vacaciones, la legislación peruana permite que el trabajador venda como máximo quince días de sus vacaciones al trabajador recibiendo el porcentaje de la remuneración que cuestan dichos días. Respecto a tal posibilidad, se afirma que la legislación establece mínimos o imperativos sobre los cuales el trabajador no puede negociar, esto es vender más de quince días de sus vacaciones; pero también prevé un margen de negociación al ofrecer la posibilidad de vender sus vacaciones.

Finalmente, coincidiendo con Calderon y Villavicencio (2019) se afirma que existen márgenes irrenunciables como que el periodo vacacional consta de treinta días calendario, “la indemnización vacacional (...) es irrenunciable y corresponderá a todo trabajador que

presente días de vacaciones “vencidos”, no se pueden vender más de quince días de vacaciones, está prohibido fraccionar el periodo vacacional en menos de 1 día. Empero, el trabajador cuenta con márgenes de negociación como en la venta de sus vacaciones, su fraccionamiento, así como la acumulación que tiene en cuenta que

“los acuerdos o convenios para reducción y acumulación de vacaciones pueden ser firmados únicamente en una fecha en la que aún exista la posibilidad de gozar de los días de forma “oportuna”: si los días materia de acuerdo se encontraban ya “vencidos” a la fecha del acuerdo, lo pactado es inválido”.

- **Compensación por Tiempo de Servicios**

La compensación por tiempo de servicios (en adelante CTS) regulada mediante el D. S. 001-97-TR (01.03.1997) TUO del D. Leg.650 y su Reglamento, D.S. 004-97-TR publicada el 15.04.1997, Ley 30334, es uno de los beneficios sociales más antiguo, al respecto cabe analizar cómo opera el principio de continuidad e irrenunciabilidad en la acumulación del tiempo para su beneficio.

Básicamente debemos conocer que la CTS se devenga desde el primer mes de iniciado el vínculo laboral., se deposita semestralmente en la entidad depositaria elegida por el trabajador y el depósito le otorga carácter cancelatorio

Al respecto, se pueden cuestionar cómo se contabiliza la remuneración computable para el cálculo de la CTS en los trabajadores traspasados que han sufrido cambios en el monto de su remuneración La ley establece que el pago se realiza semestralmente; el primero en quincena de mayo y el segundo en noviembre; para el primero se considera la remuneración de abril y para el segundo la de octubre; respectivamente. Es decir, independientemente de la fecha en la que se produzca la variación en la remuneración, interesa únicamente lo percibido en abril y octubre, pese a que el depósito se realice en los meses de mayo y noviembre.

Debe tenerse en cuenta que la CTS tiene una función de “salva vidas” en el caso de acontecer una situación de desempleo. Además, es el trabajador quien elige la entidad financiera depositaria. Al respecto, cabe precisar que una vez acontecido el proceso de fusión se mantendrá la entidad financiera depositaria elegida por el trabajador, salvo que este solicite el traslado o cambio de forma expresa.

- **Gratificaciones**

La gratificación, creada por el DS 005-2002-TR tiene por finalidad cubrir los gastos incurridos por el trabajador en las festividades de fiestas patrias y navidad que, tradicionalmente, se incrementan por motivos de recreación del trabajador y su familia.

Para el goce de este beneficio social se exige como requisito trabajar efectivamente en los días quince de julio y diciembre. Entonces, teniendo en cuenta la investigación desarrollada ¿se considera el periodo de liquidación de la sociedad (entendida como fase del proceso de fusión) trabajado de forma efectiva por los trabajadores traspasados? La respuesta es afirmativa, todo el procedimiento que conlleve la fusión se entiende efectivamente trabajado toda vez que la relación laboral es la misma, lo único que se produce es la novación subjetiva en la figura del trabajador.

Por otro lado, en el artículo 2 de la Ley N° 27735 se establece que el monto de la gratificación equivale a la remuneración que perciba el trabajador en la oportunidad en que corresponde otorgar el beneficio. Ahora bien, ¿qué sucede si para el quince de julio o diciembre el trabajador ha sido efectivamente traspasado a la empresa fusionante en la cual se varía el monto de la remuneración? El trabajador percibirá la remuneración anterior a la variación de la remuneración teniendo en cuenta el artículo 3.2 de Reglamento de la Ley N° 27735 que precisa como remuneración computable la vigente al 30 de junio o noviembre, respectivamente.

Entonces, ¿sobre qué conceptos puede negociar el trabajador con su empleador en las gratificaciones? Esencialmente la norma no contempla margen de negociación siendo imperativo su pago a favor de los trabajadores que cumplan el requisito. Además, cabe señalar que el principio de continuidad no irradia de forma específica en el goce de la CTS ni en su acumulación ya que esta se realiza de forma efectiva los quince de julio y diciembre, respectivamente, sin interesar algún requisito de temporalidad, siendo el único requisito trabajar de forma efectiva los días quince de los meses de julio y diciembre, respectivamente.

- **Horas extras**

Las horas extras u sobretiempo reguladas en el D Leg N° 854, conforme se señala en el Artículo 9º, son voluntarias “tanto en su otorgamiento como en su prestación”, es decir, será un acuerdo en el que se necesite la voluntad del trabajador y empleador, pudiendo, cualquiera de los dos, negarse a aceptar.

Al respecto, no resulta relevante analizar o plasmar las horas extras en el convenio colectivo a menos que se adeuden tales horas extras. Ante tal supuesto, el trabajador deberá percibir el monto mínimo pactado por ley; en el mejor de los casos se recomienda liquidar o saldar el mencionado monto previo al traspaso efectivo.

- **Asignación Familiar**

La asignación familiar entendida como el derecho de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada a percibir el 10 % del Ingreso Mínimo Legal (actualmente, RMV) vigente en la oportunidad del pago es un beneficio social que tiene carácter imperativo, siendo indisponible o innegociable la percepción menor al monto establecido. Inclusive, en la legislación se contempla que de regularse dicho concepto en el convenio colectivo el empleador al cumplir con el depósito consignado en el convenio colectivo cumplirá con el beneficio social en su conjunto.

- **Utilidades**

Finalmente, cabe analizar la continuidad y margen de negociación o disponibilidad que tienen los trabajadores respecto al derecho a percibir utilidades.

Las utilidades se perciben efectivamente de las utilidades generadas por la empresa comercial en el transcurso de un año. Ahora bien, qué sucede en el caso de los trabajadores traspasados antes de culminar el año en una empresa determinada. Al respecto, Montes (2015) señala que los días trabajados computables para el beneficio en la segunda empresa solo deberían ser los efectivamente trabajados desde que ella asumió esos trabajadores. En consecuencia, el trabajador traspasado deberá reclamar dichas utilidades por los demás meses del año (anteriores al traspaso) a su antigua empresa.

La situación anteriormente descrita puede ser materia de debate, si el trabajador asume que, por haberse trasladado de una empresa a otra con todos sus beneficios, debe entenderse que ha trabajado igual todo el año. Desde el punto de vista económico, la segunda empresa no va a pagar más utilidades globales, pero sus antiguos trabajadores pueden reclamar si la distribución con ese criterio les perjudica, ya que recibirían menos proporcionalmente del monto a repartir.

La problemática planteada cuenta con solución desde que el art. 2 del D. Leg. 892 (ley de utilidades de trabajadores) señala que el 50% de las mismas se distribuye en atención a los

días real y efectivamente trabajados, el argumento de los trabajadores de la primera empresa no sería atendible, debiendo tomarse en cuenta solo los días trabajados desde su incorporación a la segunda empresa.

### **CAPÍTULO III**

#### **CONVENIO TRIPARTITO LABORAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES INMERSOS EN UN PROCESO DE FUSIÓN**

Los procesos de reorganización empresarial antes explicados, además de ventajas para las sociedades mercantiles pueden generar conflictos con los trabajadores. Evidencia de ello son las diversas experiencias que reflejan la disconformidad de estos ante los procesos de fusión de grandes empresas; apreciándose con mayor claridad la desigualdad entre trabajadores y empleadores en la toma de decisiones.

La confrontación de intereses entre trabajadores y empleadores incursos en un proceso de fusión se debe a que cada uno busca proteger sus intereses. Por un lado, los empleadores en virtud del derecho a la libertad de empresa en la manifestación de organización tienen la facultad de fusionarse; y así, reorganizar la empresa aumentando su mercado o capital. Mientras que los trabajadores traspasados necesitan informarse de los posibles cambios antes, durante y después del proceso de fusión para contar con la estabilidad e información necesaria respecto a sus derechos laborales más allá de la aplicación del principio de continuidad.

En este último capítulo, organizado en tres subcapítulos, se propone como método de solución jurídico – empresarial para los conflictos generados en un proceso de fusión al convenio tripartito. En el primer subcapítulo, se analiza la relación del principio de continuidad con el convenio tripartito detallando los derechos salvaguardados por el

principio de continuidad y la posibilidad de reducción o negociación basado en el principio de irrenunciabilidad. En el segundo subcapítulo se desarrolla el derecho a la información del trabajador inmerso en un proceso de fusión. Finalmente, en el tercer subcapítulo, se elabora un análisis costo – beneficio de la implementación del convenio tripartito previo a una reorganización empresarial.

### **3.1 EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL Y EL CONVENIO TRIPARTITO LABORAL**

La disconformidad de los trabajadores ante los procesos de fusión empresarial es una realidad mundial que ha alcanzado titulares en diversos medios de comunicación de países como Corea, España e, incluso nuestro país, Perú.

En Corea, el 15 de mayo de 2019 el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos de Corea (KMWU) y grupos de la sociedad civil se unieron en oposición a la fusión de *Hyundai Heavy Industries* (HHI) con *Daewoo Shipbuilding and Marine Engineering*, ambas líderes en el mercado de construcción naval. (Industrial Global Union, 2019). La postura del Sindicato de Trabajadores se sustenta en consecuencias reales como la afectación a su derecho a la información y las altas posibilidades de despidos masivos. Además, teniendo en cuenta que la finalidad de la reorganización empresarial es eliminar HHI; se subcontratará mano de obra, venderá sus deudas a una compañía no cotizada<sup>2</sup>; y, finalmente, trasladará su activo a la nueva sociedad.

Situación similar se vivió el 14 de abril de 2019 en Europa, pues los bancos *Deutsche Bank* y *Commerzbank* fueron parte de un proceso de fusión. El Comité de Empresa Europeo (CEE) de *Deutsche Bank* manifestó su oposición a la posible fusión al no encontrar puntos que puedan mejorar el desempeño de los dos bancos y resaltó el impacto negativo que pueda tener en la planilla de trabajadores. (Redacción Capital Radio, 2019)

Los acontecimientos suscitados en estos dos continentes no son ajenos al nuestro, el 14 de mayo del 2017, los trabajadores de *Linde AG* y *Praixr* (empresas dedicadas a la venta y

---

<sup>2</sup> Resáltese que, vender las deudas (dentro de las que se incluyen las de naturaleza laboral) a una compañía no cotizada perjudica a los trabajadores (acreedores laborales); ya que la no cotización de las acciones genera desconfianza e incertidumbre en el cobro de la acreencia.

fabricación de gases industriales) se opusieron a su fusión debido al temor de perder sus puestos de trabajo y cambiar sus condiciones laborales (Revista Gestión, 2017).

En los titulares mencionados los trabajadores se oponen a la fusión de sus empleadoras<sup>3</sup>. Téngase en cuenta que su disconformidad se debe a múltiples motivos, entre los cuales se resaltan los siguientes: desconocimiento del plan de fusión y de las consecuencias claras en los derechos laborales, inseguridad de fondos necesarios para el cobro de sus acreencias e inestabilidad en las condiciones laborales.

En el presente acápite se busca esclarecer el objeto de estudio de la presente investigación. Para ello, se analizará la relación entre el principio de continuidad y el convenio tripartito, el mismo que se ofrece como propuesta de solución preventiva.

Las relaciones jurídicas se encuentran irradiadas por diversos principios. En específico, las de naturaleza laboral poseen principios propios como el protector, irrenunciabilidad de derechos, continuidad, entre otros. En el presente acápite corresponde analizar si el principio de continuidad como tal sustenta al convenio tripartito o si este escapa de su influencia.

Para entender la afirmación antes acotada, debe quedar claro que la aplicación del principio de continuidad en los trabajadores traspasados se da de la siguiente manera: a) no serán despedidos a menos que exista causa justa, no siendo suficiente la fusión, b) debe gozar de los derechos laborales adquiridos (sea de forma legal o convencional), c) gozará del tiempo de servicios adquirido anterior a la fusión; y, d) deben ser respetadas sus condiciones de trabajo.

---

<sup>3</sup> Debe quedar claro que la mención a la palabra “oposición” no hace referencia al término jurídico contemplado en el artículo 395 de la Ley General de Sociedades (1997). Toda vez que, este derecho conforme se encuentra regulado en nuestro país se da a favor de los acreedores comerciales mas no a los laborales; de acuerdo a la naturaleza de su acreencia. Los primeros ostentan una obligación comercial, es decir, sus acreencias dependen estrictamente del capital social con el que cuenta la sociedad a fusionarse; por lo tanto, de no contar con la garantía suficiente que respalde su acreencia, esta puede resultar incobrable a la nueva sociedad o a la absorbente (téngase presente que esta nueva sociedad o la sociedad absorbente, además de contar con las acreencias de los posibles opositores tiene las propias; a las cuales podría darles prioridad).

Mientras que, en las acreencias laborales, por tener una naturaleza alimentaria y gozar del principio de continuidad, resulta ilógico aplicar la oposición para los mencionados trabajadores. Debido a que, se prefiere que la relación jurídico laboral continúe en el tiempo sin interferir en los derechos adquiridos de los trabajadores, buscando propiciar que la nueva empresa continúe con su reorganización en virtud de la libertad empresarial; aumentando así sus utilidades y, en consecuencia, salvaguardando su remuneración como concepto básico de subsistencia.



El principio de continuidad laboral “impone limitaciones tanto a la contratación temporal como al despido no justificado, ya que ese principio confluye con el de causalidad, en virtud del cual la duración del contrato debe ser garantizada mientras subsista la fuente que la originó” (Pacheco, 2015, p. 16). Así pues, de la aplicación del principio en estudio se aprecia que opera antes, durante y después de la relación laboral; garantizando que su culminación se da únicamente cuando la fuente que originó el trabajo (empresa) desaparezca.

Es necesario especificar que la fuente que origina el trabajo subordinado, en esencia, es la empresa. Esta no debe ser confundida con el titular o empresario ya que son diferentes. Sanchez (2005) define al empresario como “la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado” (p.p. 99-100). Mientras que la empresa es “una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado” (p. 93). Por lo tanto, puede que la empresa cambie de titular o empresario, pero esta continúe; y, en consecuencia, la fuente de las relaciones laborales.

Aclarado ello, es necesario aterrizar los conceptos a la presente investigación teniendo en cuenta la aplicación del principio de continuidad dentro de la sustitución del empleador a consecuencia de una fusión.

Referente a ello, Plá (1978) señala que

La idea directriz es que la empresa constituye una universalidad cuyos elementos pueden cambiar sin que se altere la unidad del conjunto. El empleador puede transferir a otro la empresa, los miembros del personal se renuevan sin que se altere esa unidad. Cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor, la unidad económica y social que constituye la empresa permanece (siendo) la misma (p.59).

En la misma línea, Carrillo (2011), citando a Plá, señala que, “el principio de continuidad expresa el propósito de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos” (p.181), y es por eso que se le reconoce la siguiente proyección: (...) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

Relacionando lo expuesto por Pacheco y Plá, tenemos que este principio confluye con el de causalidad, entendiéndose que pese a la transferencia de la empresa (fusión, adquisición o

cualquier otra forma de reorganización societaria), al ser la unidad económica la misma, la relación laboral continúa.

Ahora bien, teniendo por superado el principio de continuidad laboral; se entiende que ante la interrogante de si ¿después de una fusión terminan las relaciones laborales de la empresa fusionada? La respuesta es negativa. En principio, no se debería despedir a ningún trabajador debido a una reorganización societaria<sup>4</sup>, pese a que en la realidad existan despidos masivos o reducción de planillas como parte de la negociación previa a la fusión. Las relaciones jurídico laborales de la empresa fusionada son asumidas en bloque y a título universal por la empresa a fusionar, siendo así traspasados los trabajadores a la nueva empresa.

Hasta este acápite debe quedar establecido que el objeto de estudio de la presente tesis son los trabajadores traspasados; esto es, aquellos que han sido trabajadores primigenios de las empresas a fusionar y que ahora son parte o de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad (en concordancia con el principio de continuidad); dejándose fuera a aquellos trabajadores que son despedidos a consecuencia del proceso de fusión, muchas veces encajando tal situación en el artículo 52 inciso i) del D Leg N° 728, en el cual se regula el cese colectivo.

Corresponde, además, señalar que si bien los trabajadores traspasados en el proceso de fusión se han beneficiado por el principio de continuidad (es decir, su relación laboral continuará en el tiempo); su derecho a la información relacionado con el principio de irrenunciabilidad de derechos no ha guardado el debido cuidado a través de mecanismos jurídico – empresariales.

Después de esclarecer la forma de aplicar el principio de continuidad en una reorganización societaria y teniendo en cuenta el proceso de fusión contemplado en la LGS, es coherente afirmar que los trabajadores traspasados desconocen sus derechos adquiridos, conservados y vigentes y quién es su actual empleador, debido a que la LGS no estipula como obligación de la sociedad informar a sus trabajadores del proceso; además de no regular el principio de continuidad o la figura jurídica del traspaso de trabajadores.

---

<sup>4</sup> Pese a que el principio de continuidad señala que no se debe culminar la relación laboral ante una reorganización societaria ambas partes negocian y analizan los costos laborales que asumirán, muchas veces condicionando el despido de algunos trabajadores o analizando la forma en la cual se puede despedir sin acarrear costos elevados; todo ello a través de la técnica del “*due diligence laboral*”. (Tsuboyama, 2014)

Por otro lado, la situación económica de las sociedades a fusionarse siempre será un dato relevante. Para ejemplificar tal afirmación debemos reflexionar acerca de la responsabilidad de las empresas parte de una fusión, el conocimiento que tienen los trabajadores traspasados previos a un proceso de fusión. Así pues, cuando la sociedad fusionante (absorbente o creada) cuenta con un estado financiero en pérdidas, ¿se trasladan sus deudas a la sociedad creada o absorbida? En cualquier caso, cuando cualquiera de las sociedades (fusionante o fusionada) no cuente con estabilidad económica, ¿quién asume las cargas laborales?

Como regla general, las cargas laborales deberán ser asumidas por “el nuevo empleador”, ya que se transfiere en bloque patrimonial, el cual incluye activos y pasivos. Sin embargo, puede que este no reconozca todos los derechos ya adquiridos o que pese a reconocerlos no cuente con la suficiente solvencia económica para asumirlos. Ante esta situación se justifica la actitud renuente del trabajador frente a la fusión de su empleadora, surgiéndole diversas dudas respecto al cobro real de su acreencia laboral. Como solución a la situación narrada se propone a la empresa absorbida que antes de fenecer asuma sus costos laborales o pacte la asunción de las deudas laborales con cierta parte de sus activos (por ejemplo, a través de un patrimonio fideicometido).

En el mismo sentido, Tsuboyama (2014) resalta la importancia de realizar en el proceso de fusión la auditoría laboral, también denominada *due diligence laboral* con la finalidad de que “los potenciales adquirentes conozcan cuáles son las contingencias o riesgos laborales que existen en la empresa que afrontarán una vez la hayan adquirido” (p. 260). Una vez realizada la auditoría laboral se establecerán los “costos laborales” y se tomarán las “medidas pertinentes” como la reducción de personal asumida por la empresa que desea fusionarse, negociaciones previas, entre otras. Estas medidas no siempre respetan los principios y derechos laborales; por ello, en la presente tesis se propone al convenio tripartito como medio para armonizar el derecho del trabajador y del empresario.

Quedando establecido quiénes son los trabajadores traspasados, y, que dentro del proceso de fusión no se exige a las sociedades informar a sus trabajadores ni se les permite oponerse a esta forma de reorganización empresarial; es lógico afirmar que los trabajadores carecen de la información necesaria para exigir, resguardar y proteger sus derechos (adquiridos o por adquirir) y conocer las condiciones de trabajo que muchas veces pueden ser modificadas a

consecuencia de una fusión (ello se encuentra permitido por la facultad de dirección del empleador).

Ante las suspicacias antes señaladas, el Convenio Tripartito Laboral celebrado entre el trabajador traspasado, empleador primigenio y nuevo empleador se plantea como una posibilidad de solución armónica tanto para los trabajadores traspasados como para las empresas parte de una fusión.

### **3.2. DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES INMERSOS EN UN PROCESO DE FUSIÓN**

Tal como se ha desarrollado en el segundo capítulo, los procesos de reorganización empresarial se dan a través de múltiples figuras jurídicas válidamente aceptadas por nuestro Estado, siendo relevante para este estudio la fusión societaria.

Esta figura jurídica (sea por absorción o creación) genera como consecuencia inmediata que se traslade el bloque patrimonial (activos y pasivos) de la empresa fenecida o absorbida a título universal a la empresa creada o absorbente. Dentro de los pasivos traspasados, además de las acreencias comerciales, se encuentran las laborales.

Las consecuencias y beneficios de las fusiones son múltiples, pudiendo aumentar su producción, capital o mercado, disminuir responsabilidades y despedir personal por situación de crisis económica. En otras palabras, es indudable que las empresas inmersas en un proceso de fusión obtendrán cambios, sean estos positivos o negativos; e incluso, podríamos denominarlos tal como lo hace Medina, (2015) “efectos colaterales”.

Teniendo en cuenta que la fusión societaria genera múltiples consecuencias en las relaciones laborales; en este acápite se desarrolla el derecho a la libertad de información de los trabajadores traspasados a consecuencia de un proceso de fusión. Primero se analiza el derecho a la información como derecho fundamental laboral. Luego se detalla la legislación laboral peruana y compara con la española, específicamente respecto al derecho a la información de los trabajadores inmersos en el proceso de fusión; comparando el derecho a la información y herramientas brindadas a los trabajadores con las de los acreedores comerciales. Finalmente, se ofrecen modificaciones en la LGS con la finalidad de salvaguardar el derecho a la información.

### 3.2.1. Derecho a la información del trabajador

Para la investigación es importante resaltar la eficacia de los derechos fundamentales. Al respecto, Blancas (2016) afirma que estos tienen eficacia vertical y horizontal; es decir, son exigibles u oponibles frente al Estado y los particulares. En resumen, se reconoce la eficacia erga omnes de los derechos fundamentales: frente al Estado y particulares<sup>5</sup>.

Concierne, también, analizar qué clase de eficacia – mediata o inmediata – tienen los derechos fundamentales frente a privados. La primera afirma la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, aunque “condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a estos derechos” (Blancas, 2016, p. 54). Para la segunda tesis, la eficacia inmediata frente a terceros supone afirmar la virtualidad directa de los derechos fundamentales, de modo tal que (...) “con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como razón primaria o justificadora de una determinada posición”. (Bilbao, 1997, p. 327)

El TC reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, hace referencia al artículo 38 de la Constitución del cual<sup>6</sup> deduce la vinculación general de todas las personas a los derechos fundamentales y no solo la vinculación de los poderes públicos a estos. Ahora bien, respecto a la clase de eficacia, el máximo intérprete de la Constitución reconoce que nuestro ordenamiento jurídico salvaguarda la eficacia inmediata pues en la misma Constitución se han formulado las acciones de garantía constitucional de los derechos fundamentales, extendiendo sus alcances no solo a los poderes estatales sino a los particulares.

Por otro lado, corresponde analizar los derechos fundamentales y sus relaciones de coexistencia o conflicto, que afectan ineludiblemente a la relación de trabajo, siendo uno de los asuntos más sugerentes y de permanente actualidad en el Derecho del Trabajo.

---

<sup>5</sup> Sin embargo, en un inicio no se concebía la posibilidad de exigir los derechos fundamentales entre particulares pues el único poderoso era el Estado. Esta situación cambió con la economía liberal que otorgaba circunstancias fácticas de poder a los particulares, quienes tendrían la posibilidad de vulnerar los derechos fundamentales de las personas; así pues, también es posible que los afecten los particulares.

<sup>6</sup> Artículo 38 CPP (1993): Deberes para con la patria Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

En ese sentido, se subraya la profunda e indisoluble unión del Derecho del Trabajo con el Derecho Constitucional, que es, al igual que los tratados internacionales, la fuente de los derechos fundamentales en el trabajo, y donde los poderes del empresario encuentran claro cimiento Constitucional.

Sagardoy (1997), afirma que cabe una versión laboral de prácticamente todos los derechos fundamentales, de modo que resultaría correcta la defensa de un Derecho Constitucional Laboral.

Nuestra Constitución Política reconoce derechos fundamentales laborales específicamente a los trabajadores como el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, la prioridad en el pago de las deudas laborales y el derecho de las organizaciones representativas de los trabajadores a participar conjuntamente con el Estado en el establecimiento del monto de la remuneración mínima vital; todos estos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

Asimismo, en el artículo 2 de la norma máxima recoge un listado *numerus apertus* de derechos fundamentales de toda persona. De estos derechos fundamentales reconocidos en nuestra norma, ¿también gozan los trabajadores? ¿o son únicamente titulares de los derechos fundamentales reconocidos específicamente para los trabajadores? ¿Acaso además de trabajadores no son personas? ¿debería corresponderle, además de los derechos laborales, los derechos fundamentales? ¿No les corresponden los mismos derechos que a todos los ciudadanos? La respuesta es que afirmativa, les corresponden por su misma naturaleza ontológica.

Pues bien, muchos de esos derechos como ciudadanos se ejercen dentro de la relación de trabajo. Por ejemplo, el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la libertad de expresión, ¿podrían ser negados al trabajador en el seno de la relación con su empleador? La respuesta es negativa.

Por ello, a los trabajadores, quienes no pierden su condición de persona, se les reconocen los derechos fundamentales doblemente: como ciudadanos y como trabajadores. Ejemplos claros de derechos fundamentales que se aplican tanto para las personas en general como para las personas inmersas en un proceso laboral es el derecho a la igualdad. Sin embargo, aquellos derechos les pertenecen por ser ciudadanos, no por ser trabajadores. Por lo tanto, son derechos laborales no exclusiva o específicamente laborales. (Pasco, 2012).

En síntesis, los derechos constitucionales laborales pueden ser específicos o inespecíficos (Pasco, 2012). Los primeros son aquellos que solo pueden darse en el contexto de una relación laboral. Por ejemplo, en la Constitución Mexicana de Querétaro en 1917, la de Weimar en Alemania de 1919 y la de Perú de 1993 se reconoce como derechos laborales la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Por otro lado, los segundos, son aquellos derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que, al mismo tiempo, se desarrollan en la dinámica de la relación en el centro de trabajo.

En palabras de Pasco (2012), los derechos inespecíficos:

Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos (p.14).

La eficacia de los derechos laborales específicos (o como los denomina Blancas, “derechos laborales fundamentales”) e inespecíficos (también denominados por Blancas como derechos del trabajador como persona y ciudadano) se plasma y defiende en la Constitución de diferente manera.

En este sentido, en las relaciones laborales, aplicando la dialéctica libertad – autoridad, (...) “el poder del empleador continúa siendo una realidad susceptible de afectar los espacios de libertad que los derechos fundamentales no específicamente laborales acuerdan para el trabajador, como persona y ciudadano”. (Blancas, 2016, p. 84) En ese sentido, ciertos derechos fundamentales de libertad son considerados necesarios para contrarrestar, en el seno de la relación laboral, el poder social y económico del empleador, sin que esta función se agote en la eficacia ante este de los derechos fundamentales específicamente laborales. Por ese motivo, “el poder del empresario resultará limitado por el conjunto de derechos fundamentales del trabajador y no solo por los específicamente laborales”. (Blancas, 2016, p. 86)

Al admitirse la eficacia ante el empleador de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, se “forja el principio de ciudadanía del trabajador en la empresa con la consiguiente quiebra del principio monárquico y absolutista que estaba en la base organizativa de la empresa capitalista” (Molina, 2005, p. 269).

Cabe precisar que, solo se puede considerar derecho fundamental inespecífico del trabajador a aquellos que, con mayor o menor intensidad, pueden desplegarse en el ámbito de la relación laboral o, a la inversa, que pueden verse afectados por el ejercicio del poder de dirección del empleador.

Los derechos del trabajador como persona y ciudadano se encuentran protegidos (derechos fundamentales laborales inespecíficos), también, en el ámbito de una relación laboral; pese a que su origen sea ajeno a la misma. Esta afirmación se encuentra respaldada en el artículo 23 de la Constitución que señala taxativamente en su tercer párrafo: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Conduce a erigir la dignidad de la persona y los derechos fundamentales sobre parámetros con arreglo, ante los cuales puede determinarse la validez del ejercicio de las potestades directivas del empleador y resolverse, en consecuencia, los conflictos que puedan originarse en el uso irrazonable de dichas potestades (Blancas, 2016, p. 92).

La interpretación del artículo antes mencionado, no debe limitarse a la vinculación negativa del empleador frente a los derechos laborales inespecíficos del trabajador porque de hacerlo resultaría en innecesario y repetitivo a lo regulado en el artículo 38 y 1 de la Constitución, los cuales imponen el deber a todos los peruanos de respetar, cumplir y defender la Constitución y ordenamiento jurídico de la nación; es decir, el deber general de abstención de violar derechos fundamentales salvaguardados en la norma máxima. Por el contrario, el tercer párrafo del artículo 23, vincula positivamente al empleador; es decir, existen derechos oponibles ante el empleador, lo cual posibilita el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, “en la medida en que su ejercicio se contraponga al poder directivo de este u obligue a cambios en la prestación laboral” (Blancas, 2016, p.108).

En síntesis, los derechos fundamentales del trabajador son oponibles frente al Estado y particulares. Por un lado, los derechos fundamentales laborales (derechos laborales específicos) se exigen dentro de una relación laboral; siendo únicamente oponibles al



empleador; mientras que, los derechos fundamentales del ciudadano (derechos laborales inespecíficos); pueden exigirse frente a los ciudadanos y al empleador<sup>7</sup>.

Esta última subclase de derechos constitucionales laborales es de interés para el desarrollo del presente acápite toda vez que el derecho fundamental a obtener información sobre sus intereses es reconocido a todos los ciudadanos. Con la finalidad de sintetizar y analizar información se considera que, en un primer momento se precisen conceptos básicos respecto al derecho fundamental a la información; y, luego, se relacione el mencionado derecho específicamente en un trabajador inmerso en un proceso de fusión.

Dentro de la Constitución peruana se encuentra reconocido como derecho fundamental en el artículo 2 inciso 4) la libertad de información por medio de cualquier comunicación social, sin previa autorización ni censura o impedimento alguno. En concordancia con el inciso a) del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) en el cual se reconoce que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Si bien no todos los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos y personas se pueden entender como derechos laborales inespecíficos; Palomeque (1991), analizando la Constitución española, considera que el derecho a la libertad de información es tal, pues podría el empleador perturbarlo dentro de una relación laboral.

En el mismo sentido, el TC peruano define a la libertad de información como aquel derecho que (...) “garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente” (...) (Exp. N.° 0905-2001-AA/TC, FJ, 9).

---

<sup>7</sup>Resáltese que la eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales se concretiza de diversa manera. Mientras que, al Estado, el sujeto opone su derecho al poder que detenta aquel; al particular, también sujeto de derechos fundamentales, corresponde ponderar los bienes y aplicar el principio de proporcionalidad.

El objeto del derecho a la información se encuentra situado en un plano objetivo, que no es otro que el de los hechos noticiables, pues “la información debe recaer, por tanto, en hechos o datos de la realidad”, es decir que la noticia, o los hechos noticiables, o lo que puedan encerrar una trascendencia pública se constituyen en el objeto del derecho a la información” (Ortiz, 2017, p.540).

Respecto a las dimensiones de la libertad de información interesa la referida al “derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial” (Exp. N.º 0905-2001-AA/TC, FJ.11).

Como ya hemos recordado, el inciso 4 del Artículo 2 de la Constitución de 1993 establece que el ejercicio de las libertades de expresión e información se realiza "sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos". Se trata de una condición y una garantía esencial para la real vigencia de este derecho, pues no

cabe admitir que su ejercicio esté supeditado a una revisión o calificación previa de las autoridades, confiriéndoles así la posibilidad de impedir, cercenar o mutilar la difusión de ciertas opiniones o informaciones.

En concordancia por lo señalado en el inciso b) de la CIDH de 1978, debe quedar claro que, “su ejercicio no puede estar sometido a autorización ni censura previa, a lo que sí está sujeto es a las responsabilidades ulteriores que pudieran derivarse de los excesos o abusos en que se incurra frente a los derechos de terceros” (Eriguren, 2003, p. 48). Precítese acá que, libertad de información y expresión no son sinónimos, debiendo entenderse que se encuentran relaciones; así pues, la libertad de información es una concreción de la libertad de expresión.

Ahora bien, aterrizando al objeto de estudio se tiene que, en virtud al derecho constitucional laboral inespecífico a la libertad de información consagrado en nuestra Constitución, los trabajadores (individualmente u organizados en sindicatos) tienen el derecho – tal como cualquier ciudadano – de buscar, recibir y difundir información de toda índole verazmente, más aún si se trata de asuntos que atañen directamente a sus intereses como trabajadores.

Para entender el análisis siguiente se debe tener en cuenta a los trabajadores en los siguientes momentos:

- i)* Los trabajadores inmersos en un proceso de fusión; es decir, antes de que sea la fecha de entrada en vigencia de la fusión que pactaron sus sociedades empleadoras en el acuerdo de fusión; y la inscripción de la Escritura Pública en Registros, en consecuencia, la extinción (de ser por absorción, la absorbida, si es por creación, ambas) o absorción a otra persona jurídica de su empleadora (cfr. Artículo 353, LGS).
- ii)* Los trabajadores traspasados, es decir, aquellos que producto de la fusión han sido incorporados en una nueva o existente persona jurídica, continuando su relación laboral con la salvedad de haber sufrido su relación jurídica laboral la subrogación en la figura del empleador.

Respecto al primer momento, los trabajadores antes de la publicación de la convocatoria a los socios para la asamblea con el motivo de la fusión y la puesta a disposición de la información (detallada en el artículo 350) en el domicilio social a los socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales; no cuentan con ninguna posibilidad de informarse acerca de la existencia del proyecto.

En la normativa de la LGS antes reseñada sorprenden dos cuestiones: a) las formalidades en la información; b) los titulares del derecho a disponer de la información.

Se afirma que resulta insuficiente la puesta a disposición de la información relevante a la fusión y la situación económica de la empresa a los socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares; pero, sobre todo, a los trabajadores; debido a que, “poner a disposición” significa que la persona jurídica debe tener a su alcance la información en caso de que sea solicitada por los sujetos mencionados en la LGS. Esto es inconsistente pues los trabajadores desconocen la facultad que ostentan y la correcta lectura de la información brindada. Por otro lado, la información sólo será brindada en el domicilio social y no en otra ubicación, situación preocupante teniendo en cuenta que el domicilio social o consignado en el estatuto suele ser el centro de concentración de la sociedad, pero no el único local en el cual se labora.

En lo concerniente a los titulares del derecho a disponer de la información no se encuentran especificados los acreedores laborales; y, teniendo en cuenta que la LGS es una de naturaleza

comercial, los acreedores serán entendidos en ese escenario; acreedores comerciales. Estos últimos son quienes normalmente realizan actos de comercio, es decir, “todo acto o hecho jurídico de interposición económica determinado por la especulación” (Montoya 2004). En resumen, los sujetos denominados acreedores en la legislación comercial peruana se entienden, en principio, como aquellos que son parte de una relación jurídica comercial.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo a la legislación nacional, no se realiza una comunicación directa y eficaz a los acreedores de las empresas inmersas en un proceso de fusión; y, que las formalidades en el proceso acerca de la información deben ser efectivas para los trabajadores. Resulta inevitable preguntar si ¿acaso basta con poner a disposición la información para satisfacer el derecho a la libertad de información en la vertiente del acceso a la misma? ¿no resulta insuficiente señalar a los acreedores en términos genéricos, sin detallar un procedimiento específico y singular para los trabajadores de sociedades inmersas en el proceso de fusión? ¿Será necesario que las empresas empleadoras comuniquen directamente a sus trabajadores, ya sea de forma organizada (sindicatos) o individualmente del proceso de fusión y la información relevante para en su relación laboral? Las respuestas a todas las interrogantes son afirmativas.

Los trabajadores ostentan una relación jurídica especial y distinta al resto de personas, es tan importante la remuneración que perciben debido a su carácter indispensable y alimentario por lo que no sería equiparable a una relación comercial. La legislación debe acoplarse a la situación específica de los trabajadores inmersos en una fusión y a la inseguridad que ostentan estos en su relación. En ese sentido, se considera necesario que los trabajadores sean comunicados de forma directa, e, incluso, personal a través de una comunicación a reunión, de los cambios o posibles cambios en su relación jurídica como consecuencia del proceso de fusión<sup>8</sup>.

No basta con la puesta a disposición de la información, se considera que la normativa jurídica relativa a la fusión debe considerar dentro del proceso la obligación de las personas jurídicas inmersas en un proceso de fusión de comunicar a sus trabajadores de los documentos

---

<sup>8</sup> Cabe resaltar que la postura asumida no merma la importancia de las acreencias mercantiles, simplemente, resalta la vital importancia de la acreencia laboral.

especificados en el artículo 350 de la LGS; y, explicarles las posibles consecuencias en sus relaciones laborales.

La propuesta no traerá consigo consecuencias negativas en la relación laboral ni en el clima laboral, por el contrario, al enterarse los trabajadores de la situación real podrá el empleador negociar con los trabajadores que, debido a situaciones propias de la fusión, no continuarán con su relación laboral, de ser el caso; o, por el contrario, podrían continuar con la relación laboral (traspaso), especificando y negociando los derechos y condiciones laborales. Asimismo, los trabajadores tendrían la facultad de negociar con conocimiento ya sea de forma individual como colectiva sobre sus derechos laborales.

Respecto al segundo momento, esto es los trabajadores traspasados, conviene señalar que sus relaciones jurídicas laborales irradiadas por el principio de continuidad no han fenecido; sin embargo, puede que sus condiciones de trabajo se hayan modificado. Es necesario recordar, conforme lo desarrollado en el segundo capítulo, que las relaciones jurídicas en virtud del principio de continuidad deben continuar sin modificaciones; sin embargo, las empresas tienen la facultad de negociar y amenorar los derechos laborales (recuérdese lo desarrollado respecto a la remuneración y las horas extras).

Por lo tanto, los trabajadores traspasados consecuencia del proceso de fusión tienen la necesidad de encontrarse debidamente informados respecto a sus derechos laborales adquiridos y los posibles cambios en las condiciones laborales, incluso, en el mismo contrato laboral.

En nuestra legislación no se concibe ninguna referencia a estos trabajadores, ni como puesta a disposición ni como facultad de los trabajadores. Resáltese que, en virtud del principio de irrenunciabilidad de derechos, los trabajadores no podrían disminuir sus condiciones laborales o remuneración; sin embargo, existen límites sobre los que sí se pueden negociar.

### **3.2.2. Normativa Comparada**

Después de señalar que el derecho a la información de los trabajadores inmersos en una fusión es uno de rango constitucional laboral y que los trabajadores inmersos en aquel proceso tienen la necesidad y, a la vez, el derecho a recibir la información suficiente, veraz

y necesaria respecto a su relación laboral; corresponde analizar la legislación nacional en comparación con la española.

Para ello, se comparará el derecho a la información de los trabajadores inmersos en el proceso de fusión y las herramientas brindadas a los trabajadores respecto a las de otros acreedores (específicamente a los comerciales).

### **a) Legislación Nacional**

En el Perú, el proceso de fusión y lo referente a este se encuentra regulado únicamente en la Ley General de Sociedad (1997) – legislación comercial – y se hace mención en la Ley de Relaciones Colectivas Laborales – legislación laboral – respecto a la vigencia del convenio colectivo. En ninguna de estas leyes se concibe la obligación de las personas jurídicas de informar a los trabajadores de la fusión. Por ese motivo, resulta necesario desarrollar las facultades de contención que otorga nuestra legislación a los acreedores desprotegidos en el cobro efectivo de su acreencia.

Asimismo, la LGS en el artículo 350 señala como obligación dentro del proceso de fusión la puesta a disposición a sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social, los documentos relativos al:

1. El proyecto de fusión;
2. Estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes. Aquellas que se hubiesen constituido en el mismo ejercicio en que se acuerda la fusión presentan un balance auditado cerrado al último día del mes previo al de la aprobación del proyecto de fusión;
3. El proyecto del pacto social y estatuto de la sociedad incorporante o de las modificaciones a los de la sociedad absorbente; y,
4. La relación de los principales accionistas, directores y administradores de las sociedades participantes.
- 5.- Derecho de los acreedores (en términos generales)

Esta información resulta insuficiente en cuanto al contenido e ineficaz respecto a la forma de comunicarla. Téngase presente que, la relación laboral es una de subordinación e desigualdad de derechos, incluso dentro de la capacidad que tienen de conocer y procesar información calificada. Por ejemplo, los obreros de planta dedicados al manejo de máquinas

industriales no cuentan con conocimientos previos en contabilidad, derecho, economía, etc., necesarios para entender el plan de fusión; a diferencia de un acreedor comercial, quien se entiende cuenta con conocimientos previos en las formas y posibilidades de cobrar sus acreencias debido a la característica de habitualidad.

En cuanto a la postura asumida, no se ataca ni desconocen los derechos constitucionales laborales de los empleadores, manifestados, por ejemplo, en la libertad de empresa, comercio, entre otras. Por el contrario, lo que se busca es armonizar las libertades y derechos tanto de empleadores como trabajadores. Por ello, las empresas tienen la plena libertad de reorganizar su patrimonio, personalidad jurídica y capital de la forma en la que consideren más beneficiosa para su productividad; siempre y cuando se respeten los derechos constitucionales laborales de los trabajadores, específicamente el derecho inespecífico a la libertad de información en la vertiente de recibirla de forma eficiente, eficaz y veraz.

Tal como lo expresa Goñi (2014):

La idea de vinculación del poder empresarial a los derechos fundamentales, llevando a cabo una operación de revisión radical de las líneas precedentes de interpretación judicial que consideraban la relación laboral como un ámbito, por esencia, privado, libremente construido por la exclusiva voluntad del empresario, sobre la libertad de organización y del poder de dirección y sustraído a los límites de los grandes derechos constitucionales. Con palabras que aún resuenan, el Tribunal Constitucional proclamó que la celebración de un contrato “no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (p.6).

Como segundo punto de análisis en este apartado, corresponde cotejar las herramientas que confiere nuestra legislación tanto a los acreedores comerciales como laborales.

Respecto a la fusión la LGS protege a los acreedores, facultándolos a oponerse cuando su acreencia no se encuentre debidamente respaldada. Sin embargo, esta figura se reduce a los acreedores comerciales (artículo 219 y 359, LGS, 1997); teniendo en cuenta que la Ley que regula las fusiones es de naturaleza comercial, se entiende que cuando se refiere a acreedores lo hace únicamente respecto a los acreedores comerciales.

Por otro lado, en la legislación peruana concursal se concibe la posibilidad de iniciar el proceso concursal a solicitud de los acreedores; siempre y cuando sus “créditos sean exigibles, se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta

Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación” (entiéndase que se necesita pluralidad de acreedores para solicitar el inicio del proceso concursal; sin embargo, de desistirse alguno de los solicitantes, luego de emplazado el deudor, no se impedirá la continuación del procedimiento) (Ley del Procedimiento Concursal, artículo 26)

En referencia a ello, es necesario resaltar que al amparo de la Ley Concursal peruana se entienden comprendidos tanto acreedores laborales como comerciales, muestra de ello es el artículo 40 en el que se regula la relación de prelación establecida en el cobro de acreencias; además de la protección tuitiva de la ley al reconocer el principio de supremacía de la realidad.

Sin embargo, existen ciertos límites a la posibilidad del acreedor laboral de iniciar un proceso concursal, específicamente a los que serán traspasados debido a que estos no cuentan, necesariamente, con el requisito de que la deuda se encuentre exigible, vencida, que no haya sido pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación. Tal afirmación debe entenderse cierta toda vez que los trabajadores traspasados no han disuelto su relación laboral; en consecuencia, su deuda es vigente; asimismo, resulta sumamente difícil contar con la suma de la acreencia establecida como requisito para iniciar proceso concursal; esto es, doscientos diez mil soles (S/ 210,000.00)

## **b) Legislación Española**

En el país europeo la regulación del derecho a la información de los trabajadores inmersos en un proceso de fusión se aprecia desde dos vertientes: la ley laboral denominada “Estatuto de los Trabajadores” y la ley comercial N° 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades comerciales (en adelante LME); la misma que en el capítulo II hace referencia exclusiva al proceso de fusión de sociedades mercantiles.

Dentro de la LME se regula el derecho de los trabajadores a ser informados previamente a la fusión empresarial. Específicamente, el artículo 32 de la LME hace referencia a la obligación de publicidad que tienen las empresas inmersas en un proceso de fusión; así se establece que:



1. Los administradores están obligados a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión, sin perjuicio de poder depositar voluntariamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. El hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", con expresión de la página web en que figure y de la fecha de la inserción (...).

La inserción en la página web y la publicación de este hecho en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión. La inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión.

2. Si alguna de las sociedades que participan en la fusión careciera de página web, los administradores están obligados a depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita. Efectuado el depósito, el registrador comunicará al registrador mercantil central, para su inmediata publicación gratuita en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar.

De la legislación española cabe resaltar que se concibe la obligación de publicar en el sitio web de las páginas de ambas sociedades durante el plazo de un mes contabilizado desde la toma del acuerdo. A diferencia de la legislación peruana que solo señala la puesta a disposición de la información, en este sistema se obliga a los administradores a informar eficazmente (entiéndase que, en este mundo globalizado, informar mediante la Web es de suma eficacia) y durante un plazo razonable del proyecto de fusión.

Asimismo, el artículo 42 de la LME concibe la posibilidad de no realizar la publicación cuando el acuerdo se haya tomado por decisión unánime; sin embargo, no exime al administrador del deber de informar a los representantes de los trabajadores. En ese sentido, el inciso 2 del artículo 42 de la LME señala que:

“(...) 2. Los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal”.

Respecto al derecho de los representantes de los trabajadores como sujetos que tienen derecho a obtener la información relacionada en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales, Uría (2008) afirma que: “la norma mercantil equipara a accionistas y representantes de los trabajadores en cuanto a la forma de hacer efectivo este derecho” (p.14).

Por otro lado, en la normativa laboral, el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“Estatuto de los Trabajadores”), regula que el cambio de titularidad no extingue la relación laboral quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior empleador.

Conforme lo señala Uría (2008) “el artículo 44.8 del Estatuto de los Trabajadores establece un sistema de información participativa de carácter previo a la modificación subjetiva” (p.15). En el segundo párrafo señala como regla para los supuestos concretos de fusión y escisión de sociedades: “el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos”.

En relación con la segunda de las cuestiones planteadas, el artículo 44.8 del Estatuto de los Trabajadores establece una obligación genérica de entrega de información que debe realizarse con “suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión”.

Al respecto, Uría (2008) señala que:

Una interpretación prudente de la norma consistiría en defender que en la medida en que los representantes de los trabajadores son acreedores de la sociedad que interviene en el proceso de fusión le resultan de aplicación (...) los plazos que el legislador ha previsto para el ejercicio del derecho de oposición y, por lo tanto, basta con que se entregue la información con un mes de antelación a la fecha de formalización de la escritura de fusión contando desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo de fusión para entender que el derecho de información de los trabajadores ha quedado suficientemente protegido (p.p. 15-16)

Uría (2008) agrega que,

La aprobación de la fusión no depende del consentimiento de los representantes de los trabajadores, sino de los accionistas, por lo que la falta de información de aquellos interesados no determina, en sentido propio, que la voluntad social se forme incorrectamente sin perjuicio, naturalmente, de las implicaciones que pueda tener no haberse ajustado a la ley (p.16).

En segundo lugar, respecto a las herramientas brindadas por la legislación española, el artículo 44 de la LME señala que, dentro del plazo de un mes:

Los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido antes de la publicación del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o del depósito del mismo en el Registro Mercantil, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen los créditos.

Asimismo, en consonancia con lo expuesto por Bermúdez (2015), es importante precisar que el artículo se refiere al acceso que tienen los acreedores al acuerdo y al balance de fusión una vez publicados.

Por otro lado, conforme se señala líneas arriba, la misma Ley en su artículo 39 señala el derecho (...) de los representantes de los trabajadores a acceder a la información documental preparatoria del acuerdo de fusión; sin señalar a los acreedores.

Al respecto, cabe preguntar si ¿pueden interpretarse de manera unitaria los arts. 39 y 40 de la LME de manera que se pueda entender que tanto los sujetos señalados como beneficiarios del derecho de información como los que ostentan el derecho de oposición puedan hacer uso, goce y disfrute tanto del derecho a la información como a oponerse?

La respuesta merece un análisis exegético, buscando establecer cuál es la razón de ser la norma; así pues, si la intención del legislador hubiese sido la de equiparar a los sujetos de la oposición con los del derecho a la información, no entendiéndose el motivo para hacer referencia a un listado de aquellos que tienen derecho al acceso la documentación preparatoria del acuerdo de fusión y otro artículo referente a quienes tienen derecho a la oposición. En síntesis, se considera que el derecho a la oposición opera únicamente respecto a los acreedores comerciales.

Como conclusión del presente acápite, se tiene que los trabajadores inmersos en un proceso de fusión se encuentran más protegidos en la legislación española que en la peruana. En principio, se reconoce el derecho a la información específicamente en el proceso de fusión tanto en la normativa laboral como comercial; mientras que en la legislación peruana ni la normativa laboral hace referencia al traspaso de trabajadores ni a la fusión. Por otro lado, respecto a las herramientas otorgadas a los trabajadores para hacer valer sus acreencias laborales, se entiende que el derecho a la oposición, tanto en Perú como en España, operan a favor de los acreedores comerciales; mientras que, el inicio del proceso concursal puede darse, también, por acreedores laborales; sin embargo, esta posibilidad se reduce debido a los requisitos exigidos por ley.

### 3.2.3. Propuesta Legislativa

Se propone la modificación de los siguientes artículos de la LGS con la finalidad de salvaguardar los derechos económicos y de información de los trabajadores.

| Actual .- Artículo 347: Contenido del proyecto de fusión   | Norma modificada  |
|--|---|
| <p>“El proyecto de fusión contiene:</p> <p>(...)</p> <p>9. Los informes legales, económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere;</p> <p>(...)</p> | <p>“El proyecto de fusión contiene:</p> <p>(...)</p> <p>9. Los informes legales, económicos o contables contratados por las sociedades participantes, como mínimo el informe referente a la situación laboral de los trabajadores de la sociedad fusionada por absorción o creación;</p> <p>(...)</p> |

Teniendo en cuenta el *due diligence* laboral y su importancia para el proceso de fusión y la real asunción de responsabilidades, se necesita que en el proyecto de fusión que será materia de análisis por los directorios previo a la aprobación del mismo, conozcan la situación laboral íntegra. Por ello, no puede dejarse a elección de las sociedades la obligación de adjuntar la información relevante a los informes laborales que deberán brindar las sociedades del proceso de fusión. Por otro lado, de contar con este documento como parte del proyecto de fusión se salvaguardaría, aún más, la asunción de responsabilidades por la sociedad fusionante: además de contar con claridad financiera para asumir las responsabilidades y obligaciones.

Cabe resaltar que dentro de lo explicado por Tsuboyama (2014) la práctica del *due diligence* laboral muchas veces trae consigo la costumbre de liquidar el personal (sea traspasado o despedido) previo a la celebración de fusión.

|  |
|--|
| Actual .- Artículo 350.- Requisitos de la convocatoria   |
| Desde la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad participante debe poner a disposición de sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social los siguientes documentos: (...)   |
| Norma modificada.- Artículo 350.- Requisitos de la convocatoria  |
| Desde la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad participante debe poner a disposición de sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social los siguientes documentos: (...)   |
| Cada sociedad participante debe brindar a los representantes de los trabajadores una copia de la información antes mencionada, publicar en todos los centros de labores el proyecto de fusión desde la publicación del aviso de convocatoria y notificar a los trabajadores personalmente a través del correo institucional o en el domicilio consignado en el contrato de trabajo |

La modificación señalada es de suma importancia pues es insuficiente la puesta a disposición de la información relevante a la fusión y la situación económica a los trabajadores. Teniendo en cuenta que, “poner a disposición” se concretiza con la obligación de la persona jurídica de tener a su alcance la información en caso de que sea solicitada por los sujetos mencionados en la LGS; esto es inconsistente ya que los trabajadores desconocen la facultad que ostentan y la correcta lectura de la información brindada. Por otro lado, la información sólo será brindada en el domicilio social y no en otra ubicación, situación preocupante teniendo en cuenta que el domicilio social o consignado en el estatuto suele ser el centro de concentración de la sociedad, pero no el único local en el cual se labora.

Además, en lo concerniente a los titulares del derecho a disponer de la información no se encuentran especificados los acreedores laborales; y, teniendo en cuenta que la LGS es una de naturaleza comercial, los acreedores serán entendidos en ese escenario como acreedores comerciales; siendo así un motivo adicional para modificar y especificar la comunicación directa a los trabajadores.

Teniendo en cuenta lo señalado líneas arriba sobre la legislación nacional resulta inevitable preguntar si ¿acaso basta con poner a disposición la información para satisfacer el derecho a la libertad de información en la vertiente del acceso a la misma? ¿no resulta insuficiente

señalar a los acreedores en términos genéricos, sin detallar un procedimiento específico y singular para los trabajadores de sociedades inmersas en el proceso de fusión? ¿Será necesario que las empresas empleadoras comuniquen directamente a sus trabajadores, ya sea de forma organizada (sindicatos o por delegados) o individualmente del proceso de fusión y la información relevante para en su relación laboral? Las respuestas a todas las interrogantes son afirmativas.

Los trabajadores ostentan una relación jurídica especial y distinta al resto de personas, es tan importante la remuneración que perciben debido a su carácter indispensable y alimentario por lo que no sería equiparable a una relación comercial. La legislación debe acoplarse a la situación específica de los trabajadores inmersos en una fusión y a la inseguridad que ostentan estos en su relación. En ese sentido, se considera necesario que los trabajadores sean comunicados de forma directa, e, incluso, personal a través de una comunicación a reunión, de los cambios o posibles cambios en su relación jurídica como consecuencia del proceso de fusión<sup>9</sup>.

No basta con la puesta a disposición de la información, se considera que la normativa jurídica relativa a la fusión debe considerar dentro del proceso la obligación de las personas jurídicas inmersas en un proceso de fusión de notificar a sus trabajadores de los documentos especificados en el artículo 350 de la LGS; y, explicarles las posibles consecuencias en sus relaciones laborales.

La propuesta no traerá consigo consecuencias negativas en la relación laboral ni en el clima laboral; por el contrario, al enterarse los trabajadores de la situación real podrá el empleador negociar con los trabajadores que, debido a situaciones propias de la fusión, no continuarán con su relación laboral, de ser el caso; o, por el contrario, podrían continuar con la relación laboral (traspaso), especificando y negociando los derechos y condiciones laborales. Asimismo, los trabajadores tendrían la facultad de negociar con conocimiento ya sea de forma individual como colectiva sobre sus derechos laborales.

---

<sup>9</sup> Cabe resaltar que la postura asumida no merma la importancia de las acreencias mercantiles, simplemente, resalta la vital importancia de la acreencia laboral.

|   |
|---|
| Actual .- Artículo 358.- Contenido de la escritura pública  |
| <p>La escritura pública de fusión contiene:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los acuerdos de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes;</li> <li>2. El pacto social y estatuto de la nueva sociedad o las modificaciones del pacto social y del estatuto de la sociedad absorbente;</li> <li>3. La fecha de entrada en vigencia de la fusión;</li> <li>4.- La constancia de publicación de los avisos prescritos en el artículo 355; y,</li> <li>5- Los demás pactos que las sociedades participantes estimen pertinente.</li> </ol>  |
| Norma modificada.- Artículo 358.- Contenido de la escritura pública   |
| <p>La escritura pública de fusión contiene:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los acuerdos de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes;</li> <li>2. El pacto social y estatuto de la nueva sociedad o las modificaciones del pacto social y del estatuto de la sociedad absorbente;</li> <li>3. La fecha de entrada en vigencia de la fusión;</li> <li>4. La constancia de la publicación de los avisos prescritos en el artículo 350 y 355</li> <li>5.-Los informes de las deudas laborales, los convenios tripartitos laborales, el estado contable; y,</li> <li>6.- Los demás pactos que las sociedades participantes estimen pertinente.</li> </ol> |

La justificación para incluir dentro del Contenido de la Escritura Pública la notificación regulada en el artículo 350 es la necesidad de protección que ostentan los trabajadores ante cualquier situación de desventaja; en específico, frente al proceso de fusión y el manejo de la información que afecta de forma directa al trabajador

A pesar de no regularse en el ordenamiento jurídico peruano la posibilidad de oposición de los trabajadores a la fusión<sup>10</sup>, estos tienen el derecho a recibir la información suficiente y necesaria para conocer el destino de su relación laboral sobre todo porque esta es de naturaleza alimentaria.

Ahora bien, resulta lógico cuestionar el porqué de la inclusión de las constancias de notificación y publicación del artículo 350 en el contenido de la Escritura Pública de fusión. El motivo fundamental es la inscripción del acto, lo único que se inscribirá en los Registros Públicos y será de conocimiento público es la Escritura Pública de fusión; y, teniendo en cuenta el principio de publicidad este será de conocimiento para todos los acreedores presentes y futuros.

### **3.3. EL CONVENIO TRIPARTITO LABORAL COMO HERRAMIENTA JURÍDICO EMPRESARIAL LABORAL**

En el tercer acápite del último capítulo de la presente tesis se estudia la utilidad del convenio tripartito para ello se realiza el análisis costo – beneficio de su implementación previa al proceso de fusión; finalmente, se brindará un modelo de convenio tripartito base, el mismo que será adecuado a la situación concreta.

#### **3.3.1 Nociones Generales del Convenio Tripartito**

##### **3.3.1.1. Definición del Convenio Tripartito**

Si bien en la legislación comparada aún no existe una norma legal explícita que regule obligatoriamente la suscripción de un convenio tripartito, en la doctrina existen propuestas respecto a la implementación del mismo, previo a cualquier operación de fusión empresarial.

El convenio tripartito se presenta como alternativa de solución jurídico – empresarial; en el cual intervienen la persona jurídica empleadora primigenia (Empleador 1), la persona jurídica que asumirá la titularidad de empleador una vez culminado el proceso de fusión (empleador 2) y el trabajador traspasado (en caso no cuente con sindicato), el sindicato o los representantes de los trabajadores expresamente designados. Para establecer la validez de

---

<sup>10</sup> La autora concuerda con la postura de la legislación nacional toda vez que limitar la reorganización empresarial a la aprobación de los trabajadores resulta una intromisión del Derecho Laboral al derecho fundamental a la libertad de empresa que ostentan las empresas para reorganizarse y decidir su destino.



esta alternativa, se propone analizar los pro y contras que ofrecen tanto a empleadores como trabajadores (organizados como sindicato o individualmente) la posibilidad de negociar respecto a los derechos laborales (sean adquiridos o por adquirir).

Según Vera (2015) el Convenio Tripartito consiste en un:

acuerdo privado que tiene como objeto regular las condiciones societario – laborales del traspaso del personal de una empresa hacia la otra. Como su nombre lo indica, este documento se firma por tres partes: (1) la empresa que transfiere al personal o “Empresa A”; (2) la empresa que contratará a todo este personal transferido o “empresa B”; y, (3) el trabajador transferido, quien al momento de la firma del convenio tomará conocimiento de las nuevas regulaciones de sus relaciones laborales y de aquellas que se mantienen gracias al respaldo jurídico del principio de continuidad (p.125).

En el mismo sentido, Montes (2015) plantea la posibilidad de un convenio en el traspaso de trabajadores en caso adquisición de activos de una empresa, afirmando que:

“puede pasar que la segunda empresa incorpore a los trabajadores de la primera que tienen la experiencia y el conocimiento adecuado de la operación de esos activos, para lo cual incluye como una cláusula en el contrato de venta de los activos que va a asumir a estos trabajadores sin que la primera empresa los liquide, respetando todos sus derechos laborales, empezando por su récord laboral”.

Si bien, Montes (2015) analiza la posibilidad de traspaso de trabajadores a través de un convenio, esta se contextualiza en un contrato de compra de activos; situación diferente a la asumida en un proceso de fusión en el que la empresa fusionante asume el bloque patrimonial de la empresa fusionada; es decir, activos y pasivos.

Asimismo, Vera (2015) resalta la importancia del convenio tripartito desde el punto de vista laboral ya que en él se fijarán las responsabilidades, plazos, condiciones y concesiones que deberán realizar las partes entre sí. En otras palabras, la suscripción de este convenio materializa el traspaso de trabajadores.

### **3.3.1.2. Cláusulas esenciales del convenio tripartito laboral**

Como primera cláusula, se propone una explicación resumida de los motivos que dieron lugar a la fusión. Esta es sumamente útil debido a que los tres intervinientes “formalizarán su conformidad con la razón que justificó esta operación” (Vera, 2015, p.126); asimismo, se evita que las empresas realicen fusiones de manera fraudulenta y eludan sus responsabilidades. A esta cláusula la denominaremos “cláusula introductoria”.

Conforme a lo desarrollado en la presente tesis, las condiciones laborales es uno de los temas más controvertidos; por lo tanto, es fundamental que se regulen en el convenio. Específicamente, “debe quedar establecida: 1) la fecha de ingreso del trabajador en la nueva empresa, 2) el reconocimiento de la antigüedad del trabajador traspasado y 3) la titularidad de los pasivos asumidos como consecuencia del traspaso” (Vera, 2015, p. 126). A estas cláusulas las denominaremos “cláusulas básicas”.

Respecto a la fecha de ingreso del trabajador a la nueva empleadora, en virtud al principio de continuidad, la relación laboral continúa siendo la misma desde el empleador primigenio; por lo tanto, la fecha de ingreso a la nueva empresa resulta importante para términos contables, mas no para derechos adquiridos. Es decir, no existe ningún corte en la relación laboral, simplemente se sustituye el empleador; sujeto fungible debido a que su prestación es monetaria. Asimismo, todos los beneficios obtenidos por el trabajador en la primera empresa continúan pese al cese formal y se continúa computando los mismos desde su ingreso a la nueva empresa (Agreda, 2010).

En palabras de Américo Plá, citado por Vera (2016) “ante una transferencia de trabajadores deberá considerarse toda la antigüedad generada por el trabajador, incluso desde el empleador primigenio” (p. 123).

En ese mismo sentido, en lo concerniente al reconocimiento de la antigüedad del trabajador traspasado, a los trabajadores traspasados se les deberá contabilizar el tiempo de servicios desde el inicio de la relación laboral celebrada con su empleador primigenio; con la finalidad de contabilizar el tiempo de servicios. En consecuencia, para determinar ciertos derechos (entiéndase derechos laborales con contenido económicos) deberá contabilizarse todo el periodo laborado por el trabajador durante el vínculo laboral con ambas empresas.

Téngase presente que el principio de continuidad laboral aplicado en un proceso de fusión a través de su extensión en la figura de sustitución de empleador, no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, al encontrarnos ante una laguna jurídica es de aplicación al caso concreto.

Sobre la titularidad de los pasivos asumidos como consecuencia del traspaso, cabe mencionar que no existe en nuestro ordenamiento ninguna disposición que determine estrictamente quién debe asumir las cargas laborales del trabajador traspasado. Para Vera

(2015), “en principio, debe ser el empleador primigenio respecto a la primera fase de la contratación, toda vez que éste fue quien contrató al trabajador inicialmente (p. 126)”.

Contrariamente a la postura asumida por Vera, se considera que, en virtud del principio de continuidad y la característica de transferencia del patrimonio a título universal y en bloque de la fusión, la titularidad de las deudas laborales, después de la fusión es la sociedad absorbente o creada. Teniendo en cuenta el principio de continuidad, el tiempo de servicios adquirido que será trasladado a la empresa absorbente o creada debería ser asumido por el nuevo empleador.

Las respuestas otorgadas a cada condición que deberá regularse, no es concluyente. En principio, de conformidad con la opinión de Culqui (2015) la transmisión debería respetar las mismas condiciones laborales que mantenía el trabajador en la empresa anterior, a través del aseguramiento de una misma remuneración y una misma categoría laboral, pudiendo haber una mejora en las condiciones de trabajo, pero no un menoscabo en las mismas, evitando así que se utilice esta figura para evadir las normas laborales. Sin embargo, se admite la reducción de la remuneración y la negociación respecto a ciertos derechos laborales adquiridos y a la titularidad de los pasivos previo a la fusión.

Dependiendo del tipo de acuerdo que se asuma, y de la situación económica de cada una de las empresas, es perfectamente posible que la empresa que recibe al trabajador sea quien se encargue de compensar toda su antigüedad anterior, así como el nuevo récord generado en la última empresa. Del mismo modo, es factible que ambas partes puedan establecer si las obligaciones laborales deben ser regularizadas al momento de la suscripción del convenio, o al término de toda la relación laboral en forma definitiva. La única condición, en cualquier caso, es que se respete la antigüedad del trabajador, conforme lo hemos explicado líneas arriba, y que se haya pactado por escrito en este convenio tripartito.

Pese a que el trabajador goce de protección especial (principio de continuidad) ante el proceso de fusión societaria, el nuevo empleador tiene la facultad de dirección en su vertiente de *ius variandi*. Por lo tanto, el nuevo empleador podría modificar ciertas condiciones no esenciales (la labor en sí misma no podría ser objeto del *ius variandi*; es decir, si prestas el servicio de ingeniero residente, no podría unilateralmente modificarse la labor a contador);

siempre y cuando sea razonable, existan razones justificadas y su modificación no afecte sustancialmente al trabajador.

Finalmente, en lo referente a las cláusulas que debe contener el convenio tripartito, podrá pactarse el fijarse una jurisdicción específica ante problemas jurídicos; mas no una referente a renunciar al derecho de accionar judicialmente respecto a sus derechos laborales. En virtud del principio de irrenunciabilidad de derechos y al principio protector; cualquier renuncia a accionar judicialmente resulta nula.

### **3.3.2. Análisis de Costo Beneficio**

Toda propuesta legislativa para ser válida debe pasar el análisis costo – beneficio (en adelante, ACB) previo a su implementación con la finalidad de que esta ostente calidad regulatoria; es decir, que la regulación logre sus objetivos a costos razonables.

Respecto a la regulación, existen posturas distantes. Por un lado, se defiende la desregularización de los mercados (neoliberal); mientras que otros sostienen que es necesaria la regulación en circunstancias determinadas. Las ideas desregulatorias en Latinoamérica no duraron mucho tiempo, cambiando el objetivo del análisis de la calidad regulatoria de la desregularización hacia elaborar una “mejor regulación”. Para el desarrollo del ACB se prefiere la segunda postura buscando que esta ostente calidad y eficiencia.

En la historia se han desarrollado tres etapas respecto a la regulación: “*rule of law*”, “*Consenso de Washington*” y “*Human Capabilities*”. En la primera etapa “no importaba el contenido de las normas, sino que estas sean cumplidas” (Súmar, 2018, p.11). La segunda, se “identifica con la desregulación y el libre mercado” (Sumar, 2018, p. 11). En la tercera y actual etapa, “se combina la estabilidad económica – y el respeto a grandes rasgos del libre mercado – con la búsqueda por mejorar las condiciones de vida de las personas” (Súmar, 2018, p. 11).

El análisis costo beneficio que se realizará como último punto en la tesis no es el único método para evaluar la regulación, este es moderado y únicamente informativo basado en ACB cualitativos. Concordando con Boardman (2011), este ACB tiene influencia en el proceso de creación de políticas públicas.

Claramente el análisis a realizar tiene implicancias económicas, las mismas que pueden trasladarse al ámbito jurídico. Por un lado, la economía tiene un rol central en la explicación de por qué existe regulación; mientras que el Derecho responde a las justificaciones para regular.

La justificación de la regulación responde a la actual Teoría Económica de la Regulación (TDR) la cual entiende que “el proceso político responde a conceptos semejantes a cualquier mercado” (Súmar, 2018, p. 13). Utilizando estos conceptos y sus formalizaciones podemos intentar predecir qué mercados serán regulados, en qué medida lo serán y a quién beneficiará dicha regulación.

En síntesis, conforme se señala líneas arriba, desde una visión dogmática del Derecho se estudia la forma en que una norma debe ser interpretada o si es compatible con el sistema jurídico; mientras que, desde una visión económica, interesan los efectos de la regulación.

Teniendo en cuenta que, cuando el Congreso promulga leyes no observa únicamente al Derecho como ciencia aislada, se considera necesario el estudio de la regulación económica; esta resta poder de decisión a los agentes económicos sobre aspectos de los productos. Asimismo, Breyer citado por Súmar (2018) distingue entre regulación – incluye la regulación de tarifas y estándares de calidad – y alternativa – deberes de revelar información y responsabilidad civil. Esta última tiene los mismos efectos que la regulación, pero distorsionando menos el libre mercado.

La afirmación realizada encuentra sustento en el artículo 75 del Reglamento del Congreso; en este se obliga a realizar un ACB señalando textualmente lo siguiente: “las proposiciones de ley deben contener (...) el análisis costo – beneficio de la futura norma legal”

Para la presente propuesta legislativa es de interés tener presente la regulación alternativa respecto al deber de brindar la información a la parte de la relación laboral que cuenta con menor capacidad de información; es decir, al trabajador inmerso en un proceso de fusión. Esta medida no limita directamente la libertad de empresa impidiendo que se realice la fusión o sujetando la misma a que los trabajadores brinden su conformidad; por el contrario, posibilita a los trabajadores a conocer información relevante para su futuro laboral y beneficia a los empleadores en la diligencia posterior de comunicación al personal, así como a mantener o mejorar el clima laboral.

Desde el punto de vista normativo se entiende que la justificación de la regulación son las fallas de mercado: monopolios naturales, externalidades y asimetría informativa.

En la presente propuesta legislativa se presentan las siguientes fallas de mercado:

- a) Externalidad negativa: “se manifiesta en el mercado cuando las actuaciones de otro mercado tienen efectos en otro de manera negativa (imponiendo un costo)” (Súmar, 2018, p. 17). Para que una externalidad negativa pueda ser usada como una justificación para regular debe presentar dos características: debe ser suficientemente grande y no debe poder ser corregida por el mercado. Otro criterio a asumir es el siguiente: pese a que exista una falla en el mercado y esta no pueda ser corregida por el mismo, “podría ser una mala alternativa si es que la regulación estatal impone costos a la sociedad que superan el costo de soportar el mercado” (Súmar, 2018, p. 18).

Para analizar si se presenta una externalidad negativa en el presente caso debemos definir qué es mercado laboral y mercado en términos económicos. En principio, el mercado tiene como característica general poseer oferta y demanda sobre determinado producto, a su vez este producto ostenta un precio definido por el mismo mercado, es decir, la combinación de la oferta y demanda da como resultado el precio del producto.

Esta definición genérica de mercado trasladada al mercado laboral se expresaría de la siguiente manera: los ofertante (vendedores) conformados por el conjunto de trabajadores en disposición para el trabajo y los demandantes (compradores) integrados por los empleadores que contratarán a los trabajadores. Asimismo, “el objeto de las transacciones de compraventa (...) se vuelve reflexivo porque son las propias personas las que ofrecen su servicio. Esto es, comprador y objeto son el mismo ente en el mercado laboral” (Jimenez, 2014, p.49). Por otro lado, el precio (...) “es algo más que dinero; es la suma de tres componentes: salario, otras compensaciones dinerarias o no dinerarias (como beneficios sociales) y, (...) salario emocional” Jimenez, 2014, p. 49).<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Conforme lo señala Mello (2019), en la actualidad existen diversas problemáticas respecto al concepto de mercado laboral debido a la digitalización y al déficit en educación en los países latinoamericanos, no pudiendo afirmar que el mercado sea perfecto. Sin embargo, esto no es tema

Conforme a lo reseñado, se tiene que el mercado en el cual se desarrolla el proceso de fusión con la finalidad de que las empresas puedan concentrar su capital y mano de obra, así como el mercado al que ofertan sus productos tiene incidencia o externalidad en el mercado laboral. Tal afirmación encuentra sustento en la desprotección del trabajador que sufrirá cambios en su relación laboral sin comunicación previa; aquellos son palpables a la realidad como las utilidades a percibir, el tiempo de servicios a contabilizar, el desconocimiento natural de sus derechos y privilegios, así como los mecanismos de defensa ante el desempleo.

- b) Asimetría informativa: esta se da cuando una de las partes en una relación no puede distinguir la calidad de los productos en un mercado. El desequilibrio en la información es relevante cuando: i. Determina la incapacidad de distinguir un bien de un mal producto; ii) el mercado no puede resolver el problema de falta de información. En el presente caso, los trabajadores se encuentran en situación de desventaja siendo limitados en el conocimiento de la información relevante de la empresa empleadora. Asimismo, el mercado no puede ejercer presión suficiente para que las empresas puedan

Una buena norma debe cumplir, al menos, con los siguientes parámetros:

- i. Responder al interés público.
- ii. Estar basada en la evidencia.
- iii. Haber sido dictada luego de seguir algún procedimiento de evaluación previa:

“Existen dos tipos de regulación: i) económica cuando busca incrementar la eficiencia, es decir eliminar fallas de mercado; o, ii) social cuando busca conseguir un fin distinto a la eficiencia, como por ejemplo proteger el medio ambiente” (Súmar, 2018, p. 64).

Asimismo, existen dos tipos de análisis normativo: ex ante y ex post.

---

de análisis en la presente investigación, únicamente concierne indagar las posibilidades de protección a los trabajadores que se encuentran en desventaja.

| Ex ante  | Ex post  |
|--|--|
| No existe un proyecto de norma aún   | Ya existe un proyecto de norma o norma   |
| Se le aplica el RIA o similar (que contiene ACB)   | Se aplica ACB o algún otro método de evaluación.   |
| El análisis se hace sobre cada alternativa, incluyendo la alternativa “no hacer nada”  | El análisis se hace solo sobre la alternativa previamente escogida por el proyecto de norma o norma.   |
| Dependiendo del peso que se le dé, el resultado es un documento que se usa como insumo para determinar la propuesta normativa o que decide por sí mismo cuál es la mejor alternativa regulatoria | Dependiendo del peso que se le dé, puede servir como insumo o definir por sí mismo si un proyecto debería ser aprobado o si una norma debería o no mantenerse vigente. |

*Fuente: Análisis ex ante vs. análisis ex post, SUMAR, Oscar, 2018, p, 32.*

En la presente tesis se realizará el análisis ex post, teniendo en cuenta que se propone como proyecto de norma: i) la modificación de los artículos de la LGS referente al deber de las empresas de informar eficazmente a los trabajadores inmersos en un proceso de fusión; y, ii) la suscripción obligatoria del convenio tripartito en el proceso de fusión. Ambas normas se complementan en el proceso de fusión en referencia a los derechos laborales de los trabajadores inmersos en un proceso de fusión.

El análisis ex post concibe dos etapas: realizar el ACB y el test de proporcionalidad. Respecto al primero, se diferenciarán las normas para realizar los métodos correspondientes.

- ACB de la modificación de los artículos de la LGS referente al deber de las empresas de informar eficazmente a los trabajadores inmersos en un proceso de fusión:
  - a) Costos: la diligencia previa para la realizar la notificación; en caso se realice en el domicilio real se empleará personal y diligencia notarial con un costo aproximado de diez soles por trabajador notificado, prolongación de plazos para la celebración de la fusión.
  - b) Beneficios: mejor ambiente laboral de los trabajadores traspasados, menor porcentaje de probabilidad de próximos procesos judiciales en materia laboral, mayor conocimiento de sus derechos y condiciones laborales.



- ACB de la suscripción obligatoria del convenio tripartito en el proceso de fusión:
  - a) Costos: la diligencia previa para la implementación, la utilización de personal para realizar el convenio, prolongación de plazos para la celebración de la fusión.
  - b) Beneficios: mejor ambiente laboral de los trabajadores traspasados, menor porcentaje de probabilidad de próximos procesos judiciales en materia laboral, mayor conocimiento de sus derechos y condiciones laborales, e incluso, negociación sobre estos.

Teniendo en cuenta que el criterio del ACB es la eficiencia de la norma, esta se mide en el impacto que tiene una norma sobre los precios. En el presente análisis, realizando la comparación entre los costos que genera la norma y las futuras ganancias (disminución en procesos judiciales y mejor ambiente laboral que favorecerá la productividad de la empresa) se concluye que ambas normas son eficientes.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la propuesta normativa tiene naturaleza social, toda vez que se busca salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores, presentándose dificultades en aplicar el ACB.

Finalmente, las propuestas son sometidas al test de proporcionalidad, este es de índole legal y se aplica, únicamente, ex post; a través de este se determina si las normas son razonables legalmente.

De acuerdo a Súmar (2018), los pasos incluyen la siguiente constatación:

- a) Fin constitucionalmente válido: que la motivación del proyecto o norma sea acorde a la Constitución.
- b) Adecuación: la norma tenga la capacidad para cumplir con la finalidad que se pretende alcanzar.
- c) Necesidad: si es que existe alguna norma que pueda lograr el mismo propósito, pero que afecten en menor medida a otros intereses o derechos involucrados.
- d) Proporcionalidad en sentido estricto: que la afectación a los derechos o intereses que suponga la medida sea razonable en comparación a los beneficios que se espera obtener de ella. (p. 63)

El test de proporcionalidad se realiza separadamente, es decir, se realizarán dos test de proporcionalidad.

- Test de proporcionalidad de la modificación de los artículos de la LGS referente al deber de las empresas de informar eficazmente a los trabajadores inmersos en un proceso de fusión
  - a) Fin constitucionalmente válido: la norma busca proteger el derecho a la información de los trabajadores inmersos en un proceso de fusión (inciso 4, artículo 2 de la CPP en concordancia con el artículo 23 segundo párrafo). Sin duda es un fin constitucionalmente válido toda vez que la Constitución establece que es un fin de la sociedad proteger a los ciudadanos y consagrando la defensa de la persona y sus derechos fundamentales. Ahora bien, pese a que el derecho a la información es uno de naturaleza fundamental, este no es específico para el trabajador. Sin embargo, esto no restringe su aplicación para los trabajadores, toda vez que estos, además de gozar de los derechos laborales específicos, gozaran de los derechos laborales constitucionales inespecíficos.
  - b) Adecuación: el mecanismo por el cual se busca que la norma consiga el propósito es obligando a las sociedades integrantes del proceso de fusión comunicar a sus trabajadores sobre el proyecto de fusión, la situación contable, etc. El deber impuesto de informar a los trabajadores de la posible fusión permitirá que los trabajadores aumenten su capacidad y así vean satisfecho su derecho a la información ya que esta afecta directamente su relación laboral.
  - c) Necesidad: ¿existe alguna alternativa menos gravosa? El perjuicio o daño generado a la sociedad (empresa) es la diligencia de notificar, sin embargo, el beneficio generado es superior pues el trabajador conocerá sus derechos y podría prever las posibilidades futuras. Asimismo, otorgar la información anticipadamente, muchas veces, permitirá que los trabajadores concilien con sus empleadoras e impedirá que se realicen protestas o huelgas sindicales. No se concibe como alternativa menos gravosa no informar a los trabajadores de la situación de la empleadora toda vez que genera mayores consecuencias negativas en el clima laboral.
  - d) Proporcionalidad en sentido estricto: ¿la norma produce menos costos que beneficios? Dado que el objetivo de esta norma no es exclusivamente la eficiencia, se debe buscar otra forma de calcular sus beneficios. En este caso, el objetivo de la norma – efectivizar el derecho a la información de los trabajadores

en el proceso de fusión de sus empleadoras – se puede medir a través de la disminución de demandas laborales o comerciales de nulidad de fusión.

- Test de proporcionalidad de la suscripción obligatoria del convenio tripartito en el proceso de fusión.
  - a) Fin constitucionalmente válido: la norma busca proteger los derechos laborales con contenido económico de los trabajadores inmersos en un proceso de fusión (artículo 22, 24 y 26 de la CPP). Sin duda es un fin constitucionalmente válido toda vez que la Constitución consagra que el trabajo es un derecho y deber base del bienestar social, reconoce la importancia de la remuneración; y, consagra el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.
  - b) Adecuación: el mecanismo por el cual se busca que la norma consiga el propósito es obligando a las sociedades integrantes del proceso de fusión realizar el convenio tripartito. El deber impuesto de celebrar el convenio tripartito permitirá que, tanto las empresas empleadoras como los trabajadores aumenten su capacidad de negociación de los derechos; asimismo, podrá el trabajador proteger estos.
  - c) Necesidad: ¿existe alguna alternativa menos gravosa? El perjuicio o daño generado a la sociedad (empresa) es la diligencia de celebrar el convenio colectivo y llevar una copia a la Autoridad Administrativa de Trabajo; sin embargo, el beneficio generado es superior pues el trabajador conoce y negocia (dependiendo de la clase de Derecho Laboral) sobre sus derechos laborales adquiridos y futuros. No se concibe como alternativa menos gravosa el no realizar la diligencia pues, conforme actualmente se regula, las empresas no contienen como obligatorio un procedimiento laboral para concretizar la fusión empresarial.
  - d) Proporcionalidad en sentido estricto: ¿la norma produce menos costos que beneficios? Dado que el objetivo de esta norma no es exclusivamente la eficiencia, se debe buscar otra forma de calcular sus beneficios. En este caso, el objetivo de la norma – salvaguardar los derechos laborales con contenido económico de los trabajadores traspasados – se puede medir a través de la disminución de demandas laborales o comerciales de nulidad de fusión.

En conclusión, las propuestas normativas, pese a no ser netamente económicas, son necesarias para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Sobre todo, por la naturaleza de la relación y su incidencia social; es decir, la relación laboral se encuentra sumamente ligada al contexto y progreso social; salvaguardándose en mayor medida las condiciones mínimas de vida de las personas en virtud a la dignidad ontológica de las personas.

## CONCLUSIONES

1. La fusión empresarial es aquella forma de reorganización societaria que permite a las personas jurídicas concentrar su patrimonio en una nueva sociedad o una constituida regulada en la LGS. En esta se establece un procedimiento específico para su celebración que se caracteriza por salvaguardar los derechos de los acreedores y los socios, pero no los derechos laborales de los trabajadores inmersos en el proceso de fusión. Sin embargo, esto no significa que estos queden desprotegidos, pues en virtud del principio de continuidad laboral, los trabajadores deben conservar las mismas condiciones laborales y el tiempo de servicios laborado; debido a que estamos frente a una sustitución de empleador, siendo, por tanto, la misma relación laboral antes y después de la fusión. Pese a que la relación laboral se encuentra salvaguardada por el principio de continuidad, existe déficit en las relaciones laborales traspasadas respecto a los derechos laborales con contenido económico y el derecho a la información de los trabajadores traspasados.
2. Pese a que el principio de irrenunciabilidad de derechos consagra que ningún trabajador puede renunciar a estos en detrimento de su anterior status; en la legislación laboral se encuentran reguladas algunas excepciones tales como la remuneración, el canje de horas extras y vacaciones. Estos derechos legales, se encuentran dentro de un margen de disponibilidad, pudiendo ser negociados entre trabajadores y empleadores en el proceso fusión.
3. Respecto a la protección de los derechos laborales con contenido económico y la conservación de derechos y condiciones laborales de los trabajadores traspasados consecuencia de un proceso de fusión se propone la regulación opcional de la suscripción del convenio tripartito toda vez que resulta beneficiosa tanto para el

empleador como trabajadores. Para el primero, es útil pues pese a generar costos, estos son razonables ya que se esclarecen los costos laborales y se genera un clima laboral óptimo. Para los segundos, se benefician pues esclarece la protección de sus derechos laborales con contenido económico y el tiempo de servicios adquirido. Finalmente, es beneficioso para ambos ya que, bajo el principio de autonomía de la voluntad en consonancia con el principio de irrenunciabilidad de derechos, se podrá negociar entre trabajador y empleador las condiciones y derechos laborales. En lo referente a la protección del derecho a la información de los trabajadores tras pasados a través de un proceso de fusión se propone modificar los artículos 347, 350 y 358 de la LGS (1998). Específicamente, se enfatiza en el deber de brindar la información a los trabajadores en forma efectiva, directa y eficaz.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Ackerman, M. E. (2004). *Colección de Análisis Jurisprudenciales*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
2. Agreda, J. (2010). *Los principios laborales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, Perú: RAE Jurisprudencia.
3. Alvarez, D (2017, 23 de marzo). El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la “atomización” y la fragmentación empresarial. *Revista Trabajo y Sociedad*. Recuperado de [https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-sociedad/WCMS\\_548570/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-sociedad/WCMS_548570/lang--es/index.htm)
4. Arce, E y Flores – Valdés, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid, España: Civitas.
5. Arce Ortiz, E. (2015). Metodología de regulación de los grupos de empresa en el Derecho individual de Trabajo, en *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Primera Edición. Primer Encuentro Peruano-Chileno-Uruguayo de Derecho de Trabajo*, (237-251). Lima, Perú: editorial Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
6. Arce, E. (2017). Puntos críticos sobre el cambio de titularidad de la empresa. *Revista Laborem*, volumen N° 3, pp. 103-115.
7. Arce, E. (2013). *Derecho Individual del trabajo en el Perú*. Lima, Perú: Palestra.
8. Bernaldes, E. (2012). *La Constitución de 1993*. Lima, Perú: Idemsa.
9. Bermúdez, Julio. (2015). El derecho de oposición de los acreedores en la fusión de sociedades mercantiles. *Revista Lex Mercatoria*, (1), 114-117 <http://revistas.innovacionumh.es/index.php?journal=lexmercatoria&page=article&op=view&path%5B%5D=854&path%5B%5D=79>
10. Blancas, C. (2012). *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales*. Recuperado de [https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:PE+content\\_type:4/%22relaci%C3%B3n+jur%C3%ADdica+laboral%22/WW/vid/382400294](https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:PE+content_type:4/%22relaci%C3%B3n+jur%C3%ADdica+laboral%22/WW/vid/382400294)
11. Blancas, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales laborales*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

12. Blancas, C. (2012) Flexibilidad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. *Revista derecho PUCP*, 6 (68), pp-pp. Recuperado de [https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content\\_type:4/principio+de+estabilidad+laboral/p2/WW/vid/431022490](https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content_type:4/principio+de+estabilidad+laboral/p2/WW/vid/431022490)
13. Boardman, A. (2011). *Cost-Benefit Analysis. Concepts and Practice*. Estados Unidos: Pearson.
14. Blancas, C. (2016). *Derechos Fundamentales de persona y relación de trabajo*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
15. Bilbao, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
16. Caldera, R. (1972). *Derecho del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: El Ateneo.
17. Chanamé, R. (2015). *Constitución Política del Perú Comentada*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
18. Canessa, M. F. (2008). Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 72, 111-151. Recuperado de [http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/72/est05.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/72/est05.pdf)
19. Carrillo, M. (2011). La estabilidad de entrada y de salida como expresiones del principio de continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (12), 179-186. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640267007>
20. Chioyenda, G. (2005). *Instituciones del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Valleta.
21. Redacción compra venta empresas. (08, mayo, 2019). Fusión de empresas y consecuencias laborales. Recuperado de <https://compraventaempresasgk.com/fusion-empresas/>
22. Culqui (27 de marzo de 2015). El Principio de continuidad a la luz del Tribunal Constitucional. [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://www.yatacoarias.com/tag/principio-de-continuidad-laboral/>
23. De La Puente y Lavalle, M. (1992). *El contrato en general*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
24. De La Rosa, J. (2018). *Derecho del trabajo*. Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=r8RmDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA10&dq=contenido+del++convenio+colectivo&ots=rD0wsr9Z9A&sig=FkFEIwL-IdIHJmMPyQ32wASa1zU#v=onepage&q=contenido%20del%20%20convenio%20colectivo&f=false>
25. De Diego, J.A. (2002). *Manual del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Buenos Aires, Argentina: Lexisnexis Abeledo Perrot.
26. Echaíz, D. (2015). Instituciones de Derecho empresarial. En D. Echaíz. (Primera Ed.), *Concentración Empresarial* (pp. 48-60). Lima, Perú, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC)
27. Elías, E. (2015). *Derecho Societario Peruano: la Ley General de Sociedades*. Lima, Perú, Gaceta Jurídica.
28. Eriguren Praeli, F. J. (2003). Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Ius Et Veritas*, 13(27), 43-56.



- Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16262>
29. Fabra, J y Spector, E. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/25.pdf>
  30. Ferro, V. (2010) El Derecho del Trabajo en tiempos de crisis. *Revista Ius Et Veritas*. Recuperado de: pp. 234 a 248. [revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12122](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12122)
  31. Flores, A (2007). Los conceptos de libertad en Aristóteles. *PKP*, 15 (35), 429-445. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/escritos/article/viewFile/382/337>
  32. García, A. (2010). *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?* Lima, Perú: Soluciones Labores.
  33. Goñi, J. (2014). Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación? <https://academica-.unavarra.es/bitstream/handle/10151/11111/1/Goñi%20J.%20Los%20derechos%20fundamentales%20inespec%C3%ADficos%20en%20la%20relaci%C3%B3n%20laboral%20individual%20-%20necesidad%20de%20una%20reformulaci%C3%B3n.pdf>
  34. Gutierrez, I. (2015). *Derecho Constitucional*. Lima, Perú: Communitas.
  35. Hernandez, L. (2004). *Manual de Derecho del Trabajo*. Moca, República Dominicana: Dalís.
  36. Hervada, J. (2008). *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Madrid, España: Eunsa. Hervada, J. (1976). Libertad, autenticidad y Derecho Natural. *Revista Persona y Derecho*, 15 (3), 74-90. Recuperado de <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/32787/28168>
  37. Hervada, J. (1976). Libertad, autenticidad y Derecho Natural. *Revista Persona y Derecho*, 15 (3), 74-90. Recuperado de <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/32787/28168>
  38. Industriall Global Union, (15, mayo, 2019) Trabajadores metalúrgicos de Corea se oponen a fusión de Hyundai Recuperado de <http://www.industrialunion.org/es/trabajadores-as-metalurgicos-de-corea-se-oponen-a-fusion-de-hyundai>
  39. Jimenez, A. (2015). Mercado Laboral: situación, perspectivas y tendencias. *PeopleMatters*, (293), 49-58. Recuperado de: [https://www.academia.edu/36533911/Mercado\\_Laboral\\_situaci%C3%B3n\\_perspectivas\\_y\\_tendencias](https://www.academia.edu/36533911/Mercado_Laboral_situaci%C3%B3n_perspectivas_y_tendencias)
  40. Kresalja, B. y Ochoa C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
  41. Landa, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Recuperado de [https://2019.vlex.com/#/search/content\\_type:4/principio+de+irrenunciabilidad/p2/WW/vid/252977982](https://2019.vlex.com/#/search/content_type:4/principio+de+irrenunciabilidad/p2/WW/vid/252977982)
  42. Maldonado, J. (2017) *Superación del concepto clásico de contrato de Trabajo*. Recuperado de: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-madrid/documents/article/wcms\\_548602.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-madrid/documents/article/wcms_548602.pdf)
  43. Medina, I. (2016), Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más allá de la aplicación del principio de continuidad. *Revista Derecho & Sociedad* (46), 129-138.
  44. Mello, S., Ludolf, N., Qhelhas, O. y Meirino, M. (28.11.2019). Innovación en la era digital: nuevo mercado laboral y cambios educativos. *Scielo*, p. 1-22. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-40362019002702511>

45. Molina, C. (2005). *La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización*. En VVAA. *Temas actuales de Derecho Laboral: obra colectiva*. Trujillo: Normas Legales.
46. Monroy, M. (2003). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
47. Montes, D. (29, abril, 2015). Beneficios laborales en caso de convenio de traspaso de trabajadores. Recuperado de <http://cuestionesempresariales.blogspot.com/2015/04/beneficio-laborales-en-caso-de-convenio.html>
48. Montoya, A (1990). *Derecho del trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
49. Montoya, U. (2004). *Derecho Comercial*. Lima, Perú, Grijley,
50. Morales, R. (2008). Situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*. 0(19), 323-360 Recuperado de <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/478>.
51. Morales, R. (2017) Hechos y actos jurídicos. *Revista Foro Jurídico de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. 16 (01), 14-24.
52. Morales, A. (1991). Cambios en el titular de la empresa: transformaciones, fusión y escisión. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 37, T. II, Lima.
53. Neves, J. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
54. Neves, J. (2003). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP
55. Ormeño, M. (2006). El uso fraudulento de la persona jurídica. *Revista Universidad de Lima*, volumen (N° 4), pp. 261-294. Recuperado de [http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/hanD/Lege/ulima/5549/Ormeno\\_Mercedes.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/hanD/Lege/ulima/5549/Ormeno_Mercedes.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
56. Ortiz, M. R. (2017). El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (XXIII) 533 – 553, Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20181108\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20181108_03.pdf)
57. Pacheco, L. (2015). Los principios del Derecho del Trabajo. En J. Zavala (Ed.), Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis, (pp. 589-607). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
58. Palomeque, M. (1991). Los derechos laborales en la Constitución Española. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
59. Pasco, M. (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Chilena De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*, (3) 5, 13-26. Recuperado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download>
60. Pasco, M (2007). Evolución y tendencias de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina. *Revista Derecho del Trabajo*, (3), 65-91.
61. Perez, R. (2015). Libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad de prensa: trinomio a debate. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 21 (2), 1017-1030. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/5090>
62. Plá, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: ediciones Depalma.
63. Podetti, H. (2016). Principios del Derecho del Trabajo. *Revista UNAM*, 139-153 <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/hanD/Lege/2015/1194/losprincipiosdelderechodeltrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
64. Quiñones, S. (2008). *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Recuperado de

- [https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content\\_type:4/principio+de+estabilidad+laboral/p5/WW/vid/76154147](https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content_type:4/principio+de+estabilidad+laboral/p5/WW/vid/76154147)
65. Redacción Capital Radio, (16, abril, 2019) Los trabajadores de Deutsche Bank se oponen a fusión con Commerzbank. Recuperado de [https://www.capitalradio.es/noticias/empresas/los-trabajadores-de-deutsche-bank-se-oponen-a-la-fusion-con-commerzbank\\_37385984.html](https://www.capitalradio.es/noticias/empresas/los-trabajadores-de-deutsche-bank-se-oponen-a-la-fusion-con-commerzbank_37385984.html)
  66. Reyes, L. (2012). *Derecho Laboral*. Recuperado de [http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho\\_y\\_ciencias\\_sociales/Derecho\\_laboral.pdf](http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_laboral.pdf)
  67. Revista Gestión, (24, mayo, 2017) Linde y Praxair acuerdan plan de fusión para aprobación de Junta. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/empresas/linde-praxair-acuerdan-plan-fusion-aprobacion-junta-135762-noticia/>
  68. Rodríguez-Piñero, M. (Ed.). (2003). *El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual*. Granada, España: Tecnos.
  69. Rodríguez, F; Valverde, M. y García, J. (2018) *Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
  70. Rodríguez-Sañudo, F., Valverde, M.A. y García, J. (2018). *Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
  71. Rodríguez P. y Bravo, M. (2002). La nueva dimensión del derecho del trabajo. *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, (01), 87-100.
  72. Rojas Miño, I. (2015). Los grupos de empresas en el sistema jurídico laboral. *En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Primera Edición. Primer Encuentro Peruano-Chileno-Uruguayo de Derecho de Trabajo, (253-375). Lima, Perú: editorial Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
  73. Sanchez, C. (2005). *Derecho Comercial*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
  74. Sanchez, F y Sanchez – Calero. (2005). *Instituciones del Derecho Mercantil*. Navarra, España: Thomson.
  75. Salcedo, C. (31.05.2002). El principio protector y el principio de irrenunciabilidad. *Gaceta Judicial: Vlex*, Recuperado de [https://2019.vlex.com/#/search/content\\_type:4/principio+de+irrenunciabilidad/WW/vid/360760638](https://2019.vlex.com/#/search/content_type:4/principio+de+irrenunciabilidad/WW/vid/360760638)
  76. Sagaroy, J. (1997). *El proceso laboral: principios informadores*. En B, Lozano & E. Morgado. *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 823-834) Ciudad de México, México. *Revista Universidad Nacional Autónoma de México*.
  77. Sisro, S. (2004). *Derecho Laboral*. Buenos Aires, Argentina: Novatesis.
  78. Súmar, O. (2018). *Analizando el impacto de la regulación: hacia una visión pragmática*, Lima, Perú: Regulación racional
  79. Toledo, C y Toledo, T. (2012). Consecuencias laborales de la fusión de empresas. Abril 2012, *Actualidad Jurídica*, Volumen (N<sup>a</sup> 256). Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio\\_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/4059894F1C36BA9A05257B6C0054049D/\\$FILE/ASESORIAL\\_ABORAL256.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/4059894F1C36BA9A05257B6C0054049D/$FILE/ASESORIAL_ABORAL256.PDF)
  80. Toyama, J. (2001). El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad. *Revista ius et veritas*, (22), 164-179.

81. Toyama, J. (2015). El tratamiento jurídico de las reestructuraciones empresariales en el Derecho Laboral peruano (pp. 129-152). Lima, Perú, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS).
82. Tsuboyama, L. (2014). Due diligence laboral: Herramienta imprescindible en las fusiones y adquisiciones. *Dialnet*, (65), 259-267. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5104435>
83. Ugarte, J.L. (2007). La tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro. *sCielo*, 20 (02), 49-67.doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200003>
84. Uría, O. (2008). *Fusión de sociedades, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, España: Civitas.
85. Valera, E.L. (2015, enero). Introducción a los principios generales del Derecho: especial referencia a los principios sectoriales del Derecho Laboral. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Recuperado de [https://2019.vlex.com/#search/content\\_type:4/principio+de+irrenunciabilidad/p4/W/W/vid/653315553/graphical\\_version](https://2019.vlex.com/#search/content_type:4/principio+de+irrenunciabilidad/p4/W/W/vid/653315553/graphical_version)
86. Valle, A. y Alvares, P. (2012). Convenios de accionistas ¿un cambio necesario? *Revista de Actualidad Mercantil*, volumen 1, pp. 37-40. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/12891>
87. Vera, A (2015). *Implicancias del traspaso de trabajadores en casos de reorganización societaria*. *Revista Derecho & Sociedad*, N° 46, pp. 121-127. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/18825/19045>

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Constitucional**

88. STC Exp. N° 2906-2002-AA.
89. STC N° 0008-2005-AI.
90. STC Exp. N° 0020-2012-PI/TC, emitida el 16 .04.2014

### **Salas Laborales**

91. Casación Laboral. N° 10712-2014-Lima emitida el 06.07.2015.
92. Casación Laboral N° 00489-2015 Lima emitida el 07.07.2018.

## ANEXOS

### **Modelo Básico de Convenio de Fusión**

En la ciudad de Chiclayo, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, se encuentran presentes:

- a) el trabajador traspasado xxxxxxxx identificado con DNI N° xxxxxxxx, domiciliado en xxxxxxxx distrito y provincia de xxxxxxxx, departamento de xxxxxxxx; o, el Sindicato de Trabajadores Mayoritario en representación de sus integrantes actuales a la fecha de suscripción del convenio; o, los delegados previamente elegidos).
- b) el empleador primigenio xxxxxxxx, identificado con RUC N° xxxxxxxxxxxx, con domicilio legal en xxxxxxxx distrito de xxxxxxxx, provincia y departamento de xxxxxxxx debidamente representado por su Gerente General xxxxxxxx identificado con DNI N° xxxxxxxx; y,
- c) el nuevo empleador xxxxxxxx, identificado con RUC N° xxxxxxxx, con domicilio legal en xxxxxxxx, distrito de xxxxxxxx, provincia y departamento de xxxxxxxx;

Las partes se reúnen con la finalidad de celebrar un convenio tripartito debido al proceso de fusión; las condiciones y derechos laborales, así como la asunción de responsabilidades que se establece en este convenio es acuerdo de las partes.

#### **Cláusula Primera. – Antecedentes**

En esta cláusula se deberán explicar los motivos de la fusión, la causa que generó la reestructuración patrimonial. Además, se deberán adjuntar las constancias de notificación en copia certificada de la información brindada a los trabajadores conforme a las modificatorias señaladas líneas arriba del artículo 350 de la LGS.

#### **Cláusula Segunda. - Traspaso del Trabajador**

En esta cláusula se hará mención al tiempo de servicios adquirido que se le reconoce al trabajador con el cual continuará laborando con el nuevo empleador.

Por ejemplo: al ex trabajador dependiente de Gloria Ingenieros & Arquitectos Juan de los Ríos se le reconocen 10 años 4 meses 20 días de tiempo de servicios. El mencionado

trabajador es parte de la planilla de Teca Constructora SA desde la fecha de inscripción de fusión: 10 de mayo del 2019, a partir de la fecha señalada se continúa contabilizando su tiempo de servicios para los derechos laborales convenientes.

Caben dos posibilidades: a) la empleadora primigenia reconoce y liquida el tiempo de servicios laborado desde el inicio de la relación laboral primigenia hasta el traspaso del trabajador, para ello, se adjunta la liquidación realizada en la fecha; o, b) se traslada en bloque y a título universal la deuda laboral, siendo asumida en su íntegro por la sociedad fusionante (nueva empresa o absorbente).

### **Cláusula Tercera. - Derechos de Origen Legal**

Los derechos de origen legal son aquellos que impone la ley peruana, estos no pueden ser desconocidos, por el contrario, las empresas deben reconocerlos.

Pese a que sean reconocidos, se tiene la posibilidad de disminuirlos y negociar con los trabajadores sobre los mismos. En el acápite 2.2 del segundo capítulo se establecen los márgenes de negociación de la remuneración y cada beneficio social (horas extras, vacaciones, compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, asignación familiar y utilidades).

Por otro lado, estos derechos deberán señalarse de forma expresa; determinando los montos y fechas a contabilizar. De acuerdo a los tiempos, podría el empleador primigenio adjuntar la liquidación del trabajador.

### **Cláusula Cuarta. - Derechos de Origen Convencional**

Los derechos de origen convencional son aquellos que nacen en el seno de un convenio colectivo, estos tendrán la vigencia que establecida en el mismo; o caso contrario, dos años.

La empresa absorbente puede negociar sin pisos mínimos sobre estos; asimismo, podría no reconocerlos.

Podría negociarse (con el sindicato mayoritario) la posibilidad de adecuar al sindicato o, establecer que los derechos de los trabajadores traspasados serán igualados a los reconocidos a los trabajadores de la nueva empleadora en aras de salvaguardar la igualdad de derechos entre los trabajadores traspasados y los trabajadores de la nueva empleadora

Por otro lado, estos derechos deberán señalarse de forma expresa; determinando los montos y fechas a contabilizar. De acuerdo a los tiempos, podría el empleador primigenio adjuntar la liquidación del trabajador.

**\*Anexo:** En el supuesto de que se liquide al trabajador previo al traspaso, se adjunta la liquidación del trabajador.

**\*Nota:** el convenio podrá celebrarse con el trabajador individualmente considerado, con el sindicato o con los delegados previamente elegidos; en estos dos últimos casos por el principio de mayor representatividad de los sindicatos mayoritarios, además, deberán especificarse dentro del convenio los derechos de cada trabajador individualmente.

El presente convenio deberá ser adjuntado en copia simple a la Autoridad Administrativa del Trabajo.