

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

LA HOMOGENEIZACIÓN DE CONDICIONES SALARIALES EN LOS PROCESOS
DE FUSIÓN Y ADQUISICIÓN DE EMPRESAS

Tesis para optar por el Título de Abogada que presenta la Bachiller:

TESISTA: CLAUDIA DENISSE CERMEÑO DURAND

ASESOR: GUILLERMO BOZA PRÓ

LIMA, NOVIEMBRE DE 2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I:	
DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO DE LA HOMOGENEIZACIÓN DE LAS CONDICIONES SALARIALES.....	10
1.1 LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS	11
1.1.1 Definición del fenómeno: La empresa como objeto de transmisión	11
<i>a. Problemas de conceptualización de la empresa</i>	12
<i>b. Concepto de empresa en la legislación laboral peruana</i>	14
<i>c. Características del concepto de empresa</i>	16
1.1.2 Definición del fenómeno: mecanismos para la transmisión	19
<i>a. Transmisión por actos inter vivos voluntarios</i>	20
<i>b. Transmisión por actos inter vivos coactivos o necesarios</i>	22
<i>c. Transmisión por actos mortis causa</i>	23
1.1.3 Regulación de la transmisión de empresas en el derecho del trabajo	24
<i>a. Garantías individuales: la continuidad de la relación laboral</i>	24
<i>b. Garantías colectivas frente a la transmisión de empresas</i>	32
<i>c. La transmisión de empresas en el proyecto de Ley General del Trabajo</i>	35
1.2 LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES.....	38
1.2.1 Las fusiones y adquisiciones empresariales en el derecho del trabajo	41
<i>a. Fusiones empresariales</i>	42

<i>b. Adquisición de activos</i>	44
<i>c. Adquisición de acciones</i>	49
1.2.2 Delimitación del ámbito de estudio: Las fusiones y adquisiciones por transmisión de empresas	52
1.2.3 Supuestos no comprendidos en el ámbito de estudio: Razones para su no incorporación	58
1.3 EFECTOS DE LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES EN LOS SALARIOS	61
1.3.1 Condicionantes en el diseño de un sistema salarial	62
<i>a. Niveles salariales: la consistencia salarial externa</i>	64
<i>b. Componentes retributivos: la consistencia salarial interna</i>	65
1.3.2 Afectaciones al sistema salarial	72
<i>a. La estructura salarial</i>	73
<i>b. Composición interna de la estructura salarial</i>	74
<i>c. Compensaciones adicionales a la estructura salarial</i>	75
1.3.3 Las condiciones salariales: el objeto de la homogeneización	76
<i>a. Condiciones remunerativas: Delimitación del concepto de remuneración en la legislación nacional</i>	76
<i>b. Condiciones salariales</i>	87
 CAPÍTULO II: RAZONES QUE SUSTENTAN LA OBLIGACIÓN DE HOMOGENEIZAR LAS CONDICIONES SALARIALES	92
2.1 EL DERECHO A LA IGUALDAD	93
2.1.1 La igualdad de trato en las relaciones laborales	96
<i>a. Vigencia de la igualdad de trato en el ordenamiento peruano</i>	97

<i>b. Alcances de la igualdad de trato</i>	99
<i>c. La igualdad de trato en materia salarial</i>	100
2.1.2 Derecho a igual salario por igual trabajo	104
<i>a. Reconocimiento del derecho en el ordenamiento peruano</i>	104
<i>b. Alcances del derecho a igual salario por igual trabajo</i>	105
<i>c. Diferencias con la igualdad de salario por trabajo</i> <i>de igual valor</i>	107
2.1.3 El derecho a una remuneración equitativa y suficiente.....	110
<i>a. Definición de remuneración “equitativa y suficiente”</i>	111
<i>b. Alcances del objeto de protección: la “remuneración”</i>	114
2.2 LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES COMO MOTIVO DE DIFERENCIACIÓN	
SALARIAL	116
2.2.1 El acto o hecho de diferenciación salarial	118
<i>a. Decisiones unilaterales del empleador</i>	125
<i>b. Decisiones bilaterales: acuerdos entre el empleador</i> <i>y los trabajadores</i>	126
<i>c. La tolerancia de la desigualdad generada</i>	131
2.2.2 Las diferencias salariales sustentadas en los procesos	
de fusión o adquisición empresarial	138
<i>a. Análisis de razonabilidad: su ubicación en el test de igualdad</i> <i>y su especial importancia en la configuración de los salarios</i>	141
<i>b. Aplicación del test de igualdad a las diferenciaciones salariales</i> <i>que se sustentan en las fusiones o adquisiciones</i> <i>empresariales efectuadas</i>	144
<i>c. La irracionalidad de las medidas de diferenciación</i> <i>salarial en base a las fusiones y adquisiciones</i>	149

2.2.3	Consecuencias de la irracionalidad de las diferencias salariales sustentadas en los procesos de fusión o adquisición	155
	<i>a. Vulneración de los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente</i>	156
	<i>b. Obligación de homogeneizar las condiciones salariales</i>	160
2.3	LA IGUALDAD SALARIAL EN FUNCIÓN DEL TIPO DE	
	CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	162
2.3.1	Las concentraciones horizontales	163
	<i>a. Afectaciones en el sistema salarial.....</i>	164
	<i>b. Afectaciones a la igualdad salarial.....</i>	167
2.3.2	Las concentraciones verticales	169
	<i>a. Afectaciones en el sistema salarial.....</i>	170
	<i>b. Afectaciones a la igualdad salarial.....</i>	173
2.3.3	Las concentraciones de conglomerado	173
2.3.4	Consideraciones adicionales.....	175
CAPÍTULO III:		
MECANISMOS DE HOMOGENEIZACIÓN DE LAS		
CONDICIONES SALARIALES		
3.1	CUESTIONES PREVIAS	178
3.1.1	Ámbito subjetivo de la obligación de homogeneizar	178
3.1.2	Ámbito objetivo de la obligación de homogeneizar	181
	<i>a. Delimitación de la fecha de traspaso</i>	185
	<i>b. Delimitación de los derechos comprendidos en la sustitución</i>	192
3.1.3	Ámbito temporal de la obligación de homogeneizar	196

3.2 MECANISMOS DE HOMOGENEIZACIÓN DE CONDICIONES SALARIALES	199
3.2.1 Las fuentes del salario	201
a. Normas estatales.....	201
b. El convenio colectivo.....	202
c. Reglamento interno de trabajo.....	205
d. La costumbre.....	208
e. Contrato de trabajo.....	209
3.2.2 Mecanismos de modificación salarial	210
a. Modificación unilateral del empleador.....	212
b. Mecanismos bilaterales individuales.....	215
c. Mecanismos bilaterales colectivos.....	227
3.2.3 El principio de continuidad en la homogeneización salarial	228
3.3 OTROS CONDICIONANTES DE LA HOMOGENEIZACIÓN SALARIAL.....	232
3.3.1 La clasificación económica de las concentraciones empresariales	233
3.3.2 ¿La naturaleza de la empresa resultante?	235
CONCLUSIONES	237
BIBLIOGRAFÍA	254

INTRODUCCIÓN

Los cambios económicos, la búsqueda de una mayor eficacia comercial, el deseo por la expansión del negocio, entre otras, suelen ser las causas que demandan la reestructuración, adecuación o reorganización de las empresas a un nuevo modelo o esquema productivo. Tales esquemas productivos lindan entre la concentración y la desconcentración empresarial, en donde la elección por uno u otro modelo, se determina por la necesidad empresarial del momento.

De otro lado, para que las empresas puedan adecuarse a los sistemas antes señalados, existen diversos mecanismos corporativos tales como las fusiones, escisiones, reorganizaciones empresariales simples, celebración de contratos de colaboración empresarial, entre otros. Si bien dichas operaciones tienen por finalidad lograr la reestructuración societaria o corporativa de la empresa, lo cierto es que las mismas terminan por impactar e incidir de manera significativa en los trabajadores involucrados, siendo por ello importante el estudio de los efectos de tales procesos en las relaciones de trabajo.

Ahora bien, cuando producto de una fusión o adquisición se concentran en una sola empresa activos provenientes de dos o más empresas, existe la posibilidad de que, finalizado el proceso de fusión o adquisición, se tengan dos o más grupos de trabajadores con distintas condiciones remunerativas en un solo centro empresarial. En efecto, toda vez que en virtud del principio de continuidad de la relación laboral, toda transmisión de empresas supone la subrogación del nuevo empleador en las condiciones laborales del empleador que transfiere, es que tras un proceso de fusión o adquisición empresarial se podrá verificar la existencia de tantas estructuras remunerativas como empresas se hubiesen transferido.

Precisamente, nuestro objeto de estudio se ubica en la desigualdad salarial que los procesos de fusión o adquisición podrían reportar luego de su realización, al concentrar en una sola organización a dos o más grupos de empresas. En efecto, los escenarios remunerativos creados por tales procesos, demandan estudiar la homogeneización de condiciones salariales, tanto para determinar si la misma se constituye como una obligación, así como también, para definir los mecanismos a través de los cuáles podría llevarse a cabo.

De esta manera, en el primer capítulo se delimitará el ámbito de estudio de la homogeneización de las condiciones salariales de los trabajadores, con la finalidad de establecer en qué supuestos de concentraciones empresariales se deberá analizar si procede o no la armonización de los salarios.

En el segundo capítulo se estudiará si el nuevo empleador como consecuencia del proceso de fusión o adquisición tiene la obligación de homogeneizar las condiciones salariales, o si acaso, es posible sustentar la desigualdad salarial creada en la fusión o adquisición que se hubiese creado. Asimismo, se analizará cómo incide el tipo de concentración económica efectuada en las desigualdades salariales creadas y, por ende, en qué tipos de concentraciones la homogeneización de condiciones salariales se configurará como una obligación.

Por último, en el tercer capítulo se abordarán los mecanismos de homogeneización salarial con los que contaría el empleador que tuviese que efectuarla, o que deseara hacerlo. En este capítulo se analizará si los procesos de fusión o adquisición podrían calificar como supuestos válidos que autoricen una reducción salarial en aras de obtener la homogeneización, así como si el tipo de

concentración económica generada tiene alguna incidencia al momento de equiparar los salarios.

Es preciso tomar en cuenta que los constantes cambios en la economía, así como la necesidad de formar alianzas empresariales, hacen que los procesos de fusiones y adquisiciones empresariales no pierdan vigencia en nuestro medio. De hecho, si bien han sido más frecuentes los procesos de descentralización productiva que llevaron a emplear contratos de tercerización e intermediación laboral, hoy en día se aprecia una creciente cantidad de operaciones societarias que involucran la concentración de empresas mediante fusiones o adquisiciones, lo que sin lugar a dudas, termina por incidir en los salarios de los trabajadores afectados.

Por todo ello, consideramos importante estudiar la homogeneización de condiciones salariales en los procesos de fusión y adquisición de empresas, con la finalidad de ir sentando algunas ideas y lineamientos que permitan, por un lado, establecer criterios que procuren una adecuada tutela de los trabajadores involucrados; y del otro, delimitar los mecanismos con los que cuentan los empleadores para proceder en estos casos. Asimismo, en la medida que este tema ha sido poco estudiado en el ámbito local, nuestra pequeña aspiración con esta investigación es brindar algunas ideas que permitan abrir el debate y la reflexión que, sobre el particular, ha sido algo escaso hasta el momento.

CAPÍTULO I:

DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO DE LA HOMOGENEIZACIÓN DE LAS CONDICIONES SALARIALES

Esta primera parte de nuestra investigación tiene por finalidad delimitar el ámbito de estudio de la homogeneización de las condiciones salariales de los trabajadores, para lo cual, se analizará el impacto que las fusiones y adquisiciones tienen en las mismas. De esta manera, en primer lugar, nos aproximaremos a los estudios que desde el derecho del trabajo se han efectuado del fenómeno general de la transmisión de empresas, pues consideramos que dentro del mismo se ubica nuestro objeto de análisis.

En segundo lugar, estudiaremos a las fusiones y adquisiciones empresariales y su vinculación con el derecho del trabajo, con la finalidad de delimitar el ámbito de nuestra investigación. Finalmente, expondremos porqué consideramos que, de todos los fenómenos económicos que dan lugar a una transmisión de empresas, las fusiones y adquisiciones empresariales son aquellas que inciden directamente y por el solo hecho de llevarse a cabo, en las condiciones salariales del personal involucrado.

Antes de continuar, consideramos necesario precisar que nuestra investigación se centra en el impacto que las fusiones y adquisiciones empresariales tienen en los trabajadores el sector privado que se rigen por las normas del régimen laboral general. De esta manera, las fusiones o reorganización de entidades que puedan darse al interior del ámbito estatal, no serán tratadas en el presente trabajo.

1.1 LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

La transmisión de empresas es un fenómeno que se materializa a través de distintos instrumentos u operaciones jurídicas y que tiene por resultado el cambio de titular en la empresa que ha sido objeto de transmisión. De esta manera, una vez producido el cambio “[...] se mantiene la misma empresa, con sus elementos patrimoniales y personales, cambiando únicamente el titular de la misma” (Arce 2008: 142). Por ello, siguiendo a Monereo Pérez, lo propio es indicar que existe una sucesión de empresarios, más no una sucesión de empresas, pues el cambio que opera luego del traspaso no está referido a la empresa, sino a la titularidad de la misma (1987: 195).

Para describir a la transmisión de empresas es necesario referirnos por separado a cada uno de los elementos que la componen, esto es: i) el objeto de la transmisión: la empresa; y, ii) los mecanismos a través de los que se efectúa la transmisión. Luego de ello, recién pasaremos a abordar los principales efectos laborales del fenómeno en cuestión e indicaremos cómo el derecho del trabajo los ha enfrentado.

1.1.1 Definición del fenómeno: La empresa como objeto de transmisión

El fenómeno de la transmisión de empresas lleva implícita la consideración de la empresa como objeto de tráfico jurídico que, al ser traspasada, genera un cambio del titular de la misma. Es preciso indicar que, el objeto del traspaso no es la empresa como tal, sino los elementos de la misma que en conjunto puedan llegar a ser considerados como “empresa” (Ortiz de Solórzano 2003: 191). De ahí que resulta importante conceptualizarla, pues siempre que lo transmitido sea una empresa, estaremos frente al fenómeno que es objeto de estudio del presente

apartado, al que deberá de aplicársele las consecuencias que se detallarán más adelante.

a. Problemas de conceptualización de la empresa

La definición de “empresa” no es tarea sencilla, no sólo porque en la legislación nacional no encontremos una definición de la misma con carácter general para todas las ramas del derecho, sino también, porque los constantes cambios económicos y las nuevas formas de producción y organización hacen que la noción de empresa se encuentre en permanente cambio y redefinición. Como expone Monereo Pérez –para el caso español–, si bien se propuso la existencia de un único concepto de “empresa”, válido para todas las áreas del derecho, y asimilable a la noción económica de la misma¹; la “[...] falta de una traducción jurídica de esa concepción económica unitaria, y a la par, la existencia no menos relevante, de otros modelos de empresa procedentes de otras ciencias sociales” (1999: 48) relativizaron dicho enfoque y pusieron de manifiesto la necesidad de conceptualizarla desde el derecho.

Así, tradicionalmente el derecho mercantil conceptualizó jurídicamente a la empresa desde tres teorías: i) subjetiva, que identifica la figura de la empresa con la del empresario; ii) patrimonial, en donde la empresa es vista como un conjunto de bienes que serán afectados para el ejercicio del comercio; y, iii) institucional, que ve a la empresa como una comunidad orgánica y jerarquizada bajo la autoridad de un jefe, en donde sus miembros suministran sus fuerzas, sus capacidades o sus capitales (Etala 2009: 282-284). Ahora bien, la adopción de alguna de estas teorías,

¹ Dicha concepción era entender por empresa a “[...] la organización de los factores de producción, capital y trabajo preordenada (sic) a una finalidad productiva o de distribución” (Monereo 1999: 48).

ha de pasar por un segundo análisis referido a si dicho concepto debiera ser uno para todo el campo jurídico o si sería admisible una definición por cada disciplina del derecho.

De la primera posición parece haber sido Torres y Torres Lara, quien afirmaba la necesidad de una “Ley General de la Empresa” que incluyera entre sus puntos básicos la unificación del concepto de empresa “[...] partiendo de una conceptualización institucional y reconociéndole sus tres planos como actividad, bien y fundamentalmente sujeto, sin caer en los extremos unilaterales de ver a la Empresa sólo desde una visión mercantilista, patrimonialista o sindicalista” (2002: 264).

No obstante ello, consideramos más acertada la posición de Monereo Pérez quien sostiene que no es posible “[...] construir un concepto jurídico general y unitario de empresa válido para todas las disciplinas jurídicas, las cuáles parecen contemplar a la empresa desde su particular punto de vista y para sus propios fines” (1999: 50)². De esta manera, creemos válida la construcción de una definición de empresa únicamente para efectos del derecho del trabajo, que se ajuste a sus propios fines, atienda a sus particulares necesidades, y sea útil para atender sus propios problemas.

² En la doctrina nacional, lo mismo ha sido anotado por Gómez Valdez, quien indica que “[...] cuando la doctrina ha querido adoptar una posición de vanguardia y unitaria sobre el tema se ha encontrado con que sus postulados no encajan con las otras disciplinas jurídicas; en fin, la jurisprudencia pocas veces ha tratado de dar un criterio en la rama de su especialidad quedando en el limbo aspectos claves de su manejo jurídico” (2007: 212).

b. Concepto de empresa en la legislación laboral peruana

En la legislación laboral peruana no es posible encontrar una definición unitaria de empresa, ni tampoco un uso coherente y armónico de dicho término, que nos permita establecer cuál es el concepto en cuestión. A modo de ejemplo, el literal a) del artículo 2º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en lo sucesivo, LPCL), se refiere a la empresa como un espacio de interacción entre los trabajadores y el empleador³.

Por su lado, el artículo 48º de la LPCL, que regula el procedimiento de cese colectivo, identifica a la empresa con la figura del empleador, al indicar: i) que la empresa (no “el empresario”) proporcionará al sindicato o a los trabajadores la información que precise los motivos para el cese colectivo y al conjunto de trabajadores afectados (literal a)⁴; y, ii) que serán la empresa (nuevamente, no el “empresario”) y sindicato o trabajadores afectados, los que negociarán las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o medidas que pudieran adoptarse para evitar o limitar el cese de personal (literal b)⁵.

³ El citado artículo dispone lo siguiente: “Artículo 2.- [...] El impacto de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales podrá ser materia de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, [...], que podrán establecer normas relativas a [...] Sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación polifuncional de los trabajadores en la empresa” (subrayado nuestro).

⁴ El literal a) del artículo 48º de la LCPL señala: “[...] a) La empresa proporcionará al sindicato, o a falta de éste a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no existir aquel, la información pertinente indicando con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados [...]”.

⁵ El literal b) del artículo 48º de la LPCL señala: “[...] b) La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal [...]”

De esta manera, no existiendo una definición de empresa única para efectos laborales, tampoco parece ser de utilidad remitirnos a alguna de las teorías clásicas de la empresa antes anotadas, toda vez que, “[...] en el ámbito laboral el concepto de empresa adquiere una caracterización diversa –o mejor dicho, una perspectiva y amplitud conceptual específica– a la que se opera en el ámbito de la economía y en la esfera mercantil y civil” (Monereo 1987: 216). De ahí que, ninguna de las teorías antes señaladas, acogidas por la doctrina mercantil, son adecuadas para definir a la empresa dentro del derecho del trabajo⁶.

Por todo ello, consideramos pertinente sostener que el término empresa “[...] presenta un peculiar aspecto en el ámbito laboral que pone su acento en la organización y dirección, que proporciona ocupación al trabajador [...]” (Monereo 1987: 215). Sin embargo, dicha organización requiere de determinado patrimonio susceptible de poder organizar el trabajo para su explotación, de modo que el conjunto de dicho patrimonio personal y material organizado, tengan por resultado una “[...] unidad de trabajo susceptible de tener vida propia en la realización de determinados fines técnicos [...]” (Monereo 1999: 66).

⁶ Para la teoría subjetiva la empresa se identifica con la figura del empleador, lo cual ha sido superado por diversas teorías en la medida que consideran imposible que un mismo ente sea sujeto y objeto al mismo tiempo, pues es absurdo equiparar la figura del empleador (que detenta el poder de dirección) con la de la empresa (dentro de la cual ejerce dicho poder). Con relación a la teoría patrimonialista, la misma no considera que la empresa no es sólo patrimonio, sino que dicho patrimonio (conjunto de bienes) debe encontrarse organizado de modo tal que permita al titular de la empresa ejercer su poder de dirección. Finalmente, respecto de la postura institucionalista, se objetan las connotaciones comunitarias y corporativas de la misma pues –sobre todo los sectores sindicales– consideran que la empresa es más un espacio de conflicto latente y permanente entre los trabajadores y el empleador, en donde la confluencia de intereses de ambas partes es meramente ilusoria (Etala 2009: 284).

En ese sentido, consideramos acertada la conceptualización de “empresa” que ha efectuado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, basándose en lo dispuesto en el literal b), del inciso 1, del artículo 1º de la Directiva 001/23/CE del Consejo de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2001⁷. Para dicho Tribunal la “empresa” es “[...] una unidad económica con entidad propia y autónoma en cuanto conjunto organizado de bienes susceptibles de ser explotados de forma autónoma que permita la continuidad de la actividad por el nuevo empresario” (Rodríguez-Piñero 2002: 650-651). Las características y precisiones de esta definición, serán expuestas en el siguiente apartado.

c. Características del concepto de empresa

Hemos señalado que, para que tenga lugar una transmisión de empresa, es necesario que se traspase un grupo de bienes o medios organizados que mantengan su identidad luego de operada la transferencia, de modo que puedan continuar siendo explotados por el nuevo titular. Al respecto, es preciso indicar que la identidad se mantiene cuando luego del traspaso es posible continuar con la explotación, y ello será posible, cuando se cuente con un “[...] conjunto organizado, de forma estable, de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio” (Rodríguez-Piñero 2006: 85).

Ahora bien, una empresa puede organizarse “[...] de modo unitario o desdoblarse en diferentes organizaciones técnicas [...]. Pero también en una empresa organizada de modo unitario pueden coexistir diversas industrias o unidades

⁷ En dicha sentencia el Tribunal indica lo siguiente: “[...] se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”.

productivas” (Monereo 1987: 212-213). Atendiendo a esto, la transmisión puede efectuarse respecto de la integridad de la empresa o de una parte de la misma. En cualquier caso, lo importante será que aquello que se traspase cumpla con lo antes indicado, esto es, que se trate de un conjunto de bienes que puedan ser explotados en forma autónoma por su nuevo titular.

De otro lado, la exigencia de elementos patrimoniales en la conceptualización de la empresa como objeto de la transmisión, se justifica precisamente, en que ese desplazamiento patrimonial de un empresario a otro es lo que permite que el nuevo empresario asuma las deudas y responsabilidades del anterior. Así, la vinculación de los contratos de trabajo con el conjunto organizado de bienes que integran la empresa, es lo que justifica que dichos contratos continúen con el nuevo titular de la empresa luego de su transmisión (Rodríguez-Piñero 2002: 666).

Ahora bien, lo señalado no desconoce que en ciertos rubros económicos la actividad empresarial se desenvuelva en base a intangibles y no a bienes físicos pues, de hecho, tales bienes inmateriales son también patrimonio. Por ello, aún en tales casos, para que exista un traspaso de empresa se requerirá la transferencia de un patrimonio organizado que mantenga su identidad luego de la misma (Desdentado 2002: 249-250). De ahí que no coincidimos con quienes sostienen que, en aquellos sectores en donde la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, se producirá una transferencia de empresa cuando, a pesar de no haber habido una transmisión de patrimonio, ha existido una transmisión de trabajadores que en conjunto ejercen una actividad común y, en esa medida, constituyen una entidad económica a efectos de una transmisión⁸.

⁸ Esta posición ha sido sostenida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en diversos de sus fallos, al señalar que un conjunto de trabajadores que ejercen una actividad común

Al afirmarse que el solo traspaso de trabajadores da lugar a una transmisión de empresa, se está confundiendo el efecto con la causa, pues la transmisión de los trabajadores opera por efecto del traspaso de una empresa, y no al revés. Además, de ser así, se estaría dejando al arbitrio del empresario decidir en qué momento opera la transmisión, pues bastaría que este decidiera no transmitir a ningún trabajador para que la misma no tenga lugar, lo cual terminaría por restar de efectividad al principio de *continuidad* laboral (Desdentado 2002: 254)⁹. Por ello, compartimos la posición que sostiene que es necesaria la transmisión de elementos patrimoniales (activos), ya sean estos materiales o inmateriales, para la configuración de un traspaso de empresa¹⁰.

pueden constituir una entidad económica a efectos de una transmisión, en aquellos sectores en donde la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (por ejemplo: rubro de servicios). En aquellos casos, aún cuando no haya transmisión de activos, de existir transmisión de trabajadores, el TJCE entiende que ha operado una transmisión de empresa.

⁹ Sobre el particular, resulta interesante lo sostenido por Sanguineti Raymond respecto a la dificultad que plantean aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, en la medida que el criterio de “sucesión de plantillas” resulta insuficiente. De ahí que el autor plantea lo siguiente: “Quizá lo más conveniente sea huir de las soluciones tajantes y omnicomprendivas y proceder al diseño de una regulación ad hoc, que contemple de forma equilibrada los distintos intereses en juego. Para ello, un indispensable punto de partida pudiera estar constituido por la consideración de los traspasos de actividad, en sectores como los mencionados, como circunstancia desencadenante de una subrogación en los contratos del personal [...] La ausencia de cualquier soporte patrimonial que acompañe y dé consistencia a la transmisión, sin embargo, hace aconsejable la introducción de una elemental garantía a favor de los trabajadores afectados, la introducción de una elemental garantía a favor de los trabajadores afectados: la de que presten su consentimiento al traspaso” (2004: 592-593).

¹⁰ El mero traspaso de trabajadores de una empresa hacia otra, calificaría como una cesión de posición contractual, figura regulada en los artículos 1435° al 1439° del Código Civil peruano. En efecto, conforme con el artículo 1435° de la indicada norma, “En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. [Para ello] Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión [...]” (subrayado nuestro). Obsérvese que, en la cesión de posición contractual (mero traspaso de trabajadores), a diferencia de la transmisión de empresa, se exige la aceptación de los trabajadores cedidos, no siendo válida la transferencia sin la manifestación de voluntad del trabajador. Sobre el particular puede verse: Arce 2008: 142-143.

1.1.2 Definición del fenómeno: mecanismos para la transmisión

La doctrina mayoritaria coincide en no definir ni enumerar a los mecanismos a través de los cuales puede transferirse una empresa, atendiendo a la gran variedad de situaciones que pueden generarla, siendo inútil efectuar un estudio detallado de cada mecanismo en particular (Arce 2003: 107). En efecto, la regulación de los mecanismos que den lugar a una transmisión de empresas, no es una tarea que corresponda al derecho del trabajo, sino a otras disciplinas jurídicas: derecho de los contratos, derecho societario, derecho administrativo, etcétera. De ahí que la tarea del derecho del trabajo frente a dichos mecanismos, es observar y analizar sus efectos, con la finalidad de imponerles reglas o condiciones que eviten perjuicios a los trabajadores involucrados en tales procesos (Rodríguez-Piñero 2006: 76).

Por ello, lo relevante para que exista una transmisión de empresas no es el mecanismo a través del cual se efectúa, sino que dicho mecanismo tenga por resultado el cambio de titularidad de la empresa¹¹. Al respecto, la titularidad de una empresa la ostenta quien tiene el derecho de explotación de la misma, lo que no se relaciona necesaria ni directamente con la propiedad de los bienes, sino con la posibilidad de dirección y gestión de la empresa (Rodríguez-Piñero 2006: 76). Así, la expresión “cambio de titularidad” ostenta un alcance omnicompreensivo, en la medida que “[...] se puede producir no sólo por cualquier negocio jurídico, sino también por cualquier acto, jurídico o no, susceptible de producir el efecto traslativo” (Ortiz de Solórzano 2003: 188).

¹¹ Como anota Monereo, la ventaja de aludir al cambio de titularidad es: i) se comprenden todos los negocios jurídicos o actos jurídicos susceptibles de producir ese efecto; y, ii) es irrelevante la causa del cambio, desde el momento en que el presupuesto para la aplicación de la normativa queda integrado con el simple cambio de titularidad de la empresa (Monereo 1987: 191).

No obstante lo indicado, y sin ánimos de desconocer la variedad de títulos que pueden dar lugar a un cambio de titularidad, es necesario efectuar una clasificación de los mismos, con la finalidad de exponerlos de manera ordenada y sistemática. De esta manera, y basándonos en la clasificación propuesta por Monereo Pérez, a continuación expondremos los principales supuestos regulados en la legislación nacional, que podrían tener por resultado la transmisión de una unidad empresarial.

a. Transmisión por actos inter vivos voluntarios

Se trata de un cambio de titularidad que opera como consecuencia de un acto o negocio jurídico, mediante el cual, se traslada el derecho de dirección y gestión que tiene una persona natural o jurídica sobre una empresa, a otra. Asimismo, esta transmisión es voluntaria, pues los actos o negocios jurídicos que la originan, se realizan con el pleno ejercicio de la libertad de determinación de sus titulares. Estos actos pueden dividirse a su vez en: i) aquellos en donde la adquisición de la titularidad de la empresa deriva del traspaso del derecho mismo; y, ii) aquellos cambios de titularidad que se producen por efecto de la constitución del derecho de dirección y gestión de la empresa, sobre la base de un derecho generador más amplio que es el que recibe el adquirente (Monereo 1987: 375).

Con relación a los mecanismos que permiten la transmisión de una empresa, a través del traspaso de la propiedad o dominio de la misma, es posible encontrar en esta categoría a: i) la compraventa de empresa o de una parte de la misma, regulada en los artículos 1529^o y siguientes del Código Civil (en lo sucesivo, CC); ii) la permuta (artículo 1602^o y siguientes del CC), en donde por lo menos uno de los bienes que se intercambie, califique como empresa; iii) donación (artículo 1621^o

CC) de una empresa o de parte de la misma; iv) dación en pago (artículo 1625º y 1266º del CC), cuando se cancele la prestación total o parcial de una obligación, mediante la entrega de un conjunto de activos que califiquen como empresa.

Pertencen al grupo de mecanismos antes indicados, los procesos de reorganización societaria regulados en la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades (en lo sucesivo, LGS), que tengan por resultado el traspaso de una empresa. En efecto, si bien es claro que la fusión siempre dará lugar a una transmisión, lo mismo no sucederá con la escisión y la reorganización simple, pues en estos casos, será necesario que el bloque patrimonial que se segregue para constituir una nueva sociedad o para integrarlo a una preexistente, califique como empresa según los criterios antes estudiados¹². Asimismo, si bien la transformación forma parte de los procesos de reorganización societarios, la misma no constituye un mecanismo de transmisión de empresas, pues no da lugar a cambio de titularidad alguno¹³.

De otro lado, respecto a los mecanismos voluntarios que se producen por efecto de la constitución de un derecho sobre la existencia de un derecho preexistente más

¹² Si bien hemos unido el comentario aplicado a la escisión con el de la reorganización simple, ello no quiere decir que desconozcamos sus diferencias a nivel societario. De hecho, como indicara Elías Laroza, la diferencia entre la escisión y la reorganización simple radica en que las acciones o participaciones que se emiten a cambio de la transferencia del bloque patrimonial en la reorganización simple, se entregan a la sociedad que segrega los bloques, y no a los socios o accionistas de la misma, como sucede en la escisión parcial (2004: 841). Sin embargo, dicha diferencia no tiene mayor incidencia para efectos de la transmisión de empresas.

¹³ Al respecto, el artículo 333º de la LGS dispone: “Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en algunas de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña el cambio de personalidad jurídica”. Un ejemplo de ello sería una sociedad anónima abierta que se transforma para ser sociedad anónima cerrada.

amplio, es posible encontrar a: i) la cesión a título oneroso del uso de una empresa a través de un contrato de arrendamiento (artículos 1666° y siguientes del CC), o gratuito mediante un contrato de comodato de empresa (artículos 1728° y siguientes del CC); ii) la cesión del uso y disfrute de una empresa mediante la constitución de un derecho de usufructo. Recuérdesse que hemos indicado que la titularidad de una empresa no se relaciona necesariamente con la propiedad de los bienes organizados que la constituyan, sino con la posibilidad de dirigirlos y gestionarlos en todo su conjunto.

b. Transmisión por actos inter vivos coactivos o necesarios

Este tipo de mecanismos están referidos a los cambios de titularidad que se producen por disposición de un sujeto ajeno a aquél que ostenta la titularidad de la empresa, generalmente referido al Derecho Público, mediante la voluntad de un autoridad legislativa, administrativa o judicial (Monereo 1987: 447).

Como ejemplo de acto coactivo que tiene por resultado el traspaso de la titularidad de una empresa, es posible considerar a los casos de estatización, que si bien actualmente no son usuales en nuestro medio debido a que la actividad empresarial del Estado es subsidiaria, de tener lugar, habría un cambio de titularidad de la empresa a favor del Estado. Asimismo, es posible encontrar dentro de este campo, los supuestos de venta judicial de bienes inmuebles sometidos a hipoteca¹⁴, cuando los mismos, por sus características, constituyan una empresa según lo indicado anteriormente.

¹⁴ Al respecto, el Artículo 1097° del Código Civil, dispone que “Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

c. Transmisión por actos mortis causa

Finalmente, con relación a los mecanismos de transmisión por *actos mortis causa*, nos referimos a los supuestos de cambio de titularidad que tienen su origen en la muerte de su titular, ya sea esta persona física o persona jurídica, y siempre que su extinción no tenga como consecuencia la extinción de la empresa.

Con relación a las empresas cuyo titular sea una persona jurídica, es claro que la extinción de la persona jurídica llevará implícita la disolución y posterior liquidación de la empresa, lo que impide una transmisión de la misma en este supuesto¹⁵. Sin embargo, cuando el titular de la empresa es una persona física, sí es posible apreciar la transmisión de su titularidad. Al respecto, el artículo 16° de la LPCL indica que el fallecimiento del empleador cuando es persona natural, constituye una causa de extinción del contrato de trabajo.

Por su lado, el artículo 17° de la LPCL señala que el fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquél es persona natural, sin perjuicio de que por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio. No obstante lo indicado, nada obstaría para que los herederos decidan aceptar la empresa como herencia, ocurriendo en ese caso una transmisión de la misma (Arce 2003: 110).

¹⁵ De acuerdo con la Sección Cuarta de la LGS, para que una sociedad se extinga es necesario que previamente se apruebe su disolución (artículo 407° de la LGS), lo que dará inicio al proceso de liquidación de la misma. Una vez liquidada, recién podrá procederse a inscribir la extinción de la sociedad en el registro correspondiente (artículo 421° de la LGS).

1.1.3 Regulación de la transmisión de empresas en el derecho del trabajo

El principal efecto que los traspasos de empresa generan en los trabajadores es el cambio en la figura del empleador, frente a lo cual, la doctrina mayoritaria –tanto nacional como comparada– ha afirmado la continuidad del vínculo laboral en las mismas condiciones en las que se encontraba antes del traspaso. Dicho cambio incidirá tanto en la esfera individual de los trabajadores afectados por el traspaso, así como también, en las relaciones colectivas de los mismos. De ahí que las garantías que se establezcan estarán destinadas a tutelar tanto la esfera individual como colectiva, teniendo siempre como premisa la continuidad del vínculo laboral.

a. Garantías individuales: la continuidad de la relación laboral

El estudio de los efectos individuales se encuentra referido a la incidencia de la transmisión de empresa en el contrato del trabajador (Rodríguez-Piñero 2002: 646), esto es, básicamente, el estudio de cómo dicho fenómeno incide en la continuidad del vínculo de trabajo y de las condiciones laborales del personal afectado. Asimismo, dependiendo de si la transmisión de empresas tiene por efecto la concentración de unidades empresariales, que antes de la transmisión eran autónomas entre sí, será posible identificar un tercer ámbito de análisis referido a la modificación y alteración de las condiciones de trabajo, como consecuencia de los procesos de integración de planillas.

Al respecto, actualmente no existe legislación nacional que regule las consecuencias laborales de la transmisión de empresas¹⁶. No obstante ello, la

¹⁶ En julio de 1995, la tercera disposición final de la Ley N° 26513 derogó la Ley N° 4916, Ley del Empleador Particular, y sus normas reglamentarias (Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 y

consagración del derecho a la estabilidad en el trabajo en el artículo 27º de la Constitución Política del Perú¹⁷, y el principio de continuidad laboral, permiten asegurar que los trabajadores involucrados en tales fenómenos, no vean extinguido su vínculo laboral con ocasión de la misma (Arce 2003: 106).

En efecto, la estabilidad laboral nos llevaría a defender la intangibilidad del contrato de trabajo a menos que concurra alguno de los supuestos de extinción previstos en la ley, debiendo observar además los requisitos procedimentales establecidos por el legislador. En la misma línea, el principio de continuidad reconoce al trabajador el derecho de permanecer en su puesto de trabajo tanto tiempo como dure la actividad empresarial y los objetivos para los que fue contratado, salvaguardando su derecho a renunciar cuando lo estime conveniente, y siempre que para ello observe el procedimiento de ley (Morales 2004: 259).

Así, la vocación de permanencia que ostenta el contrato de trabajo, lo hacen resistente a las diversas situaciones que se presenten durante su ejecución, lo que permitirá introducir las modificaciones que las necesidades que se vayan presentando exijan (Puntriano 2008: 242). Ahora bien, nótese que la modificación subjetiva del contrato de trabajo solo puede darse en la figura del empleador, quien continuará la explotación en las mismas condiciones que su predecesor. En efecto,

Decreto Supremo de 14 de abril de 1944), que regulaban la conservación de la antigüedad, derechos y beneficios sociales, en supuestos de venta, cesión, traspaso, locación o fusión de negocios. Para una exposición más detallada de cómo se reguló en el pasado la sucesión de empresas, puede verse: Morales 2004: 257-278.

¹⁷ El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento jurídico 118 de la Sentencia recaída Expediente N° 00025-2007-AI/TC, que el derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo y la protección contra el despido arbitrario, se encuentra recogido en el artículo 27º de la Constitución Política del Perú de 1993, cuando señala que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

al ser la prestación del trabajador personalísima, su cambio supondría la extinción del contrato de trabajo (Arce 2008: 141).

De esta manera, la doctrina nacional coincide en que, frente al cambio de titularidad en la empresa objeto de una transmisión, el nuevo titular se subroga en todos los derechos y obligaciones del anterior. Dicha subrogación, tiene una doble garantía: i) por un lado, asegura la continuidad de las relaciones jurídicas; y, ii) del otro, asegura la subrogación del nuevo empresario en las obligaciones del anterior, esto es, en las condiciones laborales del personal involucrado.

No obstante ello, el efecto neutralizador del principio de continuidad en la transmisión de empresas resulta insuficiente para enfrentar las reales consecuencias que estos fenómenos tienen en el personal involucrado. Por ello, coincidimos con Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer cuando señala que los problemas que se pueden generar “[...] no queda[n] adecuadamente resuelt[os] con la aplicación sin más de la regla de la continuidad y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores” (2007: 141). En efecto, entre aquellas cuestiones susceptibles de generar problemas por requerir de cierta regulación por parte de nuestro legislador, podríamos señalar las siguientes:

- Definir en qué momento se produce la transmisión de una empresa, y por ende, se traspasan los derechos y obligaciones laborales del titular originario hacia el nuevo titular. Los traspasos de empresa pueden efectuarse a través de largos procesos y diversas fases, que llegan a complicar la fijación de una fecha determinada de traspaso. Asimismo, dejar al arbitrio de los empresarios determinar dicha fecha, puede prestarse a prácticas abusivas por parte de los mismos, con la finalidad de reducir el universo de trabajadores amparados por

la aplicación del principio de continuidad. Por ello, se requiere que el legislador regule este aspecto (Rodríguez-Piñero 2007: 152-153).

- Analizar la viabilidad de establecer el derecho de los trabajadores de resolver el contrato de trabajo en caso las modificaciones que se efectúen luego de la transmisión resulten ser severamente peyorativas, a cambio de una debida indemnización. En efecto, los actos de hostilización equiparables al despido regulados en el artículo 30º de la LPCL, y que dan derecho a una indemnización, resultan insuficientes y limitados frente al fenómeno de la transmisión de empresas, dado que tan sólo se comprenden como tales los supuestos de reducción de remuneraciones (literal b) del artículo 30º, LPCL) y traslado del trabajador a lugar distinto de donde habitualmente presta sus labores (literal c) del artículo 30º, LPCL), y además, en el primero se exige que sea inmotivada, y en segundo, que haya intención del empleador de perjudicar al trabajador.
- Delimitar los alcances de la subrogación del empleador, esto es, si sólo se subrogará en los derechos ya adquiridos por los trabajadores, o si también lo hará respecto de aquellos derechos que se encuentren en vía de adquisición. En concreto, nos estamos refiriendo a los beneficios del empleador referidos a planes de pensiones o de *stock options* (programas de opciones de compra de acciones), los que se caracterizan por vincular la entrega del beneficio con la permanencia del trabajador en la empresa.
- La legislación comparada ha consagrado la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario en caso de transmisión de empresas, respecto de los créditos laborales generados con anterioridad a la fecha de transmisión. En

efecto, se trata de “[...] una responsabilidad excepcional creada por la ley, con la finalidad de establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales y, sin duda, también para prevenir posibles fraudes” (Desdentado 2002: 258).

En el caso peruano, el artículo 1183º del Código Civil dispone que “La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”¹⁸. Nótese que en nuestro ordenamiento jurídico, la solidaridad ha sido prevista como una excepción en materia responsabilidad, pues el Código Civil niega su presunción y, por el contrario, exige que la ley o el título de la obligación lo establezcan de forma expresa. De ahí que, cuando el dispositivo citado alude a “ley”, consideramos que deberá ser una ley en sentido formal, esto es, todo dispositivo con rango de ley que se haya producido a través de los requisitos y procedimientos fijados por la Constitución.

Ahora bien, es necesario indicar que, al referirnos a la responsabilidad solidaria en traspasos de empresas, estamos aludiendo a aquellas transferencias que se han ejecutado de forma regular y acorde con la ley, pues, tema aparte –aunque vinculado– es el referido a la solidaridad en

¹⁸ Sin perjuicio que el artículo 1183º del Código Civil dispone que la solidaridad no se presume, y que solo la ley o el título de la obligación pueden establecerla en forma expresa, la Corte Suprema, en un fallo sumamente cuestionable recaído en la casación N° 0951-2005 Lima, sostuvo lo siguiente: “Noveno.- Que, entonces es el contrato de trabajo que lo vinculó con el demandante el título que impone a la Asociación Educativa Casuarinas conjuntamente con el Centro Educativo Particular Los Robles la obligación de pago solidario de los derechos y beneficios sociales que se reconocen al actor [...]”. Para un mayor análisis sobre el particular, ver: Puntriano 2008: 247-248.

supuestos de transmisiones fraudulentas o simuladas¹⁹. De esta manera, en el caso peruano, la Ley N° 2259, del 29 de septiembre de 1916, regularía la responsabilidad solidaria en caso de traspaso de establecimientos comerciales o industriales en la medida que, a la fecha, la misma conserva su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico²⁰. Al respecto, el artículo 1° de la mencionada ley, indica lo siguiente:

Artículo 1°.- El dueño de un establecimiento comercial o industrial que desee traspasarlo y el que se propone adquirirlo, **deberán publicar avisos durante quince días en el periódico del lugar, que esté designado como órgano oficial por la Corte Superior**, notificando a los acreedores para que concurran al domicilio que se expresará en los avisos, a percibir el importe de sus créditos, o a dejar constancia de su cuantía, dentro del término de treinta días, contados desde el día siguiente a la primera publicación²¹.

De esta manera, de cumplirse con tales publicaciones, el artículo 2° de la Ley indica que el adquirente y el enajenante serán responsables solidarios

¹⁹ Con relación a esto último, Toyama Miyagusuku opina que “[...] si se trata de un fraude o simulación (un caso de desprendimiento patrimonial relevante para evita el pago de beneficios laborales), la empresa vendedora deberá responder en forma solidaria por el cumplimiento de las obligaciones laborales” (2011: 130). En efecto, recuérdese que en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, se reconoció que “Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que [...] se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”.

²⁰ Mediante las Leyes N° 29477 (18 de diciembre de 2009), N° 29563 (20 de julio de 2010), N° 29629 (09 de diciembre de 2010) y N° 29744 (9 de julio de 2011), el Congreso de la República excluyó determinadas normas del ordenamiento jurídico peruano por haber sido, en su integridad, explícitamente derogadas, declaradas nulas, canceladas, caducadas o insubsistentes o declaradas sin efecto o valor legal; o declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Ninguna de tales leyes contiene la exclusión de la Ley N° 2259, por lo que habría que entender que la misma se mantiene vigente hasta hoy en día.

²¹ Resaltado y subrayado nuestro.

respecto de las deudas que consten en los libros del establecimiento y de aquellas contraídas a favor de las personas que se hubiesen presentando en el término indica por ley, para dejar constancia de la cuantía de sus créditos, y siempre que tales deudas sean debidamente comprobadas y que se refieran a operaciones del establecimiento traspasado²². De lo contrario, esto es, en caso el traspaso se haya realizado sin hacer las publicaciones indicadas, el artículo 3º de la Ley indica que la solidaridad será por todas las deudas contraídas antes del traspaso, que se refieran a operaciones del establecimiento traspasado²³.

Al respecto, la antigüedad de la norma podría plantear problemas tales como: i) determinar qué significa establecimiento comercial e industrial; ii) definir cuál es el periódico del lugar en que esté designado como órgano oficial por la Corte Superior; iii) determinar qué ha de entenderse como “traspaso”; entre otros. Pero además, en caso la misma resultase ser plenamente aplicable en la actualidad, consideramos que la protección brindada no es del todo satisfactoria. En efecto, nótese que la solidaridad por todas las deudas contraídas antes del traspaso, aplicará únicamente cuando el adquirente y el que transfiere no cumplan con efectuar las publicaciones indicadas por la Ley. En caso cumpliesen con tales publicaciones, dicha solidaridad se limita solo a

²² El artículo 2º de la Ley 2259, expresamente indica lo siguiente: “Los traspasos realizados con las publicaciones preceptuadas en el artículo anterior, constituyen responsable al adquirente, solidariamente con el enagenante (sic), de las deudas que consten de los libros del establecimiento; y de las contraídas á (sic) favor de las personas que se hayan presentado durante el término fijado en el mismo artículo, siempre que estas deudas sean debidamente comprobadas y que se refieran á (sic) operaciones del establecimiento traspasado”.

²³ El artículo 3º de la Ley N° 2259 indica lo siguiente: Artículo 3.- Si el traspaso se realiza sin hacer las publicaciones fijadas en el artículo 1º, el adquirente responde solidariamente con el vendedor, de todas las deudas que contraídas antes del traspaso, se refieran a operaciones del establecimiento traspasados.

las deudas previstas en libros y a las de aquellos acreedores que hayan acudido al domicilio del dueño del establecimiento, dentro de los treinta (30) días de publicado el anuncio, y siempre que puedan acreditar debidamente la existencia de la deuda.

Como se observa, en el extremo de la ley que regula la solidaridad cuando las empresas han cumplido con las publicaciones antes indicadas, la protección brindada es insuficiente, en la medida que impone a los trabajadores cargas que en los hechos son difíciles de cumplir. Las decisiones de traspasos empresariales suelen ser operaciones que se ejecutan en privado, de modo que los trabajadores rara vez tienen conocimiento de las mismas, lo que dificulta que puedan acudir a tiempo para presentar sus deudas. Además, por su posición, el trabajador no está en condiciones de poder acreditar los adeudos que el empleador tenga respecto de sus beneficios o remuneraciones, pues no tiene acceso a la documentación e información que está en poder de su empleador. Finalmente, el temor a sufrir alguna represión posterior por parte de los trabajadores con vínculo vigente, sería un desincentivo para acercarse a presentar las acreencias que tengan con de la empresa.

Al respecto, refiriéndose al dispositivo comentado, Gómez Valdez indica que en caso se determinase que el empleador que transfirió una unidad empresarial incumplió con abonar todos los derechos sociales a sus trabajadores antes del traspaso o que los mismos fueron mal calculados, “[...] será entonces el «nuevo» empleador quién asumirá tales adeudos, porque entre ambos empleadores existe, a raíz de la transferencia, una solidaridad de pago (Art. 2 del D.L. No. 2259 de 29/09/1916) [...]” (2007: 139-140). Sin

embargo, por las consideraciones antes indicadas, estimamos que la solidaridad regulada por dicha ley no es tan irrestricta ni inmediata como la presenta el citado autor, sino que, por el contrario, su regulación presenta ciertas limitaciones que no son compatibles con la finalidad de establecer la solidaridad en casos de traspaso de empresas, las que hemos expuesto en el párrafo anterior.

En consecuencia, pese a la existencia de la Ley N° 2259, no contamos con un dispositivo legal actual, que se ajuste a la nueva realidad jurídica de nuestro ordenamiento, y que regule la responsabilidad solidaria en casos de transmisión de empresas, de una forma idónea a efectos de proteger adecuadamente los créditos laborales del personal involucrado.

- Finalmente, y lo que es materia de investigación del presente trabajo, el legislador debería pronunciarse acerca del establecimiento de mecanismos que permitan homogeneizar las condiciones de trabajo del personal involucrado en las transmisiones de empresas, cuando los mismos tengan por resultado la concentración de dos o más organizaciones laborales en una sola. Sobre este punto, específicamente en lo referido a las condiciones salariales, ahondaremos en el segundo y tercer capítulo, no sin antes indicar que la regulación nacional en este punto es nula.

b. Garantías colectivas frente a la transmisión de empresas

Basándonos en cómo la legislación comparada ha regulado las garantías laborales colectivas de los trabajadores involucrados en los procesos de transmisión de empresas, consideramos que el análisis de las mismas debiera comprender el

estudio de: i) la continuidad de los convenios colectivos de trabajo; ii) el mantenimiento de la representación sindical y protección de los representantes de los trabajadores; y, iii) el reconocimiento de los derechos de información y consulta del personal involucrado en dichos procesos (Valdés 2002: 678).

- Con relación a la vigencia del convenio colectivo, el literal e) del artículo 43º del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT), dispone que el convenio colectivo “Continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares”. Cabe indicar que –probablemente– éste sea el único artículo que actualmente regule, de alguna manera, los efectos de la transmisión de empresas. Sin embargo, por estar vinculado a nuestro tema central de investigación y por un tema de orden, el mismo será materia de análisis en el segundo capítulo.
- Respecto a la representación de los trabajadores, nuestro ordenamiento interno no prevé ningún dispositivo legal que disponga la continuidad de la misma en caso de traspaso de empresas. No obstante ello, la aplicación del principio de continuidad, debería llevarnos a concluir que aquéllos trabajadores que ostentaban la dirigencia y representación sindical en la empresa transferida, deberán continuar haciéndolo en la empresa adquirente, siempre que su mandato se encuentre vigente. Asimismo, en tanto la transferencia de empresa no afecta su calidad de dirigentes y representantes sindicales, los mismos continuarán amparados por el fuero sindical, de modo que gozarán de protección contra todo acto que limite el ejercicio de su derecho a la libertad sindical.

Como se observa, la representación y protección de los representantes, no ostenta mayores dificultades cuando la empresa traspasada comprende a todo un sindicato. Sin embargo, las dificultades empiezan en aquellos casos en que se traspasa solo una línea de negocio de la empresa que, si bien involucra a trabajadores sindicalizados, ninguno de ellos ostenta la calidad de dirigente o representante. Al respecto, no contamos con ningún dispositivo que nos indique como proceder para mantener la representación de los trabajadores sindicalizados que han sido traspasados a la nueva empresa, esto es, si será necesario elegir nuevos representantes entre los trabajadores involucrados en el traspaso, o si los dirigentes del sindicato al que pertenecen los trabajadores desplazados, podrán tener algún tipo de participación en la representación de los trabajadores desplazados.

De otro lado, cuando en la empresa transferida (o parte de ella) no exista sindicato alguno, tales trabajadores no contarán con ninguna representación frente al nuevo empleador, a menos que puedan y decidan conformar un nuevo sindicato, o se afilien a alguno preexistente en la empresa a la que serán transferidos. En efecto, en la medida que no existen disposiciones que permitan elegir delegados o representantes, únicamente para efectos de los traspaso de empresas y con la finalidad de cautelar el ejercicio de derechos de índole colectiva (por ejemplo: el de información), se estará a que los trabajadores desplazados decidan por su cuenta constituir un sindicato.

- Finalmente, con relación a: i) la obligación de informar a los trabajadores afectados por la transmisión de empresas, tanto de la cedente como de la cesionaria, de todos los aspectos vinculados a la transmisión que incidan en

las relaciones de trabajo de los mismos; y, ii) al reconocimiento del derecho de los trabajadores a efectuar las consultas del caso, sobre todo en el supuesto de que la transmisión involucre la adopción de medidas laborales; nuestra legislación laboral tampoco ha previsto los mecanismos que hagan viable el ejercicio de los derechos de información y consulta. En efecto, no estamos refiriendo a las precisiones de índole normativa que tendrían que precisar: i) cuál es el contenido de la información que obligatoriamente debe proporcionarse; ii) las vías para entregar dicha información; iii) la oportunidad y plazos máximos para efectuarla; iv) las sanciones en caso de incumplimiento; entre otras.

c. La transmisión de empresas en el proyecto de Ley General del Trabajo

Como se habrá podido observar, nuestra legislación laboral vigente no regula las consecuencias de la transmisión de empresas en los trabajadores, siendo por ello que Arce Ortiz señala que existe una “anomia legislativa” que, si bien se resuelve en parte con la aplicación del principio de continuidad, ello no resulta suficiente (2008: 144). Sin embargo, es preciso anotar que la regulación de este fenómeno está prevista en el actual Proyecto de Ley General del Trabajo (en adelante, PLGT). Lo hace en dos de sus artículos (el 9º y el 10º) tal como veremos brevemente a continuación.

El artículo 9º del PLGT dispone que “Si hay reorganización de empresa, por actos de fusión, absorción, escisión u otras formas de reorganización empresarial, las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados”. Por su parte, en su segundo párrafo, el citado artículo indica que “Los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresa y no

afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados”. Finalmente, la norma señala que “Si el empleador, persona natural, fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales y los derechos alcanzados prosiguen. Éstos también se mantienen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio”.

De otro lado, el artículo 10º del PLGT regula, en primer lugar, la obligación de informar, al señalar que “En la transmisión de empresa el empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión a los trabajadores y a sus representantes, de ser el caso”. En segundo lugar, se indica que “Ambos responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley, nacidos antes de la fecha de su sustitución”. Finalmente, la norma agrega que “El adquirente asume los derechos y obligaciones laborales del cedente y responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución”.

Al respecto, y sin ánimos de desconocer el intento del legislador de otorgar un marco regulatorio a la transmisión de empresas, en el ámbito laboral consideramos necesario formular las siguientes observaciones:

- El artículo 9º del PLGT parece limitar los efectos de la continuidad a los casos de reorganización empresarial (fusión, escisión, y reorganización simple), dejando desprovistos de protección los diversos supuestos que pueden dar lugar a una transmisión de empresas, tales como la venta o arrendamiento de un negocio. De esta manera, el PLGT se aleja del criterio predominante en la legislación comparada de optar por no regular los procedimientos de

transmisión, sino tan sólo los efectos del cambio de titularidad (Arce 2003: 107).

- Asimismo, el artículo 9º del PLGT introduce una diferenciación confusa y arbitraria entre actos de reorganización empresarial y supuestos de cambio de titularidad (Arce 2003: 108), no obstante que –como ya se ha indicado– los actos de reorganización empresarial configuran uno de los tantos supuestos de cambio de titularidad en la empresa.
- El artículo 10º del PLGT, que regula los efectos de la transmisión de empresas, presenta algunos vacíos significativos. De un lado, no se precisa cuándo se entiende transferida una empresa, y de otro, no se indica qué ha de entenderse por empresa. Además, en tanto el artículo 9º del PLGT distingue entre reorganización de empresas y supuestos de cambio de titularidad se introduce una duda: ¿en cuál de aquellos grupos existiría una transmisión de empresas? Ya hemos sustentado que en los dos, por lo que dicha diferenciación resulta confusa e innecesaria.
- De otro lado, si bien existe una obligación de informar, no queda claro quiénes son los trabajadores que deberán recibir la comunicación, ni cuál es el contenido de dicha comunicación. Tampoco se imponen sanciones eficaces en caso de incumplimiento de la obligación en cuestión.
- Se regula un deber de información pero no se prevé un periodo de consultas ni de negociación entre los trabajadores y el nuevo titular, lo que podría terminar vaciando de contenido a la obligación de informar.

- Finalmente, muchos de los problemas derivados de la falta de regulación en materia de transmisión de empresas, que fueron mencionados cuando abordábamos las garantías en materia individual y colectiva, no han sido regulados ni mencionados en el PLGT.

1.2 LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES

Las fusiones y adquisiciones empresariales tienen un significado económico antes que jurídico, y se refieren al conjunto de operaciones en virtud de las cuáles una empresa adquiere el control de otra (Álvarez 2004: 45). En efecto, la nota característica de estos procesos radica en que, luego del proceso correspondiente, el control de aquellas empresas que antes eran independientes (o se encontraban bajo el control de un tercero), se concentra en una sola. De ahí que exista una estrecha relación entre las fusiones y adquisiciones y la concentración de empresas, desde que las primeras son un mecanismo para obtener la segunda.

El concepto de “concentración” ha sido materia de diversas imprecisiones y confusiones terminológicas²⁴, siendo por ello necesario señalar que el sentido que usaremos para efectos del presente trabajo será el de la “concentración económica en sentido estricto”, que consiste en el “[...] acto o conjunto de actos mediante los

²⁴ Guillermo Cabanellas de las Cuevas señala que es necesario distinguir entre: i) concentración económica en sentido amplio; ii) concentración económica en sentido estricto; iii) concentración empresaria; y, iv) concentración societaria. La primera de ellas no tiene valor jurídico preciso, en tanto supone la concentración de la economía en un número más limitado de unidades visto como un proceso, o como una situación concentra en un determinado mercado. La concentración empresaria tiene múltiples sentidos, pues se refiere tanto a la integración y cooperación entre factores mediante: i) la anulación de la independencia de la estructura empresarial (concentración económica en sentido estricto); y, ii) sin anular la independencia de las empresas a las que pertenecen los factores (por ejemplo: subsidiarias). Finalmente, la concentración societaria está referida a la integración de los órganos societarios de dos o más sociedades, igual o similar al que existe dentro de una única estructura societaria (Cabanellas 2007: 12-15).

cuales una pluralidad de activos, antes pertenecientes a una pluralidad de organizaciones empresarias, pasan a formar parte de una única organización [...]” (Cabanellas 2007: 12-13)²⁵. La razón por la que empleamos esta denominación, es porque consideramos que la misma comprende el ámbito en donde se centrará nuestro objeto de estudio, esto es: aquellos escenarios en donde una pluralidad de organizaciones laborales termina por concentrarse en una sola luego de determinado proceso, lo que da paso a una necesidad de integración.

Al respecto, no cualquier unión entre empresas califica como una concentración en los términos anotados, sino que se “[...] considera[rá] como una «concentración de empresas» únicamente a las uniones estables, que impliquen una verdadera pérdida de independencia entre dos empresas o, por lo menos, entre dos áreas de dos empresas distintas [...]” (Quiroga y Rodríguez 1997: 90). Por tanto, quedarían fuera del campo de las concentraciones empresariales, aquellas uniones meramente temporales, o en donde las empresas involucradas no pierdan su autonomía e independencia luego de la unión. En este sentido, los rasgos que definirían a una concentración de empresas serían los siguientes:

- Debe existir una modificación de la estructura de control de las empresas, de modo que la capacidad de influir decisivamente en la estrategia competitiva de las mismas se concentre en una sola organización. Ello quiere decir que, el margen de actuación en las decisiones del presupuesto, la elección del personal directivo, la determinación de los objetivos del plan de negocios,

²⁵ Sin perjuicio de la denominación de “concentración” empleada, en el presente trabajo nos referiremos a ella indistintamente como “concentración económica” o “concentración empresarial”. Asimismo, en la medida que el concepto de concentración económica en sentido estricto es usado, entre otros campos, en el derecho de la competencia, es que la bibliografía empleada para dilucidar el contenido del mismo ha sido la obtenida –entre otras- de la literatura del derecho de la competencia.

entre otras decisiones que determinen la actuación de las empresas involucradas, luego del proceso correspondiente, queden en poder de una sola organización (Arpón de Mendivil 2001: 643)²⁶.

- Adicionalmente, para que el cambio de control antes mencionado derive en una concentración empresarial, se requiere que el mismo sea estable. Nótese que estabilidad no es sinónimo de eternidad, por lo que el cambio de control será estable cuando la duración del mismo sea permanente durante determinado lapso de tiempo, el que deberá evaluarse en función del tipo de mercado, de la naturaleza de las empresas, y del caso en particular que corresponda (Arpón de Mendivil 2001: 646 - 647)²⁷.
- Finalmente, la unión de empresas en donde hay un cambio en la estructura del control estable o permanente, debe tener por resultado la existencia de una entidad independiente a las de sus predecesoras (Arpón de Mendivil 2001: 647).

²⁶ No obstante lo indicado “La valoración de cuándo existe influencia decisiva, que equivale a control, ha de realizarse en un análisis caso por caso y de forma global, de modo que no es necesario que concurren todas las situaciones que antes se han descrito para que se concluya que el control existe” (Arpón de Mendivil 2001: 643). De otro lado, verificados todos o algunos de los rasgos que definirían una concentración, encontramos que “El cambio de control de una empresa puede tener lugar bien mediante la unión de dos o más empresas que antes tenían diferente personalidad jurídica por un procedimiento de fusión, o por la adquisición de una o más empresas del control de todo o parte de otras empresas que retienen su personalidad jurídica independiente pero no así la independencia económica, que pasa a ejercer por quien tenga el control” (Arpón de Mendivil 2001: 644).

²⁷ Al respecto, se sostiene un indicador para estimar el requisito de permanencia sería el “[...] grado de madurez del mercado afectado por la operación: [es decir que] el plazo de permanencia es inversamente proporcional al grado de madurez del mercado, pues en mercados en situación de rápida evolución [...] los períodos de permanencia tienen una mayor implicación, y viceversa” (Almudena Arpón de Mendivil 2001: 647).

Por tanto, para efectos del presente trabajo, entenderemos por fusiones y adquisiciones a todos aquellos procesos que permiten obtener una concentración económica en sentido estricto y que cumpla con las características antes indicadas. Habiendo efectuado esta precisión, a continuación señalaremos cómo se vinculan tales mecanismos con el derecho del trabajo; para luego proceder a indicar las particularidades de los mismos que justifican su estudio y análisis.

1.2.1 Las fusiones y adquisiciones empresariales en el derecho del trabajo

Las fusiones y adquisiciones empresariales pueden llevarse a cabo a través de una gran variedad de mecanismos, muchos de los cuales tendrán por resultado – además de la concentración– la transmisión de una empresa. En efecto, la vinculación entre el derecho del trabajo y tales procesos radica en que su realización termina por afectar, de alguna manera, a los trabajadores comprendidos en las empresas sometidas a tales fenómenos. De esta manera, de verificarse la transmisión de una empresa con ocasión de una fusión o adquisición, deberán de aplicarse las consecuencias estudiadas en el apartado 1.1.3 del presente capítulo, en virtud de lo cual, el nuevo titular quedará sustituido en todos los derechos y obligaciones de los trabajadores afectados por el traspaso.

Sin embargo, no todos los mecanismos que permiten una concentración empresarial tienen por resultado la transmisión de una empresa. Para que ello tenga lugar, se requiere que se cumplan con los elementos esenciales de todo traspaso, que han sido estudiados en los apartados 1.1.1 y 1.1.2, esto es: que el objeto de la transmisión califique como empresa y que, producto de ella, exista un cambio de titularidad sobre la misma. Por tanto, a continuación nos aproximaremos

a los mecanismos de concentración empresarial, con la finalidad de determinar cuáles tendrán por efecto el traspaso de una o más empresas.

Cabe precisar que, la regulación de las fusiones y adquisiciones en la legislación peruana ha sido algo escasa y poco integral, pues no contamos con un único cuerpo normativo que las defina, qué señale al conjunto de operaciones que se encuentran comprendidas en las mismas, y que regule sus efectos y/o consecuencias, entre otros aspectos. No obstante ello, a continuación abordaremos las principales operaciones permitidas por nuestra legislación, las mismas que clasificaremos en los siguientes grupos: i) fusiones; ii) adquisición de activos; y iii) adquisición de acciones.

a. Fusiones empresariales

La fusión es concebida como uno de los mecanismos jurídicos más eficaces para lograr la concentración empresarial (Elías 2004: 736), en la medida que se trata de “[...] la forma clásica y más completa de lograr la unión estable de dos [o más] empresas” (Quiroga y Rodríguez 1997: 91). El concepto y las formas de fusión se encuentran reguladas en artículo 344º de la LGS, y es probablemente el mecanismo de concentración empresarial que cuenta con mayor regulación en nuestra legislación.

De acuerdo a lo dispuesto por la LGS, la fusión es “[...] una operación mediante la cual dos o más sociedades se reúnen a efectos de formar una sola, confundiendo sus respectivos patrimonios e integrando a sus socios” (Israel y Filomeno 2003: 1127), para lo cual, deberán cumplirse las formas y requisitos establecidos por la LGS. Asimismo, la LGS fija las dos únicas formas que una fusión puede adoptar: i)

la fusión por incorporación, en donde dos o más sociedades se extinguen para constituir una nueva sociedad; y ii) la fusión por absorción, en donde dos o más sociedades se extinguen luego de haber sido absorbidas por otra sociedad ya existente. En ambas formas, la transmisión de los patrimonios se realiza en bloque y a título universal²⁸.

Como puede observarse, la fusión es el clásico ejemplo de transmisión de empresas, desde que, con independencia del tipo de fusión de la que se trate, la misma implica el traspaso en bloque y a título universal del patrimonio de, por lo menos, una unidad empresarial. En efecto, partiendo de la premisa que el patrimonio de una sociedad, salvo excepciones, se encuentra compuesto por bienes de capital y de trabajo; y, en la medida que la fusión –tal y como se encuentra configurada en nuestra legislación– afecta al íntegro del patrimonio de dos o más empresas, es que la fusión siempre tendrá por efecto la transmisión de una unidad empresarial.

²⁸ El artículo 344º de la LGS señala:

“Artículo 344.- Concepto y formas de fusión: 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 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.

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”.

b. Adquisición de activos

A diferencia de la fusión que alude a un único mecanismo con regulación propia en nuestro ordenamiento, la adquisición de activos puede efectuarse a través de una gran variedad de actos. En líneas generales, los mecanismos comprendidos en este grupo se caracterizarán porque en todos se adquieren únicamente los activos y pasivos que expresamente se hubiesen acordado (Álvarez 2004: 51). De esta manera, para que dicha adquisición califique como una transmisión de empresa se requiere, en primer lugar, que dicho conjunto de activos y pasivos califiquen como “empresa” en los términos indicados en el apartado 1.1.1 del presente capítulo.

De otro lado, en el apartado 1.1.2 indicamos que, si bien es irrelevante para la configuración del traspaso de empresas el tipo de mecanismo empleado, sí es necesario que el mismo ocasione un cambio en la titularidad del patrimonio transmitido. De esta manera, en tanto hemos definido a la titularidad como la posibilidad de dirección y gestión (derecho de explotación), y no necesariamente con el derecho de propiedad, es que consideramos que se adquirirán los activos cuando sea posible dirigirlos y gestionarlos (por ejemplo, a través de la constitución de un derecho de usufructo), y no únicamente, cuando se obtenga la propiedad de los mismos.

Ahora bien, no debe olvidarse que la adquisición de activos como un mecanismo de concentración empresarial presupone que quién adquiere, ya ostente la titularidad de por lo menos una empresa, o que se encuentre en proceso de adquisición de la misma. En este sentido, a continuación indicaremos los actos de concentración empresarial más frecuentes en nuestro medio, a través de los cuales se adquieren los activos y pasivos de una sociedad.

- Escisiones empresariales.- Si bien la escisión suele definirse como un proceso inverso a la fusión (Álvarez 2004: 65), la misma es una operación compleja cuyos motivos y objetivos son de tal variedad que no pueden reducirse a la mera desconcentración empresarial. En efecto, como lo indica Elías Laroza, los efectos de la escisión pueden ser: i) en la mayor cantidad de casos, la desconcentración de una o más empresas, cuando éstas se escinden para conformar tantas nuevas empresas como bloques escindidos hubiesen; ii) la concentración empresarial, cuando -por ejemplo- los bloques que se escinden son absorbidos por empresas preexistentes; y, iii) la especialización empresarial, cuando cada bloque escindido corresponde a una línea de producción, independiente de la actividad principal, que es absorbido por empresas preexistente dedicadas a lo mismo (2004: 783-788).

Las formas de escisión y su definición están previstas en el artículo 367^o de la LGS²⁹. Al respecto, de la revisión del artículo citado, se observa que las formas de escisión reguladas por nuestra LGS, son las siguientes: i) la

²⁹ El artículo 367^o de la LGS, indica lo siguiente:

“Artículo 367.- Concepto y formas de escisión: Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad extinguida; o,
2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidas por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso”.

escisión propia o total (inciso 1), cuya realización entraña necesariamente la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad que se escinde; y, ii) la escisión impropia o parcial (inciso 2), en donde la sociedad escidente no se extingue, pues mantiene en su poder una de las porciones patrimoniales en que se hubiese fraccionado (Elías 2004: 794-795).

Ahora bien, en ambas formas de escisión reguladas por la LGS, los bloques patrimoniales pueden destinarse a la constitución de una nueva sociedad, a ser absorbidos por una sociedad preexistente, o ambas finalidades simultáneamente. Asimismo, en los dos supuestos, los accionistas de la empresa escidente recibirán acciones de la empresa que reciba el bloque patrimonial escindido. De esta manera, las escisiones que cobran importancia para nuestro estudio son aquellas en donde los bloques patrimoniales segregados son absorbidos por una sociedad preexistente, siendo -en efecto- irrelevante para nuestro estudio, si al final del proceso la sociedad que se escinde se extingue o no. Es decir, nos importan aquellas escisiones que tengan por efecto la concentración o la especialización empresarial, según se ha indicado anteriormente.

Asimismo, en concordancia con lo antes señalado, para afirmar la existencia de una transmisión empresarial, se requiere que los bloques patrimoniales segregados califiquen como empresa. Al respecto, el artículo 369° de la LGS señala que se entiende por bloque patrimonial: i) un activo o un conjunto de activos; ii) el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos; y, iii) un fondo empresarial³⁰. Como se observa, la definición de bloque patrimonial

³⁰ Nótese que la definición de bloque patrimonial como fondo empresarial “[...] no hace más que recoger lo que en doctrina y legislación comparada se ha llamado hacienda mercantil, fondo de

otorga una gran libertad al empresario para decidir cómo se conforma el mismo pues no exige “[...] que los activos y pasivos tengan alguna relación unos con otros, por ejemplo, que formen parte de una misma línea de negocio o unidad de producción, comercialización o servicio” (Hernández 2003: 1215)³¹.

De esta manera, cuando los activos y pasivos que conformen el bloque patrimonial escindido califiquen como empresa según lo anotado en el apartado 1.1.1, existirá una transmisión de empresas a la que se le aplicarán las consecuencias antes estudiadas.

- Reorganización simple.- La definición de esta figura se encuentra regulada en el artículo 391º de la LGS. Al respecto, la reorganización simple se define como una de las formas de reorganización empresarial a través del cual una sociedad identifica uno más bloques patrimoniales y los transfiere a una o más sociedades, ya sea para incrementar el patrimonio de la sociedad que recibe el bloque, o para constituir una nueva sociedad con el bloque patrimonial transferido (Hernández 2003: 1208-1209)³².

comercio o establecimiento” (Hernández 2003: 1215). Al respecto, si bien tales instituciones no cuentan con regulación expresa en nuestro ordenamiento, las mismas pueden reconducirse por cualquiera de los otros supuestos (activos, o conjunto de activos más pasivos), pero “[...] complementada con la idea de que esos activos o esos activos y pasivos, según sea el caso, estén vinculados entre ellos y afectados a la realización de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción, comercialización o servicios” (Hernández 2003: 1216).

³¹ Es preciso advertir que esta amplia libertad podría resultar peligrosa para los trabajadores involucrados en tales procesos, pues, en tanto el empresario decide qué activos y pasivos lo integran, podría –por ejemplo- decidir traspasar un fondo empresarial, una línea de negocios o una unidad de producción, sin el personal necesario para operarlo, vulnerando de esa manera los derechos de los trabajadores afectados por tales traspasos.

³² El artículo 391º de la LGS, señala: “Artículo 391.- Reorganización simple. Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los

Al respecto, si bien la reorganización simple ha sido concebida como una variante de la escisión parcial, la diferencia entre ambas figuras radica en que las acciones o participaciones que se emiten a cambio de la transferencia del bloque patrimonial en la reorganización simple, se entregan a la sociedad que segrega los bloques, y no a los socios o accionistas de la misma, como sucede en la escisión parcial (Elías 2004: 841).

Ahora, si bien la diferencia entre la escisión y la reorganización simple es fundamental para efectos societarios y/o corporativos, la misma no incide en los efectos económicos que la misma pueda generar, pues el bloque patrimonial que se segregue para unirse al de una sociedad preexistente, ocasionará una concentración empresarial.

Asimismo, para que dicho acto de concentración empresarial califique simultáneamente como una transmisión de empresa, se requiere que el bloque patrimonial segregado cumpla con las características de “empresa” señaladas en el acápite 1.1.1. De esta manera, en la medida que la definición de bloque patrimonial para la reorganización simple es la misma que para la escisión, la existencia de un traspaso de empresa dependerá de cómo se conforme el bloque patrimonial que se segrega.

- Otros actos de adquisición.- A diferencia de los anteriores supuestos, en estos casos la contraprestación por el bloque patrimonial transferido es otro bien distinto a las acciones de la sociedad receptora del mismo (por ejemplo:

aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes”.

dinero). Asimismo, a diferencia de la escisión, la contraprestación por tales activos se entrega a la sociedad que es propietaria del patrimonio que se transmite, y no a los accionistas de la misma. Además, en tanto existe la posibilidad que dicha adquisición sea a título gratuito, es posible que, a diferencia de los casos anteriores, en el presente caso no exista contraprestación alguna de cargo del adquirente de los activos.

El mecanismo típico comprendido en este grupo es la compraventa de un conjunto de activos y pasivos que califiquen como una empresa. Sin embargo, atendiendo a la definición de “adquisición” a la que nos hemos referido en el presente acápite, es posible que la misma tenga lugar en virtud de cualquiera de los actos señalados en el apartado 1.1.2 del presente capítulo, esto es: arrendamiento, usufructo, donación, permuta, entre otros.

c. Adquisición de acciones

Para culminar con los mecanismos de adquisición que permitirían la concentración de empresas, nos corresponde abordar la adquisición de acciones o participaciones de una sociedad. Al respecto, se suele indicar que para que este mecanismo permita la concentración de las empresas, es necesario que el porcentaje de las acciones que se adquiere sea suficiente para poder influir en las decisiones de la compañía cuyas acciones se han realizado. Sin embargo, en la medida que el tipo de control que genera este tipo de adquisiciones es meramente externo, el efecto que las mismas producen es la conformación de grupos empresariales (Cabanellas 2008: 65), y no una sucesión de empresarios.

Sobre el particular, la doctrina mayoritaria sostiene que la adquisición de acciones de una empresa por otra o por una persona natural, no da lugar a una transmisión de la misma, en tanto dicho mecanismo no ocasiona ningún cambio de titularidad. En efecto, Gonzáles Biedma afirma que “Por más que cambie la estructura interna del empresario-persona jurídica lo cierto es que él sigue siendo el titular [formal] [...] pues [...] la misma sociedad [sigue siendo] la dueña o poseedora de una determinada organización productiva con independencia de que otras personas físicas o jurídicas obtengan su control mayoritario” (1989: 139-140)³³.

Lo anterior se afirma con independencia del porcentaje de acciones que se adquiera, pues, en cualquiera de los casos, luego de la transmisión de las acciones “[...] la empresa no cambia de titular jurídico, sino que, al contrario, conserva su sustantividad jurídica, su personalidad propia, pese a que la unión con otras empresas o sociedades pueden mermar notablemente su independencia y autonomía en el plano socio-económico; lo que ocurrirá especialmente cuando se instituyan relaciones de dominación o control [...]” (Monereo 1987: 422).

Sin perjuicio de lo señalado, Monereo Pérez advierte que, en determinados supuestos, el tipo de control ejercido por quien adquirió las acciones puede ser tal, que “[...] aunque no medie en sentido jurídico una cesión de empresa [...] puede considerarse que se opera un cambio de hecho en la titularidad de la empresa, en

³³ En el mismo sentido se pronuncia Aurelio Desdentado, al señalar que: “[...] en el régimen de sociedades ha sido necesario aclarar que la simple adquisición de acciones o participaciones, aunque pueda determinar un cambio en el control del capital social, no constituye ninguna sucesión, porque el empresario sigue siendo la misma sociedad [...]” (Desdentado 2002: 244). Asimismo, Camps Ruiz señala que: “[...] la transmisión de empresa y la transmisión de participaciones sociales o toma de control de una sociedad son fenómenos diferentes [...] Mientras la sociedad cuyas acciones se adquieren mantenga su propia existencia y personalidad, es claro que a ella sigue correspondiente la titularidad de la empresa, por lo que difícilmente puede defenderse que tal titularidad haya experimentado cambio alguno [...]” (Camps 1997: 16).

la medida en que ciertamente, desde un punto de vista patrimonial (y absolutamente transparente desde un punto de vista jurídico), dicho cambio se ha producido” (1987: 422).

Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en donde el control administrativo, económico y funcional de dos o más empresa miembros de un grupo, lo ostenta de manera exclusiva solo una de ellas, de modo que las mismas operan en los hechos como si fuesen una sola empresa, no existiendo autonomía ni independencia alguna entre las empresas que conforman el grupo.

En tales casos, Monereo Pérez sostiene que, si bien no existirían inconvenientes para afirmar que habría un cambio de titularidad, ello sería innecesario a la luz del “[...] criterio realista de la personalidad jurídico-societaria [...] que lleva a atribuir la condición de empleador al titular real y efectivo de la empresa económica” (1987: 423). En otras palabras, en aquellos casos en donde el control del grupo empresarial sea tal que el mismo opera y actúa como si fuese una sola empresa, la protección de los trabajadores involucrados en tales casos estaría dada por la consideración del titular del grupo (o de la empresa miembro del mismo que ejerza todo el control) como empleador, más no por la regulación sucesoria de la transmisión de empresas.

Finalmente, y sin perjuicio de lo antes anotado, es preciso indicar que el estudio de los grupos de empresa es un tema extenso que requiere de un estudio detallado y especializado, por lo que no ha sido nuestra intención abordar toda la problemática que involucran tales fenómenos en el presente apartado. Nuestro único propósito ha sido dejar en claro que las concentraciones empresariales, que se dan a través

de la adquisición de acciones, no tienen por efecto el traspaso de ninguna unidad empresarial, sino únicamente la conformación de grupos de empresa.

1.2.2 Delimitación del ámbito de estudio: Las fusiones y adquisiciones por transmisión de empresas

Como se ha podido observar, la vinculación entre las fusiones y adquisiciones con el derecho del trabajo, radica en que las primeras constituyen mecanismos que pueden dar lugar a fenómenos como la transmisión de empresas y la conformación de grupos empresariales, que inciden en las relaciones laborales del personal involucrado. En este contexto, es preciso indicar que el ámbito en donde se ubica nuestro objeto de estudio (la homogeneización de las condiciones salariales) es el de las transmisiones de empresas que tienen lugar en el marco de una fusión o adquisición. En otras palabras, los mecanismos de traspaso empresarial que ocupan nuestra investigación, son todos aquellos capaces de generar una concentración económica en los términos indicados en las líneas precedentes.

Lo anterior obedece a los especiales efectos que las fusiones y adquisiciones empresariales generan en el personal involucrado. Al respecto, se sostiene que las fusiones y adquisiciones empresariales inciden en las condiciones de trabajo y relaciones laborales, en una doble dimensión: i) en el nivel y volumen de empleo; y, ii) en la modificación de las condiciones de trabajo como producto del proceso de integración. En efecto, Rocha y Aragón (2002: 30-31) sostienen que:

En este marco, [...] los procesos de fusión de empresas tienen efectos notables –en muchos casos, traumáticos– sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales, en una doble dimensión: / (a) Por una parte, la

mayoría de las operaciones de fusión implican –en mayor o menos medida– efectos negativos sobre el empleo, al menos a corto plazo, si bien la magnitud de éstos depende en buena medida de las características del sector, el tipo de operación y, especialmente, de las motivaciones subyacentes a la misma [...] / “(b) Por otra parte, y fundamentalmente, las fusiones tienden a trastocar las condiciones laborales de las empresas implicadas, fundamentalmente en el proceso de integración de plantillas (que normalmente tienen condiciones laborales heterogéneas), que suele extenderse en un período más o menos largo de tiempo.

En lo que a nuestro tema de investigación concierne, la Organización Internacional de Trabajo ha resaltado la especial incidencia que estos procesos tienen en los diversos términos y condiciones salariales, en la medida que demandan una etapa de armonización de los mismos. Así, se ha señalado que:

Una fusión o una adquisición invalidan el contrato de empleo por muchas razones: el empleado trabaja ahora para otra persona sin haber dado nunca paso alguno para cambiar de empleador [...] Lo que es más importante, para integrar los distintos sistemas y procedimientos empresariales es necesario armonizar los diferentes aspectos de los términos y condiciones de empleo. Así pues, tanto las escalas salariales, la denominación de los puestos, los derechos y otras prestaciones, las descripciones de puestos y las líneas de información y supervisión han de revisarse para garantizar prácticas comunes en la nueva organización resultante (OIT 2001: 115).

Al respecto, y sin perjuicio de lo importante que puedan ser los efectos que tales procesos tienen en el nivel y volumen de empleo, nuestro trabajo de investigación se centra en la segunda de las dimensiones de afectación antes indicadas: la incidencia del proceso de integración en las condiciones de trabajo,

específicamente, en las salariales. De esta manera, todo análisis que se realice en los siguientes capítulos acerca de la homogeneización de condiciones salariales, tendrá como escenario de referencia a las fusiones y adquisiciones que se hayan efectuado mediante un traspaso de empresa.

La razón por la que hemos ubicado nuestra investigación en este escenario, radica en que consideramos que únicamente en tales supuestos es posible encontrar dos o más organizaciones que se integran en una sola, al punto que sus respectivos patrimonios terminan por confundirse. En otras palabras, las fusiones y adquisiciones que se realizan a través de mecanismos de transmisión de empresas, generan que dos o más bloques patrimoniales que antes se encontraban bajo la dirección y gestión de empresas distintas, luego de la fusión o adquisición por traspaso que tenga lugar, pasan a encontrarse bajo la titularidad de un único empresario, lo que conlleva inevitablemente a una confusión entre los patrimonios que se unifican.

Como sostuvimos en el acápite anterior, los mecanismos clasificados dentro de las fusiones y de la adquisición de activos, eran los únicos que podían efectuarse a través del traspaso de una o más empresas. De esta manera, sólo en tales casos será posible encontrar la confusión patrimonial antes indicada, y esto por las siguientes razones:

- Fusiones. - En estos casos existe una clara confusión patrimonial, pues en donde antes existían dos o más empresas, luego de la fusión sólo existirá una, que concentrará todo el poder de decisión sobre el íntegro del patrimonio involucrado en la fusión. Ese grado de concentración, unido al hecho de que tales procesos involucran a todo el patrimonio de las sociedades

involucradas, dará por resultado que en una sola organización se integren los trabajadores de las empresas fusionadas y sus respectivas condiciones laborales.

- Adquisición de activos.- Al referirnos a los mecanismos que producen un cambio en la titularidad de una empresa (apartado 1.1.2), los clasificamos en dos tipos: i) los que producen un traspaso del derecho de propiedad (compraventa, donación, dación en pago, entre otros); y, ii) los que se producen por efecto de la constitución del derecho sobre la existencia de uno más amplio (arrendamiento, usufructo, y otros).

Tratándose de los mecanismos que producen el traspaso del derecho de propiedad, no hay dudas que la adquisición de los activos implicará que los mismos se integrarán al patrimonio de la empresa que adquiere, quedando ambas organizaciones integradas en una sola. Sin embargo, cuando se traten de aquellos que se producen por la constitución de un derecho sobre la existencia de uno más amplio, es necesario verificar que, además del traspaso, la unión generada cumpla con calificar como una concentración empresarial.

Al respecto, para efectos del presente trabajo, hemos señalado que entenderemos por concentración económica a las uniones estables de empresas, con cambio en la estructura del control, y que tienen por resultado la existencia de una entidad independiente. De esta manera, tratándose de uniones temporales y sin vocación de permanencia, difícilmente nos encontraremos frente a una entidad independiente, pues lo lógico será que cada organización que se haya unido prefiera mantener su independencia

atendiendo a que esa unión nace con la intención de ser meramente temporal.

De esta manera, los arrendamientos o usufructos de empresas, que se caracterizan por ser contratos temporales, podrían no dar lugar a una unión lo suficientemente estable para calificar como una concentración. En efecto, tratándose de un arrendamiento de dos negocios por un plazo de cinco años, difícilmente podrá considerarse que se trata de una concentración económica, pues el período de unión tan corto sugiere que tales negocios han sido unidos con un propósito específico y concreto, que se agotará en el tiempo que dure el arrendamiento.

Sin embargo, tampoco podemos descartar que ello pueda suceder, pues: i) el arrendamiento puede ser también a plazo indeterminado³⁴; y, ii) el usufructo a favor de persona natural puede durar hasta la muerte del usufructuario³⁵ y, si fuese a favor de persona jurídica, el plazo máximo es de treinta (30) años³⁶. En este sentido, también podría suceder que una empresa decida arrendar dos negocios por plazo indeterminado, o por treinta o cincuenta años, lo que sí evidenciaría la concentración de las empresas en una sola.

³⁴ Con relación a la duración del arrendamiento, el artículo 1687° del CC, señala: “El arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada”. Asimismo, en caso de arrendamientos de duración determinada, el artículo 1688° del CC, dispone que: “El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. [...] Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos”.

³⁵ De acuerdo con el numeral 4 del artículo 1021° del CC, una de las causas de extinción del usufructo es la: “Muerte o renuncia del usufructuario”.

³⁶ El artículo 1001° del CC, dispone que: “El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste. / Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años”.

Ahora bien, la importancia de que un traspaso de empresa por constitución de un derecho sobre uno de mayor amplitud (como por ejemplo: el arrendamiento de dos negocios) no califique como una concentración empresarial, está en que, de no ser así, el escenario creado por dicho proceso se encontrará fuera del ámbito de análisis de la obligación de homogeneizar las condiciones salariales del personal involucrado. En efecto, en los casos en donde la unión es por períodos cortos, difícilmente las empresas involucradas integrarán los negocios pues, desde un inicio, han pensado en la alianza creada como algo temporal y con duración predeterminada. Esa ausencia de integración, se materializará en la necesidad de mantener autónomos los negocios entre sí, con vistas a la separación que, desde el inicio, han previsto que se efectuará.

Por el contrario, las uniones con vocación de permanencia o que, siendo temporales, lo son por plazos bastante largos, hacen presumir que quién adquiera los negocios, los integrará en uno solo para efectos de su gestión y explotación. De ahí que, estas adquisiciones son las que califican como concentraciones pues, de hecho, concentran dos o más organizaciones empresariales en una sola. Lo indicado, si bien tampoco dará automáticamente lugar a una homogeneización, sí ubica la situación generada dentro del ámbito de estudio, en donde será necesario analizar si se encuentran los elementos que exigirán una homogeneización salarial, y que se abordarán en el segundo capítulo.

Por ello, cuando se traten de adquisiciones de activos a través de la constitución de un derecho de dirección y gestión en base a otro más general,

nos encontraremos en una zona gris, en donde se requiere verificar el caso en concreto con miras a determinar si existe realmente una concentración empresarial producida a través de uno o más traspasos de empresa. De haberla, entonces tendremos que un solo titular ostenta el poder de dirección y gestión sobre dos o más bloques patrimoniales, que se habrían integrado en una sola organización (la del titular de la empresa), situación en la que será necesario analizar si existen los requisitos que exijan la homogeneización de las condiciones salariales.

1.2.3 Supuestos no comprendidos en el ámbito de estudio: Razones para su no incorporación

Nuestro campo de investigación se ubica en la intersección de las fusiones y adquisiciones con los traspasos de empresas, pues el proceso de integración antes aludido no tiene lugar ni en los meros traspasos de empresa que no generen una concentración, ni tampoco en las simples concentraciones empresariales que no se hayan realizado mediante una transmisión. De ahí que, aquellos mecanismos que no cumplan con ambas características, estarán fuera de nuestro ámbito de estudio en la medida en que no tiene por resultado la unión de dos organizaciones laborales distintas en una sola.

En efecto, no todo traspaso de empresa tiene por resultado la conjunción de dos o más organizaciones laborales en una sola compañía de modo que sea necesario afrontar un proceso de integración. Por ejemplo, si una empresa escinde un bloque patrimonial para constituir una nueva sociedad, y dicho bloque cumple con las características para calificar como “empresa” (contiene elementos patrimoniales y personales, que permiten a su nuevo titular continuar con su explotación), entonces

habrá un traspaso que, sin embargo, no da lugar a ningún proceso de integración. Se tratan de los clásicos ejemplos de desconcentración empresarial a través de escisiones o reorganizaciones simples, que permiten segregarse bloques patrimoniales para constituir una nueva sociedad en base al patrimonio escindido o segregado³⁷.

En tales casos, sin duda alguna habrá transmisión de empresas cuando lo transmitido califique como tal, sin embargo, al no existir ningún proceso de concentración (fusión o adquisición), no habrá necesidad de analizar si las condiciones salariales deberán o no homogeneizarse. La nueva sociedad que se constituya en base a dicho patrimonio, se subroga en todas las condiciones laborales que los trabajadores transmitidos ostentaban antes del traspaso, y en la medida que la sociedad es nueva y no cuenta con una organización laboral preexistente, no existe riesgo alguno de contar con dos o más grupos de trabajadores con estructuras y condiciones salariales distintas³⁸.

En segundo lugar, nuestro ámbito de estudio tampoco puede referirse únicamente al campo de las “fusiones y adquisiciones” sin hacer alusión alguna a la figura de la “transmisión de empresas”. Como se ha podido observar en el acápite 1.2.1 no todos los mecanismos de concentración por la vía de adquisición, generan un traspaso empresarial, como sucede con la adquisición de acciones, respecto de la

³⁷ Es preciso indicar que el impacto que los procesos de descentralización empresarial (escisiones, segregación de bloques patrimoniales, entre otros) tienen en las relaciones laborales individuales y colectivas, ha venido siendo estudiado por las consecuencias lesivas y los fines fraudulentos en que los mismos pueden derivar. Sobre el particular puede verse: Gorrelli 2007; Ermida y Colotuzzo 2009: 41-74; Arce 2006: 89-120.

³⁸ Si bien lo señalado no niega la posibilidad de que el nuevo empleador introduzca las modificaciones que el ejercicio de su poder de dirección le permita, ello no será obligatorio ni necesario, como sí consideramos que deberá serlo en las transmisiones que califican como supuestos de fusión o adquisición de empresas, lo cual será abordado en el segundo capítulo.

cual se ha dicho que “[e]s evidente que en estas operaciones, a diferencia de cómo ocurre en las fusiones y en las enajenaciones de activos, los patrimonios de las compañías que se integran permanecen independientes” (Reyes 2006: 288).

De ahí que, la compra de acciones de una sociedad, por más mayoritario que sea el porcentaje que se adquiere, no genera por sí sólo que los patrimonios involucrados en tales operaciones vayan a consolidarse en una sola estructura. Por ello, es posible sostener que la compra de acciones, por sí sola, no genera el tipo de concentración empresarial que hemos conceptualizado hasta el momento, esto es, aquel en virtud del cual se modifica de manera estable la estructura de control de una sociedad, y que tiene por resultado la existencia de una entidad económica y jurídicamente independiente.

Así, desde que el resultado inmediato de la compra de acciones no es –a diferencia del resto de mecanismos estudiados– la obtención de una única entidad económica y jurídicamente independiente de sus predecesoras (por el contrario, tales operaciones suelen crear redes empresariales, vinculadas unas con otras), es que no es posible afirmar que este proceso conlleve ineludiblemente a la integración en una sola estructura del personal involucrado en tales operaciones. Por ello, no califica como un proceso que por sí solo exija integrar al personal y a sus condiciones laborales, en especial, a las de naturaleza salarial.

Finalmente, aquellas transmisiones de empresa de carácter eminentemente temporal, que no llegan a configurar una adquisición de activos que dé lugar a una concentración empresarial, tampoco tendrán por efecto la unión de dos o más empresas en una sola organización. En efecto, si bien la vocación de permanencia no es requisito para que el traspaso de la empresa se efectúe, sí lo es para que

determinada unión califique como una concentración, en la medida que denota la intención de llevar a cabo una misma actividad económica en base a los activos que se han adquirido, configurándose de esa manera como una entidad autónoma que requiere, para su funcionamiento, que todos los activos operen de manera conjunta.

1.3 EFECTOS DE LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES EN LOS SALARIOS

En el apartado anterior hemos indicado que el cambio estable en la estructura de control de una empresa, mediante una fusión o adquisición de activos, que tiene por resultado la existencia de una unidad económica y jurídicamente independiente, consolida en una única organización a dos o más entidades que antes eran independientes entre sí, o se encontraban bajo el control de un tercero ajeno a las otras empresas. La unión de dos o más organizaciones empresariales, ineludiblemente trae consigo la conjunción de dos o más grupos de trabajadores en una sola unidad, lo que ocasiona que luego del proceso correspondiente, existan tantos sistemas salariales como organizaciones se hubiesen concentrado.

En consecuencia, dicha concentración ocasiona la existencia de condiciones salariales desiguales, que dependiendo del tipo de concentración del que se trate, permitirá encontrar a trabajadores que estando en similares condiciones, realizando la misma actividad y teniendo la misma calificación, ostentan conceptos salariales distintos. Precisamente, la unión de personal es la que exige que en todo proceso de concentración exista una etapa dedicada a la integración del personal involucrado, momento en donde los derechos laborales de tales trabajadores, en

especial el de estabilidad laboral y, salvado este, el relativo a la remuneración, son pasibles de ser lesionados.

Ahora bien, con la finalidad de comprender las distintas afectaciones que estos procesos ocasionan en los salarios, consideramos necesario aproximarnos al estudio de cómo se estructuran y organizan los mismos al interior de una empresa, pues sólo así podremos apreciar la real magnitud que trae consigo la unión de dos o más organizaciones empresariales. Para ello, nos aproximaremos, en primer lugar, a las variables que determinan el diseño de los sistemas salariales. Luego, indicaremos qué aspectos de los sistemas salariales se verían afectados por los fenómenos que venimos estudiando. Finalmente, indicaremos porqué consideramos que el proceso de integración que corresponda consiste en homogeneizar las “condiciones salariales” de las empresas concentradas y no solamente las “remuneraciones”.

1.3.1 Condicionantes en el diseño de un sistema salarial

El diseño e implementación del sistema salarial de una empresa, es una tarea cuyo estudio y análisis no corresponden al derecho del trabajo. En efecto, la función que cumple éste último es procurar que los mecanismos elegidos por el empresario para ejecutar dicha labor no lesionen o vulneren los derechos de los trabajadores involucrados, lo que de modo alguno significa entrar a reglar o establecer procedimientos para fijar un sistema salarial. La disciplina que usualmente se avoca a dicho estudio, es aquella que se dedica a la administración y gestión de los recursos humanos, y esa es la razón por la que hemos empleado la literatura de dicha disciplina para aproximarnos al presente tema.

Al respecto, se sostiene que el salario tiene por finalidad satisfacer – fundamentalmente– dos necesidades de los trabajadores: i) las básicas y de subsistencia de todo trabajador; y ii) aquellas de tipo intangible como el reconocimiento, estatus, prestigio, y otros valores y fines de índole abstracta. Tales necesidades, desde el punto de vista de la empresa, se traducen en variables del sistema salarial que determinarán el nivel de satisfacción de sus trabajadores, estas son: i) la consistencia salarial externa; y ii) la consistencia salarial interna.

La consistencia salarial externa se refiere a la relación que existe entre el nivel de remuneraciones de la empresa respecto de otras organizaciones del medio, de manera que, mientras más alto sea el nivel de salarios en la empresa, los trabajadores de la misma tendrán un grado más alto de satisfacción de sus necesidades básicas. De otro lado, la consistencia salarial interna alude a la coherencia y lógica que deben guardar los criterios que se establezcan para entregar las compensaciones, de manera que, mientras más equitativos sean, se obtendrá una mayor satisfacción de las metas intangibles o de naturaleza abstracta del personal (Segura y Segura 2009: 10-11).

Ahora bien, el sistema salarial comprende a todas las compensaciones que una empresa entrega a sus trabajadores, y su finalidad es coadyuvar a que la organización cumpla con los objetivos de atraer, motivar y retener a los trabajadores más competentes. Para ello, las compensaciones económicas que se entreguen bajo determinado sistema, deben alcanzar una suficiente consistencia tanto externa e interna, que permita obtener un adecuado clima laboral mediante la satisfacción de los roles del salario que hemos indicado. Dicha tarea supone que la empresa deberá adoptar un conjunto de decisiones respecto de cada una de las variables anotadas, lo que dependerá de diversos factores cuyo estudio escapa a

los fines del presente trabajo, por lo que, a continuación, solo describiremos brevemente en qué consisten las variables anotadas.

a. Niveles salariales: la consistencia salarial externa

La consistencia salarial externa, también denominada equidad externa, “[...] existe cuando los empleados de una empresa reciben un salario equiparable al de los trabajadores que desempeñan puestos similares en otras empresas” (Mondy y Noe 2005: 285). En otras palabras, esta variante tiene por finalidad satisfacer las necesidades básicas y de subsistencia de los trabajadores, para lo cual, se compara el nivel de haberes que paga determinada empresa en relación al de otras compañías del mercado. De acuerdo a lo indicado por Segura Rodríguez, entre los principales factores que podrían determinar qué nivel salarial adoptar, es posible señalar los siguientes (1988a: 16-22):

- Institucionalidad de niveles salariales.- Conjunto de pareces o convicciones que constituyen opiniones generalizadas acerca de qué zonas o intervalos remunerativos son considerados como justos para determinados sectores laborales de la sociedad.
- Oferta y demanda de fuerza laboral.- A mayor oferta de personal para ocupar puestos escasos, las retribuciones disminuirán; mientras que si la demanda de trabajadores es elevada frente a una baja oferta, los salarios se incrementarán. Se trata de un factor indirecto, lento y limitado.
- Capacidad de pago de las empresas.- Este factor se evalúa conjuntamente con otras variables, tales como: el giro del negocio, la actividad económica, la

tecnología empleada, la dimensión y productividad de la empresa, mercado al que se encuentra dirigido; entre otras.

- Poder de negociación entre el empleador y los trabajadores.- Este factor es importante, en tanto permite alcanzar niveles de equilibrio dentro de las bandas salariales preestablecidas para los grupos laborales. Sin embargo, la desigualdad de poderes podría generar “[...] niveles remunerativos artificiales, extremadamente altos o bajos para la realidad específica, que atentaría en unos casos contra la propia estabilidad de la empresa y, en otros, contra el derecho de los trabajadores de percibir ingresos acordes con las reales posibilidades de la entidad” (Segura 1988a: 22).

b. Componentes retributivos: la consistencia salarial interna

Esta variable alude al orden que los haberes deben mantener al interior de la empresa, de modo que la consistencia o equidad salarial interna “[...] existe cuando los empleados reciben un salario de acuerdo con la importancia de sus puestos dentro de la misma organización” (Mondy y Noe 2005: 285). La necesidad de que las compensaciones se otorguen en función de criterios equitativos y objetivos, obedece a la necesidad de satisfacer las metas intangibles del personal, pues las “Remuneraciones asignadas en forma no metódica, arbitrarias o antojadizas, difícilmente podrán simbolizar reconocimiento, estima, dignidad, prestigio o estatus para sus perceptores” (Segura 1988a: 11).

Ahora bien, los distintos conceptos que integran los ingresos de los trabajadores, suelen clasificarse en diversos componentes retributivos, dependiendo del criterio a cambio del cual se entregan. De esta manera, a continuación indicaremos

brevemente los principales componentes que integran el salario, sus características, y métodos posibles de cuantificación.

- Remuneración por el puesto.- Se trata de aquellas retribuciones que persiguen compensar exclusivamente los requisitos, obligaciones y dificultades que son propias de los cargos ocupados por los trabajadores. Dentro de este rubro es posible ubicar a la remuneración básica y a aquellos pluses salariales inherentes al cargo, tales como: bonificación por altura, toxicidad, peligrosidad, suciedad, zona de emergencia, etcétera. Para la determinación de estos conceptos sólo importan las condiciones del cargo que se retribuye, excluyéndose toda referencia a las situaciones o méritos de las personas que los ocupan.

La consistencia salarial interna en este tipo de remuneración, tendrá cabida cuando las mayores o menores retribuciones, guarden consonancia con las exigencias, condiciones y responsabilidades de los puestos de la empresa. Para esto, se requiere evaluar los puestos de la empresa, mediante un estudio sistemático de las tareas, requisitos y obligaciones de los puestos de trabajo, que permitan determinar la importancia de cada uno de ellos al interior de la empresa (Segura 1988a: 25-31).

Ahora bien, existe una gran variedad de métodos de evaluación de puestos cuya elección dependerá de las necesidades y del criterio de cada empresa³⁹.

³⁹ Con la finalidad de dar una idea de la gran variedad de métodos que existen, a continuación enumeraremos algunos de los mismos. Al respecto, los sistemas cualitativos comprende los métodos de: i) clasificación jerárquica; y, ii) de categorías predeterminadas. De otro lado, los sistemas cuantitativos, comprende los métodos de: i) evaluación por puntos de favor; ii)

Lo importante es que el método elegido sea lo suficientemente idóneo para lograr determinar el real valor de los puestos, de manera que la cuantía salarial que se le asigne a cada uno de ellos, permita obtener una adecuada consistencia interna dentro de la empresa.

- Remuneración por competencias.- Este tipo de retribuciones busca compensar la capacidad de las personas de asumir determinado rol y, por ende, de tener el potencial para cumplir reiteradamente las diversas misiones que el servicio que efectúan demanda. Como se puede observar, ya no es el puesto de trabajo el centro de las decisiones y de los mecanismos de gestión, sino las competencias de la persona (Segura y Segura 2009: 131).

Las competencias son aquellas “[...] características arraigadas de una persona que posibilitan prever su actuación y sus resultados en determinadas situaciones o trabajos específicos” (Segura y Segura 2009: 134). Por ejemplo: i) ascendiente: influencia de la persona sobre los demás; ii) autocontrol: capacidad de dominio de las emociones en situaciones críticas; iii) capacidad de decisión: toma de decisiones oportunas y decisivas sobre asuntos de importancias; iv) comunicación: capacidad de transmitir con precisión y claridad las ideas, y poder persuadir a los interlocutores; entre otros.

Ahora bien, para que la remuneración por competencias cumpla el criterio de consistencia salarial interna, se requiere que la empresa haya diseñado un adecuado sistema de evaluación de competencias⁴⁰. Dicho sistema debe

comparación por factores; y, iii) integración de factores. Finalmente, en los sistemas mixtos se ubicaría el método de familias de puestos y puntos (Urquijo y Bonilla 2008: 142).

⁴⁰ A grandes rasgos, el diseño de un sistema de evaluación de competencias exige determinar, previamente, el conjunto de roles o puestos que demandan las mismas competencias, para luego

permitir que se logre “[c]ompensar económicamente con criterios de equidad y competitividad el nivel de competencias y experiencia aportados por el empleador en función de las necesidades actuales y futuras de la organización” (Fernández 2005: 129).

- Compensación de los méritos.- Este componente busca otorgar retribuciones diferenciadas en función de los atributos laborales, la conducta y el rendimiento de los trabajadores. La finalidad de estas retribuciones es premiar al personal destacado y estimular a que el resto mejore su desempeño y productividad (Mondy y Noe 2005: 304). La consistencia interna de estos conceptos se obtendrá mediante una “evaluación de méritos o de desempeño”, técnica orientada a obtener información sistematizada de los atributos laborales de los trabajadores, así como sobre su conducta general y rendimiento (Segura 1988b: 168)

Dicha valoración busca medir las cualidades y limitaciones en tres campos: i) atributos laborales específicos: conocimiento de trabajo y demás habilidades; ii) rasgos personales y conductas generales: asistencia, puntualidad, cooperación, responsabilidad; y, iii) resultados del trabajo: cantidad de trabajo, calidad de trabajo, costos, efectividad, oportunidad, uso de materiales y equipos. Los procedimientos para realizar esta tarea son variados⁴¹, y su

establecer cuáles se les atribuirán y el valor que las mismas tendrán en cada conjunto de roles o puestos. Luego, se procede con la elaboración de los patrones de medida que indican los comportamientos que acreditan determinada competencia, y posteriormente, se establecen los mecanismos de valoración en el cumplimiento de las competencias (Segura y Segura 2009: 138-147).

⁴¹ Con relación a esto, Segura Rodríguez enumera los siguientes métodos: a) ordenación de los individuos desde el mejor hasta el peor, en función de sus méritos; b) comparación por pares de los individuos que conforman el grupo, indicando encada comparación quién es el mejor; c) escalas, en donde se traducen los conceptos u opiniones globales a escalas con valores

elección –nuevamente– corresponde y depende de cada empresa en particular.

Ahora bien, los incentivos por méritos personales se otorgan por la sola apreciación de los atributos laborales o de actuación del trabajador, no siendo necesaria la apreciación de resultados concretos y tangibles, como si sucede con los complementos por productividad que se abordarán más adelante. De otro lado, estas compensaciones pueden entregarse mediante dos modalidades principales: i) como un complemento ordinario a la remuneración primaria, por ejemplo: un bono mensual por contar con un doctorado o diplomado; y, ii) como una gratificación adicional, no regular, que se otorga únicamente al evaluarse los resultados de las valoraciones, como por ejemplo: una bonificación por obtener un doctorado o un nuevo diploma en alguna especialidad importante para las labores desempeñadas (Segura 1988b: 178-179)⁴².

- Compensación de la productividad laboral.- Se tratan de retribuciones que se entregan en función de los resultados de la labor realizada por el trabajador con la finalidad de estimular el mantenimiento de un alto nivel de efectividad en el personal. A diferencia de las compensaciones por desempeño que se entregan por la sola apreciación del mérito, éstas necesitan de datos

numéricos; d) evaluación a través de listas de verificación de atributos y características de actuación; e) selección forzosa de criterios de calificación de méritos; y, f) en función del registro de incidentes críticos (1988b: 181-192).

⁴² Al respecto, se indica que la modalidad de gratificación o premio por una sola vez, como no es un desembolso continuo de dinero, puede entregarse una suma de gran impacto que genere un mayor estímulo. Por el contrario, si bien incorporar este incentivo a la estructura de remuneraciones, permite institucionalizar los merecimientos del personal, al tratarse de un beneficio ordinario, se complica en cierto grado la administración de los haberes (Segura 1988b: 178-179).

objetivos, materiales y mensurables, que respalden la mayor productividad laboral, tales como: unidades producidas, ahorro de tiempo, calidad lograda, aprovechamiento de materiales, entre otros (Segura 1988a: 27).

Por ello, todo plan de incentivos sustentado en la productividad, debe satisfacer los siguientes requisitos: i) contar con adecuados estándares de rendimiento, tangibles y precisos; ii) mecanismos de medición constante del rendimiento del trabajador; y, iii) debe existir una relación, lo más clara y directa posible, entre el esfuerzo desplegado por el personal y los resultados que son objeto de estímulo. De otro lado, las innumerables formas de pago de estos incentivos, pueden clasificarse en las dos categorías: i) las individuales, que se calculan en función del rendimiento logrado por cada trabajador; y, ii) las que toman en cuenta el performance obtenido por el grupo, para luego repartir la compensación alcanzada entre todos sus miembros. Ahora bien, Segura Rodríguez clasifica los sistemas clásicos de retribución, en los siguientes (1988b: 241-251):

- *Trabajo a destajo.*- Sistema de pago basado en las unidades ejecutadas o producidas por cada trabajador⁴³. Se establece una tarifa por cada unidad de producción, usualmente, en base a la remuneración primaria y al

⁴³ Es preciso indicar que: “La forma más antigua de remuneración es la del pago por tiempo trabajado. Según ésta, los ingresos del trabajador se establecen en función del tiempo que está ocupado en la empresa, independientemente de los resultado de su labor [...] En el pago por tiempo trabajado los costos por demoras o ineficiencias del personal son asumidos exclusivamente por el empresario, dado que los trabajadores perciben lo mismo sea cual fuere la producción lograda. Precisamente la intención de transferir a los asalariados una parte considerable de dichos costos, dio lugar a la creación del destajo o pago por unidad producida” (Segura 1988b: 246). De ahí que una de las principales críticas a este sistema, es que traslada el riesgo del negocio hacia los trabajadores.

rendimiento tipo, de manera que el trabajador percibe tantas tarifas como unidades resulten de su labor.

- *Primas por cantidad.*- Este sistema asegura la percepción de un salario base al trabajador, cuya cuantía es indiferente a si producción generada es escasa o nula. De esta manera, sólo en caso que el trabajador supere lo establecido por la empresa como “producción tipo”, recibirá una compensación adicional por su productividad sobresaliente. Por ejemplo: las comisiones por ventas.
- *Primas por ahorro de tiempo.*- De forma adicional al salario base, se otorga al trabajador una prima calculada en base al tiempo ahorrado respecto del que fue previsto para la ejecución de la tarea.
- *Compensación de otros atributos.*- Dependiendo de los valores de cada empresa, es posible otorgar primas por otros conceptos, tales como: por la calidad, por el aprovechamiento de materiales, por la prevención de accidentes, por asistencia o puntualidad. Recuérdese que estos sistemas requieren de un sistema de medición tangible y objetiva, y no sólo la mera apreciación de que se cumplió con determinado valor.
- Otras compensaciones.- Este rubro comprende todas aquellas retribuciones de orden personal no vinculadas al puesto, competencias, méritos ni productividad del personal, por ejemplo: bonificación por año de servicios, por hijos, por matrimonio, por cónyuge, refrigerio, etcétera. Asimismo, se incluyen en esta categoría, aquellos beneficios no pecuniarios que se entregan al personal con la finalidad de aminorar el presupuesto familiar y, por lo tanto,

incrementar su estándar de vida, tales como: asignación por movilidad, facilidades de vivienda, prestaciones de servicios de salud, entre otros (Segura 1988a: 27-28).

Usualmente estos beneficios provienen de lo pactado en un convenio colectivo, lo normado en una ley (gratificaciones legales, asignación familiar, entre otros), o de alguna decisión unilateral de empresario. De ahí que estos beneficios no cuentan con mecanismos o técnicas especiales de medición o cuantificación.

Es preciso indicar que, los componentes salariales indicados, pocas veces estarán presentes de manera simultánea en un sistema salarial. De hecho, la consideración de uno u otro componente, dependerá de la política de remuneraciones y demás variables que estime cada empresa en particular. No obstante ello, nótese que, sin perjuicio de los componentes que se elijan para estructural el salario, lo importante es que entre ellos exista un adecuado equilibrio y congruencia, que permita obtener la equidad interna a la que ya nos hemos referido.

1.3.2 Afectaciones al sistema salarial

Habiendo abordado las variables que determinan la composición de un sistema salarial, es posible continuar el análisis de qué aspectos de dicho sistema se verían afectados por la integración de dos o más organizaciones laborales. Sin embargo, en la medida que somos de la opinión que el nivel y tipo de afectación de los sistemas salariales dependerán del tipo de concentración económica que hubiese tenido lugar –lo cual será tratado en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación– es que en el presente apartado tan sólo nos limitaremos a definir

aquellos aspectos que creemos se verían alterados por tales procesos. De esta manera, a continuación nos referiremos a: i) la estructura salarial; ii) los conceptos que integran la estructura salarial; y, iii) las compensaciones y prestaciones complementarias.

a. La estructura salarial

La estructura salarial consiste en una escala en donde se exponen valores salariales que se utilizan como referencia para la administración de los sueldos y salarios (Urquijo y Bonilla 2008: 382). La obtención del nivel de haberes que corresponde por cada puesto o categoría, exige efectuar las siguientes tareas: i) evaluar o valorar los puestos de la empresa para jerarquizarlos; y, ii) determinar el nivel salarial de la empresa (definido en el punto a. del apartado 1.3.1). La idea de toda estructura salarial es asignar un mayor nivel salarial a los puestos que ostenten mayor importancia.

El proceso de evaluación o valoración de puestos, exige: i) diseñar un manual de evaluación de puestos que contenga los factores empleados por la empresa para valorarlos, los niveles de cada factor, y el puntaje asignado a cada uno de ellos⁴⁴; ii) recopilar información de todos los puestos existentes en la compañía, para registrarla, organizarla y sistematizarla; y, iii) calificar los puestos en base al manual elaborado y a la información recopilada de los mismos. El resultado de este proceso será contar con la identificación del valor que ostenta cada puesto de la compañía, dentro de la misma (Segura 1988a: 181-183).

⁴⁴ Como se indicó en la nota al pie número 41, los métodos de valoración de puestos son de lo más diversos, y por ello, el tipo de manual de evaluación que se confeccione dependerá del método escogido por la empresa.

De otro lado, la determinación del nivel salarial exige que la empresa compare su nivel de remuneraciones con los datos salariales que existan en el mercado, respecto de aquellas empresas con las que guarde cierta similitud. Al respecto, «[...] el “estudio de mercado” garantiza la objetividad (estadística) de las remuneraciones que se asignan a los mismos en el juego de la oferta y la demanda, o de la negociación colectiva, a nivel del mercado laboral» (Urquijo y Bonilla 2008: 365). De esta manera, se busca evitar niveles salariales pocos competitivos que no permitan retener personal calificado, así como, cuidar de no fijar salarios tan inflados que dificulten a la empresa poder competir en el mercado con sus similares. Por ello, las empresas deberán cuidar al momento de elegir los factores determinantes para ubicar su nivel salarial respecto del mercado. Finalmente, determinado el nivel salarial de la empresa, se procede a asignar el monto de los haberes por cada puesto categoría, en función del valor que se le hubiese asignado en la evaluación de los puestos.

b. Composición interna de la estructura salarial

Una vez determinados los niveles salariales por cada categoría o puesto, se procede a establecer los conceptos de integrarán la estructura salarial, lo cual dependerá de qué sistema de compensaciones se elija: por puesto o por competencias. Asimismo, es posible establecer sistemas de remuneración variable, combinando el pago por competencias o el pago por puestos, con otras compensaciones como las de productividad. Nótese que considerar a las compensaciones por méritos como parte del haber ordinario (incremento de sueldos) actualmente ha perdido vigor “[...] conforme se comprobaba su escaso y frecuentemente adverso impacto sobre el clima laboral y sobre los resultados empresariales” (Segura y Segura 2009: 187).

De esta manera, si bien las combinaciones de los componentes abordados en el apartado anterior (literal b. del apartado 1.3.1) pueden ser de lo más diversas, es usual encontrar que estructuras salariales por cada puesto se integren conforme alguna de las siguientes alternativas:

- Únicamente retribuciones basadas en el puesto.
- Únicamente retribuciones basadas en las competencias.
- Retribuciones primarias basadas en los puestos, más un componente variable en función de la productividad.
- Retribuciones primarias basadas en las competencias, más un componente variable en función de la productividad.

c. Compensaciones adicionales a la estructura salarial

Adicionalmente a las retribuciones que forman parte de la estructura salarial ordinaria de los trabajadores, es posible que la empresa otorgue beneficios o prestaciones adicionales, como serían: las compensaciones por méritos o aquellas indicadas en el rubro “otras compensaciones”. En efecto, estas compensaciones no integran la estructura salarial de la empresa, lo que significa que su entrega y cuantía no se encuentran limitadas por los niveles salariales adoptados por la empresa.

Respecto de estos beneficios, pueden darse los siguientes escenarios: i) que las empresas que se concentran no los entreguen; ii) que por lo menos una de las empresas que se concentran entregue alguno de estos beneficios; y, iii) que por lo menos dos o más empresas que se concentran entreguen alguno de estos

beneficios. De esta manera, la incidencia de los fenómenos que venimos estudiando, incidirían en los dos últimos escenarios, al tener por resultado los siguientes: i) la existencia de colectivos de trabajadores con distintos beneficios y prestaciones complementarias; y/o, ii) la existencia de colectivos de trabajadores que no gozan de los beneficios y prestaciones complementarias que los demás.

1.3.3 Las condiciones salariales: el objeto de la homogeneización

En el apartado anterior nos hemos referido indistintamente a remuneración y salario, para aludir a todas las retribuciones y compensaciones que el empleador entrega a su personal. Sin embargo, el concepto de remuneración alude a una categoría jurídica al interior de nuestro ordenamiento legal, que cuenta con una definición propia, y con especiales consecuencias y niveles de protección. Por ello, consideramos necesario precisar qué ha de entenderse por “remuneración”, para luego pasar a explicar por qué hemos preferido emplear el término de “condiciones salariales” para referirnos al objeto de la homogeneización que tendría lugar en todos aquellos procesos de integración producto de una fusión o adquisición por medio de un traspaso empresarial.

a. Condiciones remunerativas: Delimitación del concepto de remuneración en la legislación nacional

La remuneración es uno de los elementos esenciales de la relación de trabajo que alude a la retribución que los trabajadores perciben por la prestación personal de sus servicios en relación de dependencia⁴⁵. Su vital importancia ha generado que el

⁴⁵ La remuneración como elemento esencial del contrato de trabajo ha sido recogida, de alguna manera, en la legislación nacional, cuando el artículo 4º de la LPCL señala que: “En toda

derecho a la misma se encuentre reconocido por diversos instrumentos internacionales, cuya finalidad ha sido –entre otras– asegurar su pago y preverle mecanismos de protección. Asimismo, la mayoría de ordenamientos nacionales ha reconocido el derecho a la remuneración, no siendo el Perú ajeno a dicha tendencia.

Así, el artículo 24° de la Constitución vigente señala que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”. Además “El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”. Finalmente, el citado artículo agrega que “Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”⁴⁶.

De otro lado, a nivel de la legislación interna, los artículos 6° y 7° de la LPCL son los que definen que ha de entenderse por remuneración para todos los efectos legales. Al respecto, el artículo 6° de la LPCL señala que “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición”. A ello, la norma agrega que “Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal,

prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado [...]”.

⁴⁶ Al respecto, cabe anotar que Sarzo Tamayo indica que el derecho a la remuneración empieza a configurarse desde el artículo 23° de la Constitución: «En efecto, esta norma, al establecer que nadie está obligado a prestar trabajo **sin retribución**, establece una vinculación directa entre la remuneración (especie del género “retribución”) y el servicio prestado (en este caso, en condiciones de subordinación). Es decir, el artículo 23 de la Constitución comienza a determinar el derecho a la remuneración señalando el carácter contraprestativo del salario» (2012: 61).

como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa [mientras que] No constituye remuneración [...] el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto”.

Por su lado, el artículo 7° de la LPCL indica que “No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650”, esto es, de la Ley que regula la Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, LCTS). Entre los conceptos recogidos en los artículos 19⁰⁴⁷ y 20⁰⁴⁸ de la LCTS, están: las gratificaciones

⁴⁷ El artículo 19 de la LCTS señala que:

“No se consideran remuneraciones computables las siguientes:

- a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;
- b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
- c) El costo o valor de las condiciones de trabajo;
- d) La canasta de Navidad o similares;
- e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;
- f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;
- g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva;
- h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;
- i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;

extraordinarias, bono por cierre de pliego, cualquier forma de participación en las utilidades, asignación por educación, asignación por movilidad, bonificación por cumpleaños, las condiciones de trabajo, entre otras.

No obstante ello, la definición de remuneración prevista en la LPCL ha sido materia de diversas interpretaciones al interior de la doctrina nacional, en buena cuenta, debido a las imprecisiones normativas sobre el particular. En la doctrina nacional pueden vislumbrarse hasta tres posiciones sobre el particular, cuyas diferencias no son respecto de todos los extremos del concepto de remuneración previsto en la LPCL. En efecto, ninguna de ellas cuestiona que la remuneración pueda ser entregada en dinero o en especie, que la denominación o forma que ostentan no inciden en su determinación remunerativa, y que su percepción reporta al trabajador una ventaja patrimonial⁴⁹. Así, consideramos que los temas sobre los que versan las diferencias entre tales posiciones, pueden sintetizarse en los siguientes:

-
- j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal."

⁴⁸ El artículo 20° de la LCTS, dispone lo siguiente: "Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal".

⁴⁹ Al respecto, Toyama Miyagusuku señala que: "Desde otra perspectiva, se puede indicar que la remuneración comprende los conceptos que representan una ventaja, ahorro o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia –ya sea en bienes o servicios- sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega" (Toyama 2011: 212). Por su lado, Arce Ortiz parece incluir dentro del concepto de remuneración a las ventajas patrimoniales, cuando señala que "[...] el tema de esta investigación es la regulación de la remuneración. Es decir, las reglas a las que se someten las ventajas patrimoniales que recibe el trabajador en el marco de un contrato de trabajo" (Arce 2008: 324). Finalmente, Pizarro Díaz indica que: "[...] los conceptos remunerativos presentan como característica el significar una ventaja patrimonial para el trabajador; característica que [...] se deriva de la naturaleza onerosa del contrato de trabajo" (Pizarro 2006: 81).

- i) Qué quiere decir que la remuneración se entrega “por sus servicios”.
- ii) Qué implica que la remuneración sea “el íntegro de lo que el trabajador recibe”.
- iii) Qué significa que “sean de su libre disposición”.
- iv) Cómo deben entenderse las exclusiones del artículo 7º de la LPCL.

De esta manera, a continuación indicaremos las principales características que ostentan cada una de las posiciones antes indicadas, para lo cual, nos centraremos en aquellos temas que son objeto de controversia y que acabamos de indicar.

- La primera posición vendría a ser la formulada por Toyama Miyagusuku, quien define a la remuneración como “[...] todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados, sea en dinero o en especie, incluyéndose aquellos conceptos que se perciben con ocasión del trabajo” (2011: 212). En efecto, se trata de una concepción amplia pues, cuando el artículo 6º de la LPCL indica que la remuneración es “por los servicios”, el citado autor considera que ello comprende tanto a la contraprestación directa (la que es “por”) y a la indirecta (la que es “con ocasión”).

Asimismo, el autor sostiene que la LPCL regula un concepto totalizador de remuneración al referirse que la misma comprende “el íntegro de lo que el trabajador percibe”. De esta manera, para Toyama, la LPCL establece una presunción general *iuris tantum* de los alcances de la remuneración sobre todos conceptos e ingresos que percibe el trabajador. En este sentido, en caso de duda sobre los alcances de un concepto percibido por algún trabajador, deberá privilegiarse la naturaleza remunerativa del mismo (Toyama 2011: 213).

Con relación a la libre disponibilidad, el autor señala que ello tiene lugar “[...] ya sea porque el trabajador puede disponer el destino de las mismas luego de recibirlas o tienen un uso restringido si así estuviera pactado previamente” (Toyama 2011: 226). Por ello, las condiciones de trabajo no calificarían como remuneración pues el trabajador no tiene posibilidad alguna de decidir sobre su destino, ni antes ni después de su entrega.

Por último, respecto a los conceptos excluidos por el artículo 7º de la LPCL, el autor citado indica que, en la medida que dicho artículo se refiere a los mismos a través de una lista taxativa (la prevista en los artículos 19º y 20º de la LCTS), “[...] se corrobora la intención de limitar las excepciones a la definición general y presuntiva contenida en el artículo 6 [...] [de la LPCL]” (Toyama 2011: 220). De hecho, la definición totalizadora que este autor brinda de remuneración, lo hacen concluir que varios de los conceptos contemplados en el artículo 19º de la LCTS, si bien cumplen con la definición de remuneración, no califican como tal por encontrarse excluidos. De ahí que, la lectura de dicho artículo habría de ser restrictiva, en la medida que constituyen excepciones a la regla de que todo lo que el trabajador percibe, es remuneración (Toyama 2011: 214).

- La segunda posición es la sostenida por Arce Ortiz, quien señala que, el artículo 6º de la LPCL alude a un concepto claramente contraprestativo, al referirse a “lo que el trabajador recibe por sus servicios”. Este autor sostiene que en nuestra legislación “[s]ólo la prestación de servicios del trabajador genera la correlativa prestación por parte del empleador de pagar una remuneración. Por el contrario, si no hay prestación de servicios no se puede

exigir su pago” (2008: 329)⁵⁰. De esta manera, los pagos que se entregan sin que haya prestación efectiva, serán remuneración sólo si así lo decide expresamente el empleador (cuando otorgar una licencia con goce de haber) o por mandato de una norma (en el caso de la vacaciones o de las licencias con goce de haber previstas en la ley) (Arce 2008: 330).

Asimismo, Arce Ortiz niega la existencia de la presunción *iuris tantum* a la que se refiere Toyama Miyagusuku, pues considera que aunque la misma fuese deseable “[...] no es la que se desprende de la literalidad de la ley [...] [pues] La referencia a «lo íntegro» se anuda intensamente a lo que el trabajador percibe por sus servicios” (2008: 331), excluyendo de esa manera a las prestaciones indirectas (las que dan “con ocasión”). No obstante ello, este autor no niega la existencia de la *vis atractiva* de la remuneración, aunque considera que su ámbito de aplicación es bastante limitado, en la medida que sería empleada únicamente respecto a lo relacionado directamente con la prestación de servicios efectiva del trabajador (2008: 334)⁵¹.

⁵⁰ Arce Ortiz critica que la regulación legal de remuneración sea tan mercantilista, en la medida que la conceptualiza como una mera contraprestación: “[...] el concepto de remuneración que maneja nuestro ordenamiento es sumamente restrictivo. El artículo 6 de la [...] [LPCL] señala que la remuneración se conforma sólo por las percepciones económicas que retribuyen la prestación de trabajo, de modo que las percepciones no relacionadas con ésta quedarán excluidas del concepto. Ello debe ser criticado en la medida que el trabajo se transforma en una simple mercancía más del mercado, pues no se reconoce al trabajo como una herramienta de inclusión social. Además, tras reducir el concepto de remuneración se reduce el ámbito de protección de las normas que sólo protegen las percepciones remunerativas” (2008: 325).

⁵¹ Al respecto, Arce Ortiz señala que la *vis atractiva* de la remuneración operará en aquellos supuestos en donde en donde no se aprecie con claridad el carácter contraprestativo, tales como: “Un primer caso, tiene que ver con supuestos en los que la relación directa con la prestación del servicio aparece un poco escondida [...] Paralelamente, un segundo caso, tiene que ver con supuestos en los que las percepciones económicas entregadas al trabajador no tienen un motivo específico o el motivo dado es fraudulento” (2008: 335).

Con relación a la libre disponibilidad de la remuneración, Arce Ortiz considera que este requisito no tiene mayor relevancia, en la medida que cumple una función meramente reiterativa de lo que ya se encuentra excluido por vía legal. Para este autor, la forma más adecuada de entender a la libre disponibilidad es en el sentido de no tener obligación alguna de rendir cuentas, y dado que esta característica es propia de todos aquellos montos contraprestativos, referirse a la libre disponibilidad estaría de más (2008: 345-346).

Finalmente, con relación a las exclusiones previstas en el artículo 7º de la LPCL, Arce Ortiz considera que dicha lista taxativa es meramente ejemplificativa de todo aquel universo de conceptos que no cumplen con la definición contraprestativa de remuneración. Recuérdesse que para este autor, remuneración es lo que se entrega directamente por los servicios. Por ello, Arce considera que ninguno de los conceptos previstos en el artículo 19º de la LCTS, cumplen con las características de la remuneración, y es precisamente por ello, que se encuentran excluidos.

- Finalmente, la tercera posición es la propuesta por Pizarro Díaz, quien considera posible escapar de la literalidad del artículo 6º de la LPCL, de modo que, cuando el mismo indica que la remuneración es lo que el trabajador recibe “por sus servicios”, es posible entender que dicha contraprestación es frente a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo global o genérica (2006: 67)⁵², y no meramente frente a la prestación efectiva de servicios.

⁵² Pizarro Díaz defiende una conceptualización de remuneración derivada de la naturaleza del contrato de trabajo, esto es, de la contraprestativa, esto es: “[...] la remuneración es la ventaja patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación global o genérica, principalmente

Como se observa, esta conceptualización no termina siendo tan amplia como la formulada por Toyama Miyagusuku, ni tampoco tan ceñida a una lectura literal de la ley, como la sustentada por Arce Ortiz.

Con relación a la *vis atractiva* de la remuneración, Pizarro considera –de manera coincidente con Arce Ortiz– que no es posible sustentar una conceptualización totalizadora de remuneración amparándose en que el artículo 6° de la LPCL alude al “íntegro de lo que el trabajador recibe”, pues ello implicaría desconocer su carácter contraprestativo. Sin embargo, la autora considera que ello no descarta de plano la existencia de una presunción de salariedad, pues “[...] la calificación de la remuneración como prestación principal dentro del contrato de trabajo trae como consecuencia que todas aquellas prestaciones recibidas por el trabajador que no hayan sido declaradas como accesorias deban reputarse remunerativas y que lo mismo ocurra cuando exista discrepancia en la calificación” (Pizarro 2006: 175-176).

De otro lado, Pizarro Díaz considera errado incluir a la libertad de disposición como una característica de la remuneración, pues considera que dicha libertad “[...] constituye en realidad una garantía que resguarda al trabajador de las interferencias del empleador y de terceros que puedan afectar su derecho a utilizar los bienes que recibe por su trabajo para los fines que estime más convenientes” (2006: 83). Por tanto, la autora considera que incluir a la libertad de disponer como una característica, es una clara incongruencia.

conmutativa, pero con rasgos aleatorios, a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo” (Pizarro 2006: 51)

Para terminar, Pizarro Díaz considera que la lista taxativa de conceptos excluidos por el artículo 7º de la LPCL, pueden clasificarse en: i) los que no cumplen con la definición de remuneración; ii) los que dependiendo de las circunstancias podrían calificar como remuneración; y, iii) aquellos que sí cumplen con dicha definición; por lo que concluye, que varios conceptos que son excluidos del concepto de remuneración por ley, cumplen en los hechos con sus características. La autora señala que dicha incongruencia se debe a que el legislador ha confundido los conceptos de remuneración-contraprestación con el de remuneración-parámetro, pues ha elegido a la remuneración que se emplea como base de cálculo de un beneficio en particular (la CTS), para generalizarlo (2006: 126-127). Frente a ello, la autora propone “[...] adecuar la definición legal de remuneración al concepto que se derivan de la naturaleza del contrato de trabajo y, por ende, no confundirla con una base de cálculo” (2006: 165).

Habiendo expuesto las posiciones respecto de la definición legal de remuneración, nos corresponde indicar cuál de ellas nos parece la más adecuada. Al respecto, consideramos que adoptar la primera posición nos obligaría a dar una lectura del artículo 6º de la LPCL que no se desprende de la literalidad de la misma. Dicho dispositivo señala que es remuneración lo que se entrega al trabajador “por sus servicios”, sin añadir que también lo sean aquellos que se entregan “con ocasión” de los mismos. Ello invalidaría la existencia de un concepto totalizador de remuneración, y restaría sustento a considerar que los conceptos excluidos en el artículo 7º constituyen excepciones a “la regla de salariedad”, pues en realidad no existiría dicha regla en nuestra legislación.

De otro lado, con relación a la tercera posición, el problema radica en cómo entender y armonizar el artículo 7° de la LPCL con la definición dada de remuneración. Si bien las características de remuneración que fluyen de la naturaleza contraprestativa del contrato de trabajo, son posibles de ser armonizadas con la definición contemplada en el artículo 6° de la LPCL, el problema viene cuando varios de los conceptos del artículo 7° cumplen con la misma, pues ello genera incongruencias entre la definición positiva (lo que es) y la negativa (lo que no es) de la remuneración. De ahí que la propuesta de Pizarro Días de “[...] excluir de la definición únicamente a los conceptos que realmente carecen de naturaleza remunerativa [...]” (2006: 165) de modo que no se confunda la remuneración con una mera base de cálculo, no es posible de realizar pues implicaría desconocer lo expresamente indicado por el artículo 7° de la LPCL.

Por todo lo indicado, consideramos que la interpretación más coherente de los artículos que regulan la definición legal de remuneración, es la sostenida por Arce Ortiz, pues logra articular de manera adecuada la definición positiva de remuneración con la negativa, de modo que no se sobreponen ni contradicen. De esta manera, para efectos del presente trabajo, remuneración será todo aquello que el trabajador perciba como contraprestación por los servicios efectivamente prestados, respecto de lo cual el trabajador no tiene obligación alguna de rendir cuentas, de modo que las exclusiones del artículo 7° de la LPCL serán meramente ejemplificativas del universo de conceptos que no cumplen con la definición contraprestativa de remuneración.

En consecuencia, condiciones remunerativas serán todas las que incidan en la forma o modo en cómo se entregan aquellos conceptos que califican como remuneración para efectos legales. Dicho universo comprende la denominación del

concepto, las causas de su entrega, la periodicidad de su entrega, la cuantía del beneficio, y otros que incidan en la determinación de su entrega al personal. Por ejemplo, serán condiciones remunerativas: i) la fijación de la remuneración básica por cada puesto de trabajo, la misma que no deberá ser menor a la remuneración mínima vital vigente; ii) las políticas de incrementos remunerativos por cada categoría ocupacional o puesto de trabajo; iii) los criterios para calcular las comisiones por ventas; iv) las políticas de entrega de bonificaciones por productividad; entre otras,

Finalmente, las consecuencias de que un determinado concepto califique como remuneración pueden clasificarse en las siguientes: i) formará parte de la base de cálculo de aquellos beneficios que se calculan en base a la misma (CTS, gratificaciones legales, participación legal en las utilidades, remuneración vacacional, entre otros); ii) deberán considerarse para el cálculo de los aportes sociales del empleador y de los previsionales del trabajador; y, iii) finalmente, se encontrarán amparados por los mecanismos de protección señalados en la Constitución (prioridad del crédito laboral) y en la ley (carácter persecutorio de los bienes del negocio, intangibilidad e inembargabilidad de las remuneraciones, entre otras)⁵³.

b. Condiciones salariales

A diferencia de la remuneración, el concepto de “salario” no refiere actualmente a ninguna categoría jurídica al interior de nuestro ordenamiento legal, de modo que

⁵³ Es preciso ir anotando que compartimos la posición de quienes sostienen que la protección de la Constitución no se limita a la de los conceptos que calcen en la definición legal de remuneración, sino que su ámbito es más amplio, de modo que también se incluyen en la misma a las partidas que no califiquen como remuneración para efectos legales.

puedan atribuírsele características y consecuencias especiales o diferentes a las de la remuneración. En efecto, si bien en un inicio se empleaba el término “salario” para referirse a las compensaciones del trabajador obrero, mientras que la denominación “sueldo” era reservada para las compensaciones de los empleados, hoy en día esa diferenciación ya no es empleada y, ya se traten de las retribuciones de un obrero o de un empleado, el término⁵⁴ que se utiliza es el de remuneración⁵⁵. Esto no quiere decir que en el argot empresarial la diferencia entre sueldos y salarios no continúe empleándose, sino que, dicha diferencia no tiene mayores incidencias legales⁵⁵.

De otro lado, sin perjuicio de la diferencia teórica que a nivel organizacional se reconoce entre sueldo y salario, a éste último se le suele atribuir un significado adicional al señalado en el párrafo precedente. Así, se indica que “salario” en su acepción amplia, «[...] se emplea para designar cualquier compensación monetaria –sueldo o salario– por el trabajo dependiente, siendo por lo tanto sinónimo de los términos “haber”, “percepción”, “paga”, “remuneración”, “compensación”, “tarifa” o “retribución”» (Segura 1988a: 40). De ahí que, es posible apreciar con frecuencia que, el concepto de salario es empleado como sinónimo de remuneración, tanto en el campo del derecho como en el de otras materias.

⁵⁴ A modo de ejemplo, el artículo 3º del Decreto Ley N° 14192 del 21 de agosto de 1962, dispone lo siguiente: “Que mientras se dicte la Ley sobre Salarios Mínimos [...] establécese que los sueldos mensuales y los salarios diarios de los empleados y obreros respectivamente, de la industria manufacturera, comercio y servicios [...] no podrán ser inferiores a [...]” (el subrayado es nuestro).

⁵⁵ Nuevamente, a modo de ejemplo, el Decreto Supremo N° 007-2012-TR que dispuso el reciente incremento de la remuneración mínima vital, indica lo siguiente: “Incrementar en S/. 75.00 Nuevos Soles la Remuneración Mínima de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, con lo que la Remuneración Mínima pasará de S/. 675.00 Nuevos Soles a S/. 750.00 Nuevos Soles, a partir del 1 de junio de 2012” (el subrayado es nuestro). Nótese que la norma ya no refiere ni a sueldos ni a salarios, sino únicamente a “remuneración”.

Sobre el particular, es preciso indicar que, si bien el concepto de “remuneración” tiene una particular connotación jurídica y especiales efectos al interior del derecho, ese no es el sentido con el que dicho término suele emplearse en otras materias. A modo de ejemplo, en el campo de los recursos humanos, el término remuneración o salario suele utilizarse para aludir a cualquier compensación entregada por la empresa al trabajador, que deba ser considerada como parte de la estructura salarial que la organización haya establecido, tal y como habrá podido apreciarse en los apartados anteriores cuando nos referimos a los sistemas salariales. A modo de ejemplo, Sebastián Segura señala lo siguiente:

Otras compensaciones: [...] Podemos incluir también dentro de este componente de la remuneración, determinados beneficios no pecuniarios otorgados por ciertas empresas, que contribuyen a aminorar el presupuesto familiar de los trabajadores y por tanto aportan a su estándar de vida. Entre tales beneficios pueden mencionarse la dotación de vivienda, de servicio de movilidad, comedores para el personal, servicios de salud para la familia, escuelas para los hijos de los trabajadores, servicios recreacionales, etc. (Segura 1988: 27-28).

Cómo puede observarse, los beneficios indicados no cumplen con la definición de remuneración contemplada en nuestra legislación que hemos adoptado, pues no se entregan como contraprestación por los servicios efectivamente prestados, sino que su finalidad es meramente asistencial: aminorar el presupuesto familiar y mejorar el estándar de vida. En otras palabras, no interesa si el concepto en particular califica o no como remuneración para efectos legales, para denominársele remuneración o salario, sino que basta con ser una compensación entregada por la empresa al trabajador, para incluirla en dicha categoría. Precisamente, ese es el sentido que pretendemos otorgarle a “salario” en el presente trabajo de investigación, cuando

sostenemos que las fusiones y adquisiciones inciden en las condiciones salariales del personal involucrado.

Lo anterior, obedece a que el concepto de “remuneración” alude a una categoría específica en nuestro ordenamiento legal, por lo que, pretender emplear este término en una acepción amplia, podría generar confusiones e imprecisiones respecto de su definición legal, más aún cuando, como hemos visto, el mismo tiene consecuencias especiales y particulares. Además, al estar el concepto de remuneración ligado a lo contraprestativo en nuestro ordenamiento, deja de lado a diversas prestaciones que si bien no se entregan como contraprestación efectiva por el trabajo realizado, constituyen compensaciones y prestaciones entregadas por el empleador al trabajador en virtud de la relación laboral que ostentan.

En consecuencia, al emplear el término de “salario” intentamos referirnos a todas las compensaciones que el empleador otorgue a los trabajadores en virtud de la relación que los vincula, con independencia de si las mismas califican como remuneración para efectos legales. Asimismo, al utilizar el término de condiciones, queremos hacer alusión a todos los factores que inciden en la determinación de las compensaciones y la cuantía de las mismas, que el empleador entrega a los trabajadores. De esta manera, las condiciones salariales serán todas aquellas referidas a la forma, cantidad y modo en cómo se entregan las diversas compensaciones y prestaciones que el empleador otorga a su personal; y todas ellas, deberán ser materia de integración en caso de una concentración empresarial.

La integración no sólo afecta a los conceptos remunerativos para efectos legales, así como tampoco altera únicamente la cuantía de los salarios o la composición de

los haberes. Como se indicó en el apartado anterior, la conjunción de dos o más organizaciones laborales en una sola, producto de una fusión o adquisición por transmisión de empresa, afecta todas las aristas de los sistemas salariales vigentes en cada una de las empresas concentradas. Por ello, consideramos apropiado indicar que la homogeneización que habrá de efectuarse será respecto de todas las condiciones que afecten el salario (y no solo la remuneración) de los trabajadores involucrados.



CAPÍTULO II:

RAZONES QUE SUSTENTAN LA OBLIGACIÓN DE HOMOGENEIZAR LAS CONDICIONES SALARIALES

Como se indicó en el capítulo anterior, las transmisiones de empresas que se producen con ocasión de un proceso de fusión o adquisición, tienen por resultado la conjunción de distintas estructuras salariales, que antes pertenecían a empresas independientes entre sí. Esa unión trae consigo la necesidad de integrar los sistemas salariales que se encuentren involucrados, lo que conlleva a homogeneizar las diversas condiciones salariales que se hubiesen visto afectadas. No obstante ello, esta homogeneización suele efectuarse más por razones de conveniencia organizacional y administrativa, que por provenir o derivarse de un mandato u obligación legal.

Atendiendo a lo indicado, consideramos necesario plantear como problema si acaso las fusiones y adquisiciones empresariales podrían constituir causas válidas que justifiquen la coexistencia de sistemas salariales distintos en un mismo centro empresarial. Sobre el particular, consideramos que los procesos mencionados no constituyen causas suficientes ni razonables para justificar la existencia de distintas condiciones salariales, siendo en consecuencia necesaria la existencia de un proceso de homogeneización salarial. Sin embargo, y no obstante ello, creemos que el tipo de concentración que hubiese tenido lugar, incide de diferente manera en la afectación del derecho a la igualdad de los trabajadores involucrados.

De esta manera, a continuación abordaremos el estudio del derecho a la igualdad de trato, a la igualdad salarial y a la remuneración equitativa y suficiente, que – consideramos- son los derechos que fundamentan la obligación de homogeneizar,

pues de lo contrario, se verían lesionados con la coexistencia de diversas estructuras salariales luego de una concentración empresarial. Luego, nos dedicaremos a analizar si las fusiones y adquisiciones constituyen causas válidas de diferenciación salarial, lo que nos demandará someter dicha causa al denominado “test de igualdad” del Tribunal Constitucional. Finalmente, se analizará cómo se afecta el derecho de igualdad, en función del tipo de concentración económica que hubiese ocurrido.

2.1 EL DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad ha sido reconocido no sólo en numerosos Tratados Internacionales, sino también en casi todas las Constituciones y ordenamientos jurídicos del mundo. Asimismo, su contenido ha venido evolucionando y adaptándose a los nuevos problemas y retos que la realidad social y económica han planteado con el devenir del tiempo, existiendo por ello consenso en aceptar que su evolución ha traído como consecuencia entender a este derecho en una doble dimensión o faceta, siendo la primera de ellas la formal y la segunda la sustancial⁵⁶.

De esta manera, desde un plano formal correspondiente a la primera etapa, el derecho a la igualdad exige que el trato no sea desigual para los iguales ni igual para los desiguales, en la medida que “[...] la igualdad exige una verificación de hecho, para comparar individuos y determinar si su situación es semejante o no, y

⁵⁶ Al respecto, como indicara Blancas Bustamante: “[...] la existencia de reales, y muchas veces, profundas desigualdades sociales, que ya estaban presentes en los orígenes de la sociedad burguesa y del Estado liberal, y que luego se agudizó durante la revolución industrial generando la “cuestión social”, llevó a plantear la necesidad de adjudicar al principio-derecho a la igualdad un contenido que trascendiera lo meramente jurídico-formal para proyectarse hacia una nueva dimensión, material o sustancial” (2011: 141).

después reclama[r] un trato correspondiente a lo comprobado” (Neves 2007: 108). De otro lado, el plano sustancial del derecho a la igualdad, que se ubica en una segunda etapa, pretende “[...] verificar si en los hechos los diversos grupos tienen las mismas oportunidades [...] [y de ser la] respuesta negativa [...] llevar a cabo una política de igualación efectiva en favor de los colectivos disminuidos [...]” (Neves 2007: 112).

El plano formal del derecho a la igualdad, a su vez, cuenta con diferentes manifestaciones dependiendo de la calidad de público o privado del sujeto obligado a observarlo, entendiendo también por privado al Estado, cuando éste actúa como un particular. Así, cuando el obligado a procurar la vigencia del derecho a la igualdad es el Estado, en ejercicio de su poder público, nos encontraremos ante el derecho de “igualdad ante la ley”, que se compone primordialmente de la “igualdad en la ley” y en la “igualdad en la aplicación de la ley” (Eguiguren 1997: 64). En cambio, cuando el obligado a la aplicación y observancia del derecho a la igualdad sea el particular, nos encontraremos ante “la igualdad de trato”, que es definida como el mandato que “[...] obliga a los particulares a no tratar de manera diferente salvo que exista una razón objetiva y razonable que justifique dicho trato [...]” (Mejía 2008: 126).

Por su lado, el plano sustancial antes anotado, se refiere, en concreto, a la “igualdad de oportunidades”, otra de las manifestaciones del derecho a la igualdad que trasciende a la igualdad meramente formal en tanto pretende avanzar hacia una igualdad material a través de “[...] la adopción de medidas positivas o afirmativas que deben conducir a la creación de una mayor igualdad de oportunidades [...]” (Eguiguren 1997: 65). De hecho, se sostiene que esta igualdad es la que orienta al derecho del trabajo, pues “Todo el Derecho Laboral es una

consagración o aplicación del principio de desigualdad compensatoria o igualación. Más aún: esta clase de igualdad es la gran innovación del Derecho del Trabajo: la igualdad como objetivo o meta y no solo como supuesto o punto de partida” (Ermida 2011: 53)

Ahora bien, una de las expresiones relativamente recientes del derecho a la igualdad, es el derecho a la no discriminación, que de acuerdo con el artículo 1º del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), consiste en prohibir cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, origen social, u otras similares, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Nuestro ordenamiento reconoce este derecho en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución vigente y, si bien éste constituye una manifestación más del derecho a la igualdad, el mismo “[...] presenta rasgos jurídicos propios lo suficientemente nítidos como para percibir un tratamiento diferenciado respecto al principio general de igualdad” (Rodríguez Piñero y Fernández López 1986: 72)⁵⁷.

En efecto, a diferencia del derecho de igualdad, el mandato de no discriminación “[...] pretende impedir que existan personas naturalmente descalificadas debido a ciertos motivos que la ley considera especialmente injustificados o equivocados desde los puntos de vista moral, económico, social, etc.” (Balta 1995: 95). Por ello, se afirma que el derecho a la no discriminación, se define por los “[...] los motivos o razones especialmente odiosas que transforman o convierten una simple

⁵⁷ En similar sentido, Ermida Uriarte señalaba que: “Igualdad y no discriminación no son la misma cosa. El principio de igualdad es mayor, que incluye al de no discriminación. Esta es un derivado de aquella, una concreción, efecto o reflejo de la igualdad. La igualdad es el género y la no discriminación una de sus especies [...] Se trata de una prohibición (no discriminar) en el marco del objetivo de la igualdad. Para alcanzarla hay que empezar por no discriminar. La no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el camino de esta” (2011: 55).

diferenciación [como sucedería con la afectación al derecho a la igualdad] en una discriminación prohibida” (Blume 2010: 17)⁵⁸.

En este sentido, toda vez que existen diferencias entre la igualdad ante la ley, la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades y el mandato de no discriminación, es que la vulneración de cada uno de estos derechos tendrá una configuración y efectos diferentes. Asimismo, dado que nuestro análisis se centrará en la vulneración del derecho a la igualdad salarial, de las manifestaciones anotadas, es la igualdad de trato, aquella que cobra especial relevancia e importancia para nosotros y, por ello, se ahondará sobre la misma en las líneas que siguen.

2.1.1 La igualdad de trato en las relaciones laborales

La igualdad de trato es un mandato que consiste en prohibir tratar igual a los que son desiguales, así como tratar en forma desigual a los que son iguales. En consecuencia, de ninguna manera nos estamos refiriendo a un igualitarismo a ultranza, sino que, de lo que se trata, es de proscribir todo trato subjetivo que produzca diferenciaciones arbitrarias y, por ende, injustas⁵⁹. Los ámbitos de

⁵⁸ No obstante lo indicado, es preciso indicar que para Ermida Uriarte la discriminación tendría un ámbito de aplicación más amplio pues, a diferencia de lo que hemos indicado, no atribuye a los motivos de discriminación la característica de que sean motivos o razones especialmente odiosas desde ciertos puntos de vista moral, económicos o sociales: “[...] es necesario reiterar y subrayar que en general habrá discriminación toda vez que una diferencia de trato carezca de justificación suficiente. Todo motivo carente de justificación es discriminatorio, integre o no algún listado más o menos célebre. Toda diferenciación no justificada es discriminación” (2011: 57). No obstante ello, en atención a los fundamentos antes expuestos, somos de la opinión que discriminar, trae implícito el empleo de un motivo prohibido o especialmente odioso.

⁵⁹ Esto ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00027-2006-PI, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica en contra de la Ley que aprueba normas de promoción del sector agrario, cuando señala lo siguiente: “[...] la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una

aplicación del mencionado derecho son amplios, en tanto abarcarían todo el conjunto de relaciones que entre privados puedan darse, incluyendo el campo de las relaciones laborales.

a. Vigencia de la igualdad de trato en el ordenamiento peruano

La actual Constitución Política, a diferencia de la Constitución de 1979, no reconoce de manera expresa el derecho a la igualdad de trato. De hecho, el artículo 42º de la Constitución de 1979 señalaba que “[...] El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado [...] dentro de un régimen de igualdad de trato [...]”⁶⁰. En cambio, nuestra Constitución Política vigente, en el inciso 1 del artículo 26º tan sólo enuncia que “En la relación laboral se respeta [...] [el derecho de] igualdad de oportunidades sin discriminación [...]”, no haciendo alusión alguna a la igualdad de trato, como en la Constitución pasada.

No obstante ello, si bien la igualdad de oportunidades es una manifestación del derecho a la igualdad, diferente a la igualdad de trato, no es posible reconocer la vigencia de la primera sin afirmar la de la segunda, en la medida que la naturaleza de la igualdad de oportunidades necesariamente supone el reconocimiento de la

justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” (Fundamento jurídico 02). A nivel de la Corte Suprema del Poder Judicial, ello también ha sido recogido en la Casación No. 601-2006 Del Santa, cuando se señala: “Octavo: Que, la noción de igualdad [...] Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”.

⁶⁰ Desde ahora y en adelante, todo subrayado y/o resaltado de textos legales o citas textuales, serán nuestros.

igualdad de trato (Neves 2007: 109). Asimismo, la eficacia entre los particulares de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, nos lleva a reconocer a la igualdad de trato como una manifestación en el ámbito de las relaciones laborales, del principio-derecho a la igualdad, consagrado en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución (Blancas 2011: 360)⁶¹.

Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 23º señala que “[...] Toda persona tiene derecho [...] a condiciones equitativas [...] de trabajo [...]”. De la misma manera, del Convenio 111 de la OIT, se deduce el reconocimiento al derecho a la igualdad de trato, cuando el artículo 2º del mencionado convenio señala que, “Todo Miembro [...] se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, [...] la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación [...]”.

Al respecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución señala que “Las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la [...] [DUDH] y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. De esta manera, al interpretar los alcances del derecho a la igualdad, debe entenderse que estos abarcan el derecho a la igualdad de trato reconocido en el artículo 23º de la DUDH. Asimismo, en vista que el Convenio 111 de la OIT se

⁶¹ Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional también es de la posición que el mandato de igualdad de trato entre particulares se encuentra reconocido en nuestra Constitución, tal y como lo señala en la Sentencia de fecha 12 de agosto de 2005, recaída sobre el Expediente 008-2005-PI/TC, en donde el tribunal sostiene en los fundamentos jurídicos 22 y 23, que: “*La igualdad de oportunidades (...) En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. [Así] (...) la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales)” (subrayado nuestro).*

encuentra ratificado por el Perú y además forma parte de los ocho convenios fundamentales de la OIT, el mismo constituye una norma de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento interno⁶².

Por otro lado, el artículo 3º de la Constitución vigente señala que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo [de los Derechos Fundamentales de la Persona] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre [...]”. De esta manera, si bien el derecho a la igualdad de trato no está expresamente consagrado en nuestra Constitución, el artículo 3º de la Constitución hace viable considerarlo como derecho fundamental de la persona vigente en nuestro ordenamiento, atendiendo a los instrumentos internacionales que lo consagran y a su condición de derecho humano.

b. Alcances de la igualdad de trato

Afirmar la vigencia y rango constitucional de la igualdad de trato en nuestro ordenamiento jurídico, y sostener que su ámbito de acción son también las relaciones privadas, nos lleva a aceptar su aplicación y observancia dentro del ámbito de las relaciones laborales. Ahora bien, es preciso indicar que de acuerdo a lo indicado por el Tribunal Constitucional, la noción de igualdad debe ser contemplada en dos planos divergentes atendiendo a su condición de principio y de derecho, estos son: i) por un lado, como la abstención de toda acción del Estado

⁶² La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada el 18 de junio de 1998, declara a la eliminación de discriminación en materia de empleo y ocupación, como uno de los cuatro derechos fundamentales cuyos principios son de obligatorio cumplimiento para todos los miembros de la OIT, aún cuando no hubiesen ratificado los convenios que los regulan.

que tienda a la diferenciación arbitraria, injustificada y no razonable; y, ii) por otro lado, como la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas⁶³.

En ese sentido, siendo la igualdad de trato la manifestación del derecho de igualdad en el ámbito privado, ello nos lleva a considerar, por un lado, que el derecho a la igualdad de trato operaría como un límite o control frente a las decisiones empresariales que el empleador adopte en ejercicio de su poder de dirección, mediante la proscripción de diferenciaciones de trato arbitrarias, no razonables, y por ende, injustas (Blancas 2011: 361-362). Mientras que, por otro lado, en tanto derecho subjetivo, el derecho a la igualdad de trato otorgaría a todo trabajador el poder de reclamar un trato igualitario y sin distinciones arbitrarias, cuando se verifique que se encuentra en una situación y relación homóloga respecto de un tercero.

Asimismo, la igualdad de trato está referida a cualquier decisión que el empleador pueda adoptar dentro de la relación laboral. En otras palabras, el objeto de protección no se limita ni reduce a determinadas condiciones o elementos de la relación de trabajo.

c. La igualdad de trato en materia salarial

Conforme a lo antes indicado, en principio, las diferencias remunerativas no se encontrarían prohibidas, pues el derecho de igualdad de trato aplicado al salario prohíbe que trabajadores en igualdad de condiciones perciban diferente

⁶³ Al respecto ver: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional.

remuneración, a menos que existan motivos objetivos y razonables que justifiquen un trato diferenciado, de modo que “[...] la equivalencia entre salario y trabajo [...] sólo puede romperse por razones objetivas [...]” (Palomeque y Alvarez 1996: 915)⁶⁴. De esta manera, lo que la igualdad de trato en materia salarial prohíbe es “[...] establecer diferenciaciones arbitrarias en el otorgamiento de mejoras salariales, esto es, no fundadas en razones jurídicas atendibles. El derecho a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias [...] y no así la diferencia razonable” (Blume 2011: 237).

No obstante ello, es preciso advertir que nuestros tribunales vienen identificando el mandato de no discriminación con la igualdad de trato, pues consideran que cualquier afectación al derecho a la igualdad constituye también discriminación, sin entrar a verificar la existencia de un motivo prohibido⁶⁵. A modo de ejemplo, puede verse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 04922-2007-PA/TC:

[...] han transcurrido más de 5 años sin que la SUNAT realice la respectiva homologación a los ex - trabajadores de SUNAD. Ello significa que no se ha contemplado una justificación objetiva y razonable para el tratamiento

⁶⁴ Sobre el particular, Palomeque Flores indica que: “Hay un criterio de proporcionalidad evidente que exige que la retribución venga determinada por criterios objetivos referidos a la cantidad o calidad del trabajo. Criterio que dependerá en suma, del poder de dirección de la organización del trabajo (...) y del lugar que en ella ocupa el trabajador, lo que puede dar lugar a diferencias, incluso colectivas, si concurre causa justificada. De este modo, la equivalencia entre salario y trabajo –a igual tarea igual retribución- sólo puede romperse por razones objetivas [...]” (Palomeque y Álvarez 1996: 915)

⁶⁵ Con relación a la identificación entre el mandato de no discriminación con la igualdad de trato, se indica que la misma «[...] parece partir de una lectura bastante flexible de la cláusula abierta de motivos prohibidos, la que al citar motivos prohibidos de “cualquier otra índole” se referiría, en esta posición, a cualquier motivo carente de justificación y no a motivos identificados, en un contexto histórico y social determinados, con grupos sociales segregados [...]” (Mejía 2010: 23).

diferenciado en cuestiones remunerativas entre el personal que labora en la misma entidad emplazada, no obstante tratarse de una misma institución. Por consiguiente dicha omisión de la demandada al no homologar las remuneraciones resulta ser discriminatoria e irrazonable.

La sentencia citada corresponde al caso de homologación de remuneraciones de los trabajadores de la Ex Superintendencia Nacional de Aduanas (SUNAD) con los de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), con ocasión de la fusión por absorción de la que fueron parte tales instituciones.

Como se observa, el tribunal tan solo indica que no existe una causa objetiva y razonable que justifique la diferencia de trato entre los trabajadores de la SUNAT con los de la SUNAD, y concluye que eso constituye discriminación, sin indicar el motivo prohibido que estaría empleándose. En efecto, en tanto la diferenciación salarial tiene su origen en la fusión de entidades que tuvo lugar, difícilmente podría haber existido algún motivo prohibido que diese lugar a una discriminación⁶⁶.

Precisamente, en una fusión o adquisición empresarial las diferencias salariales que se ocasionan no se originan en una segregación ocupacional basada en algún motivo o categoría prohibido (sexo, religión, raza, etcétera), sino en la constatación

⁶⁶ Otro ejemplo puede verse en el fundamento sétimo de la Casación Laboral N° 895-2010-Lima, indica lo siguiente: “[...] en el proceso ha quedado acreditado que el actor y otro trabajador realizaban las mismas funciones pero recibían pago desigual, inclusive el actor en determinado momento capacitó al otro, hecho no desvirtuado por la demandada, a pesar de lo cual se mantuvo la diferencia salarial entre ambos. [Además] [l]a demandada no cumplió con presentar copia del *file* personal del actor y del otro trabajador, que permitiría verificar la existencia de razones objetivas para justificar la diferencia salarial entre ambos trabajadores, actitud que permitió inferir al juzgador que dichas diferencias nunca existieron. [...] Asimismo, han determinado que en el caso hay causas objetivas, que importan discriminación pues ambos cuentan con las mismas condiciones y/o capacidades para desempeñar una misma labor, [...] por lo que si existe un caso de discriminación, tal como lo establece el Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo”.

fáctica de la integración de dos planillas salariales que, antes de la unión, pertenecían a empresas diferentes y autónomas entre sí. De esta manera, coincidimos con Mejía Madrid cuando señala que, no es posible identificar al mandato de no discriminación con la igualdad de trato, pues esta no responde a la tutela discriminatoria que, trasladada al ámbito laboral, tiene por finalidad combatir la segregación ocupacional que sufren determinados grupos sociales sobre la base de prejuicios (2010:23)

De otro lado, la igualdad de trato trasciende al concepto de remuneración que se encuentre previsto en nuestra legislación. De esta manera, la igualdad de trato no se limita a los conceptos que califiquen como remuneración para efectos legales, sino que alcanza al resto de compensaciones y prestaciones que el empleador entregue en el marco del contrato de trabajo, a las que nos referido en el apartado 1.3 del capítulo anterior.

En general, consideramos que la igualdad de trato está referida a todo tipo de decisiones que el empleador pueda dictar al interior de la relación laboral, desde medidas disciplinarias hasta aquellas que se relacionen con la entrega de diversos beneficios, sean estos remunerativos, no remunerativos, o meras prestaciones asistenciales.

Por tanto, a menos que afirmemos que las fusiones y adquisiciones califican como un motivo objetivo y razonable que justifica la existencia de diferentes sistemas salariales; deberíamos concluir que la vigencia de la igualdad de trato, aplicada al ámbito salarial, obliga a homogeneizar las condiciones salariales en los procesos antes señalados.

2.1.2 Derecho a igual salario por igual trabajo

No siendo suficiente con el mandato de igualdad de trato entre particulares para afirmar la igualdad de condiciones salariales entre trabajadores que se encuentren en circunstancias iguales, y con la salvedad de que concurran motivos objetivos y razonables que justifiquen un trato diferenciado; nuestro ordenamiento también reconoce el derecho al pago igual por trabajo igual, que se constituye como un fundamento más de la igualdad de condiciones salariales.

a. Reconocimiento del derecho en el ordenamiento peruano

El inciso 2 del artículo 23° de la DUDH, señala que “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”. Al respecto, recuérdese que el artículo 3° de nuestra Constitución vigente, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en la misma, no excluyen los demás que la Constitución garantice, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre. Por tanto, el derecho a igual salario por igual trabajo, pese a no tener mención expresa en nuestro ordenamiento, entraría por vía del artículo 3° de nuestra Constitución, a formar parte de nuestro derecho interno.

De esta manera, el derecho de igual salario por igual trabajo, tendría una doble configuración. Por un lado, el mismo vendría a ser “[...] la expresión del principio de igualdad de trato aplicada a la retribución, pues concretiza la interdicción de la arbitrariedad de trato en materia salarial” (Blume 2010: 60); y, por el otro, se constituye de manera autónoma en un derecho humano y fundamental de todo trabajador, a percibir por un igual trabajo, una igual remuneración. Así, en caso existan trabajadores o grupos de trabajadores que, realizando iguales trabajos y

encontrándose en igualdad de condiciones, perciban remuneraciones distintas, se estarían vulnerando dos derechos: el de igualdad de trato y el de igual salario por igual trabajo.

b. Alcances del derecho a igual salario por igual trabajo

Para definir los alcances de este derecho es necesario dilucidar que significa que dos o más trabajos sean “iguales” y qué califica como “salario”. Al respecto, Castro señala que, si bien pueden encontrarse innumerables métodos para determinar cuando los empleos son iguales o equiparables, en todos los casos se requerirá de estudios de mercado previos y de una actividad probatoria que brinde suficientes criterios objetivos que puedan dar certeza de que dos o más trabajos son iguales (2009: 173). Por su lado, Blume indica que el mandato de igual salario por igual trabajo “[...] se concreta [...] en una regla sencilla: el empleador no debe hacer diferencias al momento de otorgar mejoras entre trabajadores que realicen trabajos iguales o sustancialmente iguales en las mismas condiciones, salvo que exista alguna razón que lo justifique” (2011: 239).

No obstante las dificultades para determinar cuándo nos encontramos frente a trabajos iguales o sustancialmente iguales, y sin desconocer los avances y teorías que sobre el particular se han elaborado, consideramos que en este caso, al igual que con el mandato de igualdad de trato, toda consideración de cuándo nos hayamos frente a trabajos iguales ha de excluir el empleo de diferenciaciones basadas en motivos arbitrarios. En otras palabras, consideramos que otorgar salarios diferenciados por estimar que dos o más trabajos no son iguales en función de criterios, motivos o características no razonables y –por ende– arbitrarias,

lesionaría el derecho que venimos abordando, pues no habría razón que justifique la diferenciación salarial efectuada.

De otro lado, a diferencia del derecho de igualdad de trato, que prohíbe cualquier tipo de diferenciación arbitraria, con independencia de la materia en donde recaiga, el de igual salario por igual trabajo está limitado a las diferencias que puedan establecerse respecto del “salario”. Ello trae como dificultad definir qué se entiende por “salario” cuando el artículo 23º de la DUDH consagra este derecho. Al respecto, suele indicarse que la definición de salario o remuneración posee una acepción técnico-legal que depende de lo regulado exclusivamente en la legislación de cada país, y otra más genérica, que alude a “[...] la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración del trabajo” (OIT 2003: 19).

Sobre el particular, consideramos que cuando el artículo 23º de la DUDH consagra este derecho, lo hace pensando en una noción amplia y genérica de salario debido a la calidad de instrumento internacional de la DUDH. Ahora bien, nótese que esa misma intención la tuvieron los redactores del Convenio número 95 de la OIT sobre la protección del salario (OIT 2003: 19), al introducir una definición de salario para efectos del propio convenio. Al respecto, el artículo 1º señala lo siguiente:

A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

En consecuencia, para entender los alcances del derecho a igual salario por igual trabajo, creemos posible emplear como referencia la definición de “salario” prevista en el artículo 1º del Convenio número 95 de la OIT, pues comprende una definición amplia y general de salario que, consideramos, es similar a la empleada por la DUDH.

c. Diferencias con la igualdad de salario por trabajo de igual valor

Al respecto, el literal a) del artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), señala que “Los Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona al goce de [...] Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie [...]”. Asimismo, el Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneraciones, señala en el inciso 1 del artículo 2º que “Todo Miembro deberá [...] garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

En efecto, se sostiene que la teoría de igual remuneración por un trabajo de igual valor, nació ante la insuficiencia de la teoría de igual salario por igual trabajo, en materia de discriminación salarial por motivo de sexo. De ahí que, cuando el Convenio número 100 de la OIT consagra la igualdad de remuneraciones entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, revela la intención de servir de un medio de corrección de la discriminación salarial por razones de sexo, para lo cual, elige el “valor del trabajo” como centro de comparación, debido a que posee «[...] un sentido más amplio que las expresiones “el mismo trabajo” o “trabajo similares”» (Balta 2004: 346).

De esta manera, se indica que mientras el derecho a igual salario por igual trabajo es una regla neutral, posible de ser aplicada a todas las personas sin necesidad de que se encuentren en alguna categoría o grupo en especial, el principio de igual salario por trabajo de igual valor está pensado para combatir “[...] directamente la discriminación salarial sistemática que viene acompañada de segregación ocupacional” (Blume 2010: 63). Por ello, mientras el primer supuesto prohíbe las diferenciaciones salariales en trabajos iguales o sustancialmente iguales; el segundo proscribta tales diferencias en trabajos que, no siendo iguales, ostentan el mismo valor.

Sin embargo, la aplicación de la teoría del valor comparable requiere de mecanismos que permitan determinar el valor relativo de los trabajos desempeñados por hombres y mujeres para poder compararlos. De esta manera, será necesario evaluar los empleos mediante la identificación y valoración de las características del trabajo (habilidad, esfuerzo, responsabilidad, etcétera), con el propósito de determinar el valor de dos trabajos distintos (Blume 2011: 242).

Como se observa, la teoría del valor comparable se vale de los procedimientos de valoración de puestos brindada por las áreas de estudio de la administración, para de esa manera desterrar las segregaciones salariales. Ello obedece a que dicha teoría “[...] supone reemplazar el valor de mercado de los trabajos, el cual se encuentra contaminado con los criterios discriminatorios de nuestra sociedad, por un valor determinado por una evaluación de empleos neutral y objetiva” (Blume 2011: 242)

Al respecto, es evidente que no queda duda de la importante herramienta que, para efectos de desterrar la discriminación por razón de sexo o de otros motivos prohibidos, es la teoría del valor comparable. Sin embargo, consideramos que la misma no es de exclusiva aplicación en aquellos supuestos en donde se pretenda erradicar la discriminación. De hecho, se ha indicado que “[...] los trabajos no tienen un valor intrínseco. Sin embargo, sí cuentan con un valor relativo, es decir, un valor comparable con otros puestos de trabajo. Ello permite realizar un ajuste en los salarios, a fin de corregir cualquier desigualdad salarial” (Blume 2011: 243)⁶⁷.

Además, como se recordará, en el primer capítulo abordamos los criterios a tener en cuenta para diseñar los sistemas salariales en una organización, siendo uno de los pasos para la definición de la estructura salarial, precisamente, la determinación del valor de cada puesto con la finalidad de poder jerarquizarlos a efectos de asignarles un determinado nivel en dicha escala y que esta sea proporcional a la valoración que el puesto en cuestión ostente en la empresa.

Por ende, si bien la teoría del valor comparable será idónea para desterrar las discriminaciones, consideramos que el método que emplean de comparar los trabajos en función del valor de los mismos, no es privativo de los supuestos de discriminación, tanto así, que tales métodos son empleados desde las ramas de estudio de la administración, para diseñar los sistemas salariales de las empresas y actualizarlos conforme vayan cambiando las circunstancias.

Ahora, es cierto que trabajos “iguales” no es sinónimo de trabajos de “igual valor”. Sin embargo, consideramos que la amplitud del derecho de igualdad de trato permitiría proscribir las diferenciaciones salariales arbitrarias entre puestos de

⁶⁷ El subrayado es nuestro.

trabajo que, si bien no son iguales, si ostentan un mismo valor para la compañía. De hecho, la valoración de puestos parte de considerar elementos de evaluación objetivos para todos los puestos de trabajo, de modo que se obtenga la antes referida “equidad interna” entre los salarios del personal que integra una compañía. Así, una coherente y adecuada valoración de puestos excluye el empleo de criterios arbitrarios de diferenciación.

2.1.3 El derecho a una remuneración equitativa y suficiente

El artículo 24º de la Constitución dispone que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual [...]”. Al respecto, consideramos correcta la posición que sostiene que la noción de remuneración que nuestra constitución recoge es la político-social, que concibe al salario como la fuente de sustento del trabajador para alcanzar el bienestar personal y familiar; de manera que quedan superadas las nociones tradicionales que la conceptualizan desde una perspectiva meramente económica, en donde la remuneración es vista como un costo del empleador, y de una netamente jurídica, en donde el salario es la contraprestación por el servicio prestado por el trabajador (Blancas 2011: 508-513)⁶⁸.

⁶⁸ Como indica Carlos Blancas, señalar que la constitución se refiere a la noción político-social de la remuneración, no significa negar o ignorar la perspectiva económica ni la jurídica, sino que “[...] mientras el reconocimiento de la remuneración como costo del factor trabajo (perspectiva económica) y como contraprestación del empleador por el servicio prestado por el trabajador (perspectiva jurídica) constituyen perspectivas plenamente aceptadas, no sujetas tanto a debate, la perspectiva político social [...] es materia de discusión aún” (Blancas 2011: 509). De ahí que, Blancas Bustamante concluye que “[...] la presencia de una norma en la Constitución referida a la remuneración solo puede entenderse desde la perspectiva político-social, habida cuenta de que desde la perspectiva jurídica sería innecesaria por redundante, pues resulta obvio que el pago de la remuneración es la obligación principal que el contrato de trabajo impone al empleador como contraprestación por los servicios que presta el trabajador [...]” (2011: 509).

a. Definición de remuneración “equitativa y suficiente”

Para entender los alcances del dispositivo citado, es necesario definir qué se entiende por remuneración “suficiente”, y qué por remuneración “equitativa”. Sobre el particular, Zavala Costa, haciendo una interpretación gramatical del artículo 24° de la Constitución, ha indicado que «Lo “suficiente”, es aquello que supera la satisfacción de nuestras necesidades mínimas, y lo “equitativo” no es otra cosa que la aplicación de la justicia en el caso concreto» (1994: 21). De ahí que, el citado autor considera que la fórmula empleada por el constituyente en el artículo 24°, resulta ambigua, incierta y vaga, pues el enfoque del tema aún sigue siendo la “justicia”, la cual es difícil de precisar y carece de unanimidad en su formulación⁶⁹.

De otro lado, también se ha considerado que “[...] el artículo 24 de la Constitución, contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad (sic) o eficacia diferida (o programática) al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual” (Toyama 2011: 211). En este caso, el autor no entra a definir qué ha de entender por remuneración “equitativa” y qué por remuneración “suficiente”, aunque si anota que la fórmula constitucional citada, fija determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial.

⁶⁹ A mayor detalle, Zavala Costa ha indicado lo siguiente: “En este sentido, creemos que se ha dado un cambio en el enfoque del tema, pues hemos pasado de una visión general de la justicia, a una visión particular de la misma, aunque subsiste lo incierto y vago de estos adjetivos calificativo [...] Sin embargo, la actual redacción del primer párrafo del artículo 24° de la Constitución, tampoco resuelve la imprecisión y vaguedad que encerraba el concepto remuneración justa en la Carta de 1979. Dicho en otras palabras, la ambigüedad de la reciente fórmula constitucional continua” (1994:21).

Por su lado, Blancas Bustamante considera que, la “suficiencia” de la remuneración ostenta dos dimensiones: i) la primera de ellas, referida al ámbito personal o subjetivo de la misma, en virtud de la cual, la remuneración debe ser suficiente para cubrir las necesidades individuales del trabajador y las de su familia; y ii) la segunda, alude al ámbito material u objetivo, en virtud del cual, las necesidades que la remuneración satisfaga deberán ser tanto las de índole material (alimentación, salud, vivienda, entre otras), así como también, las espirituales (culturales, esparcimiento, entre otras) (2011: 518). Con relación a lo “equitativo”, el autor citado indica que ello “[...] guarda relación diversos factores, tales como: i) la capacidad del empleador para asumir los costos de los salarios, ii) la cantidad y calidad del trabajo, iii) la influencia de los salarios de una empresa, industria o una parte del territorio sobre el conjunto de los salarios del país; y, iv) su relación con los niveles de empleo” (2011: 521-522)⁷⁰.

Al respecto, si bien consideramos que formular una definición de lo “justo” puede prestarse a ambigüedades e imprecisiones, ello no impide que se le atribuyan ciertas características o factores mínimos, respecto de las cuáles exista consenso, y que permitan dotar de contenido a lo “justo”. En efecto, consideramos adecuado sostener que lo “equitativo” persigue la aplicación de la justicia en cada caso concreto, y que definir qué es lo justo, puede ser materia de extensos debates. Sin embargo, también creemos que, con el devenir del tiempo, existen determinadas situaciones que se han venido consolidando como manifestaciones de justicia, como por ejemplo: proscribir tratos salariales diferenciados basados en motivos

⁷⁰ Sin perjuicio que hemos citado las definiciones de “suficiencia” y “equidad” por separado, es importante la acotación del autor, cuando señala que: “Sin embargo, la equidad y la suficiencia son criterios que no pueden predicarse por separado, pues “[...] la equidad verdadera será aquella que además de tomar en cuenta los factores antes señalados, coloque en primer lugar la exigencia de suficiencia del salario” (Blancas 2011: 523).

discriminatorios. En consecuencia, que el fin de la equidad sea la justicia, y que esta última sea de difícil definición, no constituye un impedimento para darle contenido al primer párrafo 24° de la Constitución.

De otro lado, con relación a aquella posición que entiende a la remuneración equitativa y suficiente como una fórmula de índole programática o de eficacia diferida, compartimos la posición que sostiene que “Ni la pretendida diferencia de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos, en cuanto los primeros suponen prestaciones de hacer por parte del Estado, mientras que los segundos exigen de éste sólo prestaciones de no hacer, ni la existencia [de] recursos presupuestarios, pueden ser razones para evadir las responsabilidades que imponen los derechos sociales al Estado” (Arce 2008: 348-349). Por lo expuesto, consideramos que tampoco puede dejar de otorgarse una definición de lo “equitativo y suficiente”, bajo el argumento de que se tratan de fórmulas programáticas que serán de aplicación diferida. Por el contrario, al tratarse de derechos plenamente exigibles y aplicables, es necesario definirlos, ya sea desde lo regulado en la misma Constitución o en los Tratados Internacionales.

En este orden de idea, consideramos que la lectura más adecuada de la definición de “remuneración equitativa y suficiente” ha sido la indicada por Blancas Bustamante, pues no solo está conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que además, alude a factores que –hoy en día– difícilmente serían cuestionados por no procurar a alcanzar términos de convivencia más justos.

Ahora bien, como se observa, uno de los factores que condiciona lo “equitativo” de la remuneración es la cantidad y calidad del trabajo. Asimismo, recuérdese que

conforme a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos y libertades que la misma reconoce, deben interpretarse de conformidad con la DUDH. De esta manera, habida cuenta que el inciso del 2 artículo 3º de la DUDH reconoce el derecho de toda persona a igual salario por trabajo igual, es que habría que reconocer que el derecho de igualdad de remuneración por igual trabajo, forma parte del derecho fundamental de todo trabajador a una remuneración equitativa y suficiente (Blancas 2011: 528).

En el mismo sentido, Sarzo Tamayo sostiene que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración equitativa, se sustenta en el derecho a la igualdad de trato en la relación laboral (2012: 117). En efecto, el autor indica que “[...] el término equitativo(a) proviene del latín *aequitas*, que significa igualdad. En ese sentido, desde un punto de vista semántico, el derecho a una remuneración equitativa significa igualdad de remuneración, esto es, igualdad de trato en materia salarial” (Sarzo 2012: 121). Por ello, Sarzo Tamayo considera que el contenido constitucional del derecho a remuneración equitativa se determinará en función a las normas vinculantes sobre la igualdad, lo que comprende la igualdad salario por el trabajo igual, derecho que ya hemos estudiado.

b. Alcances del objeto de protección: la “remuneración”

Como lo indicamos en el apartado 1.3.3 del primer capítulo, en la legislación interna existe una definición de remuneración, para todo efecto “legal”, regulada en los artículos 6º y 7º de la LPCL, que conceptualizan a la remuneración de una forma imprecisa y limitada. En dicha oportunidad expusimos las principales posiciones nacionales que sobre el concepto de remuneración se han formulado, e indicamos que la posición que considerábamos más acorde con lo regulado en la legislación

laboral interna, es la que dispone que remuneración es toda aquella contraprestación que el trabajador recibe por el servicio efectivamente prestado, ya sea en dinero o en especie, siempre que le reporte una ventaja patrimonial y sin importar la denominación que tenga.

Nótese que el concepto de remuneración regulado en nuestro ordenamiento legal es sumamente restringido, lo que dejaría fuera de sus alcances a diversos conceptos, como por ejemplo: aquellos que se entregan en el marco de una relación laboral pero cuya finalidad es procurar la inserción social del trabajador (bonificaciones por carga familiar) o su recreación y descanso. Por ello, consideramos que el mismo no se encuentra conforme con lo dispuesto en el artículo 24° de la Constitución, en la medida que, al limitar su contenido a lo meramente patrimonial y contraprestativo, resulta incompatible con la noción político-social de la remuneración (fuente de sustento del trabajador para alcanzar bienestar personal y bienestar) que, como hemos indicado, sería la consagrada constitucionalmente. Asimismo, dejar en manos del legislador definir cuál es la remuneración que, de acuerdo con nuestra Constitución, debiera ser equitativa y suficiente para todo trabajador, restaría eficacia al derecho analizado pues permitiría limitar por vía legal los alcances de un derecho constitucionalmente reconocido.

En este sentido, cuando la Constitución alude a “remuneración”, consideramos que lo adecuado es entenderla en un sentido general y amplio, como lo hicimos con el derecho a “igual salario por igual trabajo” consagrado en la DUDH. En efecto, en la medida que el texto del artículo analizado no delega al legislador la definición de “remuneración” para efectos de su protección, los parámetros para definir sus alcances debemos buscarlos en la propia Constitución o en los Tratados

Internacionales. Así, desde que a nivel de tratados internacionales, el salario o la remuneración suele entenderse en un sentido general y amplio, no limitándose a lo meramente contraprestativo, consideramos que ese mismo criterio deberá emplearse al momento de definir los alcances del derecho reconocido en el primer párrafo del artículo 24° de la Constitución.

2.2 LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES COMO MOTIVO DE DIFERENCIACIÓN SALARIAL

Pensemos en una empresa especializada en la elaboración de vinos y piscos, que brinda el servicio de distribución de sus productos y, que además, administra una conocida taberna local en donde expende los licores que son de su producción, además de otras bebidas y alimentos tradicionales de la ciudad (Empresa “A”). Imaginemos que, dada la mayor popularidad que el pisco y el vino han adquirido en nuestro medio, la empresa se ha visto en la necesidad de mejorar la calidad de sus productos y de ampliar la variedad de los mismos, por lo que ha decidido adquirir dos prometedoras bodegas vitivinícolas ubicadas en sur del Perú (Empresas “B” y “C”), mediante una fusión por absorción. Asimismo, con la finalidad de mejorar la distribución de sus productos, ha decidido escindir dicha parte de su negocio a una conocida empresa especializada en distribución y abastecimiento de bebidas y licores (Empresa “D”), con la que contratará posteriormente tales servicios.

En el caso anotado, cuando la Empresa “A” (que ya cuenta con su propia industria vitivinícola para producir vinos y piscos) adquiera las otras dos bodegas vitivinícolas, será posible apreciar que la organización laboral de las dos bodegas, se integrarán en su totalidad a la Empresa “A”, existiendo la posibilidad que existan trabajadores que, dedicándose a la misma actividad (producción de pisco y vino), perciban salarios distintos, tanto en su cuantía como en su estructura. Lo mismo,

sucedirá cuando el área de la Empresa “A” dedicada a la distribución de los productos, sea escindida a la Empresa “D” especializada en distribución de mercadería, esto es: existirá la posibilidad de que existan trabajadores que, dedicándose a la misma labor (distribución de productos) perciban salarios distintos.

De esta manera, la Empresa “A” y la Empresa “D” ¿se encontrarán obligadas a homogeneizar las condiciones salariales de los trabajadores que laboran en las áreas de producción de los vinos y piscos, y en las de distribución, respectivamente? O ¿acaso las posibles diferencias salariales que se deriven de la fusión (de las Empresas “A”, “B” y “C”) y de la escisión por incorporación (de las Empresas “A” y “D”), se encontrarán justificadas por haberse producido en eventos objetivos, como son: la fusión y la escisión por incorporación? En efecto, en las líneas que siguen, se procurará dar respuesta a las interrogantes formuladas.

En este sentido, el propósito del presente apartado será justificar por qué consideramos que las concentraciones por traspaso de empresas que tiene lugar en casos de fusión o adquisición, no constituyen motivos suficientes ni razonables para justificar la existencia de distintos sistemas salariales dentro de un mismo centro empresarial. La importancia de abordar un tema como este, radica en la necesidad de brindar fundamento jurídico a la homogeneización de condiciones salariales de manera que dicho proceso no quede relegado al mero arbitrio del empleador. Además, si bien las exiguas aproximaciones que sobre este tema se han efectuado en nuestro medio, afirman sin mucha reflexión la nivelación de remuneraciones de no verificarse motivos objetivos que justifiquen la diferencia de

trato⁷¹, consideramos que aún está pendiente un análisis profundo de porqué los procesos anotados no podrían calificar como motivos objetivos que justifiquen diferentes sistemas remunerativos.

Para ello, en primer lugar, identificaremos y determinaremos cuál es el acto que, sustentado en la concentración empresarial que ha tenido lugar, da nacimiento a la diferenciación salarial. Luego, expondremos por qué las fusiones y adquisiciones empresariales no configuran por sí mismas un motivo objetivo que justifique la existencia de diversas estructuras remunerativas. Finalmente, veremos cómo lo anterior revela la existencia de una obligación de homogeneizar las condiciones salariales afectadas.

2.2.1 El acto o hecho de diferenciación salarial

Una vez verificada la existencia de sistemas salariales diferenciados en una sola empresa, se hace necesario identificar al supuesto acto o hecho que podría encontrarse lesionando el derecho de igualdad, siendo las alternativas: i) la sola decisión de una concentración empresarial a través de una transmisión de

⁷¹ Sobre el particular, se ha indicado que: “[...] con motivo de la fusión de empresas surge como principal inquietud cómo se manejará una situación en la que dos trabajadores de la nueva sociedad o la sociedad absorbente perciban remuneraciones y condiciones laborales distintas pese a desempeñarse en igual categoría o cargo [...] Ahora bien, si luego de la fusión el nuevo empleador encuentra que no existen motivos objetivos que justifiquen una diferencia de remuneraciones entre los trabajadores incorporados, será necesario que se adopte la decisión de: (i) nivelar hacia arriba las remuneraciones de los trabajadores afectados [...]; o (ii) nivelar hacia abajo la remuneración de los trabajadores que se ven beneficiados con mayores ingresos pese a realizar las mismas funciones [que] realizan otros trabajadores [...]” (Calderón 2012: 138-140) (subrayado nuestro). Es preciso indicar que, si bien la autora realiza tales reflexiones en torno a las consecuencias de la fusión entre empresas, consideramos que los mismos son plenamente extensibles a todo proceso de concentración por transmisión de empresas, en la medida que sus consecuencias no difieren en lo sustancial.

empresas; o, ii) un acto posterior que ratifique la coexistencia de los diversos sistemas salariales que resultaron luego de la concentración. Nótese que lo señalado es importante pues, para poder someter un determinado acto al denominado “Test de igualdad”, es necesario identificar, previamente, cuál es aquél que presuntamente estaría vulnerando el derecho de igualdad⁷².

Con relación a este tema, en la Casación Laboral N° 2704-2009-Lima puede apreciarse que una de las salas superiores considera que las desigualdades salariales que los procesos que venimos estudiando generan, no son imputables a la empresa resultante de dicho procedo, pues dicha desigualdad no nace de una conducta que le sea atribuible:

[...] ENTEL PERÚ como empresa del Estado, tenía remuneraciones inferiores a los trabajadores de la Compañía Peruana de Teléfonos por ser esta privada y Telefónica del Perú Sociedad Anónima asume a partir de enero de mil novecientos noventa y cinco a los trabajadores de ambas empresas con remuneraciones distintas, siendo así se puede afirmar que no debe atribuirse responsabilidad de ésta en la diferencia remunerativa, pues tal hecho no ha nacido de una conducta atribuible a la demandada, por lo tanto no existe discriminación salarial de ésta [...]⁷³

⁷² Con relación a las reglas de postulación del proceso, en el marco de la nueva Ley Procesal del Trabajo, recientemente se ha indicado que “[...] quien demanda debe señalar cuál es el hecho lesivo que afecta sus derechos, cual es la situación de desventaja en la que se encuentra; en este caso cuál es la remuneración que percibe y cuál es la que considera que debe o debió percibir, quién percibe dicha remuneración y por qué considera que son trabajadores objetivamente iguales [...]” (Zuta 2012: 650). Precisamente, la primera de las tareas anotadas, es a la que nos estamos refiriendo.

⁷³ Se trata del considerando décimo primero de la sentencia de la sala superior recurrida, que fue citado en el fundamento sexto de la casación citada.

Mella Méndez –para el caso español– recoge, de alguna manera la posición antes expuesta, cuando sostiene que la coexistencia de dos convenios colectivos en una misma empresa no afecta el derecho de igualdad por tratarse de la consecuencia natural de aplicar el principio de continuidad a los supuestos de transmisión de empresa, y no de la voluntad arbitraria del nuevo empleador. Así, señala que:

[...] ni el hecho de que existan dos convenios aplicables a la misma empresa [...] supone discriminación alguna respecto de la plantilla de aquella, pues tales situaciones son consecuencia directa del juego del art. 44, núm. 1, ET [que consagra la continuidad de las condiciones laborales en casos de transmisión de empresa] y no de la voluntad arbitraria de la nueva empresa o de los trabajadores cedidos que reclaman la aplicación de la norma colectiva de origen (2000: 166)

Consideramos que las opiniones citadas son parcialmente correctas pues, por un lado, también creemos que la mera decisión de concentrarse no tiene por resultado la vulneración del derecho a la igualdad, en la medida que la misma no ha sido adoptada en ejercicio del poder de dirección del empleador. De hecho, para afirmar que existe una posible lesión de los derechos a la igualdad, somos de la opinión que se requiere de un acto adicional, que tenga por ámbito de aplicación las relaciones de trabajo, y que refuerce o tolere la desigualdad generada por el solo acto de transmisión. No obstante ello, de otro lado, estimamos que el análisis efectuado en las opiniones citadas es incompleto, pues no entran a verificar la existencia del acto adicional que podría encontrarse lesionando los derechos señalados.

En efecto, los procesos que hemos estudiado en el primer capítulo constituyen decisiones que el empresario adopta, fundamentalmente, en ejercicio de su

derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 59° de la Constitución⁷⁴. Dicha libertad comprende a la “libertad de organización”, la que consideramos permitiría al empresario tomar decisiones de fusión o adquisición empresarial⁷⁵. De otro lado, el poder de dirección del empleador se define como aquel conjunto de facultades de diversa índole, que tienen por función garantizar la organización y la eficiencia de la empresa, para que éste realice su fin económico (Blancas 2007: 99).

Como puede observarse, el poder de dirección es parte del poder general de organización que ostentan los empresarios en virtud de su derecho a libertad de empresa⁷⁶. Sin embargo, dicho poder no es el único que el empresario ostenta en virtud del mencionado derecho. De ahí que, es posible que existan decisiones

⁷⁴ El artículo 59° de la Constitución indica lo siguiente: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

⁷⁵ Los fundamentos jurídicos 45 y 46 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2005-PI/TC, define a la libertad de empresa como: “[...] la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. [...] Asimismo, este Colegiado ha establecido que el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, [...] ii) En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros”.

⁷⁶ Al respecto, Blancas Bustamante sostiene: “[...] es innegable que, en un régimen que de forma explícita reconoce la libertad de empresa, así como el derecho de propiedad y, en general, la iniciativa privada y la economía de mercado, el empleador, en tanto titular o propietario de la empresa, debe gozar de las facultades necesarias para organizarla, dirigirla y administrarla de acuerdo con sus intereses y objetivos, lo que incluye, necesariamente, la organización del trabajo. El empleador, al ejercer el poder de dirección, actúa, por consiguiente como titular del referido derecho fundamental a la libertad de empresa [...]” (2007: 105).

adoptadas por el empresario al amparo de alguna facultad ajena al poder de dirección, que aun así, incidan de alguna manera en los trabajadores.

De hecho, se sostiene que el poder de dirección se encuentra configurado “[...] por aquellas manifestaciones de poder empresarial fundamentadas en un interés directo o indirectamente organizacional que puede ordenar, controlar, modificar, suspender, extinguir o disciplinar una determinada relación laboral” (Luque 1999: 30-31). Lo señalado, trae como consecuencia que no puedan incluirse dentro del poder de dirección, aquellas decisiones que si bien podrían incidir de alguna manera en los trabajadores, no se deriven en sentido estricto de una necesidad de organizar al personal que integra la empresa (Luque 1999: 33), como sucedería con los actos de fusión o adquisición empresarial.

Las fusiones y adquisiciones empresariales que tienen lugar a través de diversos actos de transmisión de empresas, sin duda inciden en el estatuto laboral de los trabajadores afectados al ocasionar una modificación subjetiva del contrato de trabajo en la figura del empleador. Sin embargo, tales decisiones, no obstante encontrarse amparadas por el derecho de libertad de empresa del titular de la misma, no pueden ser consideradas como una manifestación del poder de dirección del empleador, pues las mismas no son adoptadas ante una necesidad exclusiva de organizar la fuerza de trabajo del personal de la empresa. Como lo indicamos en el ejemplo señalado al inicio del apartado 2.2., las razones que llevan a que la Empresa “A” decida adquirir las bodegas vitivinícolas (Empresas “B” y “C”), no es otra que ampliar y mejorar la producción de vinos y piscos, y no organizar la fuerza de trabajo del personal que labore en las áreas de producción.

Como consecuencia de lo anterior, la sola decisión de concentrarse empresarialmente (en el ejemplo, la decisión de la Empresa A de absorber a las Empresas B y C) no podría ser acusada de lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores a la igualdad de trato en el empleo, a igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente, en la medida que su ámbito de afectación no es la organización laboral de la empresa, sino la composición y estructura de los medios de producción en general.

En otras palabras, en la medida que tales decisiones no forman parte del poder de dirección del empleador, no es posible atribuirles la posibilidad de lesionar los derechos laborales fundamentales a la igualdad de los trabajadores involucrados. Sostener lo contrario, nos llevaría al absurdo de tener que prohibir la existencia de tales procesos, en la medida que su sola realización afectaría derechos laborales de semejante importancia, como los que hemos anotado.

No obstante ello, es imposible pasar por alto que tales decisiones tienen por resultado una situación en donde los derechos de los trabajadores antes indicados se ven expuestos a ser lesionados, lo que exige que el nuevo titular de los medios de producción, esto es, el empleador, adopte una decisión sobre el particular, ya sea de manera unilateral o de modo convencional con los trabajadores. Es decir, el nuevo escenario laboral que resulta de los procesos estudiados en el primer capítulo, exige que el nuevo empleador decida cómo organizar la fuerza de trabajo del personal involucrado, siendo los actos que se adopten en este contexto los que podrían lesionar los derechos antes indicados.

Por ejemplo, en el caso anotado, si bien la decisión de fusión por absorción de las Empresas “A”, “B” y “C”, no lesiona por sí mismo el derecho a la igualdad de los

trabajadores involucrados, las decisiones que la Empresa “A” adopte luego de la fusión con la finalidad de organizar la fuerza de trabajo de su personal, si podrá ser pasible de lesionar el derecho a la igualdad del mismo. De hecho, para sustentar que existe una vulneración del derecho a la igualdad desde un ámbito laboral, es necesario que la decisión acusada de dicha lesión se hubiese adoptado al interior del mismo ámbito.

Ahora, ratificar las diferencias salariales generadas por los procesos de concentración, implica considerar que los mismos constituyen causas objetivas y razonables que justifican atribuir distintas condiciones retributivas en función de la empresa de procedencia antes del traspaso. De esta manera, en la medida que los actos a través de los cuales pueden materializarse tales decisiones, son de lo más variados, es que a continuación abordaremos el estudio de los mismos. Por otro lado, con relación al análisis de la validez del motivo en común que emplearían todos estos actos para sustentar la diferenciación, esto es, la transmisión de empresa por fusión o adquisición, es preciso indicar que el mismo será abordado en el acápite siguiente.

En ese sentido, a continuación pasaremos a detallar los posibles actos que permitirían mantener las condiciones salariales diferenciadas en función de la empresa de procedencia, los que hemos decidido clasificar entre aquellos que emanan unilateralmente de la voluntad del empleador y los que nacen de un acuerdo entre el empleador y los trabajadores organizados. Asimismo, toda vez que cabe la posibilidad de que las partes laborales decidan no actuar, es que también nos referiremos a los efectos que genera la mera tolerancia de la desigualdad producida.

a. Decisiones unilaterales del empleador

Las diferencias salariales generadas por los traspasos de empresa pueden conservarse en virtud de las decisiones unilaterales que el empleador adopte en ejercicio de su poder de dirección. Al respecto “[...] la virtualidad del poder sólo se consigue cuando es ejercitado [...] [esto es] cuando se pueden obtener manifestaciones del mismo que hagan factible su valoración, su crítica, en suma, su control” (Luque 1999: 17). De esta manera, para contar con una decisión de este tipo, se requiere que el empleador manifieste expresamente frente a los trabajadores su decisión de mantener la desigualdad salarial, lo que en el ámbito laboral, se reduce a un documento por escrito, que sea dictado por el mismo. Ahora, tales decisiones pueden tener un alcance general o particular dependiendo de si se aplican a todo un colectivo o sólo a determinados trabajadores.

Las decisiones serán generales cuando el empleador disponga a través de un acto por escrito, de aplicación universal en el centro empresarial, y con carácter impersonal y abstracto, que las condiciones salariales de todo el personal se registrarán por el sistema vigente en la empresa de origen antes de la fusión o adquisición que hubiese ocurrido. Por ejemplo, cuando luego de que la Empresa “A” absorba por fusión a las Empresas “B” y “C”, la Empresa “A” emita un comunicado general informando que los salarios del personal continuarán rigiéndose por las mismas reglas de cuantía y estructura que existía en cada bodega vitivinícola, antes de la fusión.

Por el contrario, cuando dicha decisión sea expresa, pero de alcance individual, es decir, que solo afecte a determinados trabajadores que se encuentren debidamente identificados, lo que habrá será un acto unilateral de alcances individuales o

particulares. Por ejemplo, que la Empresa “A”, luego de la fusión, comunique directamente a determinados supervisores o jefes de la Empresa “C”, que sus salarios mantendrán el sistema previsto en la Empresa “C” para la cuantía y estructura de los salarios, antes de su fusión.

Ahora, si bien las diferencias entre las decisiones generales y abstractas, y aquellas que son de carácter particular, podrían derivar en considerar a las primeras como productos normativos y, a las segundas, como no normativas, dicha diferencia no impide que ambos tipos de actos sean susceptibles de ser acusados de lesionar el derecho de igualdad, y por ende, ser sometidos al test de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, ya sea en uno u otro caso, el poder de dirección del empleador tiene como límites –entre otros- los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados, entre los que se encuentran el derecho de igualdad de trato, de igual salario por igual trabajo y el de una remuneración equitativa y suficiente.

b. Decisiones bilaterales: acuerdos entre el empleador y los trabajadores

En segundo término, es posible mantener la desigualdad resultante del proceso de fusión o adquisición empresarial, a través de acuerdos celebrados con los trabajadores organizados de manera colectiva, o con cada uno de ellos de manera individual y personal, en donde se recoja la voluntad de la partes de mantener los sistemas salariales de los trabajadores que hubiesen sido traspasados en las mismas condiciones en las que se hallaban antes del proceso de concentración que hubiese tenido lugar. A continuación detallaremos las particularidades que tendrán tales convenios, en caso sean individuales o colectivos.

- Convenio colectivo. - De acuerdo con el artículo 41º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, LRCT), el convenio colectivo es celebrado “[...] de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores”. Por tanto, los acuerdos que celebren el nuevo empleador y los trabajadores que hubiesen sido traspasados, ya sea mediante una organización sindical o a través de sus representantes, calificarán como convenios colectivos, pues la norma citada no exige que sea un sindicato quien lo suscriba.

De otro lado, las cláusulas que integran los convenios colectivos, pueden clasificarse en normativas, obligacionales y delimitadoras⁷⁷. De ellas, las que nos importan son las cláusulas normativas, esto es, aquellas “[...] dirigidas a regular las relaciones individuales de trabajo sobre las que incide el convenio colectivo” (Boza 2009: 109). En efecto, las cláusulas que contengan los acuerdos a los que nos hemos referido, calificarán como normativas en tanto estarían regulando de una manera general y abstracta, las condiciones salariales del personal trasladado, por lo que tendrán naturaleza y efectos

⁷⁷ Aunque con imprecisiones, el artículo 29º del Reglamento de la LRCT, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, distingue los tres tipos de cláusulas indicadas, al señalar lo siguiente: “En las convenciones colectivas son cláusulas normativas aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento. Durante su vigencia se interpretan como normas jurídicas. / Son cláusulas obligacionales las que establecen derechos y deberes de naturaleza colectiva laboral entre las partes del convenio. / Son cláusulas delimitadoras aquellas destinadas a regular el ámbito y vigencia del convenio colectivo [...]” (subrayado nuestro).

normativos respecto de los trabajadores que se encuentren bajo su ámbito de aplicación.

De esta manera, es necesario precisar que cuando nos referimos a las diferenciaciones salariales por convenio colectivo que toman como motivo de diferenciación la fusión o adquisición ocurrida, aludimos a aquellos casos en donde el mismo convenio establece una doble escala salarial en función del criterio antes indicado. Por ejemplo, en la fusión por absorción entre la Empresa "A" y las Empresas vitivinícolas "B" y "C", imaginemos que luego de la fusión, los Sindicato de las Empresas "A", "B" y "C" deciden fusionarse para conformar el Sindicato "ABC" y negociar con la Empresa "A" un pliego aplicable a toda la empresa resultante del proceso de fusión. En este caso, se configurará la anotada diferenciación salarial por negociación colectiva, cuando el pliego de reclamos que se negocie disponga que los salarios de los trabajadores a los que se aplique el convenio colectivo, se regularán diferenciadamente en función de la empresa de la que provengan antes de efectuada la fusión.

Lo señalado difiere de aquellos supuestos en donde la diferenciación salarial proviene de la existencia de distintos convenios colectivos con distintos sindicatos, que regulan condiciones diferenciadas entre ellos. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando luego de la fusión, la Empresa "A" (empresa absorbente) negocie con los trabajadores provenientes de la Empresa "B" un convenio colectivo "BB" y con los trabajadores traspasados de la Empresa "C", otro convenio colectivo "CC". En el ejemplo, es claro que los trabajadores provenientes de la Empresa "B" tendrán salarios diferentes a los que vienen de la Empresa "C", pero ello obedece a la autonomía colectiva con la que

cuentan, por separado, los trabajadores traspasados de la Empresa “B” y los de la Empresa “C”:

En efecto, la diferencia está en que, en el segundo supuesto anotado, la doble escala nace de la existencia de un convenio colectivo aplicable a una organización determinada, que lo diferencia del régimen salarial aplicable al resto de trabajadores ya sea porque proviene de una política empresarial o de otro convenio colectivo suscrito por una organización sindical distinta. La diferenciación salarial en el caso al que nos referimos (el primer ejemplo indicado: el pliego negociado por el Sindicato “ABC”) pretende fundarse en la existencia de una fusión o adquisición empresarial, mientras que, en el segundo escenario, la diferencia salarial tiene por fundamento la autonomía colectiva de las partes.

Finalmente, es preciso indicar que el literal e) del artículo 43º de la LRTC, indica que en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares, el convenio colectivo continúa vigente hasta el vencimiento de su plazo. Al respecto, coincidimos con Ugaz Olivares cuando señala que los supuestos contemplados en dicho artículo, “[...] si bien no mencionan expresamente la transmisión de empresa, señalan una serie de supuestos que podrían incorporar tal figura [...]” (2009: 416), siendo por ello plenamente aplicable a los fenómenos que estamos estudiando. Por ende, tratándose de beneficios que tengan por fuente a un convenio colectivo, consideramos que toda decisión que recaiga sobre los mismos, como sería la voluntad de las partes de mantenerlos diferenciados en función de la empresa de origen antes de la fusión o adquisición, deberá de efectuarse una vez que el plazo del convenio haya vencido. En efecto, no tendría sentido acordar la

continuidad de convenio de la empresa de origen aplicable únicamente a los trabajadores provenientes de la misma, cuando dicha continuidad ya viene sancionada por ley.

Por ejemplo, imaginemos que la Empresa “B” (una de las vitivinícolas absorbidas) cuenta con un sindicato de trabajadores con quien se hubiese suscrito un convenio colectivo que, al momento de la fusión, estuviese vigente. En ese caso, carece de todo sentido que el Sindicato de la Empresa “B”, luego de la fusión, negocie con la Empresa “A” (su nuevo empleador) el mantenimiento de lo pactado en el convenio colectivo vigente pues, dicha continuidad, viene impuesta por el artículo 43° de la LRCT. Por ello, dentro del presente supuesto, no se comprenden aquellos convenios colectivos que continúan su vigencia por el mero mandato de la Ley, pues ahí no existe ninguna voluntad de las partes de ratificar la vigencia del mismo.

- Acuerdo individual.- Esto sucederá cuando el empleador acuerde con cada trabajador, de manera individual y personal, el mantenimiento de sus condiciones salariales en las mismas condiciones vigentes antes del traspaso de la empresa. La naturaleza de este tipo de acuerdos es obligacional, antes que normativa, por lo que los mismos no constituirán fuente de derecho alguna.

Es preciso indicar que, mientras en los acuerdos individuales existe una disposición de derechos por parte de los trabajadores que los suscriben; en caso del convenio colectivo no existe tal disposición, sino la creación de una regulación laboral de índole colectiva. Ahora bien, nuevamente, la diferencia normativa que existe entre el convenio colectivo y el acuerdo individual, no impiden someter ambos tipos de

acuerdo al test de igualdad con la finalidad de determinar si la regulación colectiva entre empleador y trabajadores ha lesionado los derechos fundamentales de éstos últimos, o si el trabajador que suscribió el acuerdo en cuestión ha hecho una disposición inválida de sus derechos a la igualdad.

c. La tolerancia de la desigualdad generada

Finalmente, existe la posibilidad que las partes no adopten ninguna decisión sobre las condiciones salariales, es decir, que el empleador no emita ningún pronunciamiento sobre el particular, o que las partes no celebren convenio alguno. En estos casos, si bien no existe un acto expreso como los mencionados anteriormente, consideramos que la tolerancia de la desigualdad generada por el proceso de concentración, también tendrá efectos que podrían lesionar el derecho a la igualdad de los trabajadores involucrados. Dicha afectación dependerá de si la fuente que regula los salarios del personal involucrado, es un convenio colectivo u otra de naturaleza distinta (convenio individual, política empresarial, etcétera). Analicemos por separado ambos supuestos:

- Convenio colectivo. - Como hemos indicado, el literal e) del artículo 43^o de la LRCT dispone que luego de un traspaso de empresa, el convenio colectivo continúa vigente hasta el vencimiento de su plazo. Sin embargo, adicionalmente el literal d) del mismo artículo, indica que la convención colectiva “Continúa rigiendo mientras no sea modificada por una [...] posterior [...]”. Al respecto, creemos adecuada la posición que sostiene que “[...] el mandato del literal d también sería aplicable al supuesto de transmisión, debido a que la regla prevista en tal literal es de aplicación a todo convenio colectivo, no siendo la transmisión de empresa un motivo razonable para

excluir de tal característica a los convenios involucrados en la transmisión” (Ugaz 2009: 418). De esta manera, conforme con las normas citadas, cuando el convenio colectivo de la empresa transmitida hubiese vencido, el mismo continuará rigiendo hasta que no sea modificado por un convenio posterior.

Ahora bien, en este caso consideramos que no existe un acto susceptible de lesionar los derechos a la igualdad del personal involucrado pues los distintos beneficios percibidos por los trabajadores se fundamentan en la existencia de convenios colectivos distintos que regulan, por separado, los intereses de cada una de las organizaciones que coexisten en la empresa resultante del proceso en cuestión. Sin embargo, lo señalado no impide que puedan existir beneficios regulados en el convenio colectivo de la empresa traspasada, que resulten inferiores a los previstos en los dispositivos internos de empresa adquirente o en los otros convenios colectivos que pudiesen existir en la misma.

En el caso de la absorción de las empresas vitivinícolas que hemos venido trabajando, lo primero tendría lugar cuando, por ejemplo, las políticas salariales de la Empresa “A” (la adquirente) regulasen la entrega de una “Bonificación por esposa” ascendente a S/.50.00 Nuevos Soles al mes, mientras que el convenio colectivo de la Empresa “B” (una de las vitivinícolas absorbida) regulase la entrega de la misma bonificación, pero por un importe de S/.35.00 Nuevos Soles mensuales. Por su lado, lo segundo ocurriría en caso la Empresa “A” contase con un convenio colectivo de aplicación general para todos los trabajadores de la empresa, en donde se hubiese previsto la entrega de una “Asignación por escolaridad” ascendente a S/.75.00 Nuevos Soles al mes; mientras que, el convenio colectivo de la Empresa “C” (la otra

vitivinícola absorbida) regule la entrega de la misma asignación, pero por un importe de S/.40.00 Nuevos Soles mensuales.

En tales casos será necesario tener en cuenta el principio de norma más favorable en caso la vigencia del convenio colectivo de la empresa transmitida concurriese de manera conflictiva con lo regulado por alguna norma interna del empleador (políticas salariales) o por algún convenio colectivo que también les fuese aplicable a los trabajadores traspasados⁷⁸. De hecho, éste último supuesto es anotado por Ugaz Olivares (2009: 419), cuando indica lo siguiente:

[...] en caso la empresa que recibe a los trabajadores tenga un convenio colectivo generado por un sindicato mayoritario [...] es posible extender los efectos del convenio colectivo del sindicato mayoritario al personal traspasado [...] [con lo cual] al personal traspasado se le aplicará el convenio colectivo que fue pactado con su anterior empleador y el convenio colectivo vigente en el nuevo. Dicho escenario plantea dos posibles situaciones: que la concurrencia de los convenios sea conflictiva o que no lo sea. En caso la concurrencia de los convenios no sea conflictiva, ambos se aplicarán al personal traspaso (sic) en lo que fuera aplicable. De ser la concurrencia conflictiva, tendríamos que aplicar la norma más favorable.

Por tanto, en los supuestos mencionados no existirán actos que pudiesen estar lesionando los derechos a la igualdad por considerar que la fusión o

⁷⁸ Como señala Neves Mujica, el principio de norma más favorable tiene lugar –entre otros- en caso de un conflicto entre normas de rango profesional, cuyos “[...] casos típicos son los de un convenio colectivo de rama de actividad y otro de empresa, o entre un convenio colectivo y un reglamento interno de trabajo” (2007: 133). Sin embargo, dicho conflicto también podría ocurrir en caso existan dos convenios colectivos de empresa o de ámbitos menores, que sean aplicables al mismo colectivo de trabajadores.

adquisición ocurrida constituye una causa válida de diferenciación salarial. De hecho, el análisis que corresponde efectuar es si existe algún tipo de concurrencia, y de ser esta conflictiva, analizar cuál sería la norma que debería aplicarse.

- Otras fuentes.- Al referirnos a otras fuentes, aludimos a los beneficios que se entregan a los trabajadores en virtud de: i) una disposición interna de la empresa (políticas salariales); ii) del contrato de trabajo; iii) de una costumbre; o iv) de una consolidación de beneficios por el paso del tiempo; sobre los cuales, en virtud del traspaso de empresa, el nuevo empleador se sustituye en la obligación de continuar con su entrega.

Al respecto, una vez traspasada la empresa y verificada la desigualdad salarial, en caso el nuevo empleador no se pronuncie sobre la misma y tan solo se dedique a mantenerla, consideramos que si bien no existe una manifestación de voluntad expresa, la mera tolerancia habrá de considerarse como una manifestación tácita de la voluntad del empleador de mantener diferenciados los sistemas salariales en función de la empresa de origen antes del traspaso. En efecto, en la medida que líneas arriba hemos indicado que los procesos de fusión o adquisición exigen que el empleador se pronuncie respecto de la organización del personal, en específico, de la desigualdad salarial generada; si el empleador guardase silencio sobre el particular, ello significará que el empleador se encuentra tolerando la desigualdad resultante de tales procesos, esto es, que acepta dicha tales diferenciaciones salariales.

Sin embargo, nótese que la mera tolerancia se externaliza a través de un hecho y no de un acto. En otras palabras, a diferencia de los supuestos abordados en las secciones a) y b) del presente apartado, en donde la manifestación de voluntad se externaliza a través de un acto en concreto, ello no sucede con la tolerancia, en donde lo que se da son hechos continuados que mantienen la situación de desigualdad resultante del proceso en cuestión. Por ejemplo, en el caso de la absorción de las vitivinícolas, la decisión de la Empresa “A” (la absorbente) de mantener los salarios básicos diferenciados en función de la empresa de origen de los trabajadores incorporados (de las Empresas “B” y “C”) y que se externalice a través de un comunicado general a todo el personal, no será un supuesto de “tolerancia de la desigualdad generada”, sino, el de una decisión unilateral del empleador de mantenerla. Por el contrario, cuando la Empresa “A” se limite a continuar abonando las remuneraciones básicas en la misma cantidad y estructura en las que eran entregadas en la empresa de origen antes del traspaso y sin comunicar nada al respecto al personal, así sí podríamos hablar de un caso de tolerancia de la posible desigualdad generada.

Ahora bien, en la medida que la “tolerancia” se manifiesta a través de hechos que mantienen una realidad creada por el proceso de fusión o adquisición que hubiese tenido lugar, consideramos que para que la misma genere efectos requiere de cierta reiteración en el tiempo, tal y como sucede con la formación de la costumbre o de la consolidación de beneficios por el paso del tiempo.

Al respecto, la costumbre es una fuente de derecho residual en nuestro ordenamiento jurídico que, a diferencia de las normas que tienen su origen en un determinado acto emanado de un órgano en particular, ésta se produce

del comportamiento reiterado por parte de una colectividad, que genera conciencia de obligatoriedad sobre el mismo. En otras palabras, “[...] la repetición en el tiempo de conductas generalizadas, en un espacio y respecto de un grupo determinado o determinable de personas que comparten características laboralmente destacables [...] las mismas que han de ser percibidas como obligatorias” (Guzmán-Barrón 2009: 120), dará lugar a una costumbre laboral.

De esta manera, tratándose de aquellos escenarios laborales posteriores al proceso de fusión o adquisición que hubiese tenido lugar, consideramos que la mera tolerancia de la desigualdad salarial generada respecto de todos los trabajadores traspasados o de un determinado colectivo (que compartan características especiales), podrá dar lugar a una costumbre laboral. En efecto, de ser ese el caso, existiría una conducta reiterada y generalizada de las mismas condiciones salariales vigentes en la empresa de origen antes del traspaso por parte del nuevo empleador, lo que mantendría la desigualdad salarial ocasionada y que, de generar conciencia de obligatoriedad, produciría una costumbre laboral.

Respecto a la reiteración, nótese que ello tendrá lugar cuando simplemente exista una práctica repetida en el tiempo (Boza 2011: 134), lo que –creemos– sucede cuando la misma tiene lugar en más de una ocasión (dos o más veces)⁷⁹. Asimismo, es preciso anotar que, quien alegue la existencia de la

⁷⁹ Con relación a la duración de la entrega de determinado beneficio para que califique como costumbre, Boza Pró ha indicado lo siguiente: Ahora bien, en el ámbito laboral la jurisprudencia ha establecido como criterio temporal la repetición por dos años consecutivos de la percepción de un mismo beneficio, a fin de que el mismo pueda ser exigible por el trabajador. Este es un criterio

costumbre (ya sea para reclamar un beneficio de la misma o para impugnarla), deberá necesariamente demostrar su existencia, pues no es suficiente con invocarla. En efecto, no es suficiente con acreditar el elemento objetivo (entrega reiterada y generalizada), sino que también se requiere del componente subjetivo, esto es, que “[...] los sujetos que practican el uso, se sienten constreñidos a realizarlo [...]” (Guzmán-Barrón 2009: 121).

De otro lado, cuando las manifestaciones tácitas del empleador se repiten en el tiempo, creando conciencia de obligatoriedad, pero respecto de determinados individuos en particular (o de uno solo), lo que tendría lugar sería una adquisición de derechos y obligaciones por el transcurso del tiempo, esto es, una decisión empresarial de naturaleza no normativa⁸⁰. Por tanto, la entrega reiterada de las mismas condiciones salariales vigentes en la empresa antes del traspaso, por parte del nuevo empleador, que genere conciencia de obligatoriedad, pero sólo respecto de determinados trabajadores o de uno solo, dará lugar a una consolidación por el paso de tiempo.

Es importante notar que incluso en aquellos supuestos en donde el empleador no se pronuncie expresamente sobre el régimen salarial de los trabajadores traspasados en virtud de una concentración empresarial, sus actos tácitos o la

establecido para beneficios de periodicidad anual, por lo que creemos discutible ampliarlo para beneficios de periodicidad distinta” (2011: 134).

⁸⁰ Sobre el particular, Neves Mujica indica lo siguiente: “[...] cuando nos referimos a que el derecho nace de o se suprime por un producto no normativo, pensamos –si surge de un acto- que puede ser unilateral o bilateral: en el primer caso estamos ante una concesión del empleador, y en el segundo, ante un acuerdo entre este y el trabajador; y –si nace de un hecho- tenemos lo que la doctrina llama la consolidación por el transcurso del tiempo: un beneficio que se convierte en obligatorio por su otorgamiento reiterado a un trabajador o algunos, que sean concretos y determinados” (2007: 137).

tolerancia de la situación creada, darán lugar a una decisión concreta, con contenido y alcances definidos. De esta manera, cuando líneas arriba indicábamos que los procesos que venimos estudiando exigen una respuesta del empleador desde el derecho del trabajo, la misma podrá ser tanto expresa como tácita, no existiendo posibilidad alguna de que se genere algún vacío en materia de los salarios, producto de la inacción del nuevo titular de los medios de producción. No obstante ello, repárese en que lo señalado tiene como excepción a los beneficios nacidos de un convenio colectivo, en donde, ante el mantenimiento del convenio más allá del plazo de su vencimiento, no existirá acto susceptible de ser acusado de lesionar la igualdad por considerar a los actos de traspaso de empresa como justificación de la desigualdad salarial resultante.

2.2.2 Las diferencias salariales sustentadas en los procesos de fusión o adquisición empresarial

Como ha podido observarse, los actos aplicables al ámbito laboral que son susceptibles de mantener la desigualdad creada por los procesos de fusión o adquisición, son de lo más diversos. Sin embargo, debe quedar claro que, no obstante la variedad de dichos actos, todos ellos son pasibles de ser acusados de lesionar los derechos a la igualdad de trato, a igual salario por igual trabajo, y a una remuneración equitativa y suficiente; y por ende, podrán ser sometidos al test de igualdad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en diversas de sus sentencias referidas al principio-derecho de igualdad, ha venido estableciendo un conjunto de criterios metodológicos orientados a analizar la constitucionalidad de un trato legislativo diferenciado, mediante el denominado “Test de igualdad” (Rubio, Eguiguren y

Bernales 2010: 154). Si bien tales criterios han sido fijados pensando en la potestad que tiene el Estado mediante el Ejecutivo o el Legislativo de dictar normas, o en la potestad que tiene mediante el Judicial de aplicarlas, consideramos posible emplearlos a efectos de determinar si la igualdad de trato en materia laboral se ha visto lesionada por el empleador⁸¹.

Doctrinariamente existe cierto consenso en aceptar que el derecho de igualdad es uno de tipo relacional, esto es, que se requiere comparar fácticamente dos sujetos para verificar si su situación es semejante o no, y determinar si el trato que debe proscríbírseles debiera ser igualitario o no. Bajo esa premisa, los criterios que integran el aludido test de igualdad se han sistematizado con el devenir del tiempo en seis pasos⁸², que pueden resumirse de la siguiente manera:

- *Primero:* Se verificará que a supuestos de hecho equivalentes o similares no se les esté otorgando un tratamiento diferenciado, salvo que exista alguna característica en particular que diferencie a un supuesto del otro.

⁸¹ Hemos indicado que el derecho de igualdad de trato es la manifestación entre privados del derecho a la igualdad, que se traduce en un límite al poder de dirección empresarial, y en un derecho subjetivo del trabajador de ser tratado en igualdad de condiciones. Por ello, consideramos que los lineamientos fijados por el Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de las diferenciaciones establecidas ante la Ley, podrían válidamente ser empleados para determinar si el derecho de igualdad de trato está siendo debidamente observado al interior de la relación laboral, pues éste no es más que una manifestación del derecho de igualdad aplicado a las relaciones entre privados.

⁸² Los criterios que integran el test de igualdad del Tribunal Constitucional han sido expuestos y delimitados en diversas sentencias, tales como, las recaídas en los siguientes expedientes: N° 0045-2004-PI/TC, N° 0004-2006-PI/TC, N° 0027-2006-PI/TC, N° 06089-2006-PA/TC, entre otros.

- *Segundo:* Determinar si el nivel de intensidad de la intervención en la igualdad es grave, medio o leve; lo que dependerá del motivo que se emplee para efectuar la diferenciación, y de las consecuencias del mismo.
- *Tercero:* Verificar que la diferencia de trato cuente con una finalidad constitucional. Es decir, el establecimiento de una diferenciación jurídica debe perseguir un derecho, principio o bien jurídico reconocido constitucionalmente, de modo que su realización se obtenga con la diferenciación introducida.
- *Cuarto:* Examen de idoneidad. Evaluar si la diferenciación introducida es idónea y congruente con el fin constitucional que se pretende proteger, de modo que el mismo sea idóneo para obtener dicho fin.
- *Quinto:* Examen de necesidad. Evaluar si existen otros medios alternativos al adoptado por el empleador que sean menos gravosos y que permitan obtener el mismo fin constitucionalmente protegido.
- *Sexto:* Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Se verifica que el grado de afectación al derecho a la igualdad sea –por lo menos- equivalente a la finalidad legítima de la decisión adoptada por el empleador.

El test de igualdad deberá desarrollarse en el orden en que se han presentado los seis pasos que lo integran, de manera que, para transitar de un paso a otro, es necesario cumplir con el que lo precede. Asimismo, basta que no se cumpla con

alguno de los pasos señalados, para que concluir que el trato diferenciador es inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad.

a. Análisis de razonabilidad: su ubicación en el test de igualdad y su especial importancia en la configuración de los salarios

El test de igualdad exige aplicar a la medida cuestionada un examen de razonabilidad, y luego, uno de proporcionalidad. La diferencia entre tales principios radica en que “[...] mientras la razonabilidad consiste en expresar buenas razones para la conducta frente a las ocurrencias de la realidad, la proporcionalidad busca encontrar una adecuada relación de volumen, significación o cuantía entre dos elementos jurídicos (o de relevancia jurídica) entre sí” (Rubio 2005: 251).

El examen de proporcionalidad se identifica básicamente con los tres últimos pasos del test de igualdad del Tribunal Constitucional, esto es, los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸³. Sin embargo, para poder aplicar dicho examen, se requiere que la medida haya cumplido previamente con el principio de razonabilidad, en tanto el examen de “[...] ponderación no podría aplicarse para evaluar medidas que carezcan por completo de explicación racional, pues este método requiere y presupone siempre dos términos que puedan ser comparados: el principio limitado con la medida que se evalúa y aquél otro que

⁸³ Al respecto, se indica que: “[...] la proporcionalidad se presenta como un parámetro complejo, integrado a su vez por tres exigencias articuladas entre sí y que se encuentran encaminadas a asegurar que toda medida limitativa que se adopte: (i) sea eficaz para obtener el fin que se persigue con ella; (ii) no limite la libertad más allá de lo estrictamente necesario, y por último, (iii) no implique una restricción desproporcionada o excesiva del contenido del bien jurídico constitucional del que se trate” (Indacochea 2008: 107). Nótese que las características indicadas aluden, respectivamente, a los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, del test de igualdad.

justifica su adopción” (Indacochea 2008: 105). De esta manera, si no existe razonabilidad no habrá principio constitucional que justifique la adopción de la medida, lo que impide efectuar el análisis de proporcionalidad⁸⁴.

Por todo lo indicado, es evidente que el examen de razonabilidad estaría implícito en el tercer paso del test de igualdad, cuyo propósito es verificar que la diferencia de trato tenga por finalidad la realización de algún derecho, principio o bien jurídico constitucionalmente reconocido. De hecho, en la medida que todas las personas somos distintas unas de las otras, siempre será posible identificar alguna particularidad que pretenda emplearse a efectos de otorgar un trato diferente.

Sin embargo, antes de someter dicha diferenciación al test de proporcionalidad, es necesario verificar que la particularidad empleada cumpla con el principio de razonabilidad. Al respecto, el principio de razonabilidad exige que los actos realizados por los sujetos antes determinados hechos o circunstancias, cumplan con ser generalmente aceptados, pero además con “[...] estar sometidos en argumentos de razonamiento objetivos y no subjetivos, en valores y principios aceptados” (Rubio 2005: 247-248)⁸⁵.

⁸⁴ Al respecto, Indacochea Prevost ha sostenido lo siguiente: “Teniendo en cuenta que la razonabilidad implica evaluar una determinada medida desde el punto de vista de su *justificación racional*, consideramos que debe ser entendida como un paso previo al análisis de proporcionalidad, que consista en verificar que toda medida que limite o restrinja la libertad o los derechos fundamentales, se encuentre justificada en la consecución de un fin legítimo. En tal sentido, la razonabilidad permitiría rechazar todas aquellas medidas que carezcan totalmente de explicación, que sean manifiestamente absurdas o que se justifiquen en la búsqueda de objetivos proscritos por nuestro texto constitucional, de manera explícita o implícita (2008: 107)”

⁸⁵ Sobre el particular, Indacochea Prevost indica que “De este modo, una medida que limitase la libertad y los derechos de los individuos, y que careciese por completo de una explicación racional sería una medida inaceptable y/o injusta per se, es decir, irrazonable” (2008: 104).

De otro lado, en el ordenamiento peruano existe una notoria ausencia de regulación sobre los distintos componentes que integran un sistema salarial, a saber: niveles salariales, composición de la estructura salarial y compensaciones adicionales a la retribución regular. Adicionalmente, Arce Ortiz (2008: 368) ha resaltado la gran libertad con la que cuenta el empleador para decidir sobre: i) el sistema de fijación de la cuantía salarial; y ii) una estructura remunerativa que articule los distintos conceptos salariales. En efecto, no solo no existe regulación estatal que fije parámetros al empleador al momento de establecer los salarios y estructurar los componentes que lo integren, sino que además, tampoco se cuentan con disposiciones que regulen la participación de los trabajadores colectivamente organizados, en la fijación de determinadas partidas salariales, u otros aspectos vinculados con el salario.

Precisamente, el amplio margen de discrecionalidad que nuestro ordenamiento otorga a los distintos actores laborales en materia salarial, es el fundamento para emplear el principio de razonabilidad como un parámetro de validación de las decisiones adoptadas respecto a la determinación y configuración de los sistemas salariales. De esta manera, el principio de razonabilidad opera como “[...] una especie de límite o de freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles” (Plá 1978: 285)⁸⁶.

⁸⁶ Precisamente, Plá Rodríguez sostenía que “[...] la pertinencia de un principio de esta naturaleza parece resultar más necesaria en aquellas zonas donde la índole de las pragmáticas normativas dejan un ancho campo para la decisión individual. Pero esa amplitud del margen de actuación derivada de la imposibilidad misma de las previsiones, no puede confundirse con la discrecionalidad absoluta ni con la licitud de cualquier comportamiento, por arbitrario que él sea” (1978: 285).

La tarea de configurar un sistema salarial lleva implícita la adopción de diversas decisiones de diferenciación al momento de asignar las retribuciones a los puestos, decidir el sistema de compensación, elaborar la estructura salarial, o definir las compensaciones complementarias, entre otras. De hecho, las materias señaladas no suelen ser uniformes en las empresas puesto que el personal que la integra tampoco lo es, y esta situación es la que hace necesaria evaluar la admisión de los elementos diferenciadores desde el principio de razonabilidad, más aún, atendiendo a la amplia libertad que las partes ostentan en este campo.

b. Aplicación del test de igualdad a las diferenciaciones salariales que se sustentan en las fusiones o adquisiciones empresariales efectuadas

Habiendo ubicado el examen de razonabilidad en el tercer paso del test de igualdad, es necesario verificar que se cumplan previamente con los dos primeros pasos, para luego proceder con dicho análisis. El primer paso del test consiste en analizar si el supuesto comportamiento lesivo del derecho a la igualdad “[...] es igual o diferente al supuesto de hecho que sirve de término de comparación (*tertium comparationis*)”⁸⁷. De dicha comparación podrá obtenerse alguno de los siguientes resultados: i) que ambos supuestos sean iguales, en cuyo caso el tratamiento diferenciado sería inválido; o ii) que tales supuestos sean diferentes, en donde deberá procederse con el test de igualdad a efectos de analizar si dicha diferencia justifica el trato desigual.

Por ejemplo, en la fusión de las empresas vitivinícolas abordado en el apartado anterior, los supuestos serían iguales cuando estemos refiriéndonos a dos

⁸⁷ Ver fundamento 129, de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC.

trabajadores de la Empresa “A” (la empresa absorbente) que se desempeñan como obreros de viñas en el mismo lugar de trabajo y bajo similares condiciones. Mientras que, los supuestos serían diferentes cuando dos trabajadores efectúen labores de capataces de bodega, bajo condiciones similares, pero uno respecto de la Empresa “B” (una de las absorbidas) y otro respecto de la Empresa “C” (la otra absorbida).

En efecto, se sostiene que el primer paso del test exige comparar dos situaciones jurídicas que, siendo genéricamente las mismas, presentan diversos elementos específicos sobre los cuales se pretende establecer la diferencia de trato (Rubio 2011: 35)⁸⁸. Además, es preciso indicar que la comparación recae sobre toda la situación jurídica, esto es, sobre “[...] la relación existente entre un supuesto de hecho (o categoría de persona) y su consecuencia jurídica (norma que regula a una categoría de personas)”⁸⁹, y no únicamente sobre el supuesto de hecho o sobre la consecuencia.

Como se observa en el ejemplo indicado, la diferencia entre el capataz de bodega proveniente de la Empresa “B” respecto del que viene de la Empresa “C”, es únicamente la empresa a la que pertenecían antes de la fusión por absorción. De esta manera, el género vendría a ser el conjunto de trabajadores de la empresa resultante del proceso de fusión por absorción de las Empresas “A”, “B” y “C”, y las especies serían los trabajadores de la Empresa “A”, los de la Empresa “B” y los de

⁸⁸ Por ello, se afirma que “Lo correcto, por tanto, no es buscar un término de comparación cualquiera sino el género a partir del cual se ha especificado la diferencia normativa. Si no hay semejanza en el género, y hay dos consecuencias distintas para dos supuestos también distintos, se trata de dos normas diferentes entre sí que no afectan el derecho de igualdad” (Rubio 2011: 34).

⁸⁹ Ver fundamento 131, de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC.

la Empresa “C”. Lo señalado aplicado a las diferenciaciones salariales en función de la empresa de origen antes del traspaso (que se planteó como problema en el apartado anterior), significaría establecer “especies” de sistemas de compensaciones para los trabajadores provenientes de la Empresa “B” y de la Empresa “C”, respecto del sistema salarial macro imperante en la empresa que adquirió a las otras dos (Empresa “A”).

En otro ejemplo, supongamos que se han fusionado por constitución las empresas A, B y C, en donde la empresa resultante de la fusión es “X”. Una vez fusionadas, la empresa resultante X establece que su estructura salarial general será X1, esto es, que el salario de todo trabajador que con posterioridad a la fusión ingrese a laborar a X se regirá por la estructura salarial X1; mientras que el salario de los trabajadores traspasados en virtud de la fusión, continuarán rigiéndose por las estructuras salariales de sus empresas de origen, esto es: A1, B1 y C1. De esta manera, el género salarial sería X – X1, mientras que las especies del mismo serían: A – A1, B – B1, y C – C1.

Por tanto, existe un elemento en particular que distingue a un determinado grupo de trabajadores del resto, esto es, el distinto origen empresarial de aquellos que han sido traspasados en virtud de una fusión o adquisición. De esta manera, verificada la diferencia entre los supuestos de hecho comparables, corresponde identificar la intensidad de la medida diferenciadora en el derecho a igualdad, lo que dependerá del tipo de motivo empleado para diferenciar y de las consecuencias del mismo, pudiendo clasificarse en: grave, media y leve⁹⁰.

⁹⁰ Las diversas sentencias del Tribunal Constitucional, clasifican la intensidad de la intervención en las siguientes: i) Intensidad grave.- Cuando el motivo de la diferenciación se sustenta en alguno de los motivos prohibidos en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución (raza, sexo, origen, entre otros), y además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho

Los casos de intensidad grave y media implican sustentar la diferenciación en un motivo prohibido, lo que sugeriría la existencia de una discriminación. Al respecto, recuérdese que hemos indicado que la existencia de diversas estructuras salariales producto de una fusión o adquisición empresarial, si bien podrían lesionar el derecho a la igualdad, no lo harían respecto del mandato de no discriminación⁹¹. En este sentido, el grado de intervención en el derecho a la igualdad que tendría una diferenciación no basada en un motivo prohibido, como sucede con el presente caso, sería a lo mucho la de una de intensidad leve⁹².

Siguiendo con el test de igualdad, corresponde abordar el tercer paso referido a verificar que la medida diferenciadora cuente con una finalidad constitucional, para lo cual, deberán diferenciarse el aspecto objetivo de la finalidad de la medida.

fundamental o constitucional; ii) Intensidad media.- Cuando el motivo de la diferenciación se sustenta en alguno de los motivos prohibidos en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución (raza, sexo, origen, entre otros), y tiene por consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo; y, iii) Intensidad leve.- Cuando el motivo de la diferenciación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

⁹¹ En efecto, discriminar supone efectuar una diferenciación en base a un motivo prohibido, y ello no es precisamente lo que ocurre cuando producto de una concentración de empresas, se encuentran diferentes estructuras remunerativas en un solo centro laboral: el motivo de diferenciación es la fusión o adquisición que tuvo lugar, no un motivo prohibido.

⁹² Lo que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 36 de la Sentencia recaída en el Expediente Nº 00045-2004-PI/TC, es lo siguiente: "La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional".

Siendo el derecho a la igualdad un derecho humano y fundamental de toda persona recogido en nuestra Constitución, lo lógico es que su limitación se encuentre sustentada en una finalidad prevista en la propia Constitución. Así, mientras el aspecto objetivo alude al estado de cosas o situación jurídica que la medida pretende conformar a través del tratamiento diferenciado; la finalidad, vendría a ser el derecho, principio o bien jurídico, cuya realización se logra con la conformación del objetivo. De esta manera, el objetivo del tratamiento diferenciado debería encontrarse legitimado por la finalidad que se persiga⁹³.

En el presente caso, la situación jurídica que se conforma con alguna de las medidas abordadas en el apartado anterior (decisiones unilaterales, acuerdos entre trabajadores y empleadores, o tolerancia de la desigualdad generada), es que la empresa otorgará a los trabajadores condiciones salariales diferenciadas en función de la empresa de origen antes del traspaso por fusión o adquisición que hubiese ocurrido. De otro lado, la finalidad constitucional que estaría respaldando el objetivo señalado, dependerá del tipo de medida que lo hubiese generado. Como se recordará, las posibles medidas susceptibles de lesionar el derecho a la igualdad las clasificamos entre aquellas que emanan unilateralmente del poder de dirección del empleador y las que nacen de un acuerdo de voluntades entre el mismo y los trabajadores.

En línea con lo anterior, cuando el acto emane del poder de dirección del empleador, el derecho realizado sería el de libertad de empresa, reconocido en el artículo 59º de la Constitución, y que le permite organizar las condiciones salariales de sus trabajadores de la manera en que estime conveniente. En caso la decisión

⁹³ Ver: Fundamento Jurídico N° 37, de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00045-2004-PI/TC.

provenza del acuerdo entre el empleador y los trabajadores colectivamente organizados, el bien jurídico logrado sería el derecho a la negociación, consagrado en el artículo 28° de la Constitución, que autoriza a las partes a regular de común acuerdo las remuneraciones y condiciones de trabajo. Finalmente, cuando el acuerdo se realice directamente entre el empleador y el trabajador, se trataría del derecho de libertad contractual, previsto en los artículos 2° inciso 14 y en el 62° de la Constitución.

Es precisamente en este punto en donde corresponde efectuar el examen de razonabilidad al que nos referíamos en la sección anterior, de modo que podamos verificar si con la medida en cuestión realmente se alcanza la realización de los derechos constitucionales antes indicados. En efecto, los derechos a la libertad de empresa, negociación colectiva y libertad contractual son los que permiten a las partes, entre otras cosas, determinar y configurar las condiciones salariales que les corresponda. Sin embargo, para que ello sea posible, se requiere que la medida de diferenciación empleada sea razonable pues, de lo contrario, habría un ejercicio inválido de tales derechos, lo que imposibilita su realización.

c. La irracionalidad de las medidas de diferenciación salarial en base a las fusiones y adquisiciones

La razonabilidad de una medida consiste en verificar que existan “razones aceptables” que justifiquen su adopción, teniendo en cuenta sus antecedentes y fines que persiguen, de modo que una medida será razonable cuando cuente con una justificación racional (Indacochea 2008: 104-107). De esta manera, las medidas de diferenciación serán válidas siempre y cuando existan argumentos aceptables

que justifiquen otorgar salarios diferenciados debido al traspaso de empresa por fusión o adquisición que hubiese ocurrido.

Sobre el particular, existen quienes consideran que la transmisión de empresas justifica que dos colectivos ostenten un tratamiento diferente sin lesionar el principio de igualdad. Así, Luque Parra considera adecuada la posición del Tribunal Constitucional Español respecto a que “[...] el negocio jurídico de la transmisión de empresas es un motivo suficiente para explicar la diferencia de tratamiento [en los convenios colectivos] entre el colectivo procedente de la empresa cedente y el que estaba en la empresa cesionaria [...]” (2007: 266). El autor añade que “[...] nada impide que por negociación colectiva [...] puedan alcanzarse acuerdos de homologación y de armonización de condiciones de trabajo de toda la plantilla de la empresa cesionaria” (Ibídem).

Por su lado, Monereo Pérez señala que «[...] la concurrencia de convenios y la diversidad de régimen jurídico que corresponda a los colectivos de trabajadores de distinta procedencia [...] es “la consecuencia natural de arrastrar unas condiciones laborales no idénticas”» (1987: 314). Por ello, el autor agrega que “[...] no tiene por qué verse alterado el régimen jurídico por el cual antes se regían, salvo que por negociación o mejora voluntaria de condiciones deje de regir el anterior sistema [...]” (Ibídem). En efecto, al igual que Luque Parra, Monereo también considera que nada impide que por negociación colectiva se modifiquen las condiciones salariales; o que ello tenga lugar por “mejora voluntaria”, esto es, cuando el empleador modifica unilateralmente las condiciones salariales pero sólo para incrementarlas o mejorarlas.

Como puede observarse, ambos autores consideran a la transmisión de empresas como un motivo suficiente para justificar la diversidad de regímenes salariales en un mismo centro empresarial, luego del traspaso que hubiese ocurrido. En efecto, ambos autores consideran que la homogeneización de las condiciones salariales constituye una operación facultativa pues, si bien nada los obliga a ello, tampoco se encuentran prohibidos de hacerlo (por negociación o mejora voluntaria). Incluso, en el caso de Monereo Pérez, pareciera que considerara a la modificación de tales condiciones como una excepción a la regla de mantenerlas, pues señala que las mismas, en principio, no debieran verse alteradas⁹⁴.

Sin embargo, no consideramos razonable sustentar la existencia de sistemas salariales diferenciados en una misma empresa, en la fusión o adquisición que la hubiese generado⁹⁵, por los fundamentos que a continuación se expondrán:

- Uno de los fundamentos para aceptar en nuestro ordenamiento la continuidad del contrato de trabajo en casos de transmisión de empresas, es que “[...] las

⁹⁴ Respecto al texto de Luque Parra citado, es preciso anotar que si bien el mismo está referido sólo al convenio colectivo como fuente de regulación del salario, consideramos que es posible extender su comentario a aquellas condiciones laborales que provengan de otra fuente. Esto se debe a que en el ordenamiento jurídico español el principio de igualdad se vincula esencialmente a la Ley y a las actuaciones de los poderes públicos, mientras que, la prohibición de discriminación se extiende también al ámbito de las relaciones privadas (Castro 2007: 36). De ahí que, Luque Parra considera que sólo el convenio colectivo, en tanto norma, está vinculado a la igualdad de trato. Sin embargo, en nuestro caso, por lo indicado en el apartado 2.1, consideramos que en el ordenamiento laboral peruano el derecho de igualdad de trato y su manifestación a nivel salarial, no se limitan exclusivamente a la ley y a los poderes públicos, sino que su eficacia entre particulares, los convierten en derechos plenamente exigibles al interior de la relación laboral y respecto de cualquier otro acto que pudiese tener lugar.

⁹⁵ Nótese que aceptar dicha diferenciación, implica reconocer distintos niveles salariales, estructuras remunerativas y, programas, planes o acuerdos de entrega de prestaciones o compensaciones complementarias. Los componentes que integran un sistema salarial ya han sido abordados en el primer capítulo.

transmisiones provienen de una decisión unilateral empresarial donde el consentimiento del trabajador no tiene mayor relevancia jurídica, por lo que no cabe trasladarse a este último los perjuicios de una decisión ajena a su voluntad” (Arce 2008: 143). En efecto, consideramos que la ajenidad del contrato de trabajo justifica la adopción de medidas que protejan al trabajador de todos aquellos actos de competencia exclusiva del empresario que pretendan alterar las condiciones de su relación laboral, a pesar de que las demandas de trabajo se mantengan en la misma cantidad y calidad.

Por ello, la legislación comparada en materia sucesoria, en su primera etapa, está destinada a neutralizar los efectos del traspaso de empresa en los trabajadores, invocando para ello el principio de continuidad laboral. Sin embargo, consideramos que ahí no termina la tarea protectora y garantista del derecho laboral, sino que, en una segunda etapa, esta disciplina debe velar porque los derechos fundamentales de los trabajadores, como sucede con los derechos a la igualdad abordados en el apartado 2.1, sean plenamente realizables y exigibles al interior de la relación laboral que ha subsistido a la mera sucesión de empresarios. La lógica es que los trabajadores no se vean afectados por decisiones que son de exclusiva competencia del empleador y en donde ellos no tienen participación alguna.

De esta manera, aceptar que los traspasos de empresa -que son actos cuya realización depende únicamente del empresario- puedan constituir causas de diferenciación salarial válidas, en buena cuenta significa atribuir a los trabajadores las cargas derivadas de las decisiones empresariales del titular del negocio, lo cual es contrario a las fundamentos que inspiran la aceptación de la continuidad del contrato de trabajo. Por el contrario, nótese que las

transmisiones de empresas son las que generan la concurrencia de sistemas salariales, lo que a su vez posibilita que ciertos derechos, como los de igualdad, puedan verse lesionados. De ahí que una adecuada regulación sucesoria que sea coherente con sus fundamentos, debería apuntar a brindar mecanismos que aseguren la vigencia del resto de derechos laborales con posterioridad a la transmisión.

- En segundo lugar, cuando estudiamos la conformación de los sistemas salariales, indicamos que para tales efectos se consideraba que el salario cumplía una doble función: i) satisfacer las necesidades básicas del trabajador; y ii) satisfacer sus necesidades intangibles, como, el reconocimiento, estatus, prestigio, y otros valores y fines de índole abstracta. En base a ello, se indicó que los componentes del salario se podrían clasificar en los siguientes: i) retribución primaria en función de los puestos; ii) retribución primaria en función de las competencias; iii) compensaciones por méritos; iv) compensaciones por productividad; y v) otras compensaciones personales, por acuerdo, de apoyo económico, entre otras. Como se observa, los componentes salariales están en función de las características del trabajador o de las exigencias del puesto o categoría que el mismo ocupa.

Al respecto, compartimos la posición de quienes sostienen que el artículo 24º de la Constitución alude al concepto social de salario, que supera la noción meramente contraprestativa y, en virtud del cual, la remuneración es el medio de inclusión social del trabajador, en la medida que es el único pago que el mismo recibe por su fuerza de trabajo y tiene por finalidad satisfacer las necesidades materiales y espirituales del trabajador y su familiar (Arce 2008: 347-349). En consecuencia, consideramos que hablar de una real

remuneración equitativa y suficiente, exige verificar que los criterios en base a los cuales se entregan los salarios, guarden coherencia entre sí, y se encuentre vinculados a las características propias del puesto de trabajo, a las competencias necesarias para efectuar las labores, o al desempeño, mérito y cualificación propias del trabajador que presta los servicios.

En efecto, no es posible que las necesidades de una persona sean satisfechas, si los criterios que determinan la cuantía y entrega de sus salarios, escapan completamente a su esfera de control y manejo, como sucede con los traspasos de empresa por fusión o adquisición. Por el contrario, aquellos elementos respecto de los cuales, el trabajador tiene determinado dominio y posibilidad de acción, son: el puesto que ocupa, las competencias que se le exige, su desempeño en particular, y los méritos que tuviese. Por lo indicado, creemos que permite cumplir con el rol social del Estado, considerar que las diferencias que se establezcan en el salario obedezcan a situaciones particulares del trabajador o a las características y exigencias de los puestos o categorías que son ocupadas por ellos.

En este contexto, es evidente la irrelevancia de la transmisión de empresas por fusión o adquisición para fijar los sistemas salariales. Tales procesos no inciden de ninguna manera en las características particulares que los trabajadores traspasados ostentan, pues constituyen hechos ajenos y externos a su productividad y competitividad. De otro lado, dichos fenómenos tampoco forman parte de las características o exigencias de los puestos de trabajo. Simplemente, resultaría absurdo introducir diferenciaciones salariales en base a eventos que no tienen punto de conexión con la determinación del

salario, a efectos de lograr la satisfacción de las necesidades de los trabajadores desde su concepción social.

Por tanto, toda medida de diferenciación que se sustente en el motivo analizado, será inválida, en tanto no resulta razonable emplear dicho motivo para afectar el salario de los trabajadores. De este modo, no tiene mayor relevancia si el acto constituye un producto (acto o hecho) normativo o no, o si el mismo proviene de la voluntad unilateral del empleador o de un acuerdo de voluntades. Lo determinante es que, en tanto todos ellos pretenden sustentar la diferenciación en un motivo que carece de razonabilidad, tales decisiones terminan por ser irracionales también.

2.2.3 Consecuencias de la irracionalidad de las diferencias salariales sustentadas en los procesos de fusión o adquisición

En el apartado anterior hemos sometido las diferencias salariales sustentadas en la transmisión de empresas al test de igualdad establecido por el Tribunal Constitucional, con la finalidad de determinar si el motivo de diferenciación empleado cumplía con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De dicho examen, concluimos que no resultaba razonable diferenciar los salarios en base al motivo indicado, lo que imposibilita considerar a la realización de los derechos a la libertad de empresa, negociación colectiva y libertad contractual, como la finalidad de la medida de diferenciación, en tanto que lo que realmente existe es un ejercicio inválido de tales derechos. Por tanto, a continuación se expondrán las consecuencias de afirmar la irracionalidad de las decisiones que pretenden diferenciar el salario de los trabajadores, en base a la fusión o adquisición realizada.

a. Vulneración de los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente

En el apartado 2.1 hemos abordado los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente, pues consideramos que los mismos fundamentan la exigencia de no efectuar diferenciaciones arbitrarias ni antojadizas en lo que respecta a las condiciones salariales. Todos los derechos mencionados exigen emplear motivos razonables para introducir diferencias en el salario, por lo que se acudió al test de igualdad según los parámetros fijados por el Tribunal Constitucional para realizar el control de validez de los presuntos actos que estarían vulnerando tales derechos. De esta manera, las diferenciaciones serán válidas siempre que cumplan con los seis pasos que integran el test de igualdad, bastando con que uno de ellos no quede acreditado para poder afirmar que los derechos mencionados, que a su vez forman parte del derecho de igualdad, se han visto lesionados.

En consecuencia, dado que la irracionalidad de la diferenciación imposibilita que la misma pueda contar con una finalidad constitucional, es que el test de igualdad no se habría cumplido al no haber logrado superar el tercer paso del mismo (la verificación de un fin constitucional válido). Esto supone que los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente, estarían siendo vulnerados en caso se emplee como motivo de diferenciación a la fusión o adquisición que tuvo lugar. De esta manera, las decisiones que se hubiesen adoptado en base a dicho motivo serían inválidas por ser inconstitucionales, y serían pasibles de ser impugnadas ante los tribunales.

Asimismo, nótese que, la consecuencia de que determinada medida (como la diferenciación salarial sustentada en la fusión o adquisición ocurrida) sea irracional, es que la misma será inconstitucional al encontrarse vulnerando el principio de razonabilidad regulado en el artículo 200° de la Constitución (además del derecho a la igualdad). En efecto, los dos últimos párrafos del artículo 200° de la Constitución señalan lo siguiente:

[...]

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución.

*Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la **razonabilidad y la proporcionalidad** del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.*

Al respecto, si la Constitución exige a los órganos jurisdiccionales observar el principio de razonabilidad –y también el de proporcionalidad– en supuestos de regímenes de excepción (en donde se suspenden diversas garantías), con mayor razón deberá de exigirse el cumplimiento de dicho principio en situaciones normales y a todos los órganos estatales o particulares. De hecho, aunque refiriéndose a la proporcionalidad el Tribunal Constitucional ha señalado que “[...] su ámbito de aplicación no se circunscribe al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona

[...]”⁹⁶, como sucede con el derecho a la igualdad. Sin embargo, en tanto la razonabilidad y proporcionalidad han sido formuladas en forma conjunta, consideramos que el comentario del Tribunal a la proporcionalidad, le es perfectamente aplicable a la razonabilidad⁹⁷. En consecuencia, toda medida que carezca de razonabilidad será inconstitucional, por no observar lo previsto en el artículo 200° de la Constitución.

Ahora bien, no es nuestro propósito entrar a abordar el tema de qué vía procesal sería la idónea para impugnar las decisiones mencionadas; sin embargo, sí queremos indicar cómo se configuraría la invalidez de la decisión en función del acto o hecho que la hubiese generado.

- Ejercicio inválido del poder de dirección.- Se encuentran en esta categoría todas las decisiones unilaterales del empleador, normativas o no normativas, así como las expresas y las que hemos denominado tácitas. Como se indicó, uno de los límites al poder de dirección del empleador lo constituye el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores al interior de la relación de trabajo. En efecto, el artículo 23° de la Constitución dispone que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 006-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la República con el inciso j, artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República.

⁹⁷ Al respecto, Rubio Correa considera lo mismo que hemos anotado, en la medida que luego de comentar las sentencias del Tribunal Constitucional, indica que: “De lo establecido en estas dos sentencias queda muy claro que tanto la razonabilidad y la proporcionalidad son principios aplicables desde el artículo 200° de la Constitución a todo orden social constitucional y, por ello mismo, a todo el Derecho [...]” (2005: 241).

En consecuencia, las medidas de diferenciación salarial, que el empleador introduzca en ejercicio de su poder de dirección y que se funden en la fusión o adquisición ocurrida, serán inconstitucionales, pues se encuentran vulnerando el derecho a la igualdad de los trabajadores involucrados, así como también, el principio de razonabilidad previsto en el artículo 200° de la Constitución Política del Perú.

- Ejercicio inválido del derecho de negociación colectiva.- Como todo derecho, el de negociación colectiva no es irrestricto; tiene límites en su ejercicio. De hecho, si bien este derecho autoriza a las partes (empleador y organización de trabajadores) a autorregularse, dicha tarea debe efectuarse en armonía con el resto de normas vigentes en el ordenamiento. En consecuencia, por vía de la negociación colectiva no sería posible rebajar o desconocer aquellos derechos reconocidos a los trabajadores por normas de mayor jerarquía al convenio colectivo, como sucede con el derecho a la igualdad reconocido por la Constitución. De hacerlo, dicha cláusula del convenio que transgreda el derecho a la igualdad por introducir diferenciaciones arbitrarias, sería nula por inconstitucional.
- Ejercicio inválido del derecho de libertad contractual.- El derecho de libertad contractual permite que los sujetos laborales puedan delimitar el contenido de las diversas condiciones de trabajo. Sin embargo, atendiendo a la desigualdad de poderes que existe entre el empleador y el trabajador, dicha libertad tiene como principal límite que el trabajador no renuncie a los derechos que se le reconozcan por alguna norma de tipo imperativa. En consecuencia, si el trabajador aceptara que su salario se viera diferenciado

por un motivo inconstitucional (en tanto es irracional), ello calificaría como una renuncia de su derecho a la igualdad, siendo por ello dicho acuerdo inválido.

b. Obligación de homogeneizar las condiciones salariales

Al sostener que las fusiones y adquisiciones empresariales no pueden emplearse como motivos válidos de diferenciación salarial, no pretendemos afirmar que todos los trabajadores que se hubiesen concentrado en una sola organización producto de alguno de los fenómenos indicados, deberán percibir en su integridad las mismas condiciones salariales. En efecto, como indicamos mientras abordábamos la configuración de los derechos a la igualdad en el apartado 2.1, de lo que se trata no es de defender un igualitarismo a ultranza, sino de proscribir un trato igualitario a quienes se encuentren en situaciones iguales o equivalentes.

De esta manera, cuando hablamos de “homogeneizar”, nos estamos refiriendo a todo proceso que tenga por finalidad armonizar los niveles retributivos y equiparar el resto de condiciones salariales del personal afectado por la concentración. Al respecto, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “homogeneizar” significa “Nivelar, armonizar o conferir homogeneidad o unidad a los elementos de un conjunto o de un ámbito” (s.f. avance de la 23ª edición). Por ello, hemos optado por emplear este término pues la amplitud del mismo permite comprender las diversas tareas orientadas a restituir el derecho a la igualdad en cada una de las afectaciones que los procesos en cuestión tienen en los diversos ámbitos del sistema salarial.

Ahora bien, se ha indicado que los procesos de fusión y adquisición por traspaso de empresas tienen por resultado unos escenarios de desigualdad salarial que, en la

medida que habían sido creados al margen de la voluntad de los actores laborales, exigen una respuesta del empleador, o de éste y los trabajadores para su consolidación. Asimismo, cuando nos referimos a los posibles actos o hechos susceptibles de lesionar el derecho a la igualdad (ver apartado 2.2.1), sostuvimos que la mera tolerancia de la desigualdad generada por tales fenómenos podría derivar en una costumbre o en una consolidación de beneficios por el transcurso del tiempo que reconozca diferencias salariales fundadas en el mero traspaso de empresa por fusión o adquisición, motivo que –como hemos indicado– consideramos inválido.

En consecuencia, para no lesionar los derechos a la igualdad, es necesario que la decisión que los actores laborales adopten frente al escenario de desigualdad creado por los fenómenos indicados sea expresa, de modo que no se caiga en el supuesto de tolerancia de la desigualdad creada por tales procesos. Ahora bien, somos de la opinión que dicho pronunciamiento expreso debe estar orientado a homogeneizar las condiciones salariales del personal involucrado, esto es, a encontrar armonía y coherencia al interior del diseño salarial aplicable el personal que se integra en la nueva organización. Dicha armonía supone evaluar y verificar en qué supuestos las diferencias se encuentran fundamentadas y en cuáles no, y tales resultados deben verse plasmados en una decisión expresa y por escrito del empleador o de éste más los trabajadores, de modo que sea posible su posterior fiscalización.

Por tanto, aquellas decisiones que reconozcan diferenciaciones salariales en base a motivos válidos y razonables, habrán cumplido con su labor de homogeneizar; lo que no ocurriría, evidentemente, con aquellas decisiones que no cumplan con lo indicado. En efecto, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato, igual

salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente, unidos al principio de razonabilidad, son el fundamento para afirmar que existe un deber de homogeneizar las condiciones salariales.

2.3 LA IGUALDAD SALARIAL EN FUNCIÓN DEL TIPO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Como lo indicamos en un inicio, si bien no consideramos que las fusiones y adquisiciones empresariales puedan constituir motivos válidos que permitan diferenciar salarialmente al personal, la manera en que tales fenómenos inciden en la afectación del derecho a la igualdad dependerá de si la concentración que tuvo lugar fue una de tipo horizontal, vertical o de conglomerado. En efecto, ello sucede porque somos de la opinión que el nivel de afectación de los sistemas salariales varía en función del tipo de concentración, y es precisamente dicho tipo de lesión el que índice directamente en la vulneración del derecho de igualdad salarial.

Es preciso recordar los tres ámbitos en los que se produce la afectación en el salario, como consecuencia del traspaso de empresa en virtud de una fusión o adquisición (ver apartado 1.3 del primer capítulo): i) la escala o estructura salarial, esto es, la cuantía de los salarios por cada categoría o puesto de trabajo; ii) la composición de la estructura salarial, referida a los conceptos que integran la retribución regular del trabajador (salario base, variables, comisiones, etcétera); y iii) complementos salariales, referida a las compensaciones adicionales al salario regular del trabajador (premios, incentivos, prestaciones asistenciales, entre otras).

De esta manera, a continuación analizaremos cómo varía la afectación del derecho a la igualdad salarial en base del tipo económico de concentración, para lo cual se tomará como referencia los tres ámbitos de afectación del salario antes indicados.

2.3.1 Las concentraciones horizontales

Este tipo de concentraciones se definen como “[...] aquellas que combinan dos empresas en la misma industria y, en ocasiones, hasta en la misma línea de negocios” (Marín 2008: 1). En otras palabras, la integración se produce entre empresas que se dedican a la misma actividad y, por ende, son competidoras entre sí. En un plano histórico, estas concentraciones corresponden a la denominada “primera oleada”, que inició a finales del siglo XIX y a inicio del XX, y cuya principal orientación estuvo en crecer lo más rápidamente mediante el incremento de la capacidad de fabricación y la compra de otras empresas dentro de su mismo sector (McCann y Gilkey 1990: 15).

Como se observa, estas concentraciones integran organizaciones laborales iguales o similares, en la medida que se dedican a la producción del mismo tipo de bienes o servicios. Lo señalado significa que la unión se hará respecto de trabajadores dedicados a la misma actividad, que ostenten similares profesiones u oficios, en donde los puestos de trabajo serán equivalentes y en donde la actividad laboral estará organizada de similar manera. De hecho, esa extrema similitud en la composición de las organizaciones laborales en estos procesos, ocasiona que se generen “[...] una serie de redundancias en las empresas afectadas, que se traducen en duplicidades de puestos de trabajo” (Rocha y Aragón 2002: 31).

a. Afectaciones en el sistema salarial

Dadas las características de estas concentraciones, consideramos que las mismas repercuten en el íntegro de los sistemas salariales de las empresas que se concentran, esto es: i) en la estructura salarial; ii) la composición interna de la estructura salarial; y iii) en las compensaciones complementarias.

- Como se explicó en el primer capítulo, la determinación de la estructura salarial depende de: i) el nivel salarial de la empresa; y, ii) la evaluación de los puestos. En lo que concierne al nivel salarial, los factores que lo determinan dependen de cada organización en particular (capacidad de pago, tamaño de la empresa, papel de sindicato, etcétera); y por ello, la unión de dos o más organizaciones distintas genera la concurrencia de niveles salariales distintos y no adecuados a la nueva realidad empresarial. De otro lado, la valoración de los puestos también difiere de empresa a empresa, pues los factores de evaluación (responsabilidad, conocimiento, riesgos, esfuerzo, etcétera) y los métodos empleados para hacerlo, son también distintos; y esto ocasiona la coexistencia de puestos similares pero con distinta valoración y, por ende, con retribuciones desiguales.

De esta manera, es evidente que la integración de dos organizaciones dedicadas a la misma actividad o negocio (concentración horizontal), afectará la estructura salarial de la empresa resultante, pues coexistirán niveles salariales distintos para puestos similares que, además, no cuentan con una valoración y evaluación uniforme.

- En segundo lugar, consideramos que la composición interna de la estructura salarial también se vería afectada, pues los trabajadores que se integran en la nueva organización no sólo ocupan puestos con igual valoración, sino que además, las actividades y labores que se ejecutan en los mismos también son iguales. Por ejemplo, si dos empresas dedicadas al transporte interprovincial se fusionan (fusión horizontal), es evidente que en la compañía resultante del proceso de fusión habrán “choferes” que provengan de diferentes empresas (las que participaron en la fusión). De esta manera, luego de la fusión, habrá en la empresa resultante un solo puesto de “chofer” que comprenda las mismas funciones para todos los de su categoría.

Lo señalado quiere decir que el puesto de chofer tendrá una única valoración para empresa, y que los criterios salariales para retribuirlos deberán ser los mismos, en tanto las exigencias del puesto y demás competencias, serán iguales. En efecto, si los puestos son los mismos, los factores que lo componen también lo serán, y ello exige que la composición de la estructura salarial de los puestos que son iguales, también lo sean. Por ejemplo, si la entrega de una parte del salario de los choferes está condicionada a que el chofer no infrinja ninguna norma de tránsito durante los viajes, no existe razón alguna para que a otro chofer que realice la misma tarea no se le aplique la misma condición.

En consecuencia, las integraciones de tipo horizontal, además de incidir en los niveles salariales por cada puesto o categoría, también lo harán respecto de cómo se componen internamente las escalas salariales en la empresa. En efecto, las mismas pueden ocasionar que existan trabajadores cuyos haberes

mensuales difieran en los componentes que los integran, pese a desempeñar las mismas tareas y en los mismos puestos.

- Finalmente, la afectación de las compensaciones complementarias⁹⁸ se ocasiona por la extensión del ámbito fijado para la entrega de las mismas. En efecto, estos beneficios no forman parte de la estructura salarial, y por ello su cuantía y entrega no están vinculadas al nivel salarial, valoración del puesto, ni a las características del cargo que ocupa la persona que lo percibe. Por ejemplo, forman parte de estos beneficios: la asignación por carga familiar, bonificación por tiempo de servicios, asignación por movilidad, entre otros. Como puede verse, la asignación por carga familiar –por ejemplo– se entregará a los trabajadores que la tengan, en la forma y monto que se hubiese acordado o fijado, y con independencia de la escala o banda salarial en que se encuentren los trabajadores.

De ahí que la entrega de estas compensaciones requiere que la empresa haya delimitado previamente un ámbito de aplicación de la medida (toda la empresa, una sección de la misma, una determinada área o categoría, etcétera), en donde los trabajadores que cumplan las condiciones fijadas puedan tener acceso a tales beneficios. Por ello, considerando que las concentraciones horizontales integran empresas dedicadas a la misma actividad, es que el ámbito de entrega de estas compensaciones se verá

⁹⁸ Recuérdese que cuando aludimos a las “compensaciones y prestaciones complementarias” nos referimos a todos aquellos beneficios que, sin formar parte de la estructura remunerativa, se entregan a los trabajadores por algún motivo en particular. En efecto, se tratan de las compensaciones por mérito que se entregan a modo de gratificaciones o bonificaciones ocasionales; a aquellas retribuciones de índole personal como la carga familiar y el tiempo de servicios; o a las prestaciones asistenciales destinadas a aminorar el presupuesto familiar e incrementar el estándar de vida de los trabajadores.

ampliado luego del proceso, pues se habrán unido empresas que al dedicarse a la misma actividad, ostentan secciones o áreas equivalentes entre ellas. Esa extensión del ámbito de aplicación de estas compensaciones, puede dar lugar a la concurrencia de dos o más de estos beneficios que, siendo iguales y aplicables al mismo ámbito, tienen cuantías, criterios y modos de entrega diferenciados.

Por ejemplo, las empresas de transporte “A” y “B” que se han fusionado y ambas entregan a su choferes una asignación por educación, con las siguientes características: i) en la empresa “A”, la asignación equivale a S/.50.00 soles mensuales, y se entrega por cada hijo menor de 18 años que curse estudios en primaria o secundaria; y, ii) en la empresa “B”, la asignación equivale a S/.300.00 soles al año, que se entrega en el mes de marzo, y es por cada hijo menor de 24 años que curse estudios escolares o universitarios. Como se ve, el beneficio es el mismo (asignación por educación), su ámbito de aplicación también (choferes), pero el monto y los criterios de su entrega no lo son.

b. Afectaciones a la igualdad salarial

Evidentemente en los procesos de integración horizontal, las afectaciones mencionadas impactan sobre los derechos de igualdad de trato en materia salarial, igual salario por igual trabajo y el de una remuneración equitativa y suficiente, pues las situaciones creadas por los mismos involucran trabajadores en situaciones similares pero con distintas remuneraciones y demás condiciones salariales.

Con relación a las afectaciones que se generan a la estructura salarial, en donde pueden apreciarse puestos similares pero con valoraciones y niveles salariales distintos, tales diferencias recaerán –salvo excepciones– sobre conceptos que ostenten naturaleza remunerativa para efectos laborales, conforme a lo regulado por nuestra legislación⁹⁹. Sin embargo, también será posible apreciar una afectación de conceptos de naturaleza no remunerativa, en aquellas afectaciones que sufren las compensaciones y prestaciones complementarias a la estructura salarial. Ambas situaciones, sin duda alguna, afectarán el derecho de los trabajadores afectados a una remuneración equitativa y suficiente, a igual salario por igual trabajo, y a la igualdad de trato en materia salarial.

Finalmente, consideramos que las afectaciones que recaen en cómo se componen internamente los haberes establecidos en las estructuras salariales y respecto de las condiciones y modos de entrega de las compensaciones complementarias, configurarían una afectación al derecho de igualdad de trato en materia salarial, antes que al de una remuneración equitativa o suficiente o al de igual salario por igual trabajo. En efecto, puede suceder que dos trabajadores perciban iguales haberes mensuales, pero los componentes que los integran sean distintos, pese a tratarse de empleados que ocupan iguales puestos y efectúan iguales tareas.

⁹⁹ Lo usual será que la estructura salarial de un trabajador esté compuesta por conceptos de naturaleza remunerativa, esto es: haber básico, bonificaciones por productividad, asignación por riesgo, entre otros. Sin embargo, cuando indicamos que pueden haber excepciones nos referimos básicamente a cuando se decide entregar parte del haber regular de los trabajadores bajo la modalidad de las prestaciones alimentarias indirectas, esto es, tickets o vales de alimentos. De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 28051, las modalidades de prestaciones alimentarias por suministro indirecto, como los tickets o vales de alimentos, están excluidos del concepto de remuneración. Asimismo, ni la ley ni su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 013-2003-TR, impiden condicionar la entrega de tales vales o tickets al cumplimiento de determinadas obligaciones o condiciones en el centro de trabajo. De ahí que existe la posibilidad de otorgar parte de haber que corresponda según la estructura salarial, bajo estas modalidades, cuya naturaleza por mandato legal es no remunerativa.

En el ejemplo de los choferes, a los que se les condiciona parte de sus haberes a que no cometan infracciones de tránsito, puede suceder que al final de mes ambos perciban un igual haber mensual; sin embargo, para ello habrá sido necesario que uno de los choferes no cometa infracciones de tránsito, mientras que dicha exigencia no se habrá aplicado para el otro. Esa exigencia adicional para poder percibir el tope de la remuneración que conforme a su escala salarial corresponde al trabajador, calificará como una lesión al derecho de igualdad de trato en materia salarial.

2.3.2 Las concentraciones verticales

Estas concentraciones se caracterizan por que consolidan dos empresas en distintos niveles de la cadena productiva, de manera que, la “[...] empresa compradora integra sus operaciones de manera vertical hacia atrás (fuentes de materia prima) o hacia delante, buscando cómo conectarse de forma más directa con el consumidor” (Marín 2008: 2). A diferencia de las integraciones horizontales que buscan ampliar su capacidad operativa, las verticales surgen frente al deseo de las empresas de crear economías de escala que les permita reducir los costos operativos, para así mantener los márgenes de beneficios (McCann y Gilkey 1990: 15).

En un plano organizacional, este tipo de integraciones generan la unión de trabajadores dedicados a diferentes tareas o actividades, con distintas profesiones u oficios, pero que se encuentran vinculados porque sus labores pertenecen a distintas fases de una misma cadena productiva. De esta manera, las organizaciones laborales que se integran no quedan aisladas entre sí pues, al

formar parte de un mismo proceso, es necesario que las mismas se articulen entre ellas para de esa manera poder lograr la sinergia buscada con este tipo de concentraciones.

Por ejemplo, en el caso abordado en los apartados anteriores, antes de que la Empresa “A” escindiera la línea de negocio dedicada a la distribución de los piscos y vinos producidos por la misma, entre la línea de negocio vitivinícola –dedicada a la producción– y aquella dedicada a la distribución, existía una relación vertical, de complementariedad y sinergia entre los mismos. En efecto, la distribución que se realice dependerá de la producción de la empresa, y todo ello en su conjunto, redundará en la productividad y posicionamiento económico de la Empresa “A” en el mercado, lo que evidencia la articulación y vinculación entre tales negocios.

a. Afectaciones en el sistema salarial

Atendiendo a las características de estas concentraciones, consideramos que las mismas repercuten en los siguientes factores de los sistemas salariales de las empresas que se integran: i) en la estructura salarial; y ii) en las compensaciones y prestaciones complementarias.

- Con relación a la estructura salarial, si bien los trabajadores que se concentren en la nueva organización no realizarán las mismas labores, ello no excluye que las distintas tareas que los mismos realicen en sus respectivos sectores, puedan ser equiparables en función de las responsabilidades que las mismas exigen, o por el nivel de habilidades, aptitudes, condiciones o competencias, que puedan demandar. A modo de ejemplo, piénsese en la integración vertical que se produce cuando una cortinera (empresa

dedicada a la transformación de pieles en cuero) adquiere un taller dedicado a la fabricación de zapatos y carteras. En dicho escenario puede ocurrir que existan puestos de la curtiembre que, sin ser iguales, sean equivalentes a determinados puestos del taller de zapatos y carteras, por poseer la misma valoración.

Al respecto, recuérdese que la equivalencia a la que nos referimos alude al valor que los puestos ostentan en la compañía, el que se determina con la suma de los factores (responsabilidad, riesgos, fuerza, capacidad, condiciones ambientales, etcétera) elegidos por la empresa para evaluarlos. En este sentido, las integraciones verticales pueden ocasionar la confluencia de puestos de trabajo que, siendo equivalentes respecto de su valor, difieran en el nivel salarial que se les hubiese asignado.

De esta manera, en el ejemplo de la curtiembre que adquiere el negocio de zapatos, podría ocurrir que las exigencias del puesto de curtidor, tengan un valor para la empresa de 100 puntos, estructurado de la siguiente forma: i) 40 de esfuerzo físico; ii) 30 de conocimientos; iii) 20 en capacidad de organización; y iv) 10 en empatía; mientras que, el valor del puesto de un vendedor de zapatos tenga la misma valoración de 100, pero estructurada en la siguiente manera: i) 20 de esfuerzo físico; ii) 25 de conocimientos; iii) 25 en capacidad de organización; y iv) 30 en empatía. En ambos casos, los puestos valen lo mismo para la empresa resultante del proceso de adquisición de la tienda de zapatos, pero los factores que suman su valor son diferentes. Por ello, sin perjuicio que la composición de sus haberes sea la misma, el importe sí deberá ser equivalente, pues se tratan de puesto que “valen” lo mismo para una sola Compañía.

- En el caso de las compensaciones complementarias a la estructura salarial, al tratarse de organizaciones laborales distintas, que pertenecen a diferentes ámbitos de la producción, la afectación sólo ocurriría en caso el ámbito de entrega de tales complementos involucren a la empresa en su totalidad. De ser así, podría ocurrir una colisión entre dos o más prestaciones, de igual naturaleza, y aplicables ambas a toda la organización empresarial.

Por ejemplo, en el caso de la curtiembre que adquiere un negocio de zapatos, imagínese que en la curtiembre existe un bono por aniversario de S/.100.00 Nuevos Soles que se entrega a todos los trabajadores que cumplan una antigüedad de tres años en la empresa, mientras que, en el negocio de zapatos, el bono por antigüedad asciende a S/.200.00 Nuevos Soles y es para aquellos que adquieran una antigüedad de cuatro años. En ambos casos, el universo de trabajadores comprendidos son todos los que integran la empresa. De esta manera, al incorporarse el negocio de zapatos a la curtiembre, habrían distintos criterios para otorgar un beneficio cuya causa de entrega es la misma: la antigüedad del trabajador en la empresa.

Finalmente, a diferencia de las integraciones horizontales, en las verticales no deberían de haber repercusiones en la composición interna de la estructura salarial ya que las actividades de las empresas que se concentran son distintas en la medida que pertenecen a distintos niveles de la fase productiva. Ello ocasionaría que los puestos integrados en la nueva organización no sean iguales respecto de las tareas que llevan a cabo, lo cual permite que sus respectivas escalas salariales se compongan internamente de distintas maneras entre sí.

b. Afectaciones a la igualdad salarial

En estas concentraciones, las afectaciones a los sistemas salariales también implican una lesión a los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente; sin embargo, en una cantidad menor a la que provocan las concentraciones de tipo horizontal. En efecto, si bien la lesión se produce respecto de los tres derechos antes mencionados, los ámbitos de afectación son menores, pues se refieren únicamente a la estructura salarial y –de modo muy restringido– a las compensaciones complementarias. De esta manera, creemos que bajo este tipo de integración, no habría mayor afectación de los derechos a la igualdad respecto de la forma en que se integran las estructuras salariales.

2.3.3 Las concentraciones de conglomerado

Las concentraciones por conglomeración “[...] combinan compañías de diferentes industrias y líneas de negocios, buscando como dispersar los riesgos a nivel de la empresa tenedora de las inversiones, conocida como holding” (Marín 2008: 2). De ahí que también se define a un conglomerado económico como “[...] una corporación que se compone de una serie de empresas (o actividades) independientes e interrelacionadas por vínculos de propiedad, pero que son gerenciadas por una empresa matriz” (Herrera 2009: 2).

A diferencia de las integraciones verticales, en donde las empresas que se unen son también distintas, en los conglomerados las empresas que se integran no sólo son distintas sino que, además, no tienen ningún tipo de vinculación respecto de los negocios o actividades que las mismas realizan. De ahí que se indica que las

empresas que integran un conglomerado son independientes entre sí pues, al no formar parte del mismo proceso productivo ni, mucho menos, dedicarse a la misma actividad, no requieren integrarse o armonizarse entre sí para poder continuar cada una con su actividad empresarial.

En efecto, las empresas que se concentran mediante un conglomerado mantienen su independencia entre sí luego de dicho proceso, debido a que la finalidad de estas concentraciones no radica en ampliar la capacidad productiva (horizontal) ni crear sinergias entre las empresas (vertical). Los principales motivos que dan lugar a estas concentraciones son sus atributos financieros, pues lo que se buscaba era concentrarse con empresas con “[...] capacidad para contraer mayores deudas y proporcionar suficiente dinero en efectivo para alimentar nuevas adquisiciones y aumentar rendimientos en bolsa” (McCann y Gilkey 1990: 16).

Ahora bien, consideramos que este tipo de procesos no llega a incidir sobre ningún aspecto de los sistemas salariales de las empresas que se concentran. El motivo de lo señalado es que las mismas se mantienen independientes entre sí luego de la concentración, pues la integración se da más en un plano financiero antes que organizacional. Al no existir integración organizacional, ni motivos que la justifiquen (se tratan de negocios diferentes que no guardan ninguna relación entre sí), no habrían factores que afecten las estructuras salariales, su composición interna, ni los complementos salariales de las empresas concentradas por conglomerado.

Lo anterior nos llevaría a afirmar que, en este tipo de integraciones, no existiría vulneración a los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente. Nótese que el motivo que justifica la diferenciación no es la concentración por fusión o adquisición en sí misma, sino las

características propias de cada negocio que hacen que sean independientes entre sí, y que por ello, justifican la existencia de sistemas salariales diferenciados.

2.3.4 Consideraciones adicionales

Las empresas no se componen únicamente por áreas operativas dedicadas íntegramente a la línea de negocio que corresponda, sino que, adicionalmente, suelen contar con departamentos o áreas de soporte administrativo, tales como: recursos humanos, contabilidad, marketing, finanzas, entre otros. Al respecto, si bien tales actividades pueden ser desarrolladas por la empresa misma, o subcontratadas con alguna otra empresa especializada en la materia, es usual tener aunque sea un mínimo de soporte administrativo que se dedique a brindar apoyo al resto de áreas dedicadas al negocio principal.

Ahora, no todos los procesos de fusión o adquisición por transmisión de empresa, involucrarán a este tipo de personal, en caso lo hubiera. Los escenarios por excelencia en donde las áreas indicadas no se verían involucradas, serían aquellos supuestos de adquisición de activos, en donde las partes deciden qué parte de la empresa será traspasado y, usualmente, sólo se trasladan aquellas secciones operativas dedicadas al negocio (o a parte del mismo) en concreto. Por el contrario, las fusiones sí suelen implicar la concentración de personal administrativo, en la medida que las mismas se realizan respecto de la integridad de las empresas involucradas.

Sin embargo, en caso alguna concentración tuviera por resultado la conjunción de este tipo de personal en una sola organización, consideramos que los efectos serían los mismos que los de una concentración horizontal, siempre que nos

estemos refiriendo a la misma actividad administrativa. Por ejemplo: que producto de una fusión se integren dos departamentos dedicados ambos a la administración de los recursos humanos.



CAPÍTULO III:

MECANISMOS DE HOMOGENEIZACIÓN DE LAS CONDICIONES SALARIALES

En el primer capítulo se abordó el estudio de la especial incidencia que los trasposos de empresa por fusión o adquisición, tienen en las condiciones salariales del personal involucrado. Luego, en el segundo capítulo, fundamentamos porqué consideramos que dichos procesos no pueden considerarse como motivos válidos que justifiquen la existencia de sistemas salariales diferenciados, pues ello vulneraría los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente. Asimismo, en dicho capítulo, se sostuvo que el nivel de afectación al derecho de igualdad que tales procesos ocasionaban, difería en función de si la concentración era una de tipo horizontal, vertical o de conglomerado.

De esta manera, habiendo afirmado la existencia de la obligación de homogeneizar las condiciones salariales, corresponde ahora que nos dediquemos a estudiar los mecanismos que posibilitan la realización de dicha tarea. Esta labor, a su vez, genera que nos planteemos dos problemas adicionales al que fue abordado en el segundo capítulo. El primero de ellos, referido a si resulta válido reducir las remuneraciones de los trabajadores con mayores ingresos, en aras de homogeneizar las condiciones salariales del personal involucrado y así restablecer la vigencia del derecho de igualdad. Y el segundo, orientado a determinar si la equiparación salarial se encuentra condicionada por el tipo de fusión o adquisición que hubiese tenido lugar.

Para abordar los problemas indicados, es necesario efectuar previamente ciertas precisiones respecto a los alcances de la obligación de homogeneizar. Luego de

ello, nos avocaremos al estudio del primero de los problemas, para lo cual, estudiaremos los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento para equiparar las remuneraciones; y, finalmente, abordaremos el segundo de los problemas, lo que demandará referirnos al estudio de los factores que condicionan la armonización de las condiciones salariales.

3.1 CUESTIONES PREVIAS

La ausencia de regulación de la transmisión de empresas en nuestro ordenamiento se hace más palpable cuando se trata de definir los alcances de la obligación de homogeneizar las condiciones salariales. Como lo indicamos en el primer capítulo, el efecto neutralizador del principio de continuidad resulta insuficiente al momento de enfrentar todo el universo de consecuencias que tales fenómenos generan en el personal involucrado. Por todo ello, a continuación nos dedicaremos a definir los alcances subjetivos de dicho proceso, el universo de condiciones salariales que deberán ser objeto de equiparación y, finalmente, cuánto tiempo tiene el responsable para cumplir con dicha obligación.

3.1.1 Ámbito subjetivo de la obligación de homogeneizar

Como toda obligación, la de homologar tendrá dos polos, uno referido al deudor y el otro al acreedor, siendo necesario delimitar el alcance de los mismos¹⁰⁰. Por deudor se entiende al responsable de equiparar las condiciones salariales del personal afectado; mientras que los acreedores, serán todos los trabajadores cuyos salarios deban ser homogeneizados. Si bien el tema pareciera no generar mayores

¹⁰⁰ Como señala Rubio Correa, “La relación obligacional en el Derecho Implica por definición dos polos: un deudor, que debe la obligación al acreedor, y un acreedor que adquiere el derecho a que se cumpla la obligación por el deudor” (2006: 102).

problemas, el mismo se complica debido a que existen dos o más empleadores y grupos de trabajadores involucrados en la integración de los sistemas salariales: i) por un lado, está el empleador que transfiere la empresa y quien la adquiere; y, ii) por el otro, están los trabajadores que son transferidos y el personal de la empresa que los recibe.

Con relación al deudor de la obligación, en el segundo capítulo se ha indicado que el nuevo escenario creado por los procesos de fusión o adquisición, exige una respuesta del nuevo empleador (del adquirente de las empresas transmitidas) respecto de la situación de los derechos a la igualdad salarial. Asimismo, al sustentar que el restablecimiento del derecho de igualdad se ubica en una segunda etapa, con posterioridad a la correspondiente continuidad del vínculo laboral, es que la responsabilidad directa de su realización recae en el nuevo empleador. Por tanto, lo indicado nos lleva a afirmar que el obligado a homogeneizar las condiciones salariales es el nuevo empleador de la empresa resultante de los procesos en cuestión.

Lo señalado no impide que, con anterioridad al traspaso, el empresario que transfiere pueda adoptar ciertas medidas encaminadas a procurar que las condiciones salariales del personal que será traspasado sean equivalentes con las de los trabajadores de la empresa a la que serán transferidos. Tales medidas pueden realizarse mediante acuerdos entre ambos empresarios, o incluso, de forma tripartita entre los mismos y los trabajadores afectados. Sin embargo, ninguna de estas alternativas podrá considerarse como obligatoria pues, al no haberse efectuado aún el traspaso, los derechos a la igualdad aún no son susceptibles de ser lesionados, y por ende, todavía no requieren de medidas que –como la homogeneización– los restablezcan.

Para terminar, es preciso añadir que al ser el nuevo empleador el único responsable de la homogeneización de las condiciones salariales, no resulta razonable trasladar o imputar al empleador que transfiere algún tipo de responsabilidad por los daños que se deriven de su inobservancia. Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico regula de manera insuficiente y obsoleta la responsabilidad solidaria en casos de transmisión de empresas, lo que dificultaría su aplicación respecto de los adeudos que pudieran generarse por la falta de homogeneización¹⁰¹. No obstante ello, consideramos que no habría fundamento teórico que la respalde ya que la solidaridad está pensada para asegurar el pago de aquellos adeudos que se hubiesen generado con anterioridad al traspaso y no con posterioridad al mismo¹⁰².

De otro lado, los acreedores de la obligación serán todos los trabajadores cuyo derecho a la igualdad en materia salarial se hubiese visto vulnerado con ocasión de alguno de los traspasos efectuados. Sobre este aspecto, es preciso notar que los posibles trabajadores afectados no son únicamente los que son traspasados conjuntamente con la empresa, sino que también, es posible que los trabajadores de la empresa adquirente puedan verse en la misma situación. En consecuencia, los acreedores serán todos aquellos trabajadores integrados en la nueva compañía

¹⁰¹ Ver el comentario sobre responsabilidad solidaria en caso de transmisión de empresa que se efectuó en el punto 1.1.3 del primer capítulo.

¹⁰² Refiriéndose a los fines de la responsabilidad solidaria, González Biedma señala que: “Los fines que principalmente se persiguen [...] son tanto la garantía ante eventuales supuestos de insolvencia como impedir el fraude. Se intenta evitar, por ejemplo, que un empresario con importantes deudas frente a los trabajadores transmitiese su empresa a un insolvente para eludir su responsabilidad [...] También se ha buscado con esta disposición [...] dejar entera libertad de opción al trabajador para reclamar a uno u otro las deudas, ya que frente a los dos tienen motivo: frente al anterior titular puesto que él fue quien contrajo la deuda y frente al nuevo titular porque es éste quien reside en la empresa, quien es fácilmente localizable [...]” (1989: 292).

que consideren vulnerado su derecho a la igualdad salarial, luego de materializado el traspaso, y con independencia de la empresa de la que provengan.

3.1.2 **Ámbito objetivo de la obligación de homogeneizar**

En el primer capítulo hemos indicado que, pese a que la transmisión de empresa no se encuentra regulada en nuestro medio, existe consenso mayoritario en aceptar la continuidad del vínculo laboral en las mismas condiciones en que se encontraban antes del traspaso, para lo cual, el nuevo empleador sustituye al anterior en todos sus derechos y obligaciones respecto de los trabajadores traspasados. El fundamento de ello es la consagración a nivel constitucional del derecho a la estabilidad en el trabajo y la aplicación del principio de continuidad laboral. Sin embargo, en la medida que no contamos con mayor regulación legal que nos precise los alcances de dicha sustitución, es que en el presente apartado pretendemos avocarnos a dicha tarea, con la finalidad de identificar las condiciones salariales que deberán ser objeto de homogeneización por parte del nuevo empleador.

La importancia de contar con regulación que delimite los extremos de la sustitución que opera en estos casos, radica en que las condiciones laborales no son elementos estáticos que no cambian o mutan a lo largo de las relaciones de trabajo. Por el contrario, las condiciones salariales suelen cambiar con bastante frecuencia, ya sea debido a los incrementos de haberes, a los complementos que se vayan adquiriendo por el cumplimiento de determinadas condiciones, metas, objetivos o simple permanencia, o a los acuerdos colectivos o individuales que puedan suscribirse en materia salarial. Esa mutabilidad, unida al hecho de que los procesos de transmisión de empresas suelen tener una duración prolongada en el tiempo,

dificulta la tarea de determinar sobre qué condiciones salariales se sustituye en nuevo empleador.

En efecto, podría ocurrir que durante el periodo de negociaciones previas al traspaso de una empresa, los salarios se vean modificados en virtud de algún acuerdo individual o colectivo; o que, simplemente, existan trabajadores que hubiesen cumplido los requisitos fijados para acceder a determinados complementos salariales, como por ejemplo, las opciones de compra de acciones, también llamadas *stock options*. Además, si la sustitución opera sobre las condiciones laborales vigentes antes del traspaso, resta determinar cuándo ha de entenderse que el mismo se ha efectuado, más aún cuando la regulación de los títulos jurídicos que dan lugar a la transmisión de empresas, usualmente supeditan su vigencia al cumplimiento de determinadas formalidades (por ejemplo: la inscripción de la escritura pública en registros).

Ahora bien, la ausencia de regulación legal de dicha sustitución se agrava en la medida que sus particularidades impiden asimilarla a alguna de las instituciones reguladas en el Código Civil y, en consecuencia, no es posible aplicar supletoriamente las reglas de la subrogación, novación, cesión de derechos o de la cesión de posición contractual, por los motivos que expondremos a continuación:

- Para empezar, el contrato de trabajo es uno de tipo bilateral con prestaciones recíprocas, lo que significa que cada una de las partes contractuales asume una obligación frente a la otra (de un lado, la de prestar servicios y, de otro, la de remunerarlos), que corren paralelamente ligadas entre sí (De La Puente 2007: 284). Por tanto, la sustitución del empleador no puede asimilarse al

pago con subrogación (artículos 1260° al 1264° del CC)¹⁰³ ni a la cesión de derechos (artículos 1206° al 1216° del CC)¹⁰⁴, ya que tales figuras están pensadas solo para el cambio en la persona del acreedor de la obligación, lo que dejaría en el aire la posición de deudor que también ostenta el empleador en la relación de trabajo.

- Con relación a la novación (artículos 1277° al 1287° del CC), esta figura tampoco parece ser compatible con la sustitución que venimos estudiando pues, si bien el CC permite la novación del acreedor y del deudor, la misma no opera de modo unitario, sino que para cada una de las posiciones hay un negocio jurídico que realizar: novación subjetiva activa para el acreedor¹⁰⁵, y novación subjetiva por sustitución para el deudor¹⁰⁶. Además, la novación exige la manifestación de voluntad de todas las partes involucradas (acreedor, deudor y de quien sustituye), lo cual no es compatible con la figura de la transmisión de empresas en donde la voluntad del trabajador no es relevante ni para que se lleve a cabo la transmisión ni para que opere la continuidad del vínculo.

¹⁰³ De acuerdo con el artículo 1262° del CC, por “La subrogación [se] sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado”.

¹⁰⁴ El artículo 1206° del CC indica que “La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. / La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor”.

¹⁰⁵ El artículo 1280° del CC, señala que “En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor”.

¹⁰⁶ El artículo 1281° del CC, dispone lo siguiente: “La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor”.

Como ya se ha indicado, el fundamento de la sustitución que opera en estos casos es la aplicación del principio de continuidad que se inspira en la naturaleza de tracto sucesivo que tiene el contrato de trabajo, la consideración de la empresa como una unidad económica y social independiente de su titular, y la posibilidad de que el contrato de trabajo subsista frente al cambio de empleador puesto que sus prestaciones (las del empleador) no son personalísimas¹⁰⁷ (Plá 1978: 191-209). Estas consideraciones hacen que la aceptación del trabajador sea prescindible, ya que mientras la unidad empresarial que se traspaşa mantenga su identidad, los contratos de trabajo vinculados a ella continuarán en las mismas condiciones, sin necesidad de aceptación alguna para que la misma opere.

- Finalmente, tampoco sería posible asimilar esta sustitución a la cesión de posición contractual (artículos 1435º al 1439º del CC). En efecto, si bien esta operación permite que un tercero se sustituya en todos los derechos y deberes que ostenta una de las partes del contrato (posición de acreedor y deudor), al igual que la novación, acá también se exige la aceptación del cedido (en nuestro caso, del trabajador)¹⁰⁸, siendo aplicables a esta figura los comentarios vertidos sobre del carácter negocial de la novación.

¹⁰⁷ En efecto, se sostiene que la regla es que las prestaciones del contrato de trabajo no son *intuitio personae* respecto del empleador, puesto que al trabajador no le interesa a quién pertenece la empresa a la que pone a disposición su fuerza de trabajo a cambio de un salario. Sin embargo, dicha regla no impide que existan excepciones en donde la persona del empleador sí es importante para el trabajador. Plá Rodríguez cita el ejemplo del secretario de un político, en donde dada la vinculación ideológica que pudiese existir, dificulta que al secretario no le interese la persona del político para quien trabaja. Por ello, el autor citado afirma que “[...] debe puntualizarse que se trata siempre de casos excepcionales, porque lo normal es que al trabajador le sea más o menos indiferente la persona del empleador” (Plá 1978: 207).

¹⁰⁸ El artículo 1435º del CC indica lo siguiente: “En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. / Se

Lo señalado ha llevado a la doctrina extranjera a considerar que la sustitución que opera en los casos de transmisión de empresas tendría la naturaleza de una cesión de posición contractual impropia (Monereo 1987: 176), que consiste en el cambio de titular de la posición jurídica obligacional que opera por mandato de la ley y con prescindencia de la voluntad de los contratantes (De La Puente 2007: 518). Ello sucede porque en otros ordenamientos, como el español, los efectos laborales de los fenómenos mencionados se encuentran regulados. Sin embargo, en nuestro medio, si bien no existe legislación laboral sobre el tema, dicha sustitución en los derechos y obligaciones de la empresa traspasada, se encuentra regulada en algunos supuestos de transmisión de empresa, como la fusión y la escisión; lo que, aun así, resulta insuficiente para dilucidar los problemas mencionados al inicio, pues tales mecanismos no son los únicos títulos jurídicos que tienen por resultado el traspaso de una empresa (compra venta, arrendamiento, etcétera).

a. Delimitación de la fecha de traspaso

En el primer capítulo ya se indicaba que uno de los problemas que genera la ausencia de regulación laboral, es el referido a definir el momento en que se produce la transmisión de una empresa, y por ende, se traspasan los derechos y obligaciones laborales del titular originario hacia el nuevo titular. En efecto, definir ello es importante pues solo los derechos y obligaciones vigentes en dicha oportunidad, serán asumidos por el nuevo empleador. Al respecto, hemos indicado que por el traspaso de una empresa se produce el cambio de titularidad de la

requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. / Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta”.

misma, esto es, una modificación en la figura del empleador. En consecuencia, a falta de regulación laboral expresa que indique el momento preciso en que opera la sustitución, lo razonable será concluir que ello sucede cuando el nuevo empleador adquiera el derecho de dirigir y gestionar la empresa que le ha sido transmitida, es decir, cuando el título jurídico que produce el traspaso sea plenamente efectivo.

Ahora bien, ya se ha demostrado la variedad de títulos jurídicos que pueden dar lugar a un traspaso de empresa. En consecuencia, para verificar la oportunidad en que el mismo ocurre, habrá que remitirse a la regulación del título jurídico en cuestión que indique el momento en que se producen sus efectos. Al respecto, si bien es evidente que dicha oportunidad no será la misma en todos los casos, a continuación nos referiremos a unos cuantos supuestos con la finalidad de ejemplificar lo señalado.

- Fusión. - De acuerdo con el artículo 353º de la LGS, la fusión entra en vigencia en la fecha que las partes lo hubiesen fijado en el acuerdo de fusión, en cuya oportunidad, los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen son asumidos por la sociedad incorporante o absorbente. Sin embargo, seguidamente la norma indica que la entrada en vigencia de la fusión se encuentra supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, y recién con ello es que se extinguen las sociedades incorporadas o absorbidas¹⁰⁹. Ahora bien, los cuestionamientos sobre cómo ha de

¹⁰⁹ El artículo 353º de la LGS señala lo siguiente: “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

entenderse el artículo citado son de los más diversos, entre los que se encuentra el referido a si los efectos de la fusión se consideran válidos entre la fecha de entrada en vigencia y su inscripción en registros (Filomeno e Israel 2003: 1172)¹¹⁰. No obstante ello, consideramos que la norma es clara al indicar que los derechos y obligaciones son asumidos por la empresa absorbente o incorporante en la oportunidad fijada en el acuerdo de fusión para su entrada en vigencia; de lo que se deriva que, el traspaso de empresa, tendrá lugar en dicha fecha¹¹¹.

- Escisión.- Al igual que con la fusión, el artículo 378º de la LGS también dispone que la escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo que la aprueba, sin perjuicio de lo cual, la misma está supeditada a la inscripción

corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos”.

¹¹⁰ A modo de ejemplo, Filomeno Ramírez e Israel Llave, han formulado las siguientes interrogantes: «¿Qué significa que la fusión “queda supeditada” a la inscripción en los Registros Públicos? ¿Acaso la fusión no entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo de fusión? ¿Resulta compatible, por un lado, otorgar libertad para fijar la fecha de entrada en vigencia a las sociedades intervinientes y, por otro lado, “supeditar” la fusión a la inscripción de los Registros Públicos? ¿Cuál es el grado de oponibilidad frente a terceros de una fusión que ha entrado en vigencia pero que aún no ha sido inscrita? ¿Se consideran como válidos los efectos de la fusión en el lapso existente entre la fecha de entrada en vigencia y la inscripción –asumiendo que la primera es anterior a la segunda–, si la inscripción es finalmente rechazada en los Registros Públicos? [...]» (2003: 1172).

¹¹¹ Creemos pertinente anotar que, el artículo 8º del Decreto Legislativo N° 892, señala que para efectos del cálculo de las utilidades en caso de fusión, se efectuará un corte a la fecha del otorgamiento de la escritura pública para determinar los montos a pagar a los trabajadores de cada una de las empresas fusionadas. Además, el artículo 17º del Decreto Supremo N° 009-98-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 892, indica que en este caso, las utilidades se calculan al día anterior a la fecha de su entrada en vigencia. Ahora, si bien de las normas citadas puede colegirse que para efectos del cálculo de las utilidades, la norma laboral considera que la fusión entra en vigencia al otorgarse la escritura pública, no creemos posible aplicar dicho criterio para efectos del traspaso de empresa porque, en la medida que lo dispuesto no coincide con lo regulado en la LGS, habrá que entender que dicho criterio es únicamente aplicable para efectos del cálculo de la participación en las utilidades, que es un supuesto especial dentro de la normativa laboral.

de la escritura pública en el registro y partidas correspondientes¹¹². Así, consideramos que los comentarios realizados para la fusión, le son aplicables a esta figura, debiendo por ello considerarse que el traspaso de empresa tendrá lugar en el momento establecido en el acuerdo de escisión para su entrada en vigencia.

- Compraventa.- Por este contrato lo que se transfiere es la propiedad de un bien a cambio de dinero¹¹³, cuya modalidad dependerá de si se trata de un bien mueble o de un inmueble. Así, conforme con el artículo 947° del CC, la transferencia de la propiedad de un bien mueble se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente. De otro lado, el artículo 949° del CC indica que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Ahora bien, el conjunto de bienes organizados que integran la empresa que se transfiere, pueden ser tanto inmuebles como muebles. En consecuencia, será necesario que se cumpla con la transferencia de propiedad de todos los bienes que integran la empresa, para poder afirmar que el traspaso ha tenido lugar.

¹¹² El artículo 378° de la LGS, indica que: “La escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión conforme a lo dispuesto en el artículo 376. A partir de esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no. / Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la escisión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en las partidas correspondientes a todas las sociedades participantes. La inscripción de la escisión produce la extinción de la sociedad escindida, cuando éste sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en sus respectivos Registros, cuando corresponda, el traspaso de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los bloques patrimoniales transferidos”.

¹¹³ El artículo 1529° del CC indica que: “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”.

- Arrendamiento.- En este contrato, el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso del bien (en nuestro caso, la empresa) a cambio de una determinada renta¹¹⁴. De esta manera, en tanto para que este contrato surta efectos se requiere la sola manifestación de voluntades de las partes, es que la mera celebración del mismo tendrá por efecto el traspaso de la empresa.

Como puede observarse, la fecha del traspaso no solo varía en función del título jurídico que lo ocasiona, sino que además, su determinación está reservada por completo a la voluntad de los empresarios que intervienen. Lo señalado implica lo siguiente: i) salvo que les sea informado, los trabajadores no tienen como prever la fecha del traspaso; y ii) la amplia libertad del empleador para fijar la fecha de transmisión, y por ende, el momento en que opera la sustitución, puede prestarse a prácticas elusivas, tales como ir reduciendo las obligaciones laborales (extinción o no renovación de contratos, reducción de beneficios económicos o asistenciales, etcétera), de modo que para cuando tenga lugar el mismo, el universo de obligaciones laborales en donde el nuevo empleador deba sustituirse se haya visto disminuido.

Por ello, en primer lugar, creemos necesaria la regulación en materia laboral de la obligación de informar a los trabajadores –entre otras cosas– la fecha prevista en que operará el traspaso de empresa, que sea aplicable a cualquier título jurídico que tenga por resultado dicha transmisión. En efecto, si bien es posible encontrar

¹¹⁴ El artículo 1666° del CC dispone lo siguiente: “Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”.

en el caso de la fusión¹¹⁵ o de la escisión¹¹⁶, disposiciones que obligan a las sociedades participantes a informar a los acreedores sobre diversos aspectos relativos a la operación que se va a efectuar, obligación que alcanzaría a los trabajadores en su calidad de acreedores de la empresa¹¹⁷; no todos los títulos jurídicos que tienen por resultado el fenómeno anotado, cuentan con disposiciones similares a la indicada, siendo por ello necesario que el tema se regule de modo general y desde un ámbito laboral.

De otro lado, abordar el tema de las prácticas elusivas que pueden derivarse de la amplia libertad que ostentan los empresarios para definir la fecha de traspaso, presenta diversos problemas derivados de la necesidad de diferenciar cuando una decisión se toma por las necesidades normales y ordinarias de la empresa, y

¹¹⁵ El artículo 350° de la LGS dispone que “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: / 1. El proyecto de fusión; / 2. Estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes [...]; / 3. El proyecto del pacto social y estatuto de la sociedad incorporante o de las modificaciones a los de la sociedad absorbente [...]” (subrayado nuestro).

¹¹⁶ El artículo 375° de la LGS indica que “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: / 1. El proyecto de escisión; / 2. Estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes [...] / 3. El proyecto de modificación del pacto social y estatuto de la sociedad escindida; el proyecto de pacto social y estatuto de la nueva sociedad beneficiaria; o, si se trata de escisión por absorción, las modificaciones que se introduzcan en los de las sociedades beneficiarias de los bloques patrimoniales [...]” (subrayado nuestro).

¹¹⁷ Como ya ha sido indicado previamente, las características del contrato de trabajo sitúan al trabajador tanto en la posición de deudor (de la prestación laboral) como de acreedor (de la retribución por sus servicios). En consecuencia, cuando la LGS alude a los “demás titulares de derechos de crédito, no existe ningún impedimento para excluir de sus alcances a los trabajadores en su calidad de acreedores. Lo mismo es señalado por Cabanellas de las Cuevas, al indicar que “[l]a fusión afecta la posición jurídica de los trabajadores desde un doble ángulo. Como acreedores de la sociedad, incide sobre el marco patrimonial de sus créditos. Como empleados vinculados por un contrato de trabajo, modifica la conformación el empleador al que los vincula tal contrato” (2007: 130-131).

cuando la misma está buscando evadir la aplicación del principio de continuidad con miras al traspaso de empresa que los titulares han previsto que se efectuará. De hecho, si bien el despido de trabajadores que hubiesen incurrido en alguna de las causales de despido legalmente previstas no merece mayores cuestionamientos¹¹⁸, la no renovación de contratos de trabajo a plazo fijo o la eliminación de aquellos beneficios que se entregan en base a políticas unilaterales del empleador (movilidad, pago de seguros, reembolso de medicamentos, asignación por escolaridad o por familia, etcétera), pueden presentar mayores dudas al momento de determinar si las mismas tienen una finalidad fraudulenta. Definir ello, dependerá del contexto y de la oportunidad en que se adopte la decisión, y su evaluación, creemos, deberá efectuarse en sede judicial, en donde las partes podrán aportar las pruebas y demás elementos que consideren pertinentes para respaldar su decisión.

Sin embargo, la respuesta al problema que acabamos de indicar, exige resolver uno previo y de índole más general, referido a si las prácticas que hemos denominado elusivas realmente lo son, o si acaso resulta válido que el empleador realice tales actos, con independencia de que los mismos beneficien al nuevo empleador que adquiere en desmedro de los derechos de los trabajadores involucrados en dicho traspaso. En otras palabras, aligerar la carga de la planilla de trabajadores que será traspasada con motivo de la fusión, ¿es un acto válido que el empleador puede efectuar en virtud de su poder de dirección y libertad de empresa, o acaso puede ser considerado como una elusión a la aplicación del principio de continuidad?

¹¹⁸ El despido es la extinción del contrato de trabajo por la sola voluntad del empleador, siendo necesario para ello, la existencia de causas justas legalmente previstas y la observancia del procedimiento de despido previsto en los artículos 31º y 32º de la LPCL. Así, las causales de despido relacionadas a la conducta del trabajador se encuentran reguladas en el artículo 24º de la LPCL; mientras que las relacionadas a la capacidad, lo están en el artículo 23º de la LPCL.

La respuesta al cuestionamiento planteado, pero limitado al salario de los trabajadores –por ser el objeto de nuestra investigación– será abordada más adelante, cuando estudiemos los alcances del principio de continuidad en la obligación de mantener las condiciones salariales del personal traspasado. En efecto, referirnos al problema de si es válida la reducción de remuneraciones con la finalidad de homogeneizar las condiciones salariales de los trabajadores afectados por la transmisión, requiere estudiar qué implicancias tiene la aplicación del principio de continuidad en la obligación de sustituirse en los derechos y obligaciones del personal transferido.

Finalmente, así como el empleador que transfiere puede aligerar la planilla de trabajadores que será transmitida, también puede ocurrir que incremente los costos de la misma con la finalidad de causarle un perjuicio a quien adquiera la empresa. Sobre el particular, consideramos que el traspaso de obligaciones laborales que tiene lugar en estos fenómenos “[...] no puede suponer el darle validez a pactos celebrados con miras a causar un daño al adquirente” (Vidal 2012: 82), así como tampoco al resto de decisiones adoptadas por quien transfiere y que tengan la misma finalidad dañina.

b. Delimitación de los derechos comprendidos en la sustitución

Con relación a los alcances de la sustitución que opera en la fecha del traspaso, hasta el momento sólo hemos indicado que el nuevo empleador asume los derechos y obligaciones de quien transfiere la empresa, vigentes en la fecha del traspaso; sin embargo, creemos que es necesario también precisar lo siguiente: i) ¿los derechos y obligaciones que se asumen son únicamente los que nacen del

contrato de trabajo o es posible incluir aquellos que provengan de una fuente distinta?; ii) ¿solo están comprendidos los derechos y obligaciones en materia laboral, o también se admiten los relativos a la seguridad social y a la seguridad y salud en el trabajo?; y, iii) ¿deben tratarse de derechos ya adquiridos por los trabajadores o también se encuentran comprendidos los derechos que se encuentran en vía de adquisición?

Con relación al primer punto, al no haber regulación expresa sobre el tema que excluya de la sustitución a los derechos que provengan de alguna fuente en particular, consideramos que la misma opera respecto de todos los derechos y obligaciones vigentes al momento del traspaso, con independencia de su origen. Así, estarán amparados por el principio de continuidad, los derechos que nazcan del contrato de trabajo, del convenio colectivo, de las disposiciones unilaterales normativas o no normativas del empleador (políticas de salarios, beneficios complementarios, reglamento interno de trabajo, etcétera), de una costumbre o consolidación de beneficios en el tiempo, entre otros. De hecho, lo que continúa no es solo el contrato de trabajo, sino toda la relación laboral, que comprende a dicho contrato y al resto de disposiciones que la regulan¹¹⁹.

En segundo lugar, tampoco encontramos argumentos para excluir de la sustitución a los derechos y obligaciones que se hubiesen establecido en el campo de la seguridad social y de la seguridad y salud en el trabajo. En el primer supuesto, nos estamos refiriendo, entre otros, a los planes de pensiones complementarios o a los

¹¹⁹ Así parece entenderlo también Mejía Madrid, al señalar que “[...] en los supuestos de transmisión de empresas, y en aplicación del principio de continuidad que inspira nuestro ordenamiento, la relación de los trabajadores continuará con el nuevo titular como una sola relación, de manera que los trabajadores acumulan el tiempo de servicios laborado para el anterior empleador para todo efecto y conservan los mismos beneficios que ya percibían por su labor sin importar su origen legal o convencional” (2006: 27). El subrayado es nuestro.

seguros de salud adicionales (odontológico, oncológico, etcétera) que algunos empleadores establecen a favor de su personal, mientras que, en el segundo, estarían todas las medidas adicionales que el empleador decida otorgar, de manera voluntaria o por acuerdo, en materia de seguridad y salud ocupacional¹²⁰. Al respecto, si bien tales materias ostentan particularidades que ameritan su estudio especializado, ello no las desvincula del derecho del trabajo, y por ello, también deberían encontrarse amparadas por el principio de continuidad.

Por último, con relación a si el empleador asume los derechos y obligaciones ya adquiridos por los trabajadores, o si también se incluyen los que se encuentran en vía de adquisición, se afirma que la sustitución es sobre aquellos que realmente existan en el momento del traspaso, lo que significa que “[...] el trabajador debería haber[los] adquirido y consolidado en un momento anterior al acto de transmisión [de la empresa]” (Herraiz 2004: 518). En efecto, se sostiene que dicha sustitución no puede comprender a las meras expectativas, debido a que, al momento del traspaso, el derecho a las mismas todavía no existe y no es posible transmitir la responsabilidad sobre algo que aún no tiene lugar (Mella 2000: 36).

Ciertamente, la continuidad de la relación laboral implica que el nuevo empleador se sustituya en los derechos y obligaciones vigentes a la fecha de traspaso, lo que significa que sólo estarán comprendidos los derechos ya adquiridos por los trabajadores, esto son, aquellos respecto de los cuales el trabajador haya cumplido

¹²⁰ El marco normativo general de la seguridad y salud en el trabajo se encuentran conformado por la Ley N° 29783, y por su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR. Así, calificarían como beneficios adicionales en esta materia, por ejemplo: i) el compromiso del empleador de otorgar más de las cuatro (4) capacitaciones anuales en esta materia que el literal b) del artículo 35° de la Ley dispone; ii) otorgar más de los treinta (30) días calendario de licencia con goce de haber a los miembros trabajadores del Comité de seguridad y salud en el trabajo o a los supervisores, que manda el artículo 73° del reglamento; entre otros.

todos los requisitos previstos para poder tener acceso a los mismos. Sin embargo, consideramos que esta afirmación no deja totalmente desprotegidos a los derechos que se encuentren en vía de adquisición, puesto que, si la aplicación del principio de continuidad supone reconocer todo el tiempo laborado con anterioridad al traspaso, es preciso también que el nuevo empleador reconozca aquellas acciones que el trabajador haya venido efectuando con miras a adquirir tales derechos.

Lo señalado quiere decir que, si bien al momento del traspaso el nuevo empleador no asume la responsabilidad de otorgar los derechos no adquiridos (expectativas) dado que aún no existen; si posteriormente el trabajador cumple con los requisitos establecidos para su adquisición y, además, la fuente que regula la entrega del derecho en cuestión se mantiene vigente, es en ese momento que nace la obligación del empleador de reconocer el derecho a favor del trabajador.

Por ejemplo, imaginemos el caso del trabajador de una empresa que tiene por política entregar bonos por antigüedad cada cinco años, y que es vendida (sus activos, no sus acciones) cuando el trabajador recién tiene tres años de antigüedad. En el caso anotado, es claro que al momento de la venta (traspaso de empresa), el trabajador aún no tiene derecho al bono por antigüedad y, por ello, el nuevo empleador no tiene la obligación de entregar el bono. Sin embargo, si pasados dos años desde el traspaso, el trabajador continúa prestando servicios para la misma empresa y, además, la política de los bonos por antigüedad continúa vigente, entonces recién en dicho momento el trabajador adquirirá el derecho al bono, pues ya habría cumplido los cinco años requeridos (sumando los tres años antes del traspaso, y los dos posteriores al mismo).

3.1.3 Ámbito temporal de la obligación de homogeneizar

Debido a que la homogeneización de condiciones salariales no es una tarea sencilla, es que no resulta razonable concebirla como un solo acto de realización inmediata y que deba ser ejecutada seguidamente después de efectuada la concentración. De otro lado, debido a la necesidad de poder controlar y sancionar su inobservancia, tampoco es posible reservar los plazos máximos para su cumplimiento al mero arbitrio del empleador. En este sentido, es preciso determinar el ámbito temporal de la obligación de homogeneizar, lo que deviene en un problema debido a la ausencia de regulación sobre el presente tema de estudio.

Sobre el particular, consideramos que toda equiparación de las condiciones salariales debe ser concebida como un proceso, esto es, una serie de actos interconectados entre sí con el objetivo en común de equiparar las condiciones salariales del personal afectado. Esto se debe a que, para poder efectuar esta tarea, se requiere: i) conocer al detalle la organización que se acaba de adquirir: personal, salarios, y demás condiciones retributivas; ii) determinar en qué difieren las condiciones salariales del personal concentrado, para poder identificar los ámbitos en donde será necesario homogeneizar; iii) una vez identificadas las condiciones salariales que deben ser armonizadas, los mecanismos para hacerlo variarán dependiendo de la fuente que los regule (convenio colectivo, acuerdos con los trabajadores, poder reglamentario del empleador, etcétera); y, iv) dependiendo de la intensidad de la equiparación, la misma podría requerir efectuarse por tramos y de manera progresiva¹²¹.

¹²¹ Al respecto, se indica que adquisición o fusión comprende tres etapas: preparación, negociación e integración. A su vez, la última de ellas comprende: la evaluación de la afinidad organizacional y cultural; el desarrollo del enfoque de integración; la estrategia, organización y cultura de acoplamiento entre la adquirente y la adquirida; y, la verificación de resultados (Sudarsanam 1996:

De esta manera, vista la homogeneización como un proceso, es necesario determinar el inicio y el fin del mismo, tareas ambas que revisten de cierta dificultad e imprevisión, no solo debido a la ausencia de regulación en el tema, sino también, a la variedad de situaciones y dificultades que pueden presentar las empresas en este campo. Con relación al inicio del proceso, en la medida que una vez efectuado el traspaso, el nuevo empleador ya cuenta con la posibilidad de conocer al nuevo personal que se integra e identificar las diferencias salariales que se hubiesen producido, lo lógico es afirmar que el proceso de homogeneización debería iniciarse después de producido el traspaso de empresa. Además, si bien a “[...] la mayoría de la gente le disgusta el cambio, y le disgusta la clase de incertidumbre que se deriva de una adquisición [...] la gente espera el cambio después de una adquisición y el no actuar rápidamente provocará una confusión global que puede dañar seriamente la inversión” (Rankine 2003: 122)¹²². Por ello, lo ideal será fijar el inicio del proceso de homogeneización inmediatamente después del traspaso de la empresa.

No obstante lo indicado, es preciso tomar en cuenta que no todos los beneficios pueden ser inmediatamente sometidos a un proceso de homogeneización. Como ya se ha indicado, el literal e) del artículo 43^o de la LRTC, indica que en caso de

43). Como se observa, la homogeneización de condiciones salariales estaría comprendida en esta etapa, siendo por ello necesario efectuar las actividades que en la etapa de integración se realizan, además de las que son propias de la labor de equiparación salarial.

¹²² De manera similar opina Mascareñas Pérez-Iñigo, cuando señala que “Es evidente que la empresa objetivo debe ser integrada cuando antes en la estructura de la adquirente lo que significa, entre otras cosas, el alineamiento de los incentivos de todos los miembros de la nueva compañía. Las adquisiciones amenazan las carreras de los directivos de ambas empresas (adquirente y objetivo), por ello, dificultarán el proceso de integración si no encaja con sus incentivos. Por tanto será necesario adaptar los instrumentos de medida de los resultados y las bonificaciones ofrecidas a cambio de los buenos resultados” (2005: 173)

fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares, el convenio colectivo continúa en vigencia hasta el vencimiento de su plazo. De esta manera, el empleador no podrá homogeneizar inmediatamente los beneficios nacidos de un convenio colectivo, sino que, deberá esperar hasta que venza su plazo para proceder con dicha tarea. Nótese que el mandato de la norma es imperativo y no admite pacto en contrario, por lo que intentar una homogeneización antes de que venza el plazo de tales convenios, supondría incumplir con el mandato citado (que el convenio continúe vigente hasta que venza su plazo). Sin duda alguna, con posterioridad a su vencimiento, las partes ya se encontrarían habilitadas para reemplazar dicho convenio por algún otro que persiga la homogeneización de condiciones salariales.

Finalmente, con relación al tiempo máximo con el que debiera contar un empleador para cumplir con el deber de homogeneizar el salario de su personal, no es posible dar una respuesta unívoca, pues la fijación de cualquier plazo derivaría en arbitrario. En efecto, el establecimiento de un plazo como el señalado, corresponde ser fijado por el legislador, para lo cual, debería considerar –entre otros- la cantidad del personal involucrado en la concentración de las empresas, la intensidad de las diferencias salariales después del traspaso y la fuente que regule los salarios a homogeneizar (convenio colectivo, decisión unilateral del empleador, costumbre, etcétera).

La ausencia de este tipo de normativa, genera inseguridad tanto a nivel de los trabajadores, que no saben en qué momento sus salarios se verán modificados para ser equiparados, así como también del empleador, que no tendrá certeza del tiempo con el que cuenta para efectuar dicha tarea y evitar conflictos e incumplimientos del derecho a la igualdad que podría devenir en un práctica *contra*

legem. En efecto, recuérdese que hemos indicado que la mera tolerancia del empleador de la desigualdad generada puede dar lugar a una práctica que estaría vulnerando los derechos a la igualdad del personal involucrado.

Por todo lo señalado, consideramos que será necesario acudir al principio de razonabilidad a efectos de evaluar si, el tiempo empleado para la homogeneización resulta adecuado, en relación con las medidas efectuadas por la empresa y la cantidad de personal involucrado.

3.2 MECANISMOS DE HOMOGENEIZACIÓN DE CONDICIONES SALARIALES

La tarea de homogeneizar las condiciones salariales, lleva implícita la de modificar los salarios del personal que se encuentre percibiendo una retribución distinta a la que le corresponde. Sin embargo, ¿cómo definimos qué remuneración es la que corresponde a cada trabajador? Como se recordará, la equiparación que planteamos es la que debe efectuarse con posterioridad a la unión de dos o más organizaciones laborales producto de un traspaso de empresa. De esta manera, el primer problema que se presenta es determinar cuál es el parámetro salarial que se habrá de emplearse para identificar qué condiciones salariales y respecto de qué trabajadores, deberán ser homogeneizadas. En otras palabras, si la empresa “A” se fusionó –por ejemplo– por constitución con la empresa “B”, y juntas crearon la empresa “C”: ¿los salarios del personal de “A” y de “B”, deberán ser homogeneizados en función del sistema salarial de “A”, de “B”, o de algún otro criterio?

No existe una respuesta jurídica al problema planteado, no sólo por la ausencia de regulación, sino también, porque consideramos que tampoco sería posible

establecer normativamente un único parámetro que sea de aplicación a todos los casos. En efecto, creemos que definir qué parámetro de comparación emplear para identificar las condiciones salariales del personal que deberán homogeneizarse, es una tarea que corresponde al nuevo titular de los medios de producción, quien deberá observar el derecho de igualdad abordado en el capítulo anterior. Sin embargo, los mecanismos que se empleen para ajustar los salarios al parámetro escogido por el nuevo empleador, sí es una tarea que corresponde al derecho del trabajo por cuanto ello implica modificar las condiciones salariales, esto es, afectar el salario de los trabajadores involucrados.

Ahora, si bien no existe una regla jurídica para definir qué parámetro de nivelación emplear, los estudios efectuados desde la administración o gestión en recursos humanos, sí brindan ciertas herramientas para desenvolverse en situaciones como éstas. Recordemos que en el primer capítulo abordamos los lineamientos y criterios que guían el establecimiento de un sistema salarial en las empresas. Al respecto, se indicó que para su determinación, se requería fijar el nivel salarial de la misma (su capacidad de pago en relación con el mercado) y jerarquizar los puestos en función del valor que ostentan para la compañía; de manera que, a mayor importancia del puesto, se la atribuya una mejor posición en la escala salarial de la empresa. Dicho esto, creemos adecuada la postura que indica que la homogeneización salarial en una empresa, requiere de una nueva valoración de los puestos, que sirva de base para fijar una nueva estructura salarial (Díaz y otros 2011: 33).

Contando con un parámetro determinado será posible comparar las compensaciones del personal, con la finalidad de determinar los cambios que deberán efectuarse para lograr la equiparación de los salarios. De dicho contraste,

podrá hallarse a trabajadores que perciben menos de los que les correspondería, pero también es probable que existan casos en donde, por el contrario, estén percibiendo una suma mayor de la que les corresponde. En uno u otro caso, el salario de los trabajadores deberá ser modificado, y los mecanismos para que ello pueda efectuarse, dependerán de la fuente de la que nazca la obligación de entregar el concepto o la partida que corresponda ser equiparada.

3.2.1 Las fuentes del salario

Al respecto, no existe dispositivo legal en nuestro ordenamiento nacional que reserve la regulación del salario a determinada fuente del derecho (por ejemplo, el convenio colectivo). Por ello, coincidimos con que “Como la mayoría de los derechos laborales, las remuneraciones y beneficios sociales percibidos por el trabajador pueden provenir de cualquiera de las fuentes del Derecho del Trabajo o del contrato individual” (González 2004: 141). De ahí que la fuente obligacional de la remuneración es de la más variada, en la medida que puede nacer tanto de productos normativos (ley, convenio colectivo, reglamento interno de trabajo, costumbre) como de los no normativos (contrato de trabajo), tal y como se indica a continuación.

a. Normas estatales

El Estado tiene el deber de asegurar que todo trabajador en nuestro país perciba como mínimo un importe que le permita cubrir sus necesidades y las de su familia, lo cual se determina a través de la fijación de la Remuneración Mínima Vital, cuyo monto se actualiza cada cierto tiempo. Pero además, existen otros beneficios económicos que por mandato de ley, todo trabajador debe percibir. Con relación a

la naturaleza de los mismos, algunos ostentan naturaleza remunerativa, entre los que se encuentran: i) las gratificaciones legales; ii) la asignación familiar; y iii) la remuneración vacacional. Otro grupo de beneficios no gozan de naturaleza remunerativa por mandato expreso de la ley, tales como: i) la compensación por tiempo de servicios (CTS); ii) el seguro de vida ley; y, iii) la participación en las utilidades. La forma de cálculo de los mismos se determina y regula por Ley y su respectivo reglamento, ubicándose la ley en el rango primario del sistema de fuentes, mientras que el reglamento, se encuentra en el secundario. Asimismo, es preciso indicar que si bien tales beneficios son aplicables a todos los trabajadores, existen regímenes especiales que prevén una cuantía menor de tales beneficios¹²³ o una forma distinta en su pago¹²⁴.

b. El convenio colectivo

Esta fuente es propia y privativa del derecho del trabajo. Al respecto, con relación las materias que pueden regularse, el artículo 41º de la LRCT indica que el

¹²³ A modo de ejemplo, es posible citar el régimen especial laboral de la micro y pequeña empresa (MYPE), y el de los trabajadores del hogar. Así, en el primero de ellos, el artículo 40º del Decreto Supremo N° 007-2008-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley MYPE dispone que los trabajadores de la micro empresa no tendrán derecho a la participación en las utilidades, ni a las gratificaciones legales, ni a la CTS; mientras que, los trabajadores de la pequeña empresa, sólo tendrán derecho a media remuneración por concepto de cada una de las gratificaciones por navidad o fiestas patrias, y a una CTS computada a razón de 15 remuneraciones diarias (media remuneración mensual) por año completo de servicios, hasta un máximo de 90 remuneraciones diarias. Por su lado, la Ley N° 27986, Ley de los trabajadores del hogar, dispone que la CTS será de 15 remuneraciones diarias por cada año de servicios (artículo 9º), y al 50% de la remuneración mensual por cada una de las gratificaciones legales (artículo 13º).

¹²⁴ Por ejemplo, el inciso 2 del artículo 7º de la Ley N° 27360 que aprueba las normas de promoción del Sector Agrario, dispone que los trabajadores sujetos al régimen percibirán una remuneración diaria no menor a S/.29.26 (monto actualizado en función de la RMV vigente al 2013 de S/.750.00) que incluye la CTS y las gratificaciones legales de fiestas patrias y navidad. Asimismo, en el caso de los trabajadores del hogar, la CTS se paga directamente al trabajador (no se deposita en una entidad bancaria, como sucede en el régimen general).

convenio colectivo “[...] es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores [...]”. Como se observa, uno de los temas –tal vez el principal, pero no el único– sobre los que este acuerdo puede recaer es el referido a las remuneraciones y demás condiciones salariales del personal, lo que supone que el convenio puede prever desde disposiciones referidas al importe y a la composición interna de los salarios (nivel y estructura salarial), hasta la entrega de beneficios y prestaciones complementarias a la remuneración, entre otros¹²⁵.

Como ya hemos indicado, de los tipos de cláusulas que los convenios pueden contener¹²⁶, las que cobran importancia para el presente tema son las normativas, toda vez que las mismas son las que regularán de manera general y abstracta, las diversas condiciones salariales que se pudiesen pactar entre los trabajadores organizados y el empleador¹²⁷. La importancia de dicho carácter normativo “[...]”

¹²⁵ Es preciso indicar que, si bien en un inicio el objeto central del convenio colectivo fue regular las condiciones de trabajo a las que debían someterse los contratos individuales, la evolución del mismo, ha llevado a ampliar su ámbito, considerándose que el contenido puede sistematizarse en cinco núcleos “[...] a) la relación de cambio entre trabajo y salario: los contenidos propios del terreno de la distribución [...]; b) el área de las relaciones de producción: principalmente la organización del proceso productivo [...]; c) las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores [...]; d) la actuación de la empresa como sujeto económico [...] en la actividad de la empresa como organización económica para la producción y el cambio de mercancías [...]; y e) la situación social de los trabajadores: la que se deriva de su condición objetiva en el proceso productivo” (Villavicencio 1998: 22-21).

¹²⁶ Conforme con el artículo 29 del Reglamento de la LRCT, las cláusulas pueden ser: normativas, delimitadoras u obligacionales.

¹²⁷ Cabe precisar que, si bien el artículo 29º del Reglamento de la LRCT señala que las cláusulas normativas, son “[...] aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento”, compartimos la opinión de Boza Pró, respecto a que, por un lado, desconoce que “Una de las características del convenio colectivo como fuente creadora de derecho es su aplicación automática o inmediata [...], sin que se requiera su incorporación, expresa o tácita, a los contratos individuales de trabajo” (2009: 110); y, con

consiste en la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad comercial correspondiente, sin necesidad de recepción por los contratos individuales, y su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución” (Neves 1994: 62-63)¹²⁸.

Ahora, conforme con el artículo 9º de la LRCT¹²⁹, cuando el sindicato (o la coalición de estos para efectos de la negociación) afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores, el convenio tendrá eficacia general, es decir, que será de aplicación a la totalidad de los trabajadores comprendidos en el ámbito correspondiente, aunque no se encuentren afiliados a la organización sindical; de lo contrario, el convenio solo será aplicable a los trabajadores afiliados al sindicato o a la coalición de los mismos (eficacia limitada).

relación a la función garantista que se le atribuye, que “[...] habría que señalar que ésta no es una competencia que corresponda a este tipo de cláusulas” (2009: 111).

¹²⁸ Esto se encuentra consagrado en el artículo 28º de la Constitución que indica que “La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”, que se condice con lo dispuesto en el artículo 42º de la LRCT, relativo a que “La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma [...]”. De ahí que una de sus características, conforme con el literal a) del artículo 43º de la LRCT, sea: “Modifica[r] de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador” (subrayado nuestro).

¹²⁹ El artículo 9º de la LRCT, indica que: “En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. / De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. / En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados”.

Finalmente, con relación a su ubicación en el sistema de fuentes, “[...] la Constitución vigente no atribuye un nivel al convenio colectivo [...] [y] Tampoco la ley cumple ese papel [...] [sin embargo] si nos atenemos al esquema doctrinario, debe asignárseles el nivel terciario, correspondiente a las normas emanadas de la autonomía privada, pero por cierto en el primer subnivel” (Neves 2007: 71). En consecuencia, los beneficios regulados por los convenios colectivos no deberán ser inferiores a los dispuestos en las normas con rango primario (normas con rango de ley) y secundario (normas con rango reglamentario).

c. Reglamento interno de trabajo

El artículo 9º de la LPCL¹³⁰ señala que las siguientes facultades integran el poder de dirección: i) normar reglamentariamente las labores; ii) dictar las órdenes necesarias para su ejecución; y, iii) sancionar disciplinariamente¹³¹. Pero además, y aunque no se encuentren expresamente señalado, el poder de dirección también comprende la facultad premial que otorga al empresario “[...] la más absoluta libertad [de] mejorar la situación de uno o varios trabajadores en cuanto al régimen salarial, de jornada, horario, etc.” (Martínez 1998: 46). Asimismo, se sostiene que,

¹³⁰ El artículo 9º de la LPCL señala lo siguiente: “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”.

¹³¹ La doctrina mayoritaria coincide en que el contrato de trabajo es el título legitimador del poder de dirección que ostenta el empleador (Morato 2011: 28-29). Sin embargo, determinar las prerrogativas que lo integran es una tarea compleja “[...] pues en realidad viene constituido por distintas facultades interrelacionadas entre sí, extendiéndose a materias muy variadas [...] como horarios de trabajo, calendario laboral, turnos, sistemas retributivos, medios de seguridad y otras muchas” (Bejarano 2010: 45). Por ello, hemos optado por manejar una concepción amplia del contenido del poder de dirección, no agotando su contenido en lo estrictamente señalado en el artículo 9º de la LPCL.

como contrapartida del poder de dirección, existe el deber de protección del empleador que consiste en adoptar las medidas de prevención necesarias al interior del centro de trabajo, para evitar accidentes y enfermedades profesionales producto de las labores efectuadas o del medio ambiente en el que se desarrollan (Hernández Rueda 1997: 417)¹³².

Ahora bien, es claro que el artículo 9º de la LPCL reconoce la facultad que tiene el empleador de emitir normas, la que “[...] se manifiesta, generalmente, mediante el reglamento de empresa o reglamento interno [que] Consiste en un conjunto de disposiciones obligatorias para el trabajador, que tienen por objeto organizar las labores de una empresa o establecimiento” (Hernández Rueda 1997: 413)¹³³. La dación del Reglamento Interno de Trabajo (en lo sucesivo, RIT) se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 039-91-TR, su elaboración es obligatoria para empleadores con más de cien (100) trabajadores (artículo 3º), debe ser presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para su aprobación (que es automática), y debe entregarse a todos los trabajadores de la empresa (artículo 4º)¹³⁴. Con relación a la ubicación del RIT en el sistema de fuentes, se indica que el mismo se

¹³² Al respecto, si bien la mayoría de tales medidas se encuentran preestablecidas por las normas legales especializadas en la materia, nada impide que en virtud de dicho deber, el empleador implemente de manera voluntaria y unilateral «[...] diversos mecanismos tendientes a procurar el bienestar de los trabajadores; tales como: “clubes deportivos, recreativos y artísticos, servicios de asistencia social y religiosa, guarderías infantiles y escuelas, becas y ayudas de estudio, viviendas; etc.; también las “mejoras voluntarias” de seguridad social”» (Cortés y Pizarro 2009: 151).

¹³³ En efecto, las normas contenidas en el RIT cumplirían con el carácter general y abstracto que las normas jurídicas ostentan, esto es “[...] universales en lo referente al destinatario y a la acción” (Neves 2007: 47).

¹³⁴ Al respecto, el artículo 1º del Decreto Supremo N° 039-91-TR, indica lo siguiente: “El Reglamento Interno de Trabajo, determina las condiciones a que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones”. Por su lado, el artículo 4º dispone lo siguiente: “Para los efectos de la aprobación del Reglamento Interno, los empleadores presentarán a la Autoridad Administrativa de Trabajo tres (3) ejemplares, los que quedarán automáticamente aprobados a su sola presentación [...]”.

ubica en el nivel terciario (en donde están las normas que emanan de la autonomía privada), pero en un subnivel inferior al del convenio colectivo, en la medida que el RIT es un acto unilateral del empleador, mientras que el convenio colectivo es bilateral. En consecuencia, el RIT no podrá prever beneficios inferiores o contrarios a los regulados en las normas estatales o en los convenios colectivos aplicables a la empresa.

Asimismo, se sostiene que, en tanto los actos normativos “[...] adoptan indispensablemente forma escrita y necesitan publicidad, que el caso de [...] los generados por la autonomía privada, [supone] al menos la inscripción en un registro” (Neves 2007: 45); es que únicamente el RIT ostentaría carácter normativo, pues debe ser presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para su aprobación, dejando de lado el resto de productos generales y abstractos que en uso de su facultad normativa el empleador podría dictar (por ejemplo: directivas y políticas). Sin embargo, somos de la opinión que el requisito de la presentación no es constitutivo de su naturaleza normativa, pues ello no garantiza su efectiva publicidad, ni tampoco determina que su contenido tenga efectos generales y abstractos (características de una norma jurídica). Por ello, coincidimos con quienes sustentan que la facultad normativa del empleador se extiende “[...] a cualquier tipo de norma general y abstracta que considere necesario implementar el empleador en el ejercicio regular de su poder de dirección” (Cortés y Pizarro 2009: 147).

Por lo tanto, todas aquellas políticas remunerativas o asistenciales que se adopten en virtud de la facultad premial o del deber de prevención del empleador, como por ejemplo: los planes de otorgamiento de bonos por productividad, premios en función al número de ventas o al rendimiento, seguros de salud complementarios o adicionales, becas de estudio, etcétera, en tanto se traten de instrumentos

generales y abstractos en su aplicación, y hayan sido puestos en conocimiento de los trabajadores, calificarán como normas de rango terciario, en un subnivel inferior al del convenio colectivo.

d. La costumbre

La costumbre es definida como un producto normativo de rango terciario que se ubica por debajo del RIT, que –como se indicó en el segundo capítulo– nace de la repetición generalizada en el tiempo de un determinado hecho, así como, de la conciencia de obligatoriedad del mismo¹³⁵. Al respecto, las materias laborales respecto de las cuales puede constituirse una costumbre, son de lo más amplias, no existiendo controversia alguna en aceptar que la misma puede recaer respecto de la entrega de remuneraciones y otros salarios o condiciones adicionales.

Con relación a la existencia de un hecho o conducta reiterada en el tiempo y atendiendo a que no existe norma alguna que indique cuando se cumple dicho requisito, hemos indicado que consideramos que cuando un beneficio se entrega en más de una ocasión, ya existe reiteración¹³⁶. De otro lado, con relación al ámbito geográfico de la costumbre, la misma puede surgir en diversos ámbitos, pudiendo ser la empresa, una categoría, un establecimiento, etc., siendo lo relevante que la misma sea general respecto de todo un grupo y abstracta, ambas características de

¹³⁵ Con relación a los elementos que configuran la costumbre, Ulloa Millares defiende los tres requisitos que son establecidos por la doctrina española para tales efectos, esto son: i) conducta reiterada; ii) aplicable a un determinado ámbito territorial o comunidad de referencia; y, iii) que genere conciencia de obligatoriedad (2011: 101-102).

¹³⁶ Sobre el particular se ha señalado que: “Entendemos que todo criterio cuantitativo es discrecional por lo que no podemos señalar si mejor serían 4 años para beneficios anuales y 16 para beneficios mensuales. En todo caso la casación N° 3547-2009-CALLAO ha señalado que son dos años (más de uno) los que generan la costumbre. Así que estamos advertidos” (Ulloa 2011: 106).

las normas¹³⁷. Finalmente, recuérdese que la conciencia de obligatoriedad es un requisito adicional a los antes indicados, siendo por ello necesario acreditarla, para afirmar que nos encontramos frente a una costumbre.

e. Contrato de trabajo

A pesar del carácter residual del contrato de trabajo como fuente de regulación de derechos y beneficios laborales, suele ser en nuestro país una fuente frecuente de regulación de beneficios económicos.

A diferencia de las fuentes antes mencionadas, el contrato de trabajo no es una de tipo normativo, siendo por tanto una fuente de obligaciones y no una fuente de derecho como en los casos anteriores (Boza 2011: 138). Además, en tanto el contrato de trabajo concurre con las fuentes normativas antes abordadas, el espacio de regulación que le queda es limitado, pues sólo podrá ocuparse de aquello no previsto por las anteriores, o de lo previsto pero que es dispositivo, o de mejorar los derechos mínimos establecidos por las mismas (Neves 2007: 84). En otras palabras, el contenido del contrato de trabajo debe observar lo regulado en las fuentes normativas antes indicadas. Ahora, las condiciones salariales de origen contractual no son únicamente las que se hubiesen pactado al inicio de la relación laboral o mediante pacto novatorio, sino que también incluye a “[...] aquellas condiciones más beneficiosas cuyo origen reside en una concesión unilateral de la

¹³⁷ Al respecto, se ha indicado «[...] la costumbre puede desenvolverse en espacios más limitados que el de las normas jurídicas [...] [pues] tanto los convenios colectivos como las costumbres empresariales se aplican en un ámbito suficientemente general o “generalizado” como para ser calificados como fuentes de derecho» (Quiroz 2011: 16-17). Asimismo, recuérdese que es importante diferenciar a la costumbre de la consolidación de beneficios por el transcurso del tiempo, toda vez que la costumbre es general, mientras que la consolidación de beneficios no y, por ello, es un producto no normativo (Neves 2007: 79).

empresa [y que] se incorporan al contrato por vía de repetición, adquiriendo naturaleza contractual [...]” (Blasco 1995: 262)¹³⁸.

Con relación a los beneficios concedidos unilateralmente por el empleador que se adquieren por su consolidación a través del transcurso del tiempo (vía de repetición), es preciso notar que los mismos se diferencian de la costumbre en que los primeros no cumplen con entregarse a una colectividad determinable de trabajadores sino que, por el contrario, se entrega a determinadas personas en particular. Asimismo, si bien se tratan de concesiones unilaterales del empleador que se entregan en virtud de su facultad premial o deber de protección, a diferencia de las que se entregan en virtud de los dispositivos normativos del empleador (RIT, directivas, políticas), las primeras no cumplen con ser actos expresos y unilaterales del empleador con eficacia general y abstracta en su entrega, sino meros hechos respecto de personas concretas, pero reiteradas.

3.2.2 Mecanismos de modificación salarial

Las diferencias salariales que pueden hallarse luego de una concentración empresarial pueden recaer sobre condiciones que tengan por fuente de entrega a

¹³⁸ En la doctrina nacional también se acepta lo antes señalado. En efecto, Boza Pró indica que “Cuando nos referimos a las condiciones de origen contractual lo hacemos tanto a los beneficios estipulados en los contratos de trabajo –acto bilateral–, como a los otorgados *motu proprio* por el empleador –acto unilateral–. Se entiende que, en ambos casos, los beneficios establecidos a favor del trabajador se han contractualizado –en el caso de los derechos otorgados por acto unilateral, en virtud de su consolidación por el transcurso del tiempo–, pasando a considerarse como un derecho adquirido del trabajador” (2011: 196). En el mismo sentido, González Hunt señala que «Cabe anotar aquí que, en nuestra opinión, este mismo carácter puede predicarse de las remuneraciones y beneficios establecidos por “voluntad unilateral del empleador”, toda vez que al crearlos el empleador está modificando el contrato de trabajo de manera unilateral en ejercicio de la facultad premial que, en contraposición al poder de dirección, le confiere el ordenamiento» (2004: 141).

cualquiera de las antes indicadas, incluso, una norma estatal. Piénsese, por ejemplo, en la fusión entre una empresa sujeta al régimen laboral especial de las Pequeñas empresas¹³⁹, con otra sujeta al régimen general. En el caso anotado, mientras los trabajadores de la pequeña empresa perciben media remuneración por concepto de gratificaciones por fiestas patrias y navidad (por cada gratificación)¹⁴⁰, los del régimen general perciben una remuneración completa en cada oportunidad. De esta manera, si bien luego de la fusión existirán trabajadores cuyas gratificaciones legales se regulen por normas distintas, será necesario verificar si la empresa resultante aún cumple con los requisitos fijados en la norma para continuar rigiéndose por el régimen especial de las MYPE o si, por lo contrario, deberá pasar a regularse por el régimen general. En otras palabras, tratándose de integración de empresas sujetas a regulación estatal distinta (por ser una especial y la otra general, o ambas especiales entre sí), lo que deberá evaluarse será qué norma estatal aplicar, para lo cual habrá que atenerse a lo establecido por las propias normas.

Sin embargo, las normas estatales no pueden ser modificadas ni derogadas por las partes laborales (trabajador y empleador) sino, únicamente, por el órgano o entidad autorizada para la expedición de la misma (por ejemplo: tratándose de leyes, el autorizado sería el Congreso de la República). Por ello, no abordaremos la homogeneización de condiciones salariales que tienen su origen en una norma

¹³⁹ Regulado por el Decreto Supremo N° 007-2008-TR que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente.

¹⁴⁰ De acuerdo con el artículo 41º del Decreto Supremo N° 007-2008-TR: “[...] Adicionalmente, los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho a percibir dos gratificaciones en el año con ocasión de las Fiestas Patrias y la Navidad, siempre que cumplan con lo dispuesto en la normativa correspondiente, en lo que les sea aplicable. El monto de las gratificaciones es equivalente a media remuneración cada una” (subrayado nuestro).

estatal debido a que la responsabilidad de que las normas sean razonables y se encuentren conforme con los mandatos constitucionales (como el derecho de igualdad), es del Estado. Por el contrario, tratándose del resto de fuentes del derecho, los sujetos responsables de que su contenido se encuentre conforme con lo dispuesto en la Constitución son las partes que lo elaboran, esto es, el empleador o este y los trabajadores que correspondan. De ahí que, la homogeneización de aquellas condiciones salariales que nazcan de estas fuentes normativas u obligacionales, será responsabilidad de quienes tengan la potestad de regularlos, claro está, con los límites y requisitos que existiesen para tales efectos.

a. *Modificación unilateral del empleador*

La facultad del empleador que le permite modificar unilateralmente las condiciones de trabajo se denomina “*ius variandi*” y es considerada como una manifestación más del poder de dirección que el mismo ostenta en virtud del contrato de trabajo. En efecto, el *ius variandi* se define como “[...] un poder del empleador, derivado de su potestad directriz y de organización, que le permite modificar las condiciones de trabajo, sin o contra la anuencia del trabajador, observando el principio de razonabilidad, para atender a las necesidades objetivas del centro de trabajo” (Zavaleta 2004: 446). Como se ha indicado, una de las particularidades del *ius variandi*, es que su ejercicio depende únicamente de la voluntad del empleador, siendo irrelevante que el trabajador haya –o no– prestado su consentimiento para ello.

Sin embargo, y coincidiendo con lo sostenido por Ermida Uriarte, el *ius variandi* no es una facultad irrestricta del empleador sino que, la misma tiene por límites a los “[...] elementos esenciales del contrato de trabajo [...] [que] En general se

circunscriben a los objetos de las obligaciones principales de las partes: la prestación del trabajo y la remuneración [...]” (1989: 70). Efectivamente, la remuneración es un elemento esencial del contrato de trabajo, y por ello, no es posible considerarla como parte del conjunto de condiciones laborales, accesorias o complementarias, que pueden ser modificadas por la mera voluntad o arbitrio del empleador. De ahí que, ningún tipo de modificación de las remuneraciones por parte del empleador, ya sea para incrementarlas o reducir las, podrá efectuarse al amparo de la facultad del *ius variandi*, ya que se estarían excediendo los límites de la misma¹⁴¹. Precisamente, en nuestra legislación interna, el literal b) del artículo 30° de la LPCL califica a “La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría”, como un acto de hostilidad del empleador equiparable al despido.

Adicionalmente, nótese que toda modificación tendiente a reducir unilateralmente los beneficios salariales que los trabajadores perciban en virtud de una ley, reglamento estatal, convenio colectivo o costumbre, equivaldría al incumplimiento de tales normas, lo que derivaría en la responsabilidad del empleador por los daños causados a los trabajadores. En efecto, las normas laborales se caracterizan por ser –en su gran mayoría– de derecho necesario relativo, lo que significa que las mismas establecen beneficios mínimos que, si bien pueden ser incrementados por el empleador o por este y los trabajadores, no pueden ser disminuidos. Por ello, si bien el empleador no puede otorgar menos derecho al establecido en las normas antes mencionadas, sí podrá reconocer mayores beneficios, sin necesidad de acuerdo con el trabajador.

¹⁴¹ Siguiendo a Ermida Uriarte, cuando se exceden los límites del *ius variandi*, tiene lugar una “alteración unilateral del contrato” que es definida como “[...] el cambio sustancial introducido unilateralmente por una de las partes: al no existir consentimiento y rebasar los límites del *jus variandi*, constituye un incumplimiento contractual, una alteración ilícita del contrato” (1989: 41).

Como ya hemos indicado, la facultad premial del empleador y su deber de protección, lo autorizan a mejorar unilateralmente las condiciones salariales y asistenciales de sus trabajadores, ya sea a través de una norma general y abstracta del empleador (por ejemplo, el RIT) o de una mejora de lo estipulado en el contrato (ya sea por acuerdo individual o por consolidación por el transcurso del tiempo). Sin embargo, repárese en que la facultad premial del empleador lo autoriza únicamente a premiar al personal mediante el incremento de las condiciones salariales, más no a reducir el beneficio ya entregado. Lo mismo sucede con el deber de protección del empleador, que si bien le permite adoptar mayores garantías en salud, seguridad o de tipo asistenciales, no se encuentra dentro del mismo, la posibilidad disminuir la mayor protección concedida.

Por tanto, si bien no existe ningún impedimento para que el empleador incremente unilateralmente las condiciones salariales o asistenciales de su personal, no es posible que el empleador las reduzca unilateralmente pues ello no es parte de ninguna de las facultades que se le reconocen al empleador. De hecho, mientras la facultad del *ius variandi* no alcanza a las remuneraciones por ser estas un elemento esencial del contrato de trabajo, la facultad premial y el deber de protección solo permiten incrementar los beneficios, no reducirlos. De esta manera, toda homogeneización de las condiciones salariales que el empleador decida efectuar de forma unilateral, solo podrá efectuarse mediante el incremento de las condiciones salariales de aquellos trabajadores que se encuentren percibiendo menos del parámetro de comparación utilizado para tales efectos.

b. Mecanismos bilaterales individuales

La libertad contractual permite que los actores laborales puedan modificar las condiciones salariales pactadas en el contrato de trabajo o que se hubiesen incorporado al mismo mediante su consolidación por el transcurso del tiempo. Sin embargo, en la medida que la remuneración constituye un elemento esencial de la relación de trabajo, su modificación únicamente puede tener lugar a través de un pacto novatorio, esto es, de un “[...] negocio jurídico bilateral en virtud del cual las partes vinculadas por un contrato cambian el contenido normativo de la relación jurídica que les une” (Blasco 1995: 270)¹⁴². De hecho, a diferencia del *ius variandi*, la novación sí puede referirse a elementos esenciales del contrato de trabajo, ya sea para extinguir obligaciones o cambiarlas, debido a que la novación objetiva supone la sustitución de un contrato por otro (Ermida 1989: 40).

Sin embargo, consideramos que el pacto novatorio deberá emplearse no solo cuando se traten de elementos esenciales como la remuneración, sino también, cuando la alteración recaiga en otros beneficios o prestaciones que, sin calificar como tal, hubiesen sido fijados en el contrato de trabajo. Como ya hemos indicado, existe una serie de beneficios y prestaciones que si bien no están comprendidos en el concepto legal de “remuneración”, su entrega puede ser pactada en el contrato de trabajo. En estos casos, dado que la alteración de los mismos supone una

¹⁴² Sobre el particular, Blasco Pellicer añade que “[...] el instrumento preferido por el ordenamiento jurídico para la modificación de las condiciones de las prestaciones que constituyen el contenido del contrato de trabajo es el de la novación contractual que [...] ofrece la seguridad de ser el genuino instrumento de la autonomía individual que, atención a las circunstancias de cada momento, puede adecuar las condiciones inicialmente pactadas a los distintos avatares a los que haya de hacer frente a la relación individual de trabajo a lo largo del tiempo; ofreciendo el ordenamiento jurídico instrumentos de actuación para el empresario cuando, ante la falta de acuerdo novatorio, existan razones técnicas, organizativas o productivas que exijan tal modificación” (1995: 270).

modificación del contrato, no es admisible que el empleador pueda modificarlos unilateralmente a menos que sea para incrementarlos en virtud de su facultad premial y de mejora.

Ahora, el cambio puede consistir en incrementar el salario o beneficio pactado, en cambiar el ya existente por otro que otorgue igual, mayor o menor beneficio, o en reducirlo. Al respecto, si bien las modificaciones meramente externas que no alteran la naturaleza del beneficio¹⁴³ y los incrementos salariales, no presentan mayores problemas en cuanto a su procedencia y licitud (incluso de manera unilateral por parte del empleador), lo mismo no sucede cuando se cambia un beneficio por otro que le otorga menor derecho o cuando se reducen las remuneraciones.

Como lo indicamos, la posibilidad de modificar las condiciones salariales se encuentra amparada en el reconocimiento a nivel constitucional de libertad de contratar. De esta manera, a menos que la legislación nacional expresamente la prohíba, la modificación de los salarios debe admitirse siempre que cumpla con los requisitos formales y materiales prescritos para su procedencia. A nivel nacional, el único dispositivo que alude a la modificación salarial por acuerdo es la Ley N° 9463, de fecha 17 de diciembre de 1941, en cuyo artículo único dispone que “La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados [...]”¹⁴⁴. Al respecto, no

¹⁴³ Consideramos que las modificaciones meramente externas serían aquellos cambios que no alteran la naturaleza del beneficio (siguen siendo remunerativo o no remunerativos), ni la finalidad para la que era entregada (por ejemplo, si se reemplaza el servicio de buses de movilidad proporcionado por el empleador, con la entrega de una asignación por movilidad supeditada a la asistencia al trabajo), ni la calidad o cantidad del beneficio entregado.

¹⁴⁴ El texto completo del artículo único de la Ley N° 9463, es el siguiente: “La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos

obstante la antigüedad de la norma, la misma se encuentra vigente dado que no existe dispositivo legal o constitucional que expresamente lo hubiese derogado, y además, porque así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (máximo intérprete de nuestra constitución) en la sentencia recaída en el expediente N° 009-2004-AA/TC¹⁴⁵.

De esta manera, suele indicarse que la Ley N° 9463 establece elementos indispensables para que proceda la reducción de remuneraciones, tales como: i) la

por servicios ya prestado, que le acuerden las leyes Nos. 4916, (i) 6971 (2) y 8439 (3), debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas. / En el caso de servidores a comisión, se les computarán las indemnizaciones tomándose el promedio que arroje el periodo de tiempo comprendido entre los cuarentiocho (sic) meses anteriores a la reducción”.

¹⁴⁵ En la sentencia recaída en el expediente N° 009-2004-AA/TC, de fecha 21 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional señaló que “[...] la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, del 17 de diciembre de 1942, siempre que medie aceptación del trabajador” (fundamento jurídico N° 3). Sin embargo, la Corte Suprema ha venido opinando de manera contraria al considerar que: i) “[...] la Ley N° 9463 no resulta aplicable al caso concreto en tanto la Constitución de mil novecientos setenta y nueve la derogó tácitamente al proteger de manera adecuada los derechos laborales de los trabajadores [...]” (Casación N° 1781-2005-Lima); y, ii) que la aplicación de la Ley N° 9463 “[...] no puede efectuarse sin considerar las normas constitucionales vigentes, en particular el artículo 26 de la Constitución Política del Estado que establece en su inciso 2 el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, noma que debe concordarse con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 23 de nuestra Constitución que establece: Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador [...]” (Casación N° 3298-2009-Callao). Frente a dicha disyuntiva, si bien existen quienes respaldan la posición de la Corte Suprema al considerar que la Ley N° 9463 era incompatible con la Constitución de 1979 en la medida que esta consagraba el principio de irrenunciabilidad de derechos respecto de *toda* ventaja concedida al trabajador por el derecho laboral (Valle 2011: 245); compartimos la posición mayoritaria que considera que la Ley N° 9463 está vigente porque así lo ha establecido el Tribunal Constitucional que es el máximo intérprete la Constitución (Toyama 2011: 239), porque el artículo VI de Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que los jueces deben interpretar y aplicar la ley conforme a la interpretación que el Tribunal Constitucional efectúe de la misma (Ynami 2008: 260), y dado que la irrenunciabilidad de derechos consagrada en la Constitución no alcanza derechos que superan los mínimos normativos (Pacheco 2011: 21; Toyama 2011: 239).

exigencia de acuerdo entre las parte, ii) la imposibilidad de reducir las remuneraciones por debajo de la remuneración mínima vital o afectando los mínimos establecidos por alguna otra norma legal o convencional; y, iii) la prohibición de afectar periodos anteriores al pacto con la reducción¹⁴⁶. Sin embargo, consideramos que el único requisito que dicha ley introduce es el referido a la imposibilidad de afectar las remuneraciones ya percibidas por los trabajos prestados, pues la exigencia de acuerdo entre las partes es un requisito de la novación¹⁴⁷ y la imposibilidad de afectar los mínimos legales o convencionales deriva del reconocimiento del principio de irrenunciabilidad de derechos en el artículo 26º de la Constitución.

Adicionalmente, es preciso notar que los requisitos para la modificación de salarios no solo se encuentran en las normas laborales, sino que también habrá que remitirnos a los dispositivos del código civil que le fuesen aplicables. Al respecto, el artículo 140º del Código Civil enuncia que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y que para su validez se requiere: i) agente capaz; ii) objeto física y jurídicamente posible; iii) fin lícito; y, iv) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. De otro

¹⁴⁶ Sobre el particular, Ynami García señala que “[...] la Ley N° 9463 ha establecido elementos indispensables para que proceda la reducción de remuneraciones, estos son: acuerdo entre las partes, afectación de las remuneraciones pasibles de reducción respetando al mínimo legal y observancia de los derechos adquiridos” (2008: 259). En el mismo sentido, Pacheco Zerga indica que la reducción de remuneraciones en el Perú es posible siempre y cuando se cumplan 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 éste tenga fecha determinada para su vigencia; y c) que no afecte los mínimos legales ni los convencionales por las razones anotadas en el anterior apartado” (Pacheco 2011: 20).

¹⁴⁷ El artículo 1277º del Código Civil señala que: “Por la novación se sustituye una obligación por otra. / Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva” (subrayado nuestro).

lado, para que exista novación, el artículo 1277º del Código Civil exige que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva. En este sentido, en base a los dispositivos anotados indicaremos los principales requisitos con los que, a nuestro criterio, cuenta la novación de condiciones salariales.

- Manifestación de voluntad válida del trabajador.- Al tratarse de una modificación de lo pactado en el contrato de trabajo, es indispensable que el trabajador haya prestado su consentimiento para que ello proceda, tal y como lo exigen el artículo único de la Ley N° 9463 y el artículo 1277º del Código Civil. Al respecto, si bien ningún dispositivo jurídico exige literalmente que la dicha manifestación de voluntad deba efectuarse en forma expresa, en la medida que la Ley N° 9463 prohíbe afectar períodos anteriores a la reducción, se sostiene que ello sólo podrá lograrse con un acuerdo expreso de modificación salarial que permita determinar la fecha de entrada en vigencia de dicho pacto (Toyama 2011: 237).

Sobre el particular, es preciso indicar que el artículo 141º del Código Civil¹⁴⁸ señala que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Sin embargo, aceptar que la voluntad pueda ser manifestada de forma tácita, podría estar implicando aceptar “[...] por vía indirecta la alteración del contrato de trabajo por la sola voluntad del empleador, saneándose el incumplimiento por el mero paso del tiempo [...]” (Castello 2008: 56). Por ello, si bien se

¹⁴⁸ El artículo 141º del Código Civil señala que: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. / No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario” (subrayado nuestro).

sostiene que el consentimiento tácito debería reservarse para situaciones en donde el comportamiento del trabajador demuestre inequívocamente que su voluntad fue aceptar el cambio, consideramos que ello no asegura que la voluntad del trabajador haya sido válidamente formada y exteriorizada. En efecto, aunque el trabajador pueda reclamar una reducción unilateral de remuneraciones, las situaciones fácticas de dependencia y subordinación en las que se encuentra respecto del empleador, dificultan que el trabajador realmente emprenda tales acciones por temor a sufrir futuras represalias.

Por todo lo expuesto, no sólo consideramos acertada la interpretación efectuada de la Ley N° 9463 en el sentido que, para asegurar que el pacto de reducción no afecte períodos pasados, es necesario contar con un pacto expreso en donde conste la fecha de celebración del acuerdo. Sino que también, creemos que la naturaleza de estos pactos, al efectuarse en un contexto de desigualdad jurídica entre las partes del contrato de trabajo, exige que la manifestación de voluntad conste por escrito pues es la única forma de constatar inequívocamente que ha existido consentimiento por parte del trabajador y de desvirtuar que ha existido una subsanación por el paso del tiempo de una inválida alteración unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador.

Finalmente, la manifestación de voluntad del trabajador debe encontrarse libre de cualquier vicio del consentimiento, esto es, no debe existir: i) error en la transmisión de la manifestación de voluntad válidamente formada (error obstativo), ni en la formación de la voluntad del trabajador (error de vicio); ii) dolo, cuando una de las partes suscribe el acuerdo producto de un engaño; iii) ni violencia física o psicológica, esto es, que el objeto empleado para que se

celebre el acto sea un acto violento o que se haya obligado a celebrar el acuerdo mediante amenaza o intimidación (Toyama 2012: 459-468). De esta manera, el acto será nulo o anulable cuando se haya coaccionado al trabajador a suscribir el acuerdo, cuando la información brindada para que se adopte la decisión hubiese sido diminuta e incompleta, o cuando se hubiese engañado al trabajador para que suscriba el acuerdo de modificación salarial, etcétera¹⁴⁹.

- Irrenunciabilidad de derechos normativamente reconocidos.- Como ya indicamos, el principio de irrenunciabilidad de derechos se encuentra reconocido en el inciso 2 del artículo 26º de la Constitución vigente¹⁵⁰, y es definido por la doctrina mayoritaria como la imposibilidad jurídica de privarse de manera voluntaria de uno o más derechos reconocidos al trabajador¹⁵¹. Al respecto, para efectos de la modificación de condiciones salariales, resulta necesario referirnos al ámbito de aplicación material u objetivo de este

¹⁴⁹ Si bien el inciso 2 del artículo 221º del Código Civil indica que son causales de anulabilidad “Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación”, Toyama Miyagusuku señala que cuando se suscribe un acuerdo “[...] con empleo de violencia de una de las partes laborales sobre la otra, estamos ante una causal de nulidad. Nótese que lo trascendente no es la discrepancia entre la voluntad declarada y la interna, sino «la ausencia de voluntad»” (2012: 459). Por ello es que indicamos que los ejemplos anotados podrán dar lugar a una nulidad o anulabilidad del acto en cuestión.

¹⁵⁰ El artículo 26º dispone que “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: [...] 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

¹⁵¹ Sobre el particular, Plá Rodríguez definía al principio de irrenunciabilidad de derechos como “[...] la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (1978: 67). En el mismo sentido, Ferro Delgado indica que dicho principio supone “[...] la ineficacia de la privación voluntaria por el trabajador de derechos laborales reconocidos a nivel legal o convencional [...]” (2004: 111). Por su parte, Toyama Miyagusuku, siguiendo a De La Villa, indica que “[...] el principio de irrenunciabilidad puede ser definido como la imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en una norma imperativa” (2001: 166).

principio, esto es, el destinado a establecer qué tipo de derechos son irrenunciables. De esta manera, se sostiene que el principio de irrenunciabilidad aplica respecto de aquellos derechos que surgen de normas que contengan cierto grado de imperatividad excluyendo, de esa manera, a aquellas que califican como de derecho dispositivo (Cárdenas 2009: 159). Así, pese a que la Constitución señala que son irrenunciables los derechos nacidos de la Constitución y la Ley, existe consenso en sostener que se encuentran amparados bajo este principio también los derechos nacidos del convenio colectivo (Ferro 2004: 119).

Sin embargo, lo mismo no se predica respecto de la costumbre y el reglamento interno de trabajo, pese a que ambas forman parte del sistema de fuentes del derecho del trabajo y se les reconoce carácter normativo. En cuanto a la costumbre, dado que en su creación intervienen ambas partes del contrato al convertir una práctica repetida en el tiempo en obligatoria, se sostiene que la misma no se encuentra amparada por el principio de irrenunciabilidad pues así como tales partes pueden crearla, pueden también acordar su sustitución parcial o total, o inclusive su eliminación (González Hunt 2004: 145). Respecto al reglamento interno, al indicarse que el mismo puede ser modificado por la autonomía de los sujetos laborales sin afectar el principio de irrenunciabilidad (Cárdenas 2009: 165), se excluyen a los derechos nacidos de esta fuente de la protección de dicho principio.

Al respecto, no consideramos acertada la exclusión de la costumbre y del reglamento interno de trabajo del ámbito objetivo de protección del principio de irrenunciabilidad de derechos. Como sostiene Pasco Cosmópolis, la premisa de la irrenunciabilidad de derechos es que “[...] si las normas

laborales pudieran ser objeto de abdicación, carecerían de objeto y quedaría el trabajador huérfano de la protección que ellas le confieren [...]” (2005:217). Por tanto, no tendría sentido considerar a la costumbre y al reglamento como parte del sistema de fuentes, si por otro lado admitimos su disponibilidad por parte de los trabajadores.

Además, si bien es cierto que la costumbre nace de una conducta de las partes laborales repetida en el tiempo, repárese en que en su generación intervienen los trabajadores colectivamente considerados, por lo que no puede otorgarse a uno solo de ellos la posibilidad de disponer de un derecho nacido del comportamiento colectivo de los actores laborales. De otro lado, con relación al reglamento interno de trabajo, si bien su dación es facultad del empleador, hemos indicado que el mismo no podría unilateralmente disminuir los beneficios otorgados a través de este dispositivo, pues ello no se encuentra dentro de sus facultades premiales o de protección. De ahí que, si bien toda alteración de tales beneficios debería efectuarse mediante acuerdo con los trabajadores, al tratarse de una norma de aplicación general en el centro de trabajo, su modificación debe involucrar al íntegro de trabajadores afectados y no únicamente a unos cuantos trabajadores individualmente considerados o a uno solo.

Así, no obstante la limitada regulación de nuestra legislación, al ser los principios los que inspiran y delimitan los ordenamientos jurídicos, sostenemos que no es posible que la Constitución limite la aplicación del mismo, más aún cuando lo anterior supone desconocer las finalidades y objetivos del principio en mención. Por tanto, consideramos que el principio de irrenunciabilidad de derechos aplicará respecto de toda reducción de

remuneraciones que implique un acto voluntario e irrevocable del trabajador, de renunciar por debajo del piso o del mínimo remunerativo previsto en la constitución, la ley, convenio colectivo, reglamento interno de trabajo o costumbre. De esta manera, los beneficios cuya modificación pueda implicar una reducción, son únicamente los nacidos del contrato de trabajo o de una consolidación de beneficios por el transcurso del tiempo, pues las fuentes de derecho meramente obligacionales (como el contrato) no se encuentran bajo el ámbito objetivo de aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Finalmente, toda novación salarial que implique una renuncia de derechos será un acto nulo por no cumplir con uno de los requisitos esenciales de validez del acto jurídico, esto es, tener un objeto jurídicamente posible. Como sostiene Palacios Martínez, no toda materia social puede ser negociable, sino que para ello es necesario que el ordenamiento jurídico no haya prohibido que los sujetos efectúen sobre la misma su autorregulación de intereses concreta (2002: 138). Por tanto, el objeto de la novación que consista en la renuncia del trabajador a derechos nacidos de normas imperativas, no es jurídicamente posible en la medida que se encuentra transgrediendo el principio de irrenunciabilidad de derechos. En consecuencia, conforme con el inciso 3 del artículo 219º del Código Civil, cuando el objeto es jurídicamente imposible, el acto jurídico –en este caso, la novación–, es nulo.

- Existencia de una causa que legitime la modificación.- Respecto a este criterio, la doctrina nacional no es pacífica al momento de aceptar su procedencia. Por un lado, existen quienes afirman que los pactos de reducción de salarios debieran ser excepcionales, y por ende, su celebración sería admisible cuando la situación financiera de la empresa exijan adoptar

medidas que reduzcan sus costos (García 2010: 20). En esta misma línea, también se ha indicado que el carácter protector del derecho del trabajo no podría anular la libertad de las partes de reducir los beneficios en aquellas situaciones que así lo exijan por responder a una auténtica necesidad de la empresa y no a un mero ánimo mercantilista de obtener mayores utilidades (Pacheco 2011: 22). Sin embargo, por otro lado están quienes consideran que la Ley N° 9463 no condiciona la reducción de remuneraciones a situaciones de falencia económica, pudiendo operar la misma en situaciones sin expresión de causa (González y Jiménez 2008: 273). Asimismo, se sostiene que nada impide que la reducción de salarios se aplique a cualquier caso, con o sin justificación, siempre que exista voluntad del trabajador y no se altere el principio de irrenunciabilidad de derechos (Toyama 2011: 239-240).

Al respecto, consideramos válidas las posturas que consideran necesaria la existencia de un motivo objetivo y razonable que justifique la reducción de los salarios. Será objetivo en la medida que el mismo pueda ser constatado por las partes, y será razonable, cuando los fundamentos esgrimidos para efectuar la reducción sean suficientes para justificar la decisión adoptada por las partes. Lo anterior obedece a la necesidad de resguardar en todo momento la vigencia del principio de razonabilidad que, como ya hemos anotado anteriormente, supone que todo acto debe contar con motivos suficientes que expliquen el porqué de una acción, dado que parte de la premisa que todo ser humano actúa con razón. Así, calificarán como motivos razonables que legitimen una reducción de remuneraciones –entre otros- la crisis o deficiencia económica y financiera de la empresa, el cambio de puesto de trabajo a uno de menor categoría por bajo rendimiento como medida alternativa al despido, la sustitución de un complemento salarial por otro

beneficio de índole no patrimonial (por ejemplo, una mayor flexibilización horaria) (Pacheco 2011: 249), etcétera.

Ahora bien, de acuerdo con el inciso 4 del artículo 240° del Código Civil, el acuerdo de novación será nulo cuando no ostente un motivo razonable que justifique la reducción de salarios, en la medida que ello denota la ausencia de un “fin lícito”. Al respecto, existe consenso mayoritario en aceptar que el inciso 3 del artículo 140° del Código Civil reconoce la exigencia de la “causa” como elemento esencial del acto jurídico al indicar que para su validez se requiere de un “fin lícito” (Taboada 2002: 289)¹⁵². Ahora, si bien la causa no cuenta con una definición unívoca en la doctrina, consideramos acertada aquella que la conceptualiza desde un doble aspecto: el objetivo, donde la causa debe entenderse como la función económica y social que caracteriza el negocio como acto de autonomía privada; y el subjetivo, que se refiere a la finalidad práctica inmediata perseguida por las partes (Palacios 2002: 143). De esta manera, el fin será ilícito cuando el aspecto subjetivo de la causa del negocio jurídico contravenga las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (Taboada 2002: 339). Por ello, cuando los motivos para celebrar el acuerdo de reducción de salarios no cumplan con el principio de razonabilidad, el mismo será nulo, pues estaría contraviniendo uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento.

¹⁵² Sobre el particular, Taboada Córdova añade lo siguiente: “En otros términos, no hay duda de ninguna clase que la definición de causa está referida directamente al concepto de fin que persiguen las partes mediante la celebración de un negocio jurídico. Obviamente los autores hablan indistintamente de fin o finalidad, pero en ambos casos se entiende que la causa es la consideración de un resultado determinado que las partes contratantes desean alcanzar con la celebración del contrato. La causa viene a entenderse, en consecuencia, como la consideración del fin que se propone alcanzar el sujeto con la celebración del contrato” (2002: 289-290).

c. *Mecanismos bilaterales colectivos*

Al referirnos a los mecanismos bilaterales colectivos, estamos aludiendo a todos los acuerdos que la empresa celebre de forma colectiva con los trabajadores, ya sea a través de su representación por un sindicato, o directamente con todos ellos. Nuevamente, la discusión radica en la viabilidad de reducir las condiciones salariales a través de estos pactos y sobre qué tipo de beneficios podrían recaer estos pactos. Evidentemente, la autonomía de las partes (individual o colectiva) no puede atentar contra los derechos reconocidos por los Tratados Internacionales debidamente ratificados por el país, la Constitución, y por la ley y su reglamento; sin embargo, tratándose de los beneficios nacidos de convenios colectivos, reglamento interno de trabajo y costumbre, sí resulta posible su disposición por los sujetos colectivos, pero con ciertas precisiones, que a continuación pasaremos a señalar.

En primer lugar, las negociaciones colectivas llevadas a cabo por los sujetos colectivos, en el mismo ámbito negocial, y que reduzca los beneficios pactados en un convenio precedente con la suscripción de uno posterior (sucesión normativa), se denominan negociaciones *in peius* (Cortés 2000: 285). Al respecto, se indica que la doctrina suele aceptar la viabilidad de las negociaciones *in peius* en base a los siguientes argumentos: i) al ser los sindicatos autónomos para pactar mejoras o incrementos salariales así como la creación de nuevos beneficios remunerativos, también es posible que en virtud de dicha autonomía, los mismos sean capaces de eliminar todo aquello que una vez pactaron; ii) que la voluntad del sindicato no se vulnera pues se trata de trabajadores solos actuando frente al empleador, en clara situación de desventaja y subordinación, sino que se trata de una voluntad gremial que no se encuentra en relación de subordinación frente al empleador; y, iii) la fuerza vinculante en el ámbito concertado del convenio, supone que este afecta al

contrato de trabajo desde afuera y, por tanto, para su aplicación inmediata no se requiere que el trabajador haya prestado su consentimiento (Cortés 2000: 288-290).

De otro lado, con relación al reglamento interno de trabajo, sostuvimos que en tanto su ámbito de aplicación es general (la empresa o una sección de la misma) y dado que el empleador no cuenta con las facultades para reducir los beneficios salariales reconocidos en el mismo de forma unilateral, su modificación únicamente puede llevarse a cabo mediante acuerdo entre el empleador y los trabajadores que se vean afectados por el cambio. En el mismo sentido, respecto a la costumbre, indicamos que si bien la misma nace de una conducta repetida en el tiempo del empleador y los trabajadores, para su modificación o eliminación, es necesario que intervengan esos mismos trabajadores colectivamente considerados, y no solo uno de ellos o unos cuantos.

Finalmente, en tanto los acuerdos colectivos son también negocios jurídicos, se le aplicarán las reglas del artículo 140º del Código Civil sobre validez de los actos jurídicos. Por tanto, será también necesario que la voluntad de las partes haya sido válidamente exteriorizada y formada, que exista una finalidad razonable de las medidas adoptadas, y que el objeto de los acuerdos no sea jurídicamente imposible (por ejemplo, que se pretenda desconocer la entrega de beneficios sociales legalmente reconocidos, reducir la remuneración por debajo del mínimo legal, suprimir la entrega de descansos o licencias legalmente previstas, etcétera).

3.2.3 El principio de continuidad en la homogeneización salarial

La doctrina mayoritaria española, coincide en que el mandato de continuidad de las condiciones de trabajo que se consagra tanto en la legislación comunitaria como en

la española, no impide que el nuevo empleador pueda reorganizar las condiciones de trabajado del personal involucrado, a través de las facultades que su poder de dirección lo otorga, esto es, mediante el *ius variandi* o las modificaciones sustanciales¹⁵³. De hecho, se sostiene que “[...] el mantenimiento de las condiciones de trabajo a los trabajadores transferidos no supone fosilizar las condiciones de trabajo, pues esta regla es transitoria; además, el hecho de la transmisión no impide que el nuevo empresario pueda utilizar las facultades de organización de la actividad productiva que le concede el ordenamiento [...]” (Gorelli 2003: 111)¹⁵⁴.

Al respecto, la doctrina peruana se ha pronunciado en el mismo sentido que la española respecto a que la subrogación del nuevo empleador en las obligaciones del anterior, no le impiden modificar con posterioridad las condiciones laborales del personal traspasado:

Las condiciones contractuales deben mantenerse, sin perjuicio de la facultad del nuevo empresario de poner en marcha procesos de modificación de condiciones de trabajo. No hay que olvidar que el nuevo empresario es ahora el titular del poder de dirección y en función de ello podrá introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la

¹⁵³ El numeral 1 del artículo 3º de la Directiva 2001/23/CE del Consejo indica que: “Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”. Por su lado, el numeral 1 del artículo 44º del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dispone: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior [...]”.

¹⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncia Camps Ruiz, al señalar: “Ahora bien, puesto que la subrogación afecta también a las facultades empresariales, incluidas las integrantes del poder de dirección y del poder disciplinario, el nuevo titular de la empresa puede introducir los mismos cambios en las condiciones laborales que habría podido efectuar el anterior titular, por lo que cabe su eventual modificación o adaptación por las vías legales correspondientes [...]” (1997: 66).

prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo [...] El cambio de titularidad no es causa para las modificaciones, pero consumado el cambio de titularidad el nuevo empresario tendrá ese poder (Arce 2003: 113).

En el mismo sentido se pronuncia Mejía Madrid, al señalar que, si bien la aplicación del principio de continuidad en los supuestos de transmisión de empresa supone que los trabajadores acumulen el tiempo de servicios laborado para el anterior empleador y conserven los mismos beneficios que ostentaban antes del traspaso, “[e]llo no impide, [...] que el empleador introduzca legítimamente modificaciones no esenciales en las relaciones laborales de los trabajadores «transmitidos» en ejercicio de su *ius variandi*” (2006: 27). En efecto, de lo que se trata es que el nuevo empleador cuente con las mismas facultades que el anterior, entre las que se encuentra la de celebrar pactos novatorios con los trabajadores individualmente considerados y convenios colectivos con los trabajadores organizados colectivamente.

De esta manera, en lo que respecta a las modificaciones salariales, el nuevo empleador contará con las mismas prerrogativas del anterior esto es: i) la imposibilidad de modificar las condiciones salariales de manera unilateral, a menos que se traten de modificaciones no esenciales o de incrementos y mejoras de las mismas; ii) la posibilidad de suscribir pactos individuales de reducción de remuneraciones, siempre que exista manifestación expresa del trabajador, se observe el principio de irrenunciabilidad de derechos y exista una causa o motivo razonable que justifique dicha reducción; y, iii) la posibilidad de reducir los beneficios nacidos del convenio colectivo, reglamento interno de trabajo y costumbre, mediante acuerdo con todos los trabajadores afectados o con el

Sindicato que los represente, y –nuevamente- siempre que dicha reducción cuente con la debida manifestación de voluntad de las partes, un motivo razonable que la justifique y respete los derechos que como mínimo reconoce la legislación estatal a los trabajadores.

En este contexto, consideramos que la sola existencia de un acto de traspaso de empresa por fusión o adquisición, no constituye un motivo razonable que pueda autorizar válidamente una reducción de salarios. Como expusimos en el capítulo anterior, una de las finalidades del principio de continuidad es neutralizar los efectos de aquellos actos del empresario, en los que el trabajador no tiene ninguna posibilidad de incidencia ni decisión pero que, no obstante ello, podrían terminar por afectarlo. En otras palabras, de aceptar que los salarios del personal pueden válidamente reducirse al verificarse alguno de estos fenómenos, estaríamos desconociendo una de las principales finalidades del principio de continuidad. Además, los procesos de concentración empresarial no derivan necesariamente en la necesidad de reducir los salarios de los trabajadores involucrados en la operación, pues la capacidad de pago del nuevo titular, deberá evaluarse en función a la nueva realidad de la empresa resultante del proceso que corresponda, lo cual ha de verificarse en el caso en concreto y teniendo en cuenta el contexto laboral de las empresas involucradas.

De esta manera, la sola realización de una concentración por traspaso de empresa no autoriza al nuevo empleador a reducir los salarios del personal, pues la misma no determina la existencia de una crisis económica o financiera que impida que la nueva empresa pueda asumir los costos que se deriven de la homogeneización de los salarios. Sin embargo, para que lo enunciado sea viable, es necesario reforzar la función neutralizadora del principio de continuidad en materia salarial, lo que

significa afirmar que la regla en estos procesos es que los trabajadores traspasados tienen el derecho de mantener, como mínimo, los beneficios salariales reconocidos antes del traspaso por su antiguo empleador. De esta manera, las reducciones salariales se mantienen como una opción a la que puede recurrirse en supuestos excepcionales, como por ejemplo, la necesidad de reducir los salarios para, de esa manera, evitar un cese colectivo del personal ante la imposibilidad económica de la empresa de poder afrontar el pago de los salarios homogeneizados.

La virtualidad de defender una regla como la anotada, se encuentra en la especial situación de indefensión en la que se encuentran los trabajadores que son traspasados con la empresa, una vez efectuada la misma. Usualmente, tales procesos suelen traer consigo grandes reducciones de personal, lo que termina por ocasionar que los trabajadores acepten condiciones laborales menos favorables a las que tenían inicialmente, con tal de mantener el puesto de trabajo. Ahora, si bien como hemos indicado, los acuerdos de reducción requieren de un motivo objetivo y razonable que lo valide, difícilmente un trabajador exigirá al nuevo titular de la empresa concentrada acreditar que, realmente, no puede continuar pagándole el mismo salario y que es necesaria la reducción del mismo. Por todo ello, consideramos que el establecimiento de una regla como la anotada, permitirá un mejor ejercicio de los derechos salariales de los trabajadores, pues ello garantizará que sólo se reducirán los salarios cuando ello sea estrictamente necesario (para la continuidad de la empresa, para evitar la reducción del personal, etcétera).

3.3 OTROS CONDICIONANTES DE LA HOMOGENEIZACIÓN SALARIAL

Para finalizar, es necesario analizar la incidencia de las fusiones y adquisiciones tienen en el procedimiento de homogeneización de condiciones salariales. Para

ello, es necesario referirnos tanto a su clasificación económica (horizontal, vertical y de conglomerado), así como también a la jurídica (creación de una nueva empresa o subsistencia de una preexistente). De esta manera, si bien los mecanismos de modificación salarial dependen de la fuente del salario, consideramos que dicha característica no es la única condicionante del proceso de homogeneización que el nuevo empleador deberá de emprender.

Al respecto, en la medida que la equiparación de condiciones salariales tiene lugar porque se ha lesionado el derecho a la igualdad y dado que hemos indicado que la afectación del derecho a la igualdad dependerá del tipo de concentración económica¹⁵⁵, es que consideramos que dicho proceso dependerá de si la fusión o adquisición que tuvo lugar fue una de tipo horizontal, vertical o de conglomerado. Sin embargo, si bien las fusiones y adquisiciones empresariales pueden tener por resultado la creación de una nueva persona jurídica en el mercado o la subsistencia de una sociedad preexistente que hubiese absorbido a las demás, estimamos que esta última característica de las concentraciones no incide en lo más mínimo en el tipo de armonización de los salarios.

3.3.1 La clasificación económica de las concentraciones empresariales

En el segundo capítulo indicamos que cuando la concentración era horizontal, la integración se daba respecto de trabajadores dedicados a la misma actividad que ostentaban profesiones u oficios similares, en donde los puestos de trabajo serán equivalentes y en donde la actividad laboral estará organizada de similar manera. Atendiendo a sus características, se sostuvo que estas concentraciones repercuten

¹⁵⁵ En el apartado 2.3 del segundo capítulo se abordó la diferente incidencia que tienen los diversos tipos de concentración económica en el derecho a la igualdad.

en el íntegro de los sistemas salariales de las empresas que se concentran, esto es: i) en la estructura salarial; ii) la composición interna de la estructura salarial; y, iii) en las compensaciones complementarias. Por ello, el proceso de homogeneización salarial en estos casos, apuntará a lograr que aquellos trabajadores que realizan iguales labores y en iguales condiciones, perciban no sólo el mismo salario, sino que además, la composición interna del mismo sea igual. De ahí que, los convenios de modificación salarial no sólo apuntarán a una variación en la cuantía de los salarios, sino que también podrán referirse a cómo se calculan los mismos, a su forma de pago, al cambio en la denominación o naturaleza de las prestaciones o salarios, entre otros.

Respecto de la concentración vertical, indicamos que la misma tiene por resultado la integración de personal que, si bien no se desempeña en labores o actividades iguales, sus puestos son susceptibles de tener igual valor. Dicha situación determina que la cuantía de los salarios deba ser equivalente, más no obliga que los conceptos que integran la estructura salarial sean iguales. Por ende, los mecanismos de modificación salarial que se emplearan en estos casos, estarán destinados a modificar los importes de los conceptos, más no necesariamente la denominación de aquellas partidas salariales que integran su estructura salarial.

Finalmente, cuando se trate de una concentración de conglomerado, hemos indicado que los derechos de igualdad no se afectan en la medida que se trata de integrar empresas que, por la naturaleza de sus actividades, son independientes entre sí. En efecto, es dicha independencia de las organizaciones que se integran, la que justifica la diferencia de estructuras y niveles salariales, no siendo necesario atravesar por un proceso de homogeneización salarial.

3.3.2 ¿La naturaleza de la empresa resultante?

Las fusiones pueden tener por resultado la creación de una nueva empresa en base al patrimonio de las que se fusionan, o la incorporación del patrimonio de una o más empresas al de una preexistente. De ahí que suelen clasificarse en fusiones por consolidación y fusiones por absorción. En el caso de la adquisición de activos, el resultado suele ser más el parecido a la absorción, pues la adquisición usualmente la realiza el titular de una empresa preexistente.

Sin embargo, nada impide que dos o más empresas segreguen bloques patrimoniales para con los mismos constituir una nueva empresa, en cuyo caso el resultado la figura tendrá la forma de una consolidación. Sobre el particular, este tipo de empresa resultante suele genera la impresión que cuando la misma es una nueva sociedad, las decisiones que se adoptarán se darán en una mayor igualdad entre las empresas involucradas, mientras que, cuando se trata de una empresa preexistente que absorbió a las demás, la que absorbe será la que adopte las decisiones:

La adopción de una u otra modalidad puede influir sobre la organización de la nueva sociedad. Así, en la absorción, generalmente la empresa absorbente es la que va a tomar las decisiones empresariales en cuanto a la forma futura de la organización (productos, mercados, personal, etc.). En cambio, en la fusión propiamente dicha, se parte de una situación de mayor igualdad entre las sociedades intervinientes, lo que obliga a pacta el tipo de decisiones a adoptar (Rocha y Aragón 2002: 9)

Ello podría llevarnos a pensar que cuando la concentración se efectúa a través de la absorción de una empresa por parte de otra, los salarios del personal

perteneciente a la empresa absorbida, deberán equipararse a los salarios preexistentes en la empresa que absorbe. Y que, por el contrario, cuando la empresa resultante es nueva, los salarios deberán reestructurarse por igual para todas las empresas involucradas en la concentración. Al respecto, ni una ni otra posición es correcta pues como indicamos en el apartado anterior, para determinar hacia dónde ha de homogeneizarse debe volverse a analizar el nivel salarial, la valoración de los puestos de trabajo y la composición interna de los salarios del personal, con independencia de si la empresa es nueva o preexistente.



CONCLUSIONES

1. La transmisión de empresas es un fenómeno que se caracteriza por lo siguiente: i) el objeto de la transmisión califica como “empresa”, esto es, como una unidad económica con entidad propia y autónoma, en cuanto conjunto organizado de bienes, susceptibles de ser explotados de forma autónoma, de modo que permita la continuidad de la actividad por el nuevo empresario; y, ii) porque los mecanismos que producen el traspaso tienen por efecto el cambio en la titularidad en la empresa, es decir, en el derecho de explotación que otorga al nuevo titular la posibilidad de dirección y gestión.
2. En virtud del reconocimiento del derecho a la estabilidad en el trabajo en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú y la aplicación del principio de continuidad laboral, el traspaso de una unidad empresarial tendrá como consecuencia inmediata la continuidad del vínculo laboral de los trabajadores que sean transferidos en virtud de dicho fenómeno. En consecuencia, frente a un traspaso de empresa, el nuevo titular de los medios de producción se sustituye en los derechos y obligaciones del que transfiere, lo que asegura: i) la continuidad de la relación laboral de los trabajadores transferidos; y ii) la continuidad de las condiciones laborales de tales trabajadores. Sin embargo, el derecho a la estabilidad en el empleo y la sola aplicación del principio de continuidad no son suficientes para enfrentar todas las consecuencias que tales fenómenos pueden presentar en el ámbito individual y colectivo del derecho del trabajo, siendo uno de ellos, el referido a si existen mecanismos eficaces que permitan homogeneizar las condiciones de trabajo del personal

3. Las fusiones y adquisiciones son operaciones que permiten a las empresas adquirir el control de otras, de manera que aquellas que antes eran independientes entre sí, pasan a concentrarse en una sola unidad. En consecuencia, los procesos de fusión y adquisición que se estudiarán, serán aquellos que tengan por resultado una concentración empresarial que cumpla con las siguientes características: i) modificación de la estructura de control, de modo que la capacidad de decisión se concentre en una sola organización; ii) dicho cambio de control debe ser estable; y, iii) el resultado de ese cambio de control debe ser la existencia de una entidad independiente a la de sus predecesores.

4. Las fusiones y adquisiciones se vinculan con el derecho del trabajo, en la medida que las primeras aluden a una variedad de mecanismos que tienen por efecto el traspaso de una o más empresas. De esta manera, en la medida que las fusiones involucran el íntegro del patrimonio de las unidades empresariales que intervienen, las mismas siempre tendrán por resultado el traspaso de una empresa. Respecto de la adquisición de activos, a diferencia de las fusiones, existen diversas operaciones que pueden permitirnos obtener dicho resultado, como por ejemplo: escisión, reorganización simple, arrendamiento de negocio, entre otros. De esta manera, para que tales operaciones puedan generar un traspaso de empresa, será necesario que el conjunto de activos afectos a las mismas, califiquen como una unidad empresarial. Por último con relación a la adquisición de acciones, el efecto que tales operaciones producen es la conformación de grupo empresariales, y no la transmisión de una o más empresas, con independencia del porcentaje de acciones que se adquieran. Lo anterior obedece a que tales operaciones

no ocasionan un cambio de titular de la empresa, sino, solo la afectación de la estructura interna del mismo empresario titular de la misma.

5. El ámbito en donde se ubica nuestro objeto de estudio (la homogeneización de las condiciones salariales) es el de las transmisiones de empresas que tienen lugar en el marco de una fusión o adquisición de activos, pues tales operaciones nos permitirán integrar dos o más organizaciones independientes entre sí, en una sola, al punto de que sus respectivos patrimonios terminen por confundirse. En consecuencia, cada vez que se verifique la existencia de una operación comprendida en tales categorías, será indispensable proceder con el análisis de si corresponde efectuar una homogeneización de las condiciones salariales del personal involucrado.
6. Los supuestos excluidos del ámbito en donde se ubica nuestro objeto de estudio son: i) todas aquellas transmisiones de empresas que no tengan por efecto una concentración económica en sentido estricto; o ii) las concentraciones empresariales que no tengan por resultado el traspaso de una unidad empresarial. En el caso de las primeras, la sola transmisión no ocasiona que dos o más organizaciones se integren en una sola, de modo que sea necesario analizar la procedencia de un proceso de armonización salarial. Asimismo, no todas las concentraciones tiene por efecto el traspaso de una empresa, tal y como sucede con la adquisición de acciones, que ocasiona la conformación de grupos empresariales; o aquellas adquisiciones de activos de corta duración y sin vocación de permanencia, que mantienen independientes entre sí a las empresas involucradas.

7. Las fusiones o adquisiciones de activos, que producen un cambio estable en la estructura de control de una empresa, permitirán consolidar en una sola organización a dos o más entidades que antes eran independientes entre sí. De esta manera, tales procesos posibilitarán la existencia de trabajadores que, estando en similares condiciones, realizando la misma actividad y teniendo la misma calificación, ostentan conceptos salariales distintos.

8. Desde una perspectiva de la administración y de la gestión de los recursos humanos, la estructuración del mismo debe buscar satisfacer – fundamentalmente– dos necesidades de los trabajadores: i) las necesidades básica y de subsistencia, que se ve satisfecha cuando los salarios percibidos por los empleados de una compañía, son equiparables a los que reciben los trabajadores que desempeñan puestos similares en otras compañías de la competencia o del mercado (consistencia salarial externa); y ii) otras de tipo intangible, vinculadas al reconocimiento, estatus, privilegio, entre otros valores, que se encontrarán satisfechas cuando las compensaciones se otorguen en función de criterios equitativos y objetivos, que permitan que los miembros de la organización perciban un salario mayor, en la medida que sus responsabilidades, méritos, productividad –entre otros criterios– sean mayores.

Para ello, existen diversos métodos de valoración y evaluación de puestos, competencias, méritos o de productividad, cuya finalidad, es lograr que los componentes antes indicados, se vean adecuadamente satisfechos.

9. Los ámbitos de los sistemas salariales que pueden verse afectados en caso de transmisiones de empresas que se efectúen en el marco de una fusión o

adquisición, son los siguientes: i) la estructura salarial, referida a la escala de valores salariales en donde se asigna un nivel mayor a los puestos más importantes, y uno menor, a los menos importantes; ii) la composición interna de la estructura salarial en donde, una vez determinado el nivel salarial del puesto en la escala de la empresa, se procede a fijar los componentes que integrarán la retribución de los trabajadores (por méritos, competencias, puesto o productividad); y, iii) la decisión de otorgar compensaciones adicionales a la estructura salarial que obedezcan a factores externos al trabajo, pero vinculados al ámbito personal del trabajador.

10. La homogeneización se analizará respecto de las “condiciones salariales” en general, y no solo de la “remuneración”, debido a que, en nuestro ordenamiento legal interno, el concepto de remuneración alude a una categoría jurídica determinada, con características y elementos propios, que comprende a un universo limitado de conceptos, respecto del universo de beneficios que se entregan dentro de la relación laboral. Por su lado, el concepto de “salario” no refiere actualmente a ninguna categoría jurídica al interior de nuestro ordenamiento legal, lo que nos permitirá abarcar a una mayor cantidad de compensaciones o retribuciones, pues no será relevante que las mismas califiquen como remuneración, para efectos legales.

Las “condiciones” en base a las cuales se entrega determinada compensación, se refiere a la forma, cantidad y modo en cómo se procede con el otorgamiento de la misma. De esta manera, para efectos del presente trabajo, las “condiciones salariales” serán todos aquellos criterios definidos y observados por la empresa respecto de la forma, cantidad y modo, para

otorgar las retribuciones al personal (independientemente de que califiquen como remuneración para efectos legales).

11. La igualdad de trato consiste en proscribir todo trato subjetivo que produzca diferenciaciones arbitrarias y, por ende, injustas. Su ámbito de acción comprende a las relaciones laborales y, en materia salarial, prohíbe establecer diferenciaciones arbitrarias en el otorgamiento de mejoras salariales, esto es, no fundadas en razones jurídicas atendibles. De esta manera, a menos que las fusiones y adquisiciones puedan constituir un motivo objetivo y razonable para justificar la existencia de diferentes sistemas salariales, la aplicación de la igualdad de trato en materia salarial, nos obligaría a homogeneizar las condiciones salariales en los procesos antes indicados.
12. El derecho a igual salario por igual trabajo, exige definir cuando dos o más trabajos son “iguales” y qué califica como “salario”. Al respecto, consideramos que toda consideración de cuándo nos hayamos frente a trabajos iguales, ha de excluir el empleo de diferenciaciones basadas en motivos arbitrarios. De otro lado, con relación a qué califica como “salario”, consideramos que la misma alude a la noción amplia y genérica de remuneración (no a la técnico-legal prevista en cada país), que la considera como la totalidad de las diversas formas y componentes de la retribución del trabajo.
13. La igualdad de salario por igual trabajo se diferencia de la igualdad de salario por trabajo de igual valor en que, mientras el primero es una regla neutral posible de aplicarse a todas las personas sin necesidad de que se encuentren en algún grupo protegido, el segundo es una regla que busca proscribir tratos

discriminatorios mediante el empleo de los métodos de valoración de puestos. No obstante ello, consideramos que el método empleado por la teoría del valor comparable no es privativo de los supuestos de discriminación pues, de hecho, tales mecanismos han sido creados desde las ramas de la administración con la finalidad de diseñar los sistemas salariales y actualizarlos conforme cambien las circunstancias, sin que en todo momento se estuviese buscando erradicar algún tipo de discriminación. Por ello, consideramos que la amplitud del derecho a la igualdad de trato permite proscribir diferenciaciones salariales que, si bien no son iguales, si ostentan un mismo valor para la compañía.

14. El artículo 24° de la Constitución consagra la noción político social remuneración al reconocer el derecho a una remuneración equitativa y suficiente. La remuneración será “suficiente” cuando pueda satisfacer las necesidades materiales y espirituales, tanto del trabajador como las de su familiar. De otro lado, la remuneración será “equitativa” cuando su entrega guarde relación con diversos factores, tales como, la cantidad y calidad del trabajo, entre otros. Por lo indicado, la “equidad” del salario comprendería al derecho a igual salario por igual trabajo y al de igualdad de trato pues, por mandato de la Constitución, los derechos reconocidos en la misma se interpretan conforme a los tratados internacionales de derechos humanos.

Cuando la Constitución alude a una “remuneración” que sea equitativa y suficiente, consideramos que lo adecuado es entender a la remuneración en su sentido general y amplio, sin limitarnos al sentido que dicho concepto ostenta en la legislación nacional interna que, es muy restringido y limitado. En consecuencia, el reconocimiento de una remuneración equitativa y

suficiente se refiere a cualquier retribución o compensación que se entregue en el contexto de una relación de trabajo.

15. La sola decisión empresarial de concentrarse a través de una transmisión de empresas, no puede ser acusada de lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores a la igualdad de trato en el empleo, a igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente, en la medida que su ámbito de afectación no es la organización laboral de la empresa, sino la composición y estructura de los medios de producción en general. En otras palabras, tales decisiones no forman parte del poder de dirección del empleador.
16. La situación creada por las concentraciones que se ocasionan por uno o más traspasos de empresas, exige que el nuevo titular de los medios de producción, esto es, el empleador, adopte una o más decisiones sobre la desigualdad generada por tales procesos. De esta manera, tales decisiones serán las que podrían terminar lesionando el derecho a la igualdad de trato en el empleo, a igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente, de los trabajadores involucrados, en la medida que las mismas se adoptan en ejercicio del poder de dirección del empleador. Las variedades de decisiones que al interior de la relación laboral podrían adoptarse y que, en consecuencia, serían susceptibles de lesionar el derecho a la igualdad, son de las más variadas y pueden agruparse en los siguientes grupos: i) las que se producen por la decisión unilateral del empleador; ii) aquellas que tienen su origen en las decisiones adoptadas bilateralmente entre el empleador y los trabajadores; y iii) aquellas que se producen por el mero traspaso del tiempo.

17. No obstante la variedad de actos o hechos que pueden disponer diferenciaciones salariales sustentadas en la fusión o adquisición ocurrida, todos ellos serán pasibles de ser acusados de lesionar los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente; y por ende, podrán ser sometidos al test de igualdad, cuyos criterios han venido siendo fijados por el Tribunal Constitucional en diversas de sus sentencias.
18. El test de igualdad delimitado por el Tribunal Constitucional, comprende dos exámenes: i) el de razonabilidad, implícito en el tercer paso del test (verificar que la diferencia de trato cuente con una finalidad constitucional), que consiste en expresar buenas razones y argumentos objetivos que justifiquen la adopción de la medida; y, ii) el de proporcionalidad, vinculado a los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuya finalidad es encontrar una adecuada relación entre dos elementos jurídicos relevantes. De los exámenes indicados, el de razonabilidad cobra importancia en la configuración de los salarios, en la medida que nuestro ordenamiento jurídico otorga a un amplio margen de discrecionalidad a los distintos actores laborales respecto de la determinación y configuración de los sistemas salariales. De esta manera, el principio de razonabilidad aplicará como límite a las diversas decisiones que el empleador o el empleador y los trabajadores, adopten respecto de los salarios.
19. Los actos que emanan del poder de dirección del empleador, tienen por finalidad la realización del derecho a la libertad de empresa del titular de los medios de producción. En consecuencia, las decisiones empresariales que pretendan establecer sistemas diferenciados en función de la fusión o

adquisición ocurrida, serán razonables siempre que mediante dicha decisión, se obtenga la realización plena del derecho antes indicado.

Las decisiones que sean adoptadas de forma bilateral entre el empleador y el trabajador o trabajadores organizados, buscan la realización del derecho de libertad contractual o de negociación colectiva, respectivamente. De esta manera, tales acuerdos o negociaciones que pretendan introducir diferenciaciones salariales en función de la fusión o adquisición ocurrida, serán razonables siempre que con ello, se obtenga la vigencia de los derechos antes indicados.

20. Sustentar las diferenciaciones salariales en la fusión o adquisición empresarial, significa atribuir a los trabajadores las cargas derivadas de las decisiones empresariales del titular del negocio, lo cual resulta contrario a uno de los fundamentos que inspiran la institución de “transmisión de empresas”, esto es, neutralizar los efectos del traspaso de empresas en los trabajadores.
21. El derecho a una remuneración equitativa y suficiente se ve logrado cuando los criterios en base a los que se entregan los salarios guarden consistencia entre sí, lo que sucederá, cuando se encuentren vinculados a las características propias del puesto de trabajo, a las competencias necesarias para efectuar las labores, al desempeño, mérito, y cualificación propias del trabajador que presta los servicios. Por ello, resulta irrelevante fundarse en las fusiones y adquisiciones para diferenciar salarialmente al personal resultante de un proceso de dicha naturaleza.

22. Emplear los procesos de fusión y adquisición como causa objetiva que autorice diferenciar los salarios, constituye un fundamento irracional. En consecuencia, todos los actos o hechos susceptibles de establecer diferencias salariales y que se funden en tales motivos, serían inconstitucionales en la medida que se encuentran transgrediendo el principio de razonabilidad regulado en el artículo 200° de la Constitución y, por ende, inválidas.
23. Las decisiones que emanen del poder de dirección del empleador, de los acuerdos colectivos entre éste y los trabajadores, o del acuerdo individual entre el empleador y el trabajador; y que, por establecer diferencias salariales en función de la fusión o adquisición ocurrida, no cumplan con el principio de razonabilidad, vulnerarían el derecho a la igualdad y, por ello, serían inconstitucionales. En efecto, tales medidas no contarían con una finalidad constitucionalmente protegida, pues al ser el motivo de diferenciación irrazonable, no se estaría logrando la realización del derecho a la libertad de empresa, a la negociación colectiva, y del de libertad contractual, respectivamente.
24. Toda vez que la tolerancia de la desigualdad generada en los procesos de fusión o adquisición de empresas, tiene por resultado la generación de una práctica *contra legem*, para no lesionar los derechos a la igualdad, es necesario que la decisión que los actores laborales adopten frente a tales escenarios sea expreso y, adicionalmente, se encuentre orientado a homogeneizar las condiciones salariales del personal involucrado. Lo indicado supone evaluar en qué supuestos las diferencias se encuentran fundamentadas y en cuáles no.

25. La manera en cómo las fusiones y adquisiciones empresariales incidan en la afectación del derecho a la igualdad en materia salarial, dependerá de si la concentración que tuvo lugar fue una de tipo horizontal, vertical o de conglomerado.

Las concentraciones horizontales repercuten en todos los ámbitos de los sistemas salariales, esto son: i) en la estructura salarial, debido a que coexistirán niveles salariales distintos para puestos similares que, además no cuentan con una valoración y evaluación uniforme; ii) la composición interna de la estructura salarial de los haberes mensuales del personal involucrado; y iii) en las compensaciones complementarias. Asimismo, impactan sobre los derechos a la igualdad de trato en materia salarial, igual salario por igual trabajo y al de una remuneración equitativa y suficiente, pues las situaciones creadas por los mismos involucran trabajadores en situaciones similares pero con distintas remuneraciones y demás condiciones.

Las concentraciones verticales repercuten en los siguientes factores de los sistemas salariales: i) en la estructura salarial, en la medida que la realidad de cada una de las empresas concentradas, antes de ello, diferían entre sí; y ii) en las compensaciones y prestaciones complementarias que fuesen de aplicación a toda la empresa. A diferencia de las concentraciones horizontales, en las verticales, no habría repercusiones en la composición interna de los salarios desde que las actividades que se concentran son distintas. De otro lado, estas concentraciones verticales también inciden respecto de los derechos a la igualdad de trato, igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente, sin embargo, en una cantidad

menor a las que provocan las concentraciones de índole horizontal, en la medida que la forma en que se componen internamente las estructuras salariales, no se vería afectada en estas concentraciones.

Las concentraciones de conglomerado no llegan a incidir respecto de ningún ámbito de los sistemas salariales de las empresas que se concentran, pues luego de ello, las empresas se mantienen independientes una de otras. En consecuencia, tampoco habrían afectaciones al derecho a la igualdad en estas concentraciones.

26. La obligación de homogeneizar las condiciones salariales corresponderá al nuevo titular de la empresa resultante de los procesos de fusión o adquisición a través de uno o más traspasos de empresas. En consecuencia, antes del traspaso, la toma de decisiones orientadas a procurar que las condiciones salariales sean equitativas, serán meramente facultativas. De otro lado, los acreedores de la misma, será cualquiera de los trabajadores integrados en la nueva compañía que considere vulnerado su derecho a la igualdad salarial.
27. Ante la falta de regulación que indique en qué momento se produce el traspaso de empresa, lo razonable será concluir que la misma tendrá lugar cuando el nuevo empleador adquiera el derecho de dirigir y gestionar la empresa que le ha sido transmitida. Lo señalado tendrá lugar cuando el título jurídico que produce el traspaso sea plenamente efectivo, para lo cual, será necesario remitirse a la regulación propia de cada título jurídico.
28. La sustitución del nuevo empleador en las obligaciones del que traspasó la empresa, operará respecto de todos los derechos y obligaciones vigentes al

momento del traspaso, con independencia de su origen, esto es: contrato de trabajo, convenio colectivo, disposiciones unilaterales normativas o no normativas del empleador, costumbre o consolidación de beneficios por el paso del tiempo. Asimismo, la sustitución no solo viene referida a los derechos y obligaciones en materia laboral, sino que también se encuentran comprendidos los derechos y obligaciones establecidos en el campo de la seguridad social o de la seguridad y salud en el trabajo. Por último, la sustitución operará no solo respecto de los derechos vigentes y adquiridos al momento del traspaso, sino que también se encuentran comprendidos aquellos derechos que se encuentren en vía de adquisición.

29. Toda equiparación de las condiciones salariales debe ser concebida como un proceso, esto es, una serie de actos, interconectados entre sí, y no como un acto de realización inmediata. En tanto proceso, su inicio deberá ser lo más inmediato a la conclusión del traspaso de empresa, pues recuérdese que la sola tolerancia de la desigualdad generada puede terminar por lesionar los derechos a la igualdad. El tiempo de duración de este proceso no podrá ser estándar para todas las empresas, pues ello dependerá del tipo de personal con el que cuenta, el tamaño de las empresas concentradas, la variedad de condiciones salariales, entre otros.

30. La homogeneización de las condiciones salariales requiere fijar un parámetro de evaluación, en función del cual, se identifique qué condiciones salariales deberán ser incrementadas, disminuidas, o modificadas, para obtener la homogenización de los salarios. Para ello, no existe una regla jurídica que determine cuál debiera ser el parámetro de nivelación a emplear, sin embargo, los estudios efectuados desde la administración y gestión de los

recursos humanos, sí brindan criterios y lineamientos bastante útiles que guían el establecimiento de un sistema salarial en las empresas. Por ello, consideramos que la empresa resultante del proceso de fusión o adquisición por traspaso, deberá volver a evaluar los puestos de trabajo en la empresa resultante, determinar cuál es su nuevo nivel salarial, y en base a ello, estructurar los salarios, para así, contar con un parámetro de evaluación.

31. Los mecanismos de modificación de las condiciones salariales dependerán de la fuente que los regula (el convenio colectivo; reglamento interno de trabajo y demás políticas salariales; la costumbre; y contrato de trabajo y demás beneficios concedidos de forma unilateral por el empleador). Si bien los salarios no pueden ser modificados unilateralmente por el empleador (ni para incrementarlos ni reducirlos), en virtud de su facultad del *ius variandi* que el mismo ostenta, la facultad premial y el deber de protección que el mismo también tiene, le permiten únicamente mejorar (no reducir) de forma unilateral las condiciones salariales y asistenciales aplicables a sus trabajadores. Así, el empleador podrá homogeneizar unilateralmente las condiciones salariales de su personal, solo cuando ello suponga incrementar o mejorar los salarios.

La modificación de los salarios por acuerdos bilaterales entre el empleador y el trabajador, individualmente considerado, puede tener lugar a través de un acuerdo novatorio, que permite a las partes modificar aspectos esenciales del contrato de trabajo, como lo es, la remuneración. Las modificaciones meramente externas o de incremento, no presentan mayores cuestionamientos. Sin embargo, cuando se traten de modificaciones que otorguen menores derechos o de reducciones salariales, deberán observarse los siguientes criterios: i) manifestación de voluntad expresa y válida del

trabajador; ii) que no se afecte el principio de irrenunciabilidad de aquellos derechos reconocidos en dispositivos de naturaleza normativa en materia laboral (convenio colectivo, reglamento interno de trabajo y costumbre); iii) la necesidad de que exista una causa que legitime la modificación, esto es, que pueda verificarse que existe un motivo objetivo (que pueda ser constatado pro las partes) y razonable (que los fundamentos esgrimidos sean suficientes para justificar la decisión tomada) para su procedencia.

Los mecanismos bilaterales colectivos (empleador y trabajadores colectivamente organizados), podrán modificar los beneficios regulados o nacidos de los convenios colectivos, reglamento interno de trabajo y costumbre. Dicha modificación podrá efectuarse tanto para incrementar los salarios, como para reducirlos o eliminarlos.

32. De otro lado, reconocer la vigencia del principio de continuidad en la homogeneización salarial, nos lleva a concluir que la sola existencia de un acto de traspaso de la empresa por fusión o adquisición, no constituye un motivo razonable que pueda autorizar válidamente la reducción de salarios, pues de lo contrario, se estaría dejando de lado uno de sus principales fundamentos: neutralizar los efectos de tales actos del empresario en donde el trabajador no tienen ninguna posibilidad de incidencia ni decisión. Por tanto, es necesario reforzar la función neutralizadora del principio de continuidad en materia salarial, lo que nos lleva a afirmar que en los procesos de fusión o adquisición por traspaso de empresa, los trabajadores tienen el derecho de mantener, como mínimo, los beneficios salariales reconocidos antes del traspaso por su nuevo empleador. De esta manera, las reducciones

salariales se mantienen como una opción a la que podrá recurrirse pero solo en supuestos excepcionales.

33. El tipo de concentración empresarial (horizontal, vertical o de conglomerado) desde que tiene una diferente incidencia en la afectación del derecho a la igualdad, también determinará que los procesos de homogeneización de condiciones salariales difieran dependiendo el tipo de concentración ocurrida. Las modificaciones que deberán efectuarse en las concentraciones horizontales deberán apuntar no solo a la cuantía de los salarios, sino también, a la estructura de los mismos, la composición interna y las compensaciones complementarias. En las concentraciones verticales, la modificación estará básicamente dirigida a modificar los importes de los salarios, más no su composición interna. Finalmente, en las concentraciones por conglomerado, no será necesario atravesar por un proceso de homogeneización.
34. El resultado de las concentraciones empresariales puede ser la constitución de una nueva empresa o el crecimiento de una empresa preexistente (cuando la misma absorbe a otras empresas). Sin embargo, dicha diferenciación no tiene ninguna incidencia respecto de cómo fijar los parámetros que nos servirán para equiparar los salarios.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ARJONA, José María

- 2004 "La adquisición de empresa como objeto de negociación". En ÁLVAREZ ARJONA, José María y Ángel CARRASCO PERERA. *Fusiones y adquisiciones de empresas*. España: Editorial Aranzadi, pp. 45-86.

ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, Almudena

- 2001 "Compra de empresas y derecho de la competencia". En: AAVV. *Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*. España: Editorial Aranzadi, pp. 640-675.

ARCE ORTIZ, Elmer

- 2003 "Puntos críticos sobre cambio de titularidad". *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Volumen 3, pp. 103-115.

- 2006 *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra.

- 2008 *Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores.

BALTA VARILLAS, José

- 1995 "Que es la Discriminación en el Empleo". *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, número 1, pp. 91-96.

2004 “La discriminación en el empleo en el Perú”. *Revista Jurídica del Perú*.
Lima: Editora Normas Legales, número 58, septiembre – octubre 2004,
pp. 343-357.

BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés

2010 “Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y sus
principales límites convencionales”. *Soluciones laborales*. Lima, año 3,
número 35, pp. 42-53.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2007 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Primera
edición, Lima: Fondo Editorial PUCP.

2011 *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Primera edición. Lima:
Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BLASCO PELLICER, Ángel

1995 *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid: Consejo
Económico y Social.

BLUME MOORE, Iván

2010 *Igualdad salarial entre hombres y mujeres*. Primera edición. Lima:
Pontificia Universidad Católica del Perú.

2011 “Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre
trabajadores”. *Ius et veritas*. Lima, número 42, pp. 232-249..

BOZA PRÓ, Guillermo

2009 "El convenio colectivo de trabajo como fuente de derecho: naturaleza jurídica, contenido y efectos". *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 101-118.

2011 *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo

2007 *Fusiones y otros actos de concentración societaria. Los grupos de sociedades*. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

CALDERÓN PAREDES, Cecilia

2012 "Impactos de la fusión de empresas en la relación laboral". *V Congreso Nacional de la SPDTSS. Tendencias y perspectivas laborales: Juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario*. Lima: SPDTSS, Octubre 2012, pp. 129-145.

CÁRDENAS TERRY, Ernesto

2009 "El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos y su (incorrecta) aplicación en la Jurisprudencia Laboral". *Estudios del derecho del trabajo y de la seguridad social - Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, pp.157-172.

CASTELLO, Alejandro

2008 "Vigencia y alcances del principio de irrenunciabilidad". *Derecho & Sociedad*. Lima, número 30, pp. 44-58.

CASTRO OTERO, José Ignacio

2009 "La igualdad de remuneración". *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 259-276.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel

1997 *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Valendia: Tirant lo Blanch.

CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos

2000 "La negociación colectiva *in peius* en el Perú". *Ius et Veritas*. Lima, número 20, pp. 284-301.

CORTÉZ CARCELÉN, Juan Carlos y Mónica PIZARRO DÍAS

2009 "Las obligaciones laborales derivadas de la voluntad unilateral del empleador". *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 143-153.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

2007 *El contrato en general: Comentarios a la sección primera del Libro XII del Código Civil*. Segunda edición. Tres tomos. Lima: Palestra editores. Tomo dos.

DESDENTADO BONETE, Aurelio

2002 "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, Año 6, Número 38, pp. 241-266.

DÍAZ HINOSTROZA, Gloria de Jesús y otros

2011 "Homologación y valoración de puestos de la empresa industrial (propuesta de herramienta)". *Revista sinergia e innovación*. Lima, volumen 1, número 13. Consulta: 15 de enero de 2013.
< <http://revistas.upc.edu.pe/index.php/sei/article/view/60/32>>

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

1997 "Principio de igualdad y derecho a la no discriminación". *Ius et veritas*. Lima, número 15, pp. 63-72.

ELÍAS LAROZA, Enrique

2004 *Derecho Societario Peruano*. Trujillo: Editora Normas Legales.

ERMIDA URIARTE, Óscar

1989 *Modificación de Condiciones de Trabajo por el Empleador*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

2011 "Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación". *Soluciones Laborales*. Lima, año 4, número 41, pp. 52-60.

ERMIDA URIARTE, Oscar y Natalia COLOTUZZO

2009 *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: OIT.

ETALA, Carlos

- 2009 “La empresa en el derecho del trabajo”. En PIAGGI, Ana. *Tratado de la empresa*. Primera edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, pp. 281-317.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier

- 2005 *Gestión por competencias: un modelo estratégico para la dirección de recursos humanos*. Madrid: Prentice Hall.

FERRO DELGADO, Víctor

- 2004 “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), pp. 111-134.

GARCÍA MANRIQUE, Álvaro

- 2010 “La remuneración. Tratamiento y naturaleza jurídica”. *Soluciones laborales*. Lima, año 3, número 32, pp. 13-22.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco

- 2007 *Derecho social y del trabajo. La empresa y el empleador*. Segunda edición. Lima: Editorial San Marcos.

GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo

- 1989 *El cambio de titularidad de la empresa en el derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

GONZÁLES HUNT, César

- 2004 "La reducción de remuneraciones y el principio de irrenunciabilidad de derechos". *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), pp. 135-151.

GONZÁLES HUNT, César y Alicia JIMENEZ LLERENA

- 2008 "La aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos. A propósito de una reciente sentencia de la Corte Suprema". *Actualidad Jurídica*. Lima, número 178, pp. 269-274.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan

- 2003 "Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable". *Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2003-II, pp. 105-126.

- 2007 *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Madrid: Grupo Difusión.

GUZMÁN-BARRÓN, Cecilia

- 2009 "La costumbre laboral". *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 119-127.

HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis

2003 "Apuntes sobre la reorganización simple en la legislación peruana". En INSTITUTO PERUANO DE DERECHO MERCANTIL. *Tratado de Derecho Mercantil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 1207-1225.

HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo

1997 "Poder de dirección del empleador". *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 405-419.

HERRAIZ MARTÍN, María del Sol

2004 "Tutela de las condiciones laborales de carácter colectivo de los trabajadores en una sucesión empresarial". *Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2004-II, pp. 517-541.

HERRERA GARCÍA, Beatriz

2009 "La conglomeración económica: una vía de desarrollo para las PYME". *Quipukamayoc. Revista de la Facultad de Ciencias Contables*. Lima, volumen 16, número 32, pp. 51-64. Consulta: 15 de febrero de 2013.
<<http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/quipukamayoc/2009/segundo/pdf/a07v16n32.pdf>>

INDACOCHEA PREVOST, Úrsula

2008 "¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus competencias a partir del concepto de ponderación". *Themis*. Lima, año 2008, número 55, pp. 97-108.

ISRAEL LLAVE, Luz y Alfredo FILOMENO RAMÍREZ

2003 "La fusión y la escisión en la Nueva Ley General de Sociedades: Algunas aproximaciones". En INSTITUTO PERUANO DE DERECHO MERCANTIL. *Tratado de Derecho Mercantil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 1125-1225.

LUQUE PARRA, Manuel

1999 *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: José María Bosch Editor.

2007 "Transmisión de empresas: consecuencias jurídicas". En DEL REY GUANTER, Salvador. *Sociedad mercantil y relación laboral*. Madrid: La Ley, pp. 243-290.

MARÍN XIMÉNEZ, José Nicolás

2008 *Fusiones y adquisiciones en la práctica*. Mexico, D.F.: Cengage Learning.

MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel

1998 *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.

MASCAREÑAS PÉREZ-IÑIGO, Juan

2005 *Fusiones y adquisiciones de empresas*. Cuarta edición. Madrid: McGraw-Hill.

McCANN, Joseph y Roderick GILKEY

- 1990 *Fusiones y adquisiciones de empresas*. Madrid: Díaz de Santos.
- MEJÍA MADRID, Renato
- 2006 “Transmisión de empresa y relaciones laborales”. *Foro jurídico*. Lima, año 3, número 6, pp. 23-28.
- 2008 “La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”. *Ius et veritas*. Lima, número 37, pp. 124-131.
- 2010 “La igualdad en el trabajo. Una breve explicación de sus manifestaciones en la legislación laboral peruana”. *Soluciones laborales*. Lima, año 3, número 31, pp. 21-24.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes
- 2000 *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*. Granada: Editorial Comares.
- MONDY, R. Wayne y Robert M. NOE
- 2005 *Administración de recursos humanos*. México, D.F.: Pearson Educación.
- MONEREO PEREZ, José Luis
- 1987 *Las relaciones del trabajo en la transmisión de la empresa*. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- 1999 *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*. Primera edición. Madrid: Editorial IBIDEM.

MORALES CORRALES, Pedro

- 2004 “La sucesión de empresa”. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), pp. 257-278.

MORATO GARCÍA, Rosa María

- 2011 *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*. Granada: Comares.

NEVES MUJICA, Javier

- 1994 “Las fuentes del Derecho del Trabajo en las Constituciones de 1979 y 1993”. *Ius et veritas*. Lima, año V, número 9, pp. 57-64.
- 2007 *Introducción al derecho del trabajo*. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

- 2001 *Informe TMBF/2001. La incidencia en el empleo de las fusiones y adquisiciones en el sector de los servicios financieros*. Ginebra. Consulta: 23 de enero de 2011.
<<http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/techmeet/tmbf01/tmbf-r.pdf>>
- 2003 *Protección del salario: normas y salvaguardias relativas al pago de la remuneración de los trabajadores*. Ginebra: OIT.

ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino

2003 "Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: Las etapas de un proceso de socialización". Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales. Zaragoza, Numero 10-11, pp. 187-207.

PACHECO ZERGA, Luz

2011 "Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales". *Asesoría Laboral*. Lima, número 249, pp. 15-24.

PALACIOS MARTÍNEZ, Eric

2002 *La nulidad del negocio jurídico*. Lima: Jurista Editores.

PALOMEQUE FLORES, Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA

1996 *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

PASCO COSMÓPOLIS

2005 "En torno al principio de irrenunciabilidad". *Ius et Veritas*. Lima, año XV, número 31, pp. 217-228.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo

1978 *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Segunda Edición, Bueno Aires: Ediciones de Palma.

PIZARRO DÍAZ, Mónica

2006 *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. Lima: Estudio Gonzáles & Asociados Consultores Laborales SAC.

PUNTRIANO ROSAS, César

2008 "Sustitución del empleador y el principio de continuidad laboral". *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, número 112, pp. 241-248.

QUIROGA, María de Rosario Quiroga y Miguel RODRÍGUEZ

1997 *La concentración de empresas y la libre competencia*. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente. Lima: Editorial Cultural Cuzco S.A.

QUIROZ ESLADO, Luis Enrique

2011 "La costumbre como fuente generadora de derechos laborales. El caso de las gratificaciones". *Soluciones laborales*. Lima, año 4, número 47, pp. 13-19.

RANKINE, Denzil

2003 *Estrategias para la adquisición de empresas*. México, D.F.: Limusa, Noriega editores.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

s.f. Homogeneizar [artículo enmendado]. En *Diccionario de la lengua española* (avance de la 23^o edición). Consulta: 22 de diciembre de 2012. <<http://lema.rae.es/drae/?val=homogeneizar>>

REYES VILLAMIZAR, Francisco Hernando

2006 *Derecho societario en Estados Unidos: introducción comparada*. Bogotá: Legis.

ROCHA, Fernando y Jorge ARAGÓN

- 2002 *DOC 1/2001. El papel de las relaciones laborales en los procesos de fusión de empresas. Documento de trabajo.* Madrid. Consulta: 15 de enero de 2011.
<<http://www2.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc102.pdf>>

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel

- 2002 "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales". *Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-I, pp. 645-673.
- 2006 "Transmisión de empresa y mantenimiento de los derechos de los trabajadores". *Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2006-I, pp. 75-86.
- 2007 "Sucesión de empresa y sucesión de actividades". *Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2007-I, pp. 139-155.

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y Ma. Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ

- 1986 *Igualdad y discriminación*. Madrid: Editorial Tecnos.

RUBIO CORREA, Marcial.

- 2005 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional / Marcial Rubio Correa*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2006 *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Octava edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

2011 *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano.* Lima: Fondo Editorial PUCP.

RUBIO, Marcial, Francisco EGUIGUREN y Enrique BERNALES

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución.* Primera edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SARZO TAMAYO, Víctor

2012 *La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano.* Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 21 de noviembre de 2012.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1364/SARZO_TAMAYO_VICTOR_CONFIGURACION_DERECHO.pdf?sequence=1>

SEGURA RODRÍGUEZ, Santiago

1988a *Diseño y administración del sistema salarial.* Tomo 1. Lima: Editorial Técnico Científica S.A.

1988b *Diseño y administración del sistema salarial.* Tomo 2. Lima: Editorial Técnico Científica S.A.

SEGURA RODRÍGUEZ, Santiago y José Luis SEGURA SUÁREZ

2009 *Diseño del sistema salarial en la empresa de hoy. Enfoque sistémico y guía paso a paso.* Lima: Consultores Segura SAC.

SUDARSANAM, P.S.

1996 *La esencia de las fusiones y adquisiciones*. Traducción de Ma. Del Pilar Carril. México: Prentice-Hall Hispanoamericano.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo

2002 *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

2001 “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad”. *Ius et Veritas*. Lima, número 22, pp. 164-179.

2011 *Derecho individual de trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica .S.A.

2011 “¿Es posible la reducción de remuneraciones? El Tribunal Constitucional vs. La Corte Suprema”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, año 16, número 152, pp. 231-240.

2012 “Validez y eficacia del contrato de trabajo”. *Derecho PUCP*. Lima, número 68, pp.449-469.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos

2002 *Testimonio empresarial: colección homenaje*. Lima: Asesorandina.

UGAZ OLIVARES, Mauro

2009 "Transmisión de empresa y convenio colectivo". *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 397-421.

ULLOA MILLARES, Daniel

2011 "La costumbre como Fuente en el Derecho Laboral". *Derecho & sociedad*. Lima, año XXII, número 37, pp. 101-106.

URQUIJO, José I. y Josué BONILLA

2008 *La remuneración del trabajo: Manual para la gestión de sueldos y salarios*. Primera edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Consulta: 30 de enero de 2013.

<http://books.google.com.pe/books?id=m7ZKTMMtYZ8C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

2002 "Las garantías colectivas en la transmisión de empresa". *Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-I, pp. 675-702.

VALLE BENITES, José

2011 "¿Es válida la reducción de remuneraciones que no afectan mínimos legales con el solo consentimiento del trabajador?". *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 155, pp. 241-247.

VIDAL SALAZAR, Michael

2012 “La relación del derecho laboral con el derecho societario y su visión a partir de los sujetos de la relación laboral”. *V Congreso Nacional de la SPDTSS. Tendencias y perspectivas laborales: Juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario*. Lima: SPDTSS, Octubre 2012, pp. 59-93.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

1998 *Los Acuerdos Marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada: Comares.

YNAMI GARCÍA, Suhei Larisa

2008 “La viabilidad de la reducción de remuneraciones desde el contenido del principio a la irrenunciabilidad de derechos”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, año 14, número 119, pp. 253-261.

ZAVALA COSTA, Jaime

1994 Remuneraciones y Jornada de Trabajo. *Revista Asesoría Laboral*, año IV, N° 37, pp. 21 - 23.

ZUTA PALACIOS, Karla

2012 “La solicitud de trato igual y homologación de remuneraciones en el nuevo proceso laboral”. *V Congreso Nacional de la SPDTSS. Tendencias y perspectivas laborales: Juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario*. Lima: SPDTSS, Octubre 2012, pp. 645-655.