

CONSECUENCIAS LABORALES DE LA FUSION DE EMPRESAS

Omar Toledo Toribio (*)

Omar Toledo Contreras (**)

La fusión constituye una forma de concentración empresarial con pérdida de la personalidad jurídica de la empresa. Constituye un fenómeno que tiene difusión y práctica mundial y en el caso peruano se han producido diversos casos emblemáticos de fusión por creación como es la fusión entre las empresas Cervecería Backus y Jhonston, Compañía Nacional de Cerveza, Cervecería del Norte y Sociedad Cervecera de Trujillo que, desde diciembre de 1996, conforman la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston. Igualmente, cabe hacer referencia a la fusión entre el Banco Wiese y el Banco de Lima-Sudameris, de cuya operación efectuada en 1999 surgió el Banco Wiese-Sudameris que ahora es el Scotiabank. Por otro lado, tenemos casos de fusión por absorción como la de Jugos y Espárragos del Norte que fue absorbido por Alitec para constituir, luego, Agro Industrias Backus en el sector agroindustrial. Asimismo, cabe anotar la fusión realizada entre el Banco de Crédito y el Banco Santander Central Hispano.

En el presente artículo pretendemos dar una visión general de lo constituye el proceso de fusión de empresas para luego analizar los efectos y las consecuencias de este proceso en lo relativo a los derechos de los trabajadores pues teniendo el carácter preponderante de éstos como

(*) Profesor de Derecho Empresarial de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral de la Sección de Post Grado de la Universidad de San Martín de Porres. Presidente de la Sala Transitoria Laboral de Corte Superior de Justicia de Lima.

otoledo20@hotmail.com

(**) Estudiante de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola – USIL.

derechos fundamentales necesitan ser protegidos y cautelados. Para ello resulta necesario utilizar las figuras propias del derecho laboral como es el *principio de continuidad* y *el carácter persecutorio de los derechos laborales*.

CONCEPTOS GENERALES.

Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: 1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante que 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 que 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. En ambos casos, los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

Daniel Echaiz Moreno respecto a la fusión señala lo siguiente *postulamos que la fusión constituye un medio típico de concentración empresarial, orientada a la mas alta reorganización de la empresa y con la cual se unifican patrimonios, titulares y relaciones jurídicas.*¹

La fusión en el Perú se encuentra regulada en los artículos 344 y siguientes de la Ley General de Sociedades Ley N° 26887. Para la concretización de la fusión resulta necesario que el directorio de cada una de las sociedades que participan en la fusión apruebe, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, el texto del proyecto de fusión. En el caso de sociedades que no tengan directorio el proyecto de fusión se aprueba por la mayoría absoluta de las personas encargadas de la administración de la sociedad. El proyecto de fusión contiene la denominación, domicilio, capital y los datos de inscripción en el Registro de las sociedades participantes, la forma de la fusión, la explicación del proyecto de fusión, sus principales aspectos jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados para la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades participantes en la fusión, el número y clase de las acciones o participaciones que la sociedad incorporante o absorbente debe emitir o entregar y, en su caso, la variación del monto del capital de esta última, las compensaciones complementarias, si fuera necesario, el procedimiento para el canje de títulos, si fuera el caso, la fecha prevista para su entrada en

¹ Echaiz Moreno Daniel.- Instituciones de Derecho Empresarial. Lima, 2010, APECC, pag.50

vigencia, los derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones o participaciones, los informes legales, económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere, las modalidades a las que la fusión queda sujeta, si fuera el caso, y, cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren pertinente consignar.

La aprobación del proyecto de fusión por el directorio o los administradores de las sociedades implica la obligación de abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la fusión. La convocatoria a junta general o asamblea de las sociedades a cuya consideración ha de someterse el proyecto de fusión se realiza mediante aviso publicado por cada sociedad participante con no menos de diez días de anticipación a la fecha de la celebración de la junta o asamblea.

El proceso de fusión se extingue si no es aprobado por las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes dentro de los plazos previstos en el proyecto de fusión y en todo caso a los tres meses de la fecha del proyecto. La fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión. En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante. Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes. La inscripción de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, según sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en los respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos.

El acuerdo de fusión da a los socios y accionistas de las sociedades que se fusionan el derecho de separación. El ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponda por las obligaciones sociales contraídas antes de la fusión. La escritura pública de fusión se otorga una vez vencido el plazo de treinta días, contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso a que se refiere el artículo 355 de la Ley General de Sociedades, si no hubiera oposición. Si la oposición hubiese sido notificada dentro del citado plazo, la escritura pública se otorga una vez levantada la suspensión o concluido el proceso que declara infundada la oposición.

La escritura pública de fusión contiene: 1. Los acuerdos de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes; 2. El pacto social y estatuto de la nueva sociedad o las modificaciones del pacto social y del estatuto de la sociedad absorbente; 3. La fecha de entrada en vigencia de la fusión; 4. La constancia de la publicación de los avisos prescritos en el artículo 355 de la Ley General de Sociedades; y, 5. Los demás pactos que las sociedades participantes estimen pertinente. El acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el que se regula por lo dispuesto en el artículo 219 de la misma Ley. Cuando la oposición se hubiese promovido con mala fe o con notoria falta de fundamento, el juez impondrá al demandante y en beneficio de la sociedad afectada por la oposición una penalidad de acuerdo con la gravedad del asunto, así como la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

FUSION DE EMPRESAS Y PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

El fenómeno de la fusión de empresas tiene efectos en las relaciones laborales que deben ser afrontadas aplicando los principios e instituciones propias del derecho laboral, aspectos que se derivan precisamente del carácter tuitivo de esta disciplina.

Lo anterior, resulta de una interpretación lógica de las consecuencias jurídicas de la fusión, más aún si se tiene en cuenta como lo sostiene el Profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez al desarrollar la figura de la sustitución del empleador como expresión del *principio de continuidad* 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.”²

Igualmente, en su obra cumbre el extinto profesor Américo Plá Rodríguez 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 instantáneo de cierto acto sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga.*” (sic) y, en cuanto al alcances de este principio, señala la *...prolongación de contrato en caso de sustitución del empleado. recorriendo y resumiendo este conjunto de*

² Citado por Pedro Morales Corrales en “Sucesión Empresarial”. Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Editado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Perú. Pág. 259.

*proyecciones, podemos decir que la continuidad se impone sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución.*³

En efecto, en función al principio de continuidad los derechos laborales de los trabajadores de la empresa comprendida en un proceso de fusión, ya sea en la fusión por creación como en la fusión por absorción, 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.

De esta forma, el único caso de exoneración de que goza la empresa absorbente o la nueva organización empresarial creada en virtud de la fusión para evadir el pago de las remuneraciones, indemnizaciones y beneficios sociales peticionados por el trabajador, es aquél en el que la empresa absorbida o extinguida haya cumplido con sus obligaciones patronales conforme a ley. En el sentido de que la empresa absorbente asume las cargas de la empresa absorbida, existe pronunciamiento de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 1598-02 de fecha 24 de setiembre de 2002.

En esta orientación existen pronunciamientos de la judicatura especializada laboral como es fallo emitido por el Tribunal Unipersonal de la Sala Laboral Transitoria de Lima, en el proceso seguido por Marcos Almeyda Pachas contra Pesquera Diamante S.A. ,por absorción de Icapasca S.A. en los siguientes términos:

- Que, teniendo en cuenta los fundamentos precedentemente expuestos corresponde resolver el primer agravio expresado por la apelante. Que, de la revisión de autos se advierte que de fojas 60 vuelta a fojas 62 vuelta, obra el Contrato de Arrendamiento de Planta y Embarcaciones Pesqueras celebrado por ICAPESCA S.A. a favor de Pesquera Diamante S.A., que en la tercera cláusula, referida al plazo, se establece que: ***“El presente arrendamiento se iniciará el 1 de junio del año 2007 y vencerá el 31 de diciembre del año 2007...”***. Asimismo, en el octavo considerando del citado contrato de arrendamiento, referido al servicio del personal, se ha establecido que: ***“Ambas partes acuerdan que Icapasca proporcionará el servicio***

³ Los Principios del Derecho del Trabajo”, Depalma, Bs. As. 1998, págs. 215 y 223.

integral del personal que se requiere para la operación de la embarcación, es decir, el personal que actualmente labora en los activos materia de arrendamiento se mantendrán en sus cargos, y recibirán de su empleador todos los beneficios económicos que les correspondan conforme a sus contratos de trabajo, a los convenios colectivos que le sean aplicables, y a lo que señale la Ley, sin restricción alguna. Estos derechos laborales serán pagados directamente por Diamante (en calidad de pago por terceros) como préstamo sin intereses que se desembolsaran en forma semanal o mensual de acuerdo a las liquidaciones de planillas que haga Icapessa, y se deducirán trimestralmente al momento de la cancelación de la renta pactada. Durante al vigencia del presente arrendamiento, dicho personal se mantendrá bajo el mismo vínculo y manteniendo los mismos derechos, obligaciones, remuneraciones y beneficios sociales.”.

- Del considerando que antecede, se colige que a la fecha de inicio del contrato de arrendamiento de la embarcación “Corina”, a favor de Pesquera Diamante, esto es, el 01 de junio de 2007, el demandante se encontraba realizando sus labores en la embarcación “Corina” conforme ha sido señalado por la misma emplazada, en su escrito de contestación de la demanda, obrante de fojas 66 a 75 de autos, hecho que también ha sido corroborado por la señora Maria Cecilia Eyzaguirre Valdivia, apoderada de la empresa Icapessa S.A. quien en el Acta de verificación del despido arbitrario obrante de fojas 10 a 14, manifestó que: **“El Sr. Almeida trabajó en la semana 24 fechas 07 de junio de 07 al 13 junio 07, siendo su ultimo día de trabajo 10/06/07. El vínculo laboral del Sr. Almeida no se encontraba suspendido sino se extinguió con la comunicación verbal de su despido el 10/06/07”**. Que, si bien en este último párrafo de su manifestación señala que el vínculo labora del demandante se había extinguió mediante comunicación verbal el 10 de junio de 2007, cabe señalar que ello se contradice con lo manifestado en la primera parte de su declaración, referido a que el actor ha laborado *en la semana 24, del 07 de junio del 2007 al 13 de junio del 2007*. Por lo que, de lo precedentemente expuesto se colige que el demandante continuó laborando en la embarcación “Corina” a cargo de la demandada Pesquera Diamante S.A., hecho que se corrobora con lo establecido en la cláusula octava del citado contrato de arrendamiento, que señala que las partes acuerdan que Icapessa proporcionará el servicio integral del personal que se requiere para la operación de la embarcación “Corina”, que es el personal que actualmente labora en los activos materia de arrendamiento, que se mantendrán en sus cargos, siendo sus derechos

laborales pagados directamente por Diamante y que durante la vigencia del citado contrato de arrendamiento, dicho personal se mantendrá bajo el mismo vínculo y manteniendo los mismos derechos, obligaciones, remuneraciones y beneficios sociales.

- Asimismo, se acredita con la fusión por absorción celebrado por Pesquera Diamante S.A. con ICAPESCA S.A., que entra en vigencia desde el 01 de noviembre del 2007, conforme se advierte de la copia certificada de la Boleta Notarial, Kardex 13297, Fusión de Sociedades Anónimas, Escritura de fecha 20 de noviembre de 2007, obrante de fojas 50 a 59 vuelta. Por lo tanto, corresponde desestimar el primer agravio expresado por la apelante.

LA FUSION Y EL CARÁCTER PERSECUTORIO DE LOS DERECHOS LABORALES

El artículo 24° de la Constitución Política del Estado establece textualmente que: “(...) El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador (...).El reconocimiento del carácter preferencial de los derechos laborales también ha sido materia de regulación por los instrumentos internacionales. Así el artículo 11 del Convenio de la OIT N° 95 prescribe que los créditos laborales tienen preferencia en los casos de quiebra o liquidación de una empresa y deberán ser pagados antes que los acreedores ordinarios. Si bien es cierto este convenio no ha sido ratificado por el Perú, el mismo tiene el carácter de recomendación.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento legal se ha consagrado no solamente la naturaleza privilegiada de los créditos de origen laboral, conforme lo manda el artículo antes citado, sino además el carácter persecutorio que tienen los beneficios sociales respecto de los bienes del negocio, lo cual además tiene directa vinculación con el principio laboral de *despersonalización del empleador*.

Que, el establecimiento de los principios antes indicados tiene que ver con el carácter alimentario que se le otorga a los beneficios sociales de los trabajadores de manera que se considera en la doctrina laboral que debe cautelarse el cobro efectivo de dichos derechos y evitar que los mismos se conviertan en ilusorios por hechos que la legislación se ha encargado de precisar.

En efecto, el inciso b) del artículo 3° del Decreto Legislativo número 856, establece que la preferencia o prioridad de los créditos laborales se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio, “ en los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas o cuando abandona el centro de trabajo” (sic) (lo subrayado es nuestro).

En el supuesto contenido en la norma citada en párrafo que antecede se encontraría la fusión, por creación, de una persona jurídica, esto es, cuando se aporta activos fijos para la constitución de la nueva empresa, en cuyo caso opera el carácter persecutorio de los beneficios sociales respecto de los bienes aportados.

Sin embargo, el carácter preferencial reconocido en la Constitución no puede ser restringido legalmente de manera tal que se afecte los derechos laborales de los trabajadores al constituir un derecho alimentario, que merece protección ante la desigualdad existente frente al empleador, dado el carácter tuitivo del derecho laboral. La jurisprudencia se ha encargado de establecer la prevalencia de la norma constitucional en aquellos supuestos no previstos en la norma de desarrollo legislativo, en este caso, el Decreto Legislativo 856. Así, mediante Casación N° 2335-2003 de fecha 10 de noviembre de 2004, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República ha señalado en su quinto y sexto considerando que: *“Quinto.- Pues bien, el artículo 24 de la Constitución Política establece, en su segundo párrafo, que ‘El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador’. Es decir, que dicha norma constitucional no establece ningún requisito o condición previa para que los trabajadores sean pagados de manera preferente a otros acreedores. Sin embargo, el Decreto Legislativo número 856, en sus artículos 3 y 4, establece condiciones no previstas por el legislador constituyente, es decir, el contenido del citado Decreto Legislativo resulta incompatible con lo normado en la Constitución. Consecuentemente con lo anterior, la aplicación de los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo número 856 importaría la violación de los principios de jerarquía del ordenamiento jurídico, de supremacía de la Constitución y del indubio pro operario, previstos en las normas constitucionales transcritas en el cuarto considerando de esta resolución.”* En este mismo sentido en la Casación N° 1787-2002 La Libertad, la Corte Suprema ha determinado textualmente que: *“(…) considerando que el artículo 24 de la Constitución Política del*

Estado es un dispositivo de jerarquía superior a cualquier otra norma legal vigente en nuestro país, resultando aplicable al caso de autos, sin interesar si el derecho del demandado Banco del Nuevo Mundo Sociedad Anónima empresa multinacional andina en liquidación se encuentre registrado, pues un derecho de carácter laboral siempre va a tener preeminencia frente a cualquier otro”.

Por otro lado, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en el Expediente N° 851-2001-Lima, al desarrollar el objeto del carácter persecutorio de los beneficios sociales ha destacado la naturaleza personal patrimonial del crédito laboral, afirmando: “Que, en lo concerniente al carácter preferente de los adeudos laborales, su naturaleza reposa en el hecho de que la relación laboral genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el trabajador y el empleador. La primera será referida a las condiciones laborales, mientras que la segunda, es una garantía que vincula el patrimonio del deudor al cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales (...) que, la acción persecutoria tiene por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. *No se trata de identificar quien o quienes ejercen actualmente la posesión de los bienes de la empresa originaria, o si hay algún vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador; de lo que se trata es de identificar los bienes, tener la certeza de que pertenecieron al empleador deudor y, eventualmente, realizarlos.*” (la cursiva y la negrita es nuestra), términos en los cuales asimismo, se basó la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema al expedir pronunciamiento en la Casación N° 341-2001-Lima y la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 1303-2003 Lambayeque (publicada en el Diario oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2004).

Igualmente, mediante la Casación N° 885-2001 La Libertad publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de marzo de 2002 la Corte Suprema de la República ha establecido que: “Por el derecho de persecución si el constituyente de la hipoteca procede a enajenar el inmueble hipotecado, el acreedor tiene el derecho de perseguir el bien, cualquiera sea su adquirente, con la finalidad de hacerse pago con el precio que se obtenga en el remate.” Finalmente, el Tribunal Constitucional expediente N°00122-2007-PA/TC , proceso de amparo seguido por el Banco de Crédito del Perú contra ha señalado que 3. “Que, en tal sentido y a partir de los fundamentos reseñados en el fundamento precedente, el Juez *a quo* determinó que en el caso resulta de aplicación el artículo 3, inciso b), así como el artículo 4 del Decreto Legislativo 856, que desarrolla el artículo 24 de la Constitución, en el sentido de dar preferencia

al cumplimiento de los créditos laborales; de otro lado, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 26.2 de la propia Constitución, en cuanto al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley, por lo que es posible la existencia de acciones persecutorias, de parte del trabajador, incluso cuando el empleador haya transferido la propiedad o los activos de la empresa a terceros, para evadir sus obligaciones frente a los trabajadores, como ocurre en el proceso de autos. 4. Que siendo ello así, la entidad recurrente no puede alegar la violación de sus derechos al debido proceso, toda vez que las instancias judiciales han actuado en el marco de la Constitución y la Ley a efectos de dar pleno cumplimiento a una sentencia judicial que declaraba derechos laborales que estaban siendo desatendidos por parte de la empresa emplazada en dicho proceso, lo que -no hay que olvidar- constituye también un derecho constitucional. Ello sin perjuicio de las acciones legales que corresponda al Banco contra la referida empresa, como consecuencia de la ejecución de la referida decisión judicial que, eventualmente, hubiere lesionado derechos de contenido patrimonial”.

En tal sentido, en el caso de la fusión por absorción se tratará de identificar los bienes que hubieren pertenecido a la empresa absorbida pudiendo afectarse los mismos en virtud del carácter persecutorio de los derechos laborales respecto de los bienes de su empleador pues si bien hay que distinguir entre el carácter preferencial de los créditos laborales de la realización de los adeudos laborales con el derecho persecutorio, también es cierto que ambos actúan casi de manera inescindible, por cuanto la interpretación sistemática de las normas constitucionales y laborales conllevan el dotar al trabajador de las herramientas jurídicas necesarias a fin de que los derechos laborales reconocidos legalmente puedan concretizarse en la realidad.