

Diego Ramiro García Montoya

**EFFECTOS JURÍDICOS EN MATERIA LABORAL
DERIVADOS DEL PROCESO SOCIETARIO DE LA FUSIÓN
DE DOS COMPAÑÍAS**

Soluciones legales para la coexistencia de las obligaciones laborales
de las compañías fusionadas

Plan del Trabajo de Conclusión
de Carrera (TCC) presentado
como requisito parcial para la
obtención del grado en Derecho
de la Facultad de Jurisprudencia
especialización mayor
Derecho Empresarial, especialización
menor Derecho
Internacional.

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Quito, 2015

GARCÍA, Diego R., Efectos jurídicos en materia laboral derivados del proceso societario de la fusión de dos compañías. Quito: UPACIFICO, 2015, 84p. Director Dr. Mario López Veloz (Trabajo de Conclusión de Carrera-TCC presentado a La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Internacionales)

Resumen: Debido a los cambios y sucesos económicos dentro de este territorio ecuatoriano, las compañías hoy en día han sido obligadas a cambiar sus estrategias económicas por cuanto varias de ellas han tomado la decisión de apoyarse y fusionarse con otras para subsistir, lo cual dentro del principal propósito de esta investigación es analizar los efectos jurídicos laborales que derivan de este proceso societario, con la finalidad de sustentar los derechos de cada uno de los trabajadores y del empleador, sujetos que forman parte dentro de este importante escenario legal y aplicar soluciones dentro del marco legal ecuatoriano debido al vacío de este, con la finalidad de enmarcarnos a una buena práctica dentro del Derecho Laboral.

Palabras claves: Orden, respeto, estrategia, visión, derecho, legitimidad, procesos, laboral, societario, fusión.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Diego Ramiro García Montoya declaro ser la autora exclusiva del presente trabajo de conclusión de carrera.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad

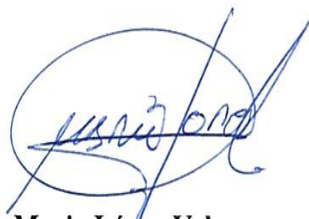
Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad Del Pacífico para que pueda hacer uso del texto completo del trabajo de conclusión de carrera a título “EFECTOS JURÍDICOS EN MATERIA LABORAL DERIVADOS DEL PROCESO SOCIETARIO DE LA FUSIÓN DE DOS COMPAÑÍAS” con fines académicos y/o de investigación



Quito, 2015

CERTIFICACIÓN

Yo, Mario López Veloz docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Del Pacífico, como Director del presente trabajo de conclusión de carrera, certifico que el señor Diego Ramiro García Montoya, egresado/a de ésta institución, es autor/a exclusiva del presente trabajo, el mismo que es auténtico, original e inédito



Dr. Mario López Veloz

Quito, 2015

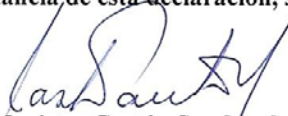
DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

Al presentar este Trabajo de Conclusión de Carrera como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Jurisprudencia de la Universidad Del Pacífico, hago entrega del documento en ciernes, a la Biblioteca de la Universidad para que haga de este trabajo investigativo un documento disponible para su lectura.

El estudiante ha certificado estar de acuerdo en que se realice cualquier consulta de este Trabajo de Conclusión de Carrera dentro de las Regulaciones de la Universidad, según como lo dictamina la L.O.E.S. 2010 en su Art. 144.

Conforme a lo expresado, adjunto a la presente, se servirá encontrar cuatro copias digitales de este Trabajo de Conclusión de Carrera para que ingresen a custodia de la Universidad Del Pacífico, los mismos que podrán ser utilizados para fines académicos y de investigación.

Para constancia de esta declaración, suscribe



Magister Gastón Sandoval
Vicedecano de la Facultad de Negocios y Economía
Universidad Del Pacífico

Fecha:	Quito, 20 de Mayo de 2015
Título de Tesis:	“EFECTOS JURÍDICOS EN MATERIA LABORAL DERIVADOS DEL PROCESO SOCIETARIO DE LA FUSIÓN DE DOS COMPAÑÍAS”
Autor:	Diego Ramiro García Montoya
Tutor:	Dr. Mario López Veloz
Miembros del Tribunal:	Dr. Iván Merchán Aguirre Dr. Mario Fabricio Godoy Naranjo
Fecha de sustentación y/o fecha calificación:	20 de Mayo de 2015

DETALLE DEL CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
I. PROCESO SOCIETARIO DE FUSIÓN.....	4
I.A. Definición del proceso societario de fusión según la legislación ecuatoriana.....	4
I.B. Breve descripción del proceso societario de fusión.....	10
II. IMPACTO LEGAL GENERADO A LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORES DE LAS COMPAÑÍAS FUSIONADAS.....	11
II.A. Reconocimiento de la antigüedad de los derechos adquiridos de los trabajadores.....	14
II.B. Situación legal de los derechos de seguridad social adquiridos por los trabajadores.....	17
II.C. Proceso de equiparación laboral a los trabajadores de las compañías fusionadas.....	19
II.D. Tratamiento en el proceso de fusión a los trabajadores pertenecientes al sector público en caso de que existan en alguna de las nóminas de las compañías fusionadas.....	25
II.E. Impacto legal generado a los derechos colectivos de los trabajadores de las compañías fusionadas.....	29
II.F. Situación jurídica de los contratos colectivos suscritos por los trabajadores con cada una de las compañías fusionadas.....	34
II.G. Hipótesis de desaparición.....	40
II.H. Hipótesis de co-existencia de contratos colectivos.....	42
II.I. Hipótesis de fusión.....	45
II.J. Situación jurídica de las asociaciones de trabajadores preexistentes en las compañías.....	48
II.K. Situación jurídica de los actos administrativos otorgados por el cumplimiento de las obligaciones legales contempladas por el ordenamiento jurídico.....	53
II.L. Pagos de beneficios sociales.....	58
III. SOLUCIONES JURÍDICAS PLANTEADAS PARA LOS VACÍOS LEGALES DERIVADOS DEL PROCESO SOCIETARIO DE FUSIÓN.....	61
III.A. Análisis legal de la figura denominada “subrogación laboral”.....	61
III.B. Mecanismos procesales para que los trabajadores inicien acciones legales en caso de proceder.....	64
III.B.1 Medidas cautelares.....	65
III.B.2 Acción de Protección.....	66
III.B.3 Denuncia administrativa ante el Ministerio del Trabajo.....	68
III.B.4 Acciones Judiciales.....	68
III.B.5 Mediación o arreglo extrajudicial.....	69
IV. CONCLUSIONES.....	72

V. BIBLIOGRAFIA.....	75
VI. DEDICATORIA.....	77

INTRODUCCIÓN.-

Los cambios económicos en los últimos años han generado que las empresas, los grupos corporativos y las sociedades en general adopten medidas y estrategias de orden directivo para disminuir costos y aumentar los ingresos económicos de las mismas.

En alcance a esta situación, las compañías han venido variando su postura de acuerdo a los cambios normativos. Por ejemplo, a inicios del año dos mil la tendencia era crear grupos corporativos que unan a las sociedades en partes vinculadas. Esto en su momento generó una ventaja competitiva por costos y beneficios tributarios.

En la actualidad la tendencia ha cambiado, toda vez que la norma jurídica tributaria pretende convertirse en una herramienta que aumente los ingresos a las arcas fiscales, dando como resultado la búsqueda de hechos generadores que permitan al sujeto pasivo aportar con más tributos, se creó la figura de las partes relacionadas, de los precios de transferencia, etc. Estas figuras han conseguido que las decisiones de los directivos ahora no se enfoquen en la creación de grupos corporativos, sino encaminar sus actividades a través de sociedades independientes desde su árbol accionario.

Estos fenómenos de carácter estrictamente microeconómicos han provocado que las compañías de manera muy dinámica tomen las decisiones de fusionarse o escindirse de acuerdo a sus intereses, dando como resultado un sinnúmero de consecuencias ajenas al ámbito financiero, encajándose más en el aspecto legal analizado desde varios enfoques.

El propósito del presente trabajo de culminación de carrera, consiste en analizar los efectos jurídicos laborales derivados de un proceso de fusión de dos o más compañías. Tomando en consideración la situación anterior, durante y posterior del acto societario.

Cabe mencionar que por su similitud en tramitología con la escisión, el presente trabajo también podrá ser utilizado para analizar los impactos legales laborales en estos procesos, que actualmente tienen más vigencia en las negociaciones mercantiles.

Es menester indicar que una vez perfeccionado el trámite de fusión, existe duda de los pasos a seguir para el traspaso o liquidación de los trabajadores de la compañía fusionada no solo se analiza el proceso de absorción o que desaparece de la vida jurídica. Esta duda se debe a un vacío jurídico laboral en la legislación ecuatoriana al respecto del tratamiento del personal que forma parte de las compañías involucradas en el proceso de fusión.

En el proceso societario de fusión, es indispensable analizar los factores integrales que derivan de esta decisión, esto incluye prevenir los costos que pueden derivarse de un mal cálculo en la liquidación de los trabajadores que no serán subrogados por la compañía resultante. En la práctica es muy común que por desconocimiento de la normativa laboral y las opciones que en la práctica y acorde al marco legal existente, las compañías fusionadas respondan por indemnizaciones que podían evitarse al seguir el proceso más favorable en cada caso.

Por lo expuesto, con este trabajo se busca sentar un precedente en el análisis de las consecuencias laborales que pueden producirse como producto de la fusión de dos o más

compañías, y no solamente los efectos de impacto en las condiciones individuales de los trabajadores, sino en el impacto de los sindicatos o asociaciones en caso de existir, desde un punto de vista del Derecho laboral colectivo.

También es importante analizar los efectos ocasionados a los permisos o autorizaciones de carácter laboral otorgados a favor de la compañía que desaparece de la vida jurídica, con la finalidad de aplicar su vigencia o subrogación por parte de la nueva compañía respecto al acto emitido por las Autoridades Públicas.

Por todo lo expuesto, se puede colegir que el propósito central de este trabajo es analizar el marco legal ecuatoriano vigente, para encontrar soluciones aplicables a los vacíos normativos que no enmarcan situaciones prácticas derivadas de los procesos societarios, como la fusión en el ámbito del derecho laboral.

I. PROCESO SOCIETARIO DE FUSIÓN

I.A. Definición del proceso societario de fusión según la legislación ecuatoriana.-

Para el análisis de las hipótesis planteadas en este trabajo de investigación, es imprescindible determinar el concepto, comprender la figura jurídica y los efectos legales derivados de un proceso societario de fusión de dos o más personas jurídicas legalmente constituidas al amparo de un determinado ordenamiento jurídico.

La Ley de Compañías publicada en el Registro Oficial 312 de fecha 5 de noviembre de 1999, regula la institución que determina las características y procedimientos para perfeccionar el proceso de fusión de dos o más compañías en el Ecuador. En la normativa societaria se encuentra definida en el artículo 337 y subsiguientes de la Ley de Compañías¹.

Conforme lo expuesto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla dentro de la normativa aplicable, las regulaciones pertinentes para los procesos de fusión de las sociedades.

¹**Ley de Compañías, artículo 337.-** La fusión de las compañías se produce: a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y, b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.

En términos generales y conforme lo dispuesto por el antes citado artículo 337 y subsiguientes de la Ley de Compañías la fusión de personas jurídicas en el Ecuador podría definirse como el proceso societario a través del cual dos ó más compañías independientes unen sus patrimonios mediante la cesión o división de sus libros contables (activos, pasivos y patrimonio) o por la vinculación de todas las empresas que se encuentran inmersas dentro del proceso de fusión a una nueva que se constituye y se denomina la resultante, o por la incorporación de una o más empresas a otra que continúa subsistiendo (fusión por absorción), formando así una sola empresa que les sucede en sus derechos y obligaciones, conforme la misma disposición legal.

La fusión nace por la decisión de los accionistas de las compañías involucradas, este decisión es plasmada en un documento interno de la compañía que se denomina acta de junta general extraordinaria de accionistas, este proceso se lo realiza en todo tipo de compañías, independiente si sus acciones son cotizadas en la bolsa de valores o no, según como lo explica el art. 338 de la Ley de Compañías que dispone lo siguiente: *“Art. 338.- Para la fusión de cualquier compañía en una compañía nueva se acordará primero la disolución y luego se procederá al traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva compañía.*

Si la fusión hubiere de resultar de la absorción de una o más compañías por otra compañía existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios de la o de las compañías absorbidas, aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda.

Los socios o accionistas de las compañías extinguidas participarán en la nueva compañía o en la compañía absorbente, según los casos, recibiendo un número de acciones o adquiriendo derecho de cuota de capital por un valor proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas”.. Como se pudo analizar en la introducción, esta decisión siempre responderá a una estrategia económica que busca beneficiar por una sinergia financiera a las sociedades participantes, ya sea liberarse de una crisis económica o buscar un crecimiento empresarial representativo.

La fusión de sociedades en conclusión puede entenderse como el acto en virtud del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna de ellas o de todas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus socios en una sola sociedad. O en los términos de Francisco Reyes Villamizar, la fusión se define como: *“Es una operación de reestructuración empresarial en la cual dos o más compañías se extinguen sin liquidarse con el propósito de crear una nueva sociedad que recibe el patrimonio de las compañías fusionadas”*²

De la práctica se puede determinar que en nuestro país existen dos tipos principales de fusión:

- a) la fusión propiamente dicha o natural por constitución de una nueva sociedad, en la cual dos compañías se unen para formar una nueva compañía que se denominará resultante, y
- b) la fusión por absorción, en la cual una compañía absorbe los libros contables (absorción del patrimonio) de una segunda compañía para dar como resultado una sola. Como pudimos observar, en estos procesos societarios no existe liquidación de las compañías

²Villamizar, Francisco, Transformación, fusión y escisión de sociedades, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

constituyentes o absorbidas, únicamente existe la disolución de las personas jurídicas constituyentes, según como expresa el art. 338 de la Ley de Compañías³

La existencia jurídica de las compañías es ininterrumpida, toda vez que no se perfecciona la liquidación e inscripción de la liquidación en el Registro Mercantil que genere la desaparición de la vida jurídica de la compañía dentro del proceso de fusión.

La disolución de las personas jurídicas en el Ecuador, dentro de los procesos de fusión no implican su liquidación, pues se transmiten en bloque sus patrimonios que se encuentran registrados a la fecha en sus libros contables. Los socios de las sociedades extinguidas o constituyentes, una vez constituida la nueva compañía participarán de forma proporcional en las acciones que tenga la misma, es decir se tomarán en cuenta sus participaciones.

Como vimos con anterioridad, la fusión de las compañías de manera necesaria responde a una causa económica, la cual puede derivarse de los motivos expuestos a continuación:

a) Ser tomada como respuesta a un proceso de integración, el cual puede ser vertical u horizontal:

En nuestro país, un ejemplo del proceso de fusión por causas de integración vertical se ha proyectado en especial entre las compañías que procesan alimentos agrícolas y las que cultivan los mismos, con la finalidad de reducir costos totales de la fase productiva.

³Ibidem, pag. 6.

La integración vertical de compañías, busca eficiencia productiva para evitar competencia que mantengan estrategias similares río abajo y puedan ser una amenaza para la misma. Adicionalmente busca disminuir costos en procesos de producción.

Por otro lado, la integración horizontal pretende eliminar la competencia horizontal o de mercados sustitutos de bienes o servicios. Esta integración ahora en el Ecuador es un ejercicio estratégico muy peligroso porque puede inobservar las disposiciones de competencia contenidas en la Ley de Control de Poder de Mercado y como consecuencia generar multas o expedientes investigativos ante la Superintendencia de Control y Poder de Mercado.

La integración horizontal de los competidores es considerada como una práctica desleal en el mercado, toda vez que ayuda a sacar del mercado a otras compañías.

Cabe mencionar, que bajo la legislación ecuatoriana de competencia, las fusiones horizontales en especial deberán ser reportadas a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

b) Como búsqueda de una solución para disminuir costos en procesos productivos.

De forma general, los procesos de fusión siempre buscarán ser la respuesta o salida a crisis económicas de compañías que a través de una inyección de capital en sus registros contables tengan proyección de salir adelante y continuar con la ejecución de sus actividades.

Toda vez que en un proceso de fusión se comparten tanto los activos como pasivos, la fusión de una compañía fuerte y estable financieramente con otra que no se encuentre en una situación económica buena, dará como resultado la estabilización de la segunda compañía, con la integración del bloque contable de la primera.

Es por esta razón que también la fusión se convierte en una solución a los problemas económicos de las compañías que no ameritan ser liquidadas o disueltas por parte de la Superintendencia o por voluntad de sus directivos.

c) Como estrategia tributaria que motive a los accionistas o socios a buscar una medida que mitigue los impactos tributarios..

En virtud de la inestabilidad normativa que vive en el actualidad el Ecuador, es indispensable el conocimiento continuo de la normativa tributaria, toda vez que la misma deberá ser la motivación para las decisiones de los directivos de las corporaciones.

Por regla general, los gobiernos corporativos siempre buscarán disminuir sus costos y aumentar su utilidad, por lo cual si la fusión de compañías es la respuesta para esto, estaremos frente a varios procesos que pretenderán convertirse en el ejemplo de relaciones societarias en el mercado de inversión de cada uno de los sectores productivos.

Con estos antecedentes y dada cuenta que existen un sinnúmero de causas para perfeccionar procesos de fusión, es indispensable conocer todos los efectos legales que se derivan y

rodean el mismo, no solamente puede ilustrarse como importante el proceso societario, sino que los aspectos legales que le rodean deben ser necesariamente conocidos por los asesores que intervendrán en el proceso de fusión.

Parte de este ámbito es el aspecto laboral, que tiene una gran cantidad de aristas a considerarse dentro de un proceso de fusión, conforme procederemos a analizar a continuación y de forma general en este documento.

I.B. Breve descripción del proceso societario de fusión.-

Los procesos de fusión en el Ecuador se llevan a cabo de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Compañías, en especial a lo dispuesto por el artículo 337 y subsiguientes de esta norma.

El proceso de fusión de una compañía nace del análisis y decisión de la junta de socios o accionistas, que por motivos estratégicos o financieros han decidido fusionar a la persona jurídica ya sea por absorción o por unión de personas jurídicas propiamente dicha.

La fusión de compañías nace por la voluntad de los socios plasmada en un acta de junta general ya sea de socios o accionistas, la cual debe ser tomada en la Junta General Extraordinaria de Accionistas con único orden del día la aprobación de la fusión y con las formalidades más exigentes dispuestas por la ley para las decisiones corporativas.

La escritura pública de fusión deberá ser inscrita con las mismas solemnidades observadas en un proceso de constitución de una compañía, la misma que será aprobada por la Superintendencia de Compañías o por un Juez Civil.

Ahora bien, en un tema ya contable dependerá si la fusión se realizará por absorción o por fusión propiamente dicha. Si la fusión se trata de absorber a una compañía existente, ésta última deberá trasladar su bloque patrimonial para unificarlo con la compañía absorbente.

En caso de que la fusión se realice por la unión íntegra de dos compañías, se realizará un nuevo registro contable el cual contará con el traspaso en bloque del patrimonio social a la nueva compañía y nacerá una tercera persona jurídica que se entenderá como la resultante.

Dado el tema de formalidad interna, se deberá realizar los instrumentos públicos necesarios para formalizar la voluntad corporativa y de manera posterior registrarla en la Superintendencia de Compañías e inscribirla en el Registro Mercantil.

De manera posterior, se deberá regularizar los temas contables de traspaso de dominio, aporte de capital y distribución proporcional en las participaciones o acciones de los socios o accionistas.

II. IMPACTO LEGAL GENERADO A LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORES DE LAS COMPAÑÍAS FUSIONADAS.-

El proceso societario de fusión de dos o más compañías resulta en una realidad nueva para la aplicación de las normas laborales y otras por parte de la nueva persona jurídica resultante de la fusión. Los efectos que se generan son percibidos tanto en el ámbito corporativo interno, como reflejado en el aspecto laboral o tributario de la compañía.

La normativa que debe considerarse al momento de la fusión se refiere tanto a las normas generales contenidas en el ordenamiento jurídico de aplicación global, o también hace referencia a las normas laborales de regulación interna que antes tenía cada compañía previo al proceso de fusión, toda vez que existen disposiciones externas e internas del gobierno corporativo e incluso de cumplimiento obligatorio para los trabajadores.

En nuestra legislación, no existen disposiciones que regulen la situación jurídica laboral que gozarán los trabajadores desde el momento en que ingresan a prestar sus servicios a favor de la nueva compañía producto de la fusión, razón por la cual se mantiene en la incertidumbre varios aspectos de la situación en que se encuentran los trabajadores, tanto en materia de seguridad social, en beneficios adquiridos, etc. Únicamente existe la disposición contenida en el artículo 171 del Código de Trabajo, que por su importancia lo cito de forma textual a continuación: *“En caso de cesión o de enajenación de la empresa o negocio o cualquier otra modalidad por la cual la responsabilidad patronal sea asumida por otro empleador, éste estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor. En el caso de que el trabajador opte por continuar con la relación laboral, no habrá lugar al pago de indemnizaciones.”*

Para proceder a analizar el subtema planteado, es importante partir de aseveraciones reales derivadas de textos legales que son pertinentes para verificar los impactos causados en la situación individual de los trabajadores. Sin embargo, las disposiciones específicas que regulan este proceso en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son escasas.

En primer lugar, se debe definir la situación legal del contrato de trabajo suscrito entre cada uno de los trabajadores con cada una de las compañías que se involucraron en el proceso de fusión. En relación a este problema, podemos citar dos posibles opciones:

- a) *Que el contrato de trabajo quede resuelto por la fusión de las compañías:* Este presupuesto operaría ipso facto o previa declaración de la parte empleadora al momento de la fusión. Sin embargo, para que esto ocurra debería existir una norma legal que contemple esta situación al momento de operar la fusión de la compañía, norma que en la actualidad no existe. También debe considerarse que los trabajadores siempre deben expresar su consentimiento de trabajar para la nueva persona jurídica al momento de suscribir el nuevo contrato.

- b) *Que el contrato de trabajo sea subrogado - sustituido y reconocido por la nueva compañía resultante del proceso societario de fusión.* Esta opción es en términos generales más garantista y respetuosa a los principios laborales y constitucionales que cuidan los beneficios de los trabajadores. Esta disposición se encuentra respaldada en el ya citado artículo 171 del Código de Trabajo, razón por la cual es la posición más aceptada en la realidad jurídica ecuatoriana.

A continuación procedo a analizar los principales aspectos individuales de forma adicional a la situación legal de los contratos de los trabajadores que deberán ser tomados en cuenta desde el punto de vista del Derecho Laboral, de forma previa al proceso societario de fusión.

II.A. Reconocimiento de la antigüedad de los derechos adquiridos de los trabajadores.-

El numeral 3 del artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: “Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: ...
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario...” (El resaltado es personal).

Amparados en este precepto constitucional, los derechos de los trabajadores que fueron adquiridos como consecuencia de su relación laboral con cada uno de sus empleadores (compañías fusionadas), bajo ningún concepto podrían ser desconocidos por los representantes de la compañía resultante. Más aún cuando el contrato que los vinculaba no ha sido concluido de forma legal.

En este sentido el propio Código de Trabajo en su artículo 169⁴ describe de manera taxativa las causas por las cuales puede darse por terminado un contrato de trabajo, y entre

⁴ **Código del Trabajo:Art. 169.- Causas para la terminación del contrato individual.-** El contrato individual de trabajo termina:

1. Por las causas legalmente previstas en el contrato;
2. Por acuerdo de las partes;
3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;
4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio;

estas causas no se ha dispuesto que un proceso societario de fusión como una de ellas, de manera contraria, esta disposición legal en su numeral 4 contempla como causa de la terminación del contrato de trabajo la siguiente: *“Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no **hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio**”*; (el resaltado es personal).

Por lo tanto, aparentemente se podría asegurar que al no existir argumento jurídicamente válido para determinar que el contrato de trabajo individual ha desaparecido de la vida jurídica, se puede concluir que si la nueva compañía resultante del proceso de fusión es la que se ha sucedido en el proceso societario, sería la llamada a responder por las obligaciones adquiridas por la compañía que ha desaparecido en el proceso de fusión.

Más aún, cuando la fusión es una causa que no está establecida en la ley como una causal de terminación de la relación laboral-contractual.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico también existen argumentos para concluir que la antigüedad de los trabajadores al derivarse de forma directa de una relación contractual de Derecho Privado, no debería ser respetada por el nuevo empleador.

5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo;
6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;
7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código;
8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y,
9. Por desahucio.

Esta aseveración debe realizarse en apego al concepto y naturaleza del principio de autonomía de la voluntad de las partes, según el cual los suscriptores de un determinado contrato, adquieren derechos y obligaciones bilaterales derivadas de una decisión propia de su voluntad, de su naturaleza intrínseca de libertad., conforme se encuentra estipulado en el Código Civil.

Este principio muestra su esencia en que el nuevo empleador no fue quien suscribió el primer contrato, por lo tanto existe limitación de su voluntad.

Más aún cuando en estricto apego a este principio (autonomía de la voluntad), no podría obligarse a un tercero (que para el efecto es la nueva compañía resultante del proceso de fusión) para que respete y observe las obligaciones adquiridas por sus predecesores.

Es en el cruce de estos argumentos en que existe un conflicto de aplicación legal, toda vez que al no existir una norma dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que determine el reconocimiento de los derechos laborales, entre estos la antigüedad de un trabajador que pertenecía a la compañía fusionada o absorbida, se puede generar una inseguridad jurídica ante una posible situación como la que ha sido expuesta.

Esto determina un problema práctico bastante extenso, toda vez que deja a la libre interpretación de las autoridades competentes en la materia, la resolución de los conflictos derivados de los problemas de mala interpretación en los procesos de fusión en los que se determinen obligaciones laborales.

II.B. Situación legal de los derechos de seguridad social adquiridos por los trabajadores.-

El derecho a la seguridad social de los trabajadores es un derecho intrínseco de todas las personas en general, y por tratarse también de un derecho del trabajador es irrenunciable y por lo tanto no se considera materia transigible. Se encuentra reconocido en la Constitución⁵, en la Ley de Seguridad Social y sus respectivos reglamentos.

El derecho a la seguridad social es una obligación y un derecho bipartito en materia laboral, es decir es un derecho para el trabajador que lo goza desde el primer día que ingresa a trabajar y es una obligación del empleador que bajo las distintas ramas sectoriales y modalidades contractuales debe afiliar a los trabajadores hasta máximo quince días después de haber iniciado sus labores, en caso de no hacerlo se verá obligado a cumplir con las multas pecuniarias y sanciones aplicables en estos casos.

En el tema de investigación que nos atiene, se debe analizar la situación de los derechos a la seguridad social de los trabajadores que serán transferidos de una compañía a otra por medio de un proceso de fusión.

⁵**Constitución de la República del Ecuador: Art. 34** El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

En virtud que los derechos de los trabajadores gozan de intangibilidad⁶, el proceso de fusión de las compañías no podrá menoscabar ni limitar los derechos adquiridos de las compañías que van a ser fusionadas y ahora prestarán sus servicios para una persona jurídica diferente.

El impacto derivado por el no reconocimiento de los derechos a la seguridad social de los trabajadores, se vería reflejado por su antigüedad y los beneficios derivados por el tiempo de aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. A manera de ejemplo, la interrupción en la afiliación o una mala aplicación de la normativa durante el proceso de fusión, podría desencadenar en que derechos de los trabajadores tales como el acceso a los fondos de reserva, préstamos, jubilación, etcétera que se caracterizan por el tiempo y número de aportes, se vea menoscabado.

Por lo tanto, para evitar que se genere este perjuicio para los trabajadores y por lo tanto un riesgo para las compañías, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social creó la figura del Ruc Corporativo, a través del cual los trabajadores que serán trasladados de una compañía a la otra conservan todos sus derechos en el mismo modo en que los gozaron hasta la fecha en que los accionistas decidieron la fusión de las compañías.

Con la aplicación del Ruc Corporativo, únicamente se realiza un traspaso de los trabajadores de una nómina a otra que se crea de forma posterior, y de esta manera los

⁶**Constitución de la República del Ecuador: Art. 326.**- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: ...
2. Los derechos laborales son **irrenunciables e intangibles**. Será nula toda estipulación en contrario.”

beneficios otorgados a favor de los trabajadores por el número de aportes y por el tiempo trabajado se mantiene intangible.

Es menester indicar que la nueva compañía deberá realizar el proceso de afiliación de forma inmediata, es decir como máximo dentro de los quince días después de que haya suscrito los contratos o acuerdos de subrogación, según corresponda.

II.C. Proceso de equiparación laboral a los trabajadores de las compañías fusionadas.-

Una de las primeras inquietudes que salta a la vista al momento de realizar la fusión de dos o más compañías, consiste en determinar cuál será el tratamiento que debe darse a los trabajadores que formarán la compañía resultante, cómo se perfeccionará el proceso de traspaso de los trabajadores a la nueva compañía.

Debemos preguntarnos cuál será el proceso de homologación o de coexistencia de los trabajadores que provienen de cada una de las compañías, toda vez que será muy factible que nos encontremos con personal resultante de la compañía “A” que realice las mismas funciones que el trabajador de la compañía “B” y que sin embargo se mantenga en distinta condición laboral.

En el ordenamiento jurídico laboral ecuatoriano, se contempla el principio constitucional definido a continuación “a igual trabajo, igual remuneración”⁷. Es muy importante determinar el alcance real de este principio, porque se podría concluir que al momento del nacimiento societario de la fusión de dos compañías se podría homologar las condiciones individuales de la contratación de los trabajadores provenientes de las compañías partícipes de dicha fusión.

Esta teoría es de difícil cumplimiento, en virtud que esto implicaría una liquidez considerable por parte de la empleadora al momento de unificar las condiciones laborales. No sería fácil que en una fusión masiva de una cantidad considerable de trabajadores se les pueda reconocer a todos un salario superior al que venían recibiendo debido a que sería obligada a la nueva persona jurídica incurrir en gastos no programados que sus libros contables previos a la fusión no se encontraban previstos,

Este principio es reconocido por la Constitución del Ecuador como parte de los principios fundamentales aplicables a las relaciones laborales del país; si bien este principio se constituye por la garantía de equiparar las condiciones y beneficios a favor de los trabajadores que realicen un trabajo similar, merece un análisis con mayor profundidad.

⁷**Constitución de la República del Ecuador:** Art. 326.- “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: ...

4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración...”

El principio constitucional “a igual trabajo, igual remuneración”, aparenta que todas las personas que se desenvuelven dentro de un mismo puesto de trabajo deberán recibir la misma cantidad de remuneración. Sin embargo a lo largo del tiempo, la Corte Suprema (ahora Corte Nacional) ha interpretado que se permiten dos excepciones basadas en una “discriminación legal”, que consiste en que la aplicación de este principio permite realizar dos excepciones, la primera de acuerdo a la especialización y experticia que cumplan los trabajadores y la segunda de acuerdo al tiempo de trabajo que lleva en sus funciones.

La experiencia laboral, se refiere al tiempo que el trabajador lleva cumpliendo sus labores con el empleador, en el cual mediante al tiempo trabajado, tiene en su conocimiento de su práctica diaria laboral al cargo por el cual fue contratado, por lo tanto debido a la experiencia el trabajador puede tener una remuneración mayor a la de los demás trabajadores, aún si cumplierse las mismas funciones.

Por otro lado la capacitación o especialización que haga un trabajador, consiste específicamente al título o nivel de estudio que tenga el trabajador, el cual determina el poder remunerar de manera competitiva que justifique el nivel de estudios que el trabajador ha realizado durante el transcurso de su carrera profesional, aún si cumplierse con las mismas funciones que otros trabajadores cumplan.

El Código del Trabajo vigente contempla en su artículo 79 al principio de “igualdad de remuneración” en el cual determina de forma conceptual que el trabajo realizado por el trabajador debe corresponder a una remuneración justa y equitativa al trabajo realizado, pero hace referencia a la especialización y a la práctica en la ejecución del trabajo como

figuras que se “tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración”⁸, dejando sin efecto a la discriminación exceptuando cuando se realice una observación de distinción por la capacitación del trabajador o por el tiempo que lleva en la compañía.

El proceso de equiparación laboral se debe realizar de forma obligatoria, considerando los parámetros que se describen a continuación y que forman parte de las actividades laborales:

- a) jornada de trabajo
- b) funciones de los puestos de trabajo
- c) remuneración
- d) reconocimientos y honores
- e) beneficios derivados de los pactos y contratos colectivos
- f) beneficios extras al ordenamiento jurídico, etc.

Todos estos parámetros deben ser considerados por las compañías que van a fusionarse para buscar un equilibrio y criterios de equidad entre los trabajadores de las compañías. Por ejemplo como se podrá analizar más adelante las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y las disposiciones internas y políticas en general deben ser uniformes para el tratamiento de los trabajadores.

⁸ **Código del Trabajo Art. 79 del: Igualdad de remuneración.**- A trabajo igual corresponde igual remuneración, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole; más, la especialización y práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración.

En el tema tratado en el literal a) y que es relativo a la jornada de trabajo, cabe mencionar que los parámetros para establecer las jornadas de trabajo deben ser de carácter general y determinarse por funciones propias de los puestos de trabajo, mas no por individualidades derivadas de criterios que sean relativos a la compañía de la cual provenga un determinado trabajador.

A manera de ejemplo la jornada de trabajo debe ser igual para todos los trabajadores que ocupen un determinado puesto de trabajo, sin distinción adicional. Por lo expuesto, de ahí deriva la importancia de determinar las circunstancias y condiciones que deben pactarse para los trabajadores que ahora van a formar parte de una sola relación de dependencia. No puedo mantener jornadas diversas, porque atentaría al principio constitucional de igualdad, el cual no puede ser inobservado por su rango constitucional y pro trabajador.

Por otro lado, en relación al literal b) y lo que respecta a las funciones que deberán cumplirse en cada uno de los puestos de trabajo, debe ser bajo parámetros de carácter general, sin ninguna consideración de tipo individual o que derive de situaciones anteriores a la subrogación y que permita un trato discriminatorio entre trabajadores que mantienen un mismo puesto de trabajo. A manera de ejemplo, no podría permitirse que los trabajadores contratados bajo el puesto de “mensajero” realicen funciones distintas, toda vez que las mismas deben estar determinadas por las políticas del departamento de Recursos Humanos o Talento Humano conforme corresponda.

En lo que respecta al literal c), existe un principio constitucional que determina que a igual trabajo deberá corresponder igual remuneración. Sin embargo, más allá del principio

constitucional indicado, debe hacerse referencia que todos los trabajadores ubicados en un determinado puesto de trabajo deberán ganar la misma remuneración. Este es un principio no solo consagrado en la Constitución, sino que forma parte de los tratados de la OIT al que el Ecuador es adscrito. Cabe mencionar que este principio constitucional, es el único fundamento jurídico que permite exigir que todos los trabajadores ocupando un determinado puesto de trabajo, deben percibir la misma remuneración.

Así mismo, deberán considerarse los métodos de motivación y reconocimiento al personal, para que en la nueva compañía resultante de la fusión sean de carácter unificado y no discriminatorio.

De forma general, se puede indicar que existen métodos adicionales de realizar contraprestaciones a favor del trabajador. Estos bonos voluntarios o reconocimiento, deben ser de la misma manera de carácter homólogo y unificado, para evitar trato discriminatorio a los trabajadores.

Sin perjuicio de todo lo indicado en este capítulo, es importante considerar que los trabajadores en la práctica si tienen grados de discriminación positiva derivado, de como hemos podido tratar, de dos criterios: a) el primero que se determina por el tiempo de servicio y b) el segundo que trata desde el punto de vista de capacitación y experiencia del trabajador.

Por lo tanto, estos parámetros expuestos exclusivamente en este literal son los que permiten realizar consideraciones y diferencias a dos trabajadores en una determinada posición, diferencias basadas en el tiempo de desempeño de sus funciones y en la capacitación obtenida para el determinado puesto de trabajo.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, después de la revisión pertinente se puede determinar que únicamente se encuentra consagrado el principio constitucional antes referido, no existe ninguna normativa ni disposición adicional que regule de forma ejecutiva estos procesos, como en la especie ocurre con la fusión de dos compañías y los efectos laborales derivados de este acto societario.

II.D. Tratamiento en el proceso de fusión a los trabajadores pertenecientes al sector público en caso de que existan en alguna de las nóminas de las compañías fusionadas.-

Otra de las hipótesis que deben ser analizadas, consiste en determinar las consecuencias ante el supuesto que en una compañía existan trabajadores del sector público, ya sea por su totalidad accionaria o por ser una compañía de economía mixta.

Como parte de esta investigación, debemos señalar como hipótesis que en una de las dos compañías que van a ser fusionadas existan dentro de la nómina personal regulado bajo la antigua Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, ahora denominada Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante “LOSEP”).

Debemos iniciar determinando quiénes se encuentran regulados bajo la LOSEP, de inicio se podría afirmar que se encuentran regulados por esta normativa, los servidores públicos. Para aclarar los sujetos amparados por la LOSEP debemos remitirnos al artículo 3⁹ de esta ley.

La figura que más podría acercarse a la regulación de trabajadores bajo la LOSEP y que podría afectar al análisis de esta investigación, se configura en las compañías de economía

⁹**Art. 3.-LOSEP.-** Ámbito.- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional;
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales;
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y,
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos.

Todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República y este artículo se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio del Trabajo en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios.

Las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio del Trabajo, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

De conformidad con lo establecido en los artículos 160, 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, los miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se regirán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable.

En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio del Trabajo establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas.

Estarán comprendidos en el ámbito de esta ley a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, nepotismo y procedimientos disciplinarios en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos. Respecto de los organismos establecidos en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación se observará lo previsto en la misma y esta ley en lo que fuere aplicable.

mixta, en las que el Estado tenga participación financiera de más del 50%, conforme lo dispuesto por el propio artículo 3 de esta Ley.

Por lo tanto vamos a proceder al análisis del supuesto en que una de las dos compañías que vaya a ser fusionada sea de naturaleza legal de economía mixta con más del 50% de participación accionaria por parte del Estado. Se pueden plantear varias inquietudes alrededor de los beneficios que mantienen los trabajadores del servicio público, tales como el goce de un mayor número de vacaciones, o disposiciones contrarias a los beneficios privados, tales como las utilidades.

En los casos en que se vaya a realizar una fusión en los parámetros indicados en este capítulo, lo ideal sería de inicio determinar la naturaleza que va a tener la nueva compañía que va a amparar a la nómina laboral resultante de la fusión. Es decir, en caso de que la compañía resultante tenga mayoría accionaria del Estado aparentemente la ley regulatoria debería pasar a ser la LOSEP, con los cambios laborales que este traspaso implica.

Así mismo, y dentro del supuesto que tenemos una persona jurídica que podría ser regulada bajo las normas de la LOSEP, debemos proceder a analizar la calidad de sus trabajadores. Esto en virtud de la diferenciación que contiene el artículo 4¹⁰ de esta norma, diferenciando a los servidoras y servidores públicos de los trabajadores para efectos de la norma que les regula.

¹⁰ **Art. 4de la LOSEP-** Servidoras y servidores públicos.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

Conforme lo dispuesto por esta norma, son servidoras y servidores públicos todas las personas que presten sus servicios a favor del sector público. Para comprender el alcance de las personas consideradas servidores públicos debemos citar lo que comprende el sector público, para de esta manera definir por concepto legal a los servidores públicos.

En atención a lo dispuesto por la Constitución en su artículo 225¹¹, son organismos taxativamente enunciados los que forman parte del sector público, por lo tanto encontramos otro debate legal respecto si los trabajadores de una compañía de economía mixta pueden ser considerados servidores públicos, cuando la propia ley los excluye del sector público y por lo tanto no podrían ser considerados servidores públicos.

Por lo expuesto, previo a tomar una decisión lo indispensable es determinar la calidad de los trabajadores que van a ser trasladados de una compañía a la resultante, es decir si son o no servidores públicos y si se encuentran amparados por las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Público.

A manera de ejemplo, en el supuesto que , en cada caso se determine que en la compañía resultante existan dos grupos diversos, el uno al amparo del Código de Trabajo y el otro al

¹¹**Constitución de la República del Ecuador: Art. 225** El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

amparo de la LOSEP, deberán coexistir con sus beneficios laborales propios de cada calidad. Por eso la importancia de ubicarlos dentro de la normativa a la que pertenecen.

Después del análisis respectivo, en mi opinión es muy complicado poder determinar la existencia de servidores públicos dentro de una compañía privada o de economía mixta, en virtud que no se encuentran taxativamente contempladas en la Constitución como parte del sector público, y según la propia LOSEP los servidores públicos son aquellos que prestan sus servicios a favor del sector público.

Por lo tanto, si se ha configurado el supuesto de existencia de una compañía de economía mixta que deba ser regulada por la LOSEP, esto no deberá ser un inconveniente para llevar a cabo el proceso de fusión que se ha planteado, toda vez que las calidades adquiridas deberán conservarse, por tratarse de derechos adquiridos, siempre y cuando la compañía resultante cumpla con las características y requisitos para estar amparada por la Ley Orgánica del Sector Público. no ha llegado a conclusión solución alguna.

En conclusión, independientemente de la norma que regule la relación laboral entre el empleador y el trabajador, ya sean estos públicos o privados, se debe respetar el principio de intangibilidad de los derechos adquiridos.

II.E. Impacto legal generado a los derechos colectivos de los trabajadores de las compañías fusionadas.-

Los derechos de los trabajadores pueden ser analizados desde dos perspectivas: a) desde su goce individual y los efectos personales que genera y, b) desde el ámbito de los derechos adquiridos con un punto de vista del colectivo, es decir del grupo del personal que labora bajo una determinada relación laboral.

Para que los derechos laborales colectivos puedan ser exigidos, en su mayoría y por su naturaleza se requiere de una asociación de trabajadores que le permita plasmar y requerir al empleador su cumplimiento.

De acuerdo a lo dispuesto por nuestra legislación, el derecho laboral colectivo requiere de mayores formalidades para su existencia legal, por esta razón el propio Código de Trabajo, contempla un sinnúmero de requisitos previos que deben coexistir para la existencia de una asociación de trabajadores.

El derecho de asociación tiene su asidero en la disposición del artículo 440 de la Constitución que de forma textual contempla: *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones.*

Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o

retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores.

Todo trabajador mayor de catorce años puede pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato.

Las organizaciones de trabajadores no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante procedimiento oral establecido en este Código. Si la suspensión o disolución fuere propuesta por los trabajadores éstos deberán acreditar su personería.

Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias, los trabajadores en cada una de ellas pueden constituir sindicato o asociación profesional. Los requisitos de número y los demás que exija la ley se establecerán en relación con cada una de tales agencias o sucursales.”

El reconocimiento de los sindicatos y las asociaciones empresariales al igual que el derecho de libertad de asociación que pudimos verificar se realiza a nivel Constitucional, toda vez que el numeral 7 del artículo 326 de la Carta Magna dispone de forma textual: “...Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa.

Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores...”

Así mismo, la constitución de asociaciones de trabajadores se encuentra regulada en su derecho y en su proceso de constitución en el Código de Trabajo. Las asociaciones bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano pueden ser de dos tipos: a) sindicatos y b) comités de empresa.

Para definir si la asociación a constituirse será un sindicato o un comité de empresa dependerá del número de trabajadores que lo conformen, de acuerdo a los requisitos y exigencias que constan en el propio Código.

Cuando las asociaciones concluyen su proceso de formación ante la Autoridad competente, tienen entre sus facultades la suscripción de contratos colectivos, que por su naturaleza podrían definirse como un convenio colectivo de trabajo suscrito entre el empleador (uno o varios) y las asociaciones (una o varias) debidamente constituido. Para mejor entendimiento, constituye un tipo peculiar de contrato que se celebra entre una asociación de trabajadores, sindicato o grupo de sindicatos y uno o varios empleadores o asociaciones de estos.

Como ocurre en el derecho individual, los trabajadores que han formado una asociación y que han suscrito un contrato colectivo adquieren derechos que dentro de la relación laboral se vuelven inherentes a su calidad de trabajadores bajo la relación de dependencia con el empleador que han suscrito el convenio colectivo.

El contrato colectivo ha sido comparado en los efectos que genera con la función que cumple un paraguas, en virtud que los logros y alcances adquiridos por los trabajadores

después de los procesos de negociación con el empleador se aplican no solo a los trabajadores que forman parte de la asociación, sino a los trabajadores que forman parte de la compañía en general.

Es por esta razón que los contratos colectivos generan beneficios a todos los trabajadores que forman parte de la compañía, por lo cual su negociación favorece a todos los trabajadores que en un posible proceso de fusión serían trasladados de una compañía a otra.

Los beneficios reconocidos en el contrato colectivo pueden ser de diversa índole, pero los más comunes de negociación son los relacionados a la movilización, alimentación, condiciones de la prestación de los servicios y pactos de valores por concepto de indemnizaciones en caso de terminación de la relación laboral. No es el tema de su tesis explicar que es sino el como:

Por lo tanto y dentro del tema que nos atiende, en caso de que se perfeccione un proceso societario de fusión, que incluya el traslado de los trabajadores de una compañía a otra resultante cabe realizar el análisis respecto a la estabilidad y permanencia de los derechos derivados del contrato colectivo debidamente suscrito.

Al momento de fusión de una compañía con una tercera, la resultante podría tener que resolver la controversia generada por la coexistencia, desaparición o fusión de dos contratos colectivos en caso que las compañías inmersas en el proceso societario mantengan ambas contratos colectivos vigentes a la fecha de fusión.

En el siguiente capítulo se encuentra el análisis de las opciones y posibilidades que la compañía resultante tiene frente al encuentro de dos contratos colectivos vigentes.

II.F. Situación jurídica de los contratos colectivos suscritos por los trabajadores con cada una de las compañías fusionadas.-

Conforme se pudo analizar, la legislación laboral ecuatoriana permite a los trabajadores formar dentro de una compañía comités de empresa para generar un contrato colectivo, el cual permitirá a los trabajadores regirse bajo los acuerdos que este contrato obligue a las partes contratantes.

A manera de detalle, los trabajadores por su parte deberán presentar su proyecto de contrato al empleador y analizar los acuerdos que las partes lleguen a pactar. Como principio tomaré la referencia del concepto del contrato colectivo para iniciar con el análisis de fondo en relación a la suscripción de este; tal como lo conceptualiza el Código del Trabajo al contrato colectivo como un *“...contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante...¹²”*.

¹²**Código del Trabajo:** Art. 220.- Contrato colectivo.- Contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto.

Se puede tomar en cuenta el concepto expuesto anteriormente y definir al contrato colectivo como un beneficio directo, el cual si bien para los empleadores son un tipo de amenaza negociar un contrato colectivo, para el trabajador es un beneficio y da mayor atribución a la participación del trabajador dentro de una compañía, lo cual puede ser visto con malos augurios para el empleador, pero si el contrato a negociar es completamente imparcial en referencia a los derechos y obligaciones por parte del empleador y trabajador, el contrato colectivo puede a futuro ser un beneficio que estabilizará a largo plazo la relación entre las partes

Hoy en día la tendencia laboral en el Ecuador ha venido a lo largo de recientes años, evolucionando de manera que las empresas y por el modo operativo y actividad económica de estas, se fusionan para tener un mayor impacto al mercado; en efecto existen casos de empresas de economías mixtas (público-privadas) que vienen tomando la idea de fusionarse y poder solventar la demanda de una mejor manera fusionando sus empresas con entidades privadas o públicas a su vez; pero el tema de conflicto se genera cuando los trabajadores de las entidades a aplican la figura societaria de la fusión.

Existen dos teorías que a continuación planteo:

a) La primera teoría se enfoca en que los contratos colectivos se extinguen al momento de perfeccionarse la figura societaria debido a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, principio que define Imanuel Kant como “... a un sujeto cuando se da a sí mismo sus propias leyes y es capaz de cumplirlas. La autonomía de la voluntad describe la circunstancia de que cuando un sujeto se comporta moralmente él mismo se da las leyes a

las que se somete, pues dichas leyes tienen su origen en la naturaleza de su propia razón...”¹³

Siguiendo la explicación de Kant, en la figura societaria de la fusión, la compañía resultante puede determinar que los contratos que los trabajadores tenían suscritos anteriormente con sus empleadores antes de la fusión no surtan efecto directo para con el nuevo empleador, todo en virtud del principio expuesto por el principio de la autonomía de la voluntad.

b) La segunda teoría se enfoca a la continuidad del contrato colectivo con la compañía originaria del acuerdo colectivo; debido que los contratos colectivos son efectivamente negociaciones entre las asociaciones y el empleador, en este caso particular de la figura societaria de la fusión, ambas asociaciones de trabajadores continúan existiendo, pues bajo la legislación ecuatoriana, una vez constituidas, éstas adquieren una personería jurídica propia y no pueden ser suspendidas o disueltas sino a través de un proceso judicial.

Es más, la legislación ecuatoriana ha establecido que tal proceso de disolución solo puede ser iniciado a pedido de la parte trabajadora, de forma tal que ni aún el empleador o ex empleador podría solicitar tal terminación¹⁴.

Por lo expuesto, debe concluirse entonces que el proceso de fusión no constituye circunstancia por la que haya terminado la vida jurídica de las asociaciones de trabajadores

¹³ Kant, Imanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Capítulo Segundo.

¹⁴ **Código de Trabajo del Ecuador:** Art. 250.- Causales de terminación de los contratos colectivos.- Los contratos o pactos colectivos terminan por las causas fijadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 169 de este Código. También terminan por disolución o extinción de la asociación contratante, cuando no se constituyese otra que tome a su cargo el contrato celebrado por la anterior.

que fueron constituidas, sino que éstas existirán hasta que su vida jurídica sea terminada a través de una resolución judicial promovida por una petición de quien acredite la calidad de trabajador de tal persona jurídica.

El Código de Trabajo en su artículo número 250, terminación de los contratos o pactos colectivos, ora la disolución de la asociación contratante ora las causas fijadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 169 del mismo cuerpo legal, que a su vez guardan relación con las causas de terminación de un contrato individual de trabajo.

Los numerales 1, 2, 3 y 6 refieren a circunstancias en las que opera una causa legalmente prevista en el contrato, un acuerdo de las partes, la conclusión de la obra o circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, todas las cuales entendemos no son aplicables al caso en cuestión.

El numeral 4 del artículo 169 del Código de Trabajo contempla que será causal de terminación del contrato colectivo...*“La muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio...”*.

De forma general se puede concluir que la ley únicamente contempla como causales para la terminación de los contratos colectivos las siguientes:

- a) Causales legalmente previstas en el Contrato Colectivo (principalmente se encuentra el plazo)

- b) Mutuo disenso: En cualquier momento si las partes contratantes desean, pueden dar por terminado el contrato colectivo.
- c) Conclusión de obra o servicio: El contrato colectivo deberá ser celebrado por el tiempo de duración de la obra o servicio.
- d) Muerte del Empleador
- e) Extinción de la persona jurídica: Las personas jurídicas cuando “mueren” o se extinguen no dejan sucesores, sin embargo es posible que transfieran la totalidad del negocio a otra persona natural o jurídica. Este es el caso motivo de nuestra investigación, en que los sucesores asumen la obligación de cumplir el contrato colectivo con el antecesor. En palabras de Julio César Trujillo la extinción de la persona jurídica, en caso de existir un sucesor no lo libera del cumplimiento de sus obligaciones.¹⁵

En el presente caso, la fusión ha generado que dos compañías se unan para formar una nueva, que por efecto de lo previsto en la Ley de Compañías “*les sucede en sus derechos y obligaciones*”¹⁶, lo cual se puede interpretar que los trabajadores seguirán disfrutando de sus derechos laborales adquiridos por la relación de dependencia con el empleador.

De lo expuesto, ni aún como consecuencia del proceso de fusión, se cumple la causal indicada, razón por la cual debe concluirse que ambos contratos colectivos continúan surtiendo plenos efectos jurídicos.

¹⁵ TRUJILLO, Julio César, Derecho del Trabajo, Tomo II, Ediciones de Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987.

¹⁶ **Ley de Compañías:** Art. 337.- La fusión de las compañías se produce:

a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones;

Para respetar el reconocimiento de existencia legal de los contratos colectivos de las compañías fusionadas, se podría sugerir suscribir un nuevo acuerdo con los sindicatos previo a la fusión.? Las ventajas de este proceso previo a la figura de la fusión generará de manera positiva seguridad jurídica entre las partes, previene conflictos futuros derivados del proceso de fusión y subsana el vacío legal que existe en la legislación vigente debido que no se deberá acudir a la revisión legal para interpretar el proceso de contratación colectiva en este tipo de casos.

De ejecutarse el nuevo acuerdo se genera la posibilidad de homologar las prestaciones de los trabajadores para que estos estén en igualdad de condiciones en la empresa fruto del proceso de fusión. Dicha homologación se puede efectuar mediante la modificación de las convenciones colectivas de las sociedades involucradas.

En este caso se podría citar a los sindicatos de las empresas que intervienen en el proceso de fusión, y acordar con ellos una nueva y única convención colectiva que satisfaga los intereses generales, antes del vencimiento de cualquiera de ellas para, una vez firmado el nuevo acuerdo convencional, proceder a efectuar su registro en el Ministerio del Trabajo.

Como principal objetivo de las partes deberá ser la continuidad del acuerdo colectivo, así como explica en palabras del autor Ramiro Acosta Cerón en su texto Derecho Constitucional Laboral, el principio de continuidad laboral se puede definir como: “ Si quisiéramos resumir el significado de este principio en una frase, elegiríamos una acuñada por Manuel Alonso, que por la fuerza significativa de sus palabras y no usuales en el

ámbito jurídico resulta particularmente ilustrativa y feliz “el contrato de trabajo es, por así decirlo un negocio jurídico de una extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración” (...) “veamos entonces cuál es el verdadero alcance de este principio, creemos que hay un acuerdo en atribuirle las siguientes proyecciones (...) 6. Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador...”¹⁷

II.G. Hipótesis de desaparición.-

Con la finalidad de profundizar la primera opción que se puede considerar para el tratamiento del contrato colectivo, es importante realizar el análisis relativo al momento exacto en que dos compañías van a ser fusionadas. En este supuesto ambas compañías tienen un contrato colectivo vigente, y para efectos de la exposición de esta teoría, ambos contratos colectivos deberán desaparecer al momento de la fusión.

El fundamento jurídico para que los contratos colectivos desaparezcan al tiempo en que se perfecciona la fusión proviene principalmente del principio jurídico de autonomía de la voluntad, que ya ha sido citado de manera anterior en este documento, pero que para efectos de la desaparición de los contratos debe tomarse en cuenta el concepto en su propia definición, esto es porque la voluntad es el elemento primordial del acto jurídico y alrededor de él giran todos los demás.

El reconocimiento del valor de la voluntad jurídica constituye la exaltación del valor individual en su máxima expresión.

¹⁷ ACOSTA, Ramiro, Derecho Constitucional Laboral, 2009

Por lo tanto, en la práctica de un negocio jurídico las partes que intervienen y que lo celebran son aquellas que se obligan de forma estricta al cumplimiento, y un tercero al menos que sea por su expresión de voluntad, no podría contraer las obligaciones derivadas del mencionado negocio jurídico.

Para comprender de mejor manera, la celebración de un contrato colectivo es un negocio jurídico celebrado entre la asociación de trabajadores y el empleador que comparece, por lo cual son estas dos partes las que se obligan al cumplimiento estricto de lo acordado en la negociación que haya dado origen al contrato colectivo.

Partiendo de esta afirmación, si los únicos obligados a respetar el contrato colectivo o cualquier negocio jurídico, son aquellos que expresaron su voluntad jurídica de celebrar el negocio convenido, en un proceso de fusión societaria, cómo podría justificarse que una nueva compañía resultante del proceso de fusión, una tercera persona jurídica que nada tuvo que ver en el proceso de negociación, cumpla con las obligaciones adquiridas por su antecesor (una de las compañías fusionadas).

Por lo tanto al tratarse de un nuevo titular de derechos, con la libertad de negociar de manera libre y voluntaria, no podría obligarse a una persona jurídica independiente y constituida de manera posterior a la celebración del contrato colectivo, a respetar los términos convenidos en el pacto colectivo convenido entre los trabajadores y una de las compañías fusionadas.

II.H. Hipótesis de co-existencia de contratos colectivos.-

En el caso de dos compañías que decidan fusionarse y mantengan vigentes con su trabajadores contratos colectivos, cuál sería su situación legal en la compañía resultante luego de configurada la fusión? ¿Se mantendrían exigibles los contratos colectivos?

En el supuesto que dos compañías decidan configurar la figura societaria de la Fusión y ambas mantienen las relaciones laborales sus trabajadores suscritas bajo el acuerdo de contratos colectivos, es importante determinar que este tipo de acuerdos se convierte en ley para la parte empleadora y trabajadores, de manera que el cumplimiento del contrato colectivo es preeminente sobre los contratos individuales, según como dispone el código del trabajo:

“las condiciones del contrato colectivo se entenderán incorporadas a los contratos individuales celebrados entre el empleador o los empleadores y los trabajadores que intervienen en el colectivo. Por consiguiente, si las estipulaciones de dichos contratos individuales contravinieren las bases fijadas en el colectivo, regirán estas últimas, cualesquiera que fueren las condiciones convenidas en los individuales”¹⁸.

Determinando de esta manera que el contrato colectivo rige sobre el contrato individual, aún si en el contenido de los acuerdos en el contrato individual fuesen distintos a los acuerdos determinados posteriormente en el contrato colectivo.

¹⁸ **Código del Trabajo del Ecuador.-Art.244.-Preeminencia del contrato colectivo.-** Las condiciones del contrato colectivo se entenderán incorporadas a los contratos individuales celebrados entre el empleador o los empleadores y los trabajadores que intervienen en el colectivo. Por consiguiente, si las estipulaciones de dichos contratos individuales contravinieren las bases fijadas en el colectivo, regirán estas últimas, cualesquiera que fueren las condiciones convenidas en los individuales.

Pero si bien es cierto el art. 169¹⁹ ibídem de la página No. 23 de la Ley sustantiva del trabajo, determina las causales de la terminación laboral de contratos individuales, sin perjuicio de ello, las mismas causales causan el mismo efecto en la terminación de un contrato colectivo.

Luego de determinar la preeminencia del contrato colectivo sobre el contrato individual, siguiendo con planteamiento de la presente hipótesis, la relación laboral con los trabajadores que se encontraban bajo la dependencia de las compañías originadoras de la fusión sigue cumpliéndose con la nueva compañía resultante, debido que no existe ningún tipo de causal para que la compañía termine la relación laboral con los trabajadores.

Nuevamente es importante citar al artículo 171 del Código del trabajo que dispone que el contrato de trabajo debe seguir en cumplimiento directamente con el nuevo empleador, cayendo toda la responsabilidad patronal en el nuevo empleador²⁰ (la compañía resultante), en este caso no existirá la indemnización de liquidación al trabajador debido que la figura

¹⁹**Código del Trabajo del Ecuador: Art.169.- Causas para la terminación del contrato individual.-** El contrato individual de trabajo termina:

1. Por las causas legalmente previstas en el contrato;
2. Por acuerdo de las partes;
3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;
4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio;
5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo;
6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;
7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código;
8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y,
9. Por desahucio.

²⁰**Código del Trabajo del Ecuador: Art. 171.- Obligación del cesionario y derecho del trabajador.-** En caso de cesión o de enajenación de la empresa o negocio o cualquier otra modalidad por la cual la responsabilidad patronal sea asumida por otro empleador, éste estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor. En el caso de que el trabajador opte por continuar con la relación laboral, no habrá lugar al pago de indemnizaciones.

del despido no se hace presente en esta situación, el trabajador seguirá bajo las mismas circunstancias laborales con la compañía resultante.

Ciertamente la figura de sustitución de empleadores no existe en la legislación laboral en el Ecuador, solo hace referencia a la compañía cesionaria, la misma que deberá cumplir con la obligación patronal y los contratos colectivos, respetando los derechos adquiridos por los trabajadores y su antigüedad.

Los derechos de los trabajadores no serán vulnerados en ningún momento de la cesión de la compañía fusionada, todo en aplicabilidad al art. 326 numeral 2, los derechos de los trabajadores son “...*irrenunciables e intangibles...*”, sin embargo el trabajador tiene la facultad de decidir la continuación de la relación laboral con la compañía resultante, según Jorge Vásquez López en su libro de “Derecho Laboral Ecuatoriano”, la norma legal de la materia da la “...facultad al trabajador a elegir entre dar por terminado el contrato de trabajo o exigir su cumplimiento, en tal caso, el nuevo dueño deberá respetar las obligaciones contraídas por el anterior empleador y los derechos adquiridos por el trabajador, ya que si éste opta por continuar con la relación laboral, no podrá reclamar las indemnizaciones previstas para el despido intempestivo, puesto que las mismas continúan sin interrupción, son perder los derechos de antigüedad...”

Con lo expuesto por el tratadista citado anteriormente, podemos nuevamente recalcar que la hipótesis formulada puede hacer efecto siempre y cuando los trabajadores acepten la continuidad de la relación laboral con la compañía resultante de la Fusión.

II.I. Hipótesis de fusión.-

La tercera teoría que se procederá a exponer consiste en que las compañías que van a ser fusionadas mantengan vigentes contratos colectivos de forma previa a la fusión.

Esta teoría se enfoca a sustentar que los contratos colectivos al enmarcar derechos laborales a favor de los trabajadores, con términos diferentes en cada una de las compañías, en aplicación al principio constitucional “*in dubio pro operario*”, se pretenda mantener con vigencia las condiciones más favorables a favor los trabajadores en un solo documento legal.

Para poder entender el alcance real de esta hipótesis debemos partir del concepto de este principio. “*In dubio pro operario*”, es el principio de derecho laboral, en base al cual se define que toda interpretación a la normativa laboral debe realizarse amparado en el principio que en todo caso de duda, siempre deberá aplicarse la interpretación más favorable a favor de los trabajadores.

Esto se encuentra reflejado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 326 Constitución de la República del Ecuador que de manera textual indica en la parte pertinente: “*El derecho al trabajo, se sustenta en los siguientes principios: ... 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en*

*materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras...*²¹

Bajo este precepto podría entenderse que en caso de que se perfeccione una fusión societaria entre dos compañías, y que ambas compañías mantengan contratos colectivos vigentes, podría aplicarse en la compañía resultante las condiciones más favorables de ambos contratos colectivos aplicado en un solo documento legal con efectos para todos los trabajadores de la nueva compañía.

Con esta tesis se puede llegar al equilibrio que los derechos colectivos de los trabajadores se mantienen intangibles después del proceso de fusión, en la medida que el nuevo documento será un compendio de los derechos más favorables a los trabajadores para ambos casos.

Sin perjuicio de lo expuesto, esta tesis implica dos aseveraciones: a) la primera, que los contratos colectivos no se han dado por concluidos por la no existencia de una causal, y b) que existirán en la nueva compañía dos documentos que por un concepto judicial de “fusión” se considerarían uno solo para efectos de su aplicación.

Esta hipótesis permite un debate jurídico en relación a la naturaleza contractual de este documento resultante de la aplicación de las cláusulas más favorables a los trabajadores, en virtud que existiría un vacío legal al momento de determinar los elementos esenciales del

²¹ **Constitución del Ecuador**, Art. 326.-“ El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:
...3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras...

contrato, tales como los comparecientes o suscriptores que plasmen el principio de su autonomía de la voluntad con la firma en los contratos.

No podría considerarse que el nuevo documento ha sido resultado de la voluntad del nuevo empleador, más aún cuando no ha existido un proceso de negociación o análisis de términos y condiciones que van a ser aplicados.

Adicionalmente, es importante indicar un factor que debe considerarse y que se encuentra en el Código de Trabajo en su artículo 220²², según el cual, se contempla la posibilidad que un empleador mantenga dos ó más contratos colectivos vigentes, de acuerdo a la suscripción que se realice con las distintas asociaciones.

A pesar de que existe la posibilidad para que los trabajadores de la compañía puedan mantener dos contratos vigentes con un solo empleador, estos deberían ser resultado de un proceso de negociación, suscripción y registro ante la Autoridad competente, más no podrían únicamente fusionarse de acuerdo a la comodidad del empleador para el efecto.

Por los antecedentes expuestos, para efectos de este trabajo de investigación no se puede sugerir como una solución jurídica viable la fusión documental de los contratos colectivos vigentes a la fecha del acto societario de fusión de las compañías.

²² **Código del Trabajo del Ecuador: Art. 220.- Contrato colectivo.-** Contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto.

II.J. Situación jurídica de las asociaciones de trabajadores preexistentes en las compañías.-

Para la exposición de esta hipótesis procederé a definir mi concepto personal de un sindicato: es una asociación contemplada en su naturaleza en el ordenamiento jurídico, que se encuentra integrada por trabajadores en defensa y promoción de sus intereses sociales, económicos y profesionales relacionados con su actividad laboral o con respecto al centro de producción (fábrica, taller, empresa) o al empleador con el que están relacionados contractualmente (que podría ser uno o varios sindicatos. Para profundizar la conceptualización cito a Guillermo Cabanellas en el cual determina a un sindicato de la siguiente manera: “Sindicato: ...En Derecho Laboral, toda organización o asociación profesional compuesta o integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, u oficios o profesiones similares o conexos, se unen para el estudio y protección de los intereses que les son comunes. Cualquier entidad profesional que tenga por objeto la defensa de los intereses comunes de la actividad laboral de sus miembros...”²³

Los sindicatos por lo general negocian en nombre de sus afiliados (negociación colectiva) los salarios y condiciones de trabajo (jornada, descansos, vacaciones, licencias, capacitación profesional, disputas laborales, etc).

El sindicato tiene como objetivo principal el bienestar de sus miembros y generar mediante la unidad, la suficiente capacidad de negociación como para establecer una dinámica de diálogo social entre el empleador y los trabajadores.

²³CABANELLAS, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Editorial Heliasta.

Es potestad del individuo (trabajador) el ser miembro o no de un sindicato de trabajadores y por lo tanto no podrá ser discriminado por dicha razón, sin perjuicio de lo cual, que a pesar de que no sea miembro de la asociación, podrá beneficiarse de los beneficios obtenidos en el contrato colectivo (efecto paraguas).

La constitución de una asociación de trabajadores en una compañía, debe seguir un procedimiento determinado por varios requisitos y pasos, conforme lo dispuesto por el ordenamiento jurídico de nuestro país aplicable en la materia.

El inicio de la constitución de una asociación de trabajadores dentro de una compañía, inicia con la negociación de conformación y de la existencia de un contrato colectivo como resultado de la negociación.

Esta asociación es de carácter laboral únicamente y cumplen con la representación de los trabajadores ante los empleadores para la búsqueda de procesos de negociación con la finalidad de acordar beneficios para con los trabajadores, según dispone el art. 221²⁴ del Código del trabajo y demás aplicables.

²⁴**Código del Trabajo del Ecuador: Art. 221.- Asociación con la que debe celebrarse el contrato colectivo.-** En el sector privado, el contrato colectivo de trabajo deberá celebrarse con el comité de empresa. De no existir éste, con la asociación que tenga mayor número de trabajadores afiliados, siempre que ésta cuente con más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa.

En las instituciones del Estado, entidades y empresas del sector público o en las del sector privado con finalidad social o pública, el contrato colectivo se suscribirá con un comité central único conformado por más del cincuenta por ciento de dichos trabajadores. En todo caso sus representantes no podrán exceder de quince principales y sus respectivos suplentes, quienes acreditarán la voluntad mayoritaria referida, con la presentación del documento en el que constarán los nombres y apellidos completos de los trabajadores, sus firmas o huellas digitales, número de cédula de ciudadanía o identidad y lugar de trabajo.

Este tipo de asociaciones permiten igualar la situación jerárquicamente inferior ante la que se encuentran frente a sus empleadores toda vez que al tratarse de un ente colectivo, aumentan su capacidad de exigir el respeto al ordenamiento jurídico en lo que contemplan sus derechos individuales.

En un principio esta situación, se puede asimilar a la hipótesis expuesta de la coexistencia de los contratos colectivos dentro del proceso de fusión entre dos compañías, toda vez que es similar, debido que los contratos no terminan sin perjuicio que las asociaciones o comités de empresa se disuelvan, esta disposición, se encuentra contemplada en el artículo 243 del Código de Trabajo²⁵, que dispone que si la asociación o comité se disuelve, los trabajadores continuarán prestando sus servicios bajo las condiciones contenidas en el contrato colectivo.

La disolución de una asociación corre a cargo de los trabajadores, mas no del empleador, porque si ven necesario que los trabajadores vuelvan a negociar con el empleador un nuevo convenio colectivo que contenga mejores beneficios, pueden proceder a aprovecharse de la situación para disolver la asociación y eliminar el contrato colectivo.

El proceso de disolución de las organizaciones sindicales en el Ecuador, se ha constituido con un nivel alto de complejidad para asimilarlo a un candado legislativo que permita asegurar los derechos de los trabajadores que han sido adquiridos como resultado de la constitución de las organizaciones colectivas.

²⁵ **Código del Trabajo del Ecuador: Art. 243. -Disolución de la asociación de trabajadores.-** “En caso de disolución de la asociación de trabajadores parte de un contrato colectivo, los asociados continuarán prestando sus servicios en las condiciones fijadas en dicho contrato.”

Limitar la iniciativa de la parte empleadora para disolver las organizaciones sindicales, es la manera más efectiva de evitar la vulneración derivada de un abuso en contra de los trabajadores.

Por lo tanto, partiendo del supuesto que dos compañías se fusionan y tienen asociaciones o comités de empresa constituidos, es indispensable poder determinar si estas asociaciones deberán ser respetadas o disueltas al momento de la fusión, para lo cual se debe necesariamente considerar cuál es el trámite que debe seguirse para la disolución de una asociación, y es el contenido en el artículo 440 del Código de Trabajo²⁶, esto es a través de un procedimiento oral ante los Jueces competentes (ahora Unidades Judiciales de Trabajo).

Con este antecedentes, se debe indicar que las asociaciones a partir del día de su registro ante la autoridad competente gozan de personería jurídica propia, y para su disolución se debe seguir un trámite específico que se encuentra contemplado en el propio Código de Trabajo, por lo tanto para efectos de esta investigación, al no encontrar una causal de disolución válida de las asociaciones (sindicato o comité de empresa) al momento de perfeccionar la fusión de dos compañías, considero que no se puede declarar la disolución

²⁶ **Código de Trabajo del Ecuador: Art. 440.- Libertad de asociación.-** Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones. Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores
Todo trabajador mayor de catorce años puede pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato.
Las organizaciones de trabajadores no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante procedimiento oral establecido en este Código. Si la suspensión o disolución fuere propuesta por los trabajadores éstos deberán acreditar su personería.
Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias, los trabajadores en cada una de ellas pueden constituir sindicato o asociación profesional. Los requisitos de número y los demás que exija la ley se establecerán en relación con cada una de tales agencias o sucursales.

de pleno derecho, más aún cuando los trabajadores en los estatutos de constitución gozan de derechos adquiridos.

En conclusión, toda vez que la normativa jurídica laboral, no prohíbe la existencia de uno o más comités o sindicatos amparados bajo un mismo empleador, es viable la solución que al momento de la fusión de dos compañías, se mantengan vigentes las dos o más asociaciones de trabajadores, con el registro ante el nuevo empleador, sin perjuicio que cuando sea un momento oportuno, se pueda realizar una negociación nueva con los empleados para unificar beneficios y términos de contratación colectiva.

A pesar de la conclusión que se ha citado, el debate jurídico puede verificarse al momento de determinar que los contratos colectivos han sido previamente negociados entre otros dos comparecientes que ahora nada tienen que ver con la compañía resultante, por lo cual difícilmente podría señalarse que son partes contratantes, al menos que se realice una subrogación en el contrato colectivo. Esta conclusión puede alterar el concepto del principio de autonomía de la voluntad.

La situación indicada en el párrafo anterior no aplica a las asociaciones constituidas (no a los contratos colectivos), en virtud que su existencia e independencia como personas jurídicas autónomas está dado desde su registro ante el Ministerio del Trabajo, por lo cual no podría indicarse que las asociaciones y su existencia se vería limitada por el acto societario de fusión de las compañías.

No respetar las asociaciones constituidas, sería violentar la intangibilidad de los derechos laborales, que bajo ningún concepto legal está permitido.

II.K. Situación jurídica de los actos administrativos otorgados por el cumplimiento de las obligaciones legales contempladas por el ordenamiento jurídico.-

Las obligaciones laborales que deben cumplir las compañías o las empresas (sean personas naturales o jurídicas) se encuentran taxativamente enunciadas en los diversos cuerpos normativos que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Los cuerpos normativos se encuentran clasificados de acuerdo a la temática que regulan. Por ejemplo, los temas de Seguridad y Salud se encuentran en el Código de Trabajo y de forma complementaria en el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores.

De forma general las obligaciones laborales se cumplen en el día a día, o en cada una de las circunstancias que ameritan su exigencia conforme se responde a los derechos de los trabajadores con las obligaciones de los empleadores, sin embargo existen ciertos requisitos que son exigidos por la autoridad y se han visto satisfechos con la emisión de actos administrativos emitidos por la Autoridad competente (casi siempre el Ministerio del Trabajo), previa solicitud del administrado.

El cumplimiento de estas obligaciones se avala por la emisión de casi siempre un acto administrativo suscrito por la autoridad, el cual goza de legitimidad y ejecutoriedad por su naturaleza.

Esta afirmación permite concluir que si las resoluciones que demuestran el cumplimiento normativo son actos administrativos, deberían caducar su existencia legal por las causas legalmente establecidas y la fusión o un acto societario similar de forma explícita no es una causa per se.

Sin perjuicio de lo mencionado, en virtud que la fusión extingue la vida jurídica de la compañía que pasará a formar parte de la nueva corporación, podría argumentarse que al desaparecer de la existencia legal, ya no existe sujeto obligado a cumplir las disposiciones o a gozar de sus derechos.

En términos generales, a continuación procederé a enunciar varias de las obligaciones laborales que son autorizadas por medio de actos administrativos (normalmente resoluciones o acuerdos ministeriales):

a) **Aprobación de horarios especiales:** La aprobación de horarios especiales es una resolución por parte de la autoridad a través de la cual se autoriza a la compañía o a la empresa para que sus trabajadores realicen o ejecuten sus actividades laborales fuera de los horarios comunes de ocho horas y en turnos adicionales a los permitidos por la ley, esto es en tiempo superior a cinco días consecutivos de trabajo y sin 48 horas de descanso consecutivos.

b) Resolución de aprobación de Reglamento Interno de Trabajo: En las compañías que tienen diez o más trabajadores existe la obligación legal de contar con un Reglamento Interno de Trabajo debidamente aprobado por el Ministerio del Trabajo según expresa el art. 42 numeral 12 del Código del Trabajo²⁷. Este documento contiene las políticas internas de funcionamiento y disciplinarias para la regulación del comportamiento de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones.

c) Resolución de aprobación de Reglamento de Seguridad y Salud.- En toda compañía que cuente con diez o más trabajadores se deberá realizar la aprobación de un Reglamento de Seguridad, Higiene y Salud, el cual contendrá las políticas de seguridad e higiene, bienestar de los trabajadores en materia de clima y ambiente laboral, etc. Este reglamento debe ser aprobado y renovado cada dos años desde su emisión.²⁸

d) Resolución de comités y subcomités de seguridad y salud: Según lo dispuesto por la normativa ecuatoriana, en todo centro de trabajo que cuente con un número de diez o más trabajadores, deberá conformarse un comité de seguridad y salud.

²⁷**Código del Trabajo del Ecuador: Art. 42.-** Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador:

12. Sujetarse al reglamento interno legalmente aprobado...

²⁸**Código del Trabajo del Ecuador: Art. 436.-** Suspensión de labores y cierre de locales.- El Ministerio de Trabajo y Empleo podrá disponer la suspensión de actividades o el cierre de los lugares o medios colectivos de labor, en los que se atentare o afectare a la salud y seguridad e higiene de los trabajadores, o se contraviniera a las medidas de seguridad e higiene dictadas, sin perjuicio de las demás sanciones legales. Tal decisión requerirá dictamen previo del Jefe del Departamento de Seguridad e Higiene del Trabajo.

Este comité estará conformado por representantes de los trabajadores y empleadores y sesionará una vez al mes para tratar temas referentes a la seguridad y salud de la compañía, métodos de mejora y tratamiento de los accidentes de trabajo.

e) Aprobación para el ejercicio de actividades complementarias: Conforme lo dispuesto por el Mandato Constitucional No. 8 y su respectivo Reglamento de ejecución, en la actividad laboral ecuatoriana existen 4 actividades complementarias que se reconocen como válidas: (i) alimentación, (ii) seguridad, (iii) limpieza y (iv) vigilancia.

Para que las compañías puedan ejecutar estas actividades necesitan una autorización expresa por parte del Ministerio del Trabajo, en la que producto del estudio de su independencia física y económica y su distancia de la tercerización o intermediación laboral no se pueda confundir con una simulación laboral que busque perjudicar a los trabajadores. Esta autorización debe ser renovada cada año desde su emisión a favor de las compañías que prestan servicios complementarios.

f) Registro de capacitadores para el sector público o privado: Las compañías que pretendan prestar servicios de capacitación tanto al sector público o privado deben registrarse como capacitadores ante el Ministerio del Trabajo, quién deberá darles la autorización para su funcionamiento y capacitaciones que deberán realizar.

Esta resolución les permitirá capacitar en las áreas autorizadas por el Ministerio del Trabajo.

Ahora bien, nos corresponde analizar ¿cuál es el efecto de la fusión o escisión de las compañías sobre estos actos administrativos?, ¿estos se mantienen vigentes a favor de la compañía resultante?

Para el análisis de este debate jurídico, es indispensable analizar los efectos generados por la resolución administrativa emitida. Es decir, es una actuación de la administración que va dirigida únicamente a surtir efectos para el administrado solicitante, más no cumple con surtir efectos erga omnes o generales para todos los demás administrados.

Por lo tanto, su existencia jurídica se ve íntimamente relacionada a la existencia jurídica de la persona solicitante, toda vez que sus efectos son dirigidos al administrado que solicitó la autorización.

Adicionalmente, la administración previo a entregar la resolución aprobatoria ha realizado un sinnúmero de considerandos que tienen que ver únicamente con el administrado que es el solicitante, consideraciones relacionadas al número de trabajadores, lugar de trabajo, giro específico del negocio, actividades propias de la compañía, etc.

En conclusión, se puede determinar que los actos administrativos que han autorizado una u otra solicitud presentada por el administrado son de carácter específico para quien planteó la petición, por lo tanto mal podría hacer la nueva compañía resultante en tratar de beneficiarse de autorizaciones emitidas a una persona jurídica diferente.

Las autorizaciones no han generado derechos adquiridos respetados por ley, razón por la cual, salvo el análisis de la naturaleza de los actos administrativos no existe ningún motivo para la continuidad de las autorizaciones. Dando como consecuencia que la nueva compañía deberá presentar bajo sus nuevos elementos, las autorizaciones que de acuerdo a las exigencias legales se vea obligada a cumplir.

II.L. Pagos de beneficios sociales.-

Un tema trascendente en el proceso de fusión, es la determinación del pago de los proporcionales de los beneficios sociales de acuerdo al tiempo que ha permanecido cada uno de los trabajadores y el valor ganado por concepto de remuneraciones, o cargas familiares de acuerdo al beneficio social que vaya a ser analizado.

Cabe mencionar que en el proceso de subrogación laboral contemplado en el artículo 171 del Código de Trabajo no se dispone la terminación del contrato de trabajo, sino la continuación, razón por la cual no existen actas de finiquito ni liquidaciones, y no se generará la obligación de pago al momento de la subrogación.

Sin embargo, es indispensable indicar que los beneficios sociales se tomarán en cuenta desde el período que se calculan, para efectos del pago de la liquidación, no se cortará el periodo de cálculo por el mismo hecho de la subrogación.

En nuestro ordenamiento jurídico existen tres beneficios sociales principales a favor de los trabajadores:

- a) **Decimatercera remuneración:** Es un beneficio social que se le conoce también como bono navideño. Se calcula dentro del período comprendido desde el 1 de diciembre hasta el 30 de noviembre. La fecha de pago es el 24 de diciembre. Este beneficio se encuentra contemplado en el artículo 111 del Código de Trabajo.²⁹
- b) **Decimacuarta remuneración:** Este beneficio social se le conoce como el bono escolar. Se calcula dentro del período comprendido entre el 1 de agosto hasta el 31 de julio. Se debe cancelar hasta el 15 de agosto en el régimen sierra y en el mes de marzo en el régimen costa. Este beneficio social se encuentra contemplado en el artículo 113 del Código de Trabajo.³⁰
- c) **Pago de utilidades:** Este beneficio social se cancela hasta el 15 de abril de cada año y depende de las utilidades generadas por la compañía. Se distribuye el 15% para la participación de los trabajadores, distribuido el 10% para los trabajadores y el 5%

²⁹ **Código de Trabajo del Ecuador.-Art. 111.-** Derecho a la decimotercera remuneración o bono navideño.- Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen, hasta el veinticuatro de diciembre de cada año, una remuneración equivalente a la doceava parte de las remuneraciones que hubieren percibido durante el año calendario. La remuneración a que se refiere el inciso anterior se calculará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 95 de este Código.

³⁰ **Código del Trabajo del Ecuador.-Art. 113.- Derecho a la decimocuarta remuneración.-** Los trabajadores percibirán, además, sin perjuicio de todas las remuneraciones a las que actualmente tienen derecho, una bonificación anual equivalente a una remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general y una remuneración básica mínima unificada de los trabajadores del servicio doméstico, respectivamente, vigentes a la fecha de pago, que será pagada hasta el 15 de marzo en las regiones de la Costa e Insular, y hasta el 15 de agosto en las regiones de la Sierra y Amazónica. Para el pago de esta bonificación se observará el régimen escolar adoptado en cada una de las circunscripciones territoriales.

La bonificación a la que se refiere el inciso anterior se pagará también a los jubilados por sus empleadores, a los jubilados del IESS, pensionistas del Seguro Militar y de la Policía Nacional.

Si un trabajador, por cualquier causa, saliere o fuese separado de su trabajo antes de las fechas mencionadas, recibirá la parte proporcional de la decimocuarta remuneración al momento del retiro o separación.

para cargas familiares. Este beneficio social se encuentra contemplado en el artículo 97 del Código de Trabajo.³¹

Los beneficios sociales que han sido expuestos, constituyen derechos adquiridos de los trabajadores por el tiempo de servicio y los valores ganados por concepto de remuneración, razón por la cual el perfeccionamiento de la fusión no es causal para desconocer su pago.

Es importante indicar que dada una fusión y si el personal no va a ser renovado o subrogado, deberá ser reconocido con el pago de la indemnización por despido intempestivo, caso en el cual al momento de cancelar el monto pendiente y suscribir el acta de finiquito se incluirían los proporcionales correspondientes a los beneficios sociales de decimotercera remuneración y decimocuarta, sin embargo el pago correspondiente a utilidades se consignaría al Ministerio del Trabajo en caso de no ubicar a los trabajadores.

Por otro lado, en caso que los trabajadores sean subrogados por la nueva compañía, será la absorbente la que responda como nueva titular y responsable de los pasivos por el pago de estos valores, toda vez que los montos adeudados a los trabajadores se deben considerar

³¹ **Código del Trabajo del Ecuador.-Art. 97.-** Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así:

El diez por ciento (10%) se dividirá para los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas por cada uno de ellos durante el año correspondiente al reparto y será entregado directamente al trabajador.

El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad.

El reparto se hará por intermedio de la asociación mayoritaria de trabajadores de la empresa y en proporción al número de estas cargas familiares, debidamente acreditadas por el trabajador ante el empleador. De no existir ninguna asociación, la entrega será directa.

Quienes no hubieren trabajado durante el año completo, recibirán por tales participaciones la parte proporcional al tiempo de servicios.

En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

pasivos dentro de la contabilidad de una compañía, que en algunos casos incluso generan la creación de provisiones contables para minimizar el impacto económico.

III. SOLUCIONES JURÍDICAS PLANTEADAS PARA LOS VACÍOS LEGALES DERIVADOS DEL PROCESO SOCIETARIO DE FUSIÓN.-

III.A. Análisis legal de la figura denominada “subrogación laboral”

Dentro de los parámetros legales laborales en el Ecuador, no se detalla a la figura de la subrogación laboral como una medida de solución de estabilidad del empleador y de los trabajadores en caso de que una compañía proceda con la transformación de la misma hacia el cambio de la figura societaria, que es del caso en la presente investigación, la fusión.

Esta es una solución dada por la práctica general de los empleadores y las compañías frente a un cambio societario o un proceso económico de integración.

Si bien es cierto para las compañías originadoras puede causar un gasto perjudicial, debido que el gasto de despido a los trabajadores causaría, según la ley laboral en nuestro país dispone que:

“...El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala: hasta

*tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, de más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración...*³².

Determinando de esta manera que en la presente investigación la figura societaria de la fusión es en la cual vamos a analizar el contexto laboral y estabilidad del empleador y los trabajadores a su vez.

Tomando en cuenta a la doctrina internacional de tratadistas del tema he podido constatar que la figura societaria en el estado de derechos laborales República de Colombia existe la figura de la subrogación en sus Ley Sustancial del Trabajo, el mismo que se encuentra en el capítulo VII, art. 67, en el que denomina a la Sustitución Patronal según el tratadista Carlos Godoy Fajardo en su Compendio Teórico como:

*“...al cambio de un patrono por otro, por cualquier causa...”*³³, concepto el cual da al entendimiento defensivo ante la estabilidad laboral en caso de que surja la aplicación de

³²**Código del trabajo del Ecuador.- Art. 188.-** Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala: Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, de más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración. La fracción de un año se considerará como año completo. El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código. Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año. En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código. Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje. Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones. Si el empleador en la indicada comparecencia no se ratifica en el despido constante en el escrito pertinente, alegando para el efecto que el escrito donde consta el despido no es de su autoría o de representantes de la empresa con capacidad para dar por terminadas las relaciones laborales, se dispondrá el reintegro inmediato del trabajador a sus labores.

algún tipo de figura societaria que cambie el destino de las obligaciones laborales del empleador.

Es importante acotar que dentro de la importancia de la relación interna empleador-trabajador se debe manejar al momento de que se ejecute la subrogación laboral. Este proceso se debe manejar con mucha mesura la relación con los trabajadores, todo esto en virtud de no vulnerar la armonía con el trabajador por parte del empleador y no se vea afectada o malentendida, toda la ejecución del proceso se deberá llevar a cabo con regularidad y estabilidad posible para tener un completo respaldo de los trabajadores y no se crea que se puedan ver afectados sus derechos laborales adquiridos por la relación laboral.

En el Ecuador el Código del Trabajo determina la subrogación en un solo artículo, el cual nos hemos referido anteriormente, el art. 171 determina que el empleador en caso de enajenación o cesión de una compañía, la responsabilidad patronal pasará al nuevo empleador y estarán obligados a cumplir con los contratos de trabajo de la compañía antecesora³⁴.

Es por ello que existe un vacío jurídico para la aplicación de las contingencias que genera el proceso societario de la fusión en el ámbito legal laboral ecuatoriano.

³³ Godoy, Carlos, Compendio teórico del Derecho del Trabajo individual y colectivo, Cap. VII, Sustitución patronos, enganches colectivos, trabajadores colombianos y extranjeros y período de prueba.

³⁴ **Código del Trabajo del Ecuador:** Art. 171, Op. Pag.

III.B. Mecanismos procesales para que los trabajadores inicien acciones legales en caso de proceder.-

¿Cómo los trabajadores pueden protegerse de los empleadores en caso de que traten de vulnerar sus derechos laborales irrenunciables?

La respuesta se encuentra en algunas soluciones legales que puedan proteger los derechos de los trabajadores, tales como interponer medidas cautelares constitucionales, la acción de protección, acción judicial, mediaciones judiciales y extrajudiciales.

La acción interpuesta de medidas cautelares se sitúa entre los procesos más eficaces y de inmediatez que se puede aplicar al presente caso de vulneración de derechos laborales por el efecto de la fusión, en virtud de la exposición del Art. 26 y 29 la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, las medidas cautelares tienen por objeto:

“...evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos...”³⁵ y “...deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve

³⁵**Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 26.- Finalidad.-** Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.

posible desde que recibió la petición.”³⁶ , a diferencia de la acción de protección, ésta permite proteger los derechos reconocidos en la Constitución, si bien es cierto en el presente caso, los trabajadores pueden ser víctimas de la violación de un derecho constitucional, ahora bien, estas dos alternativas tienden a ser las más eficaces, pero cada una puede ser interpuesta con ciertas condiciones que se explicará a continuación.

II.B.1 Medidas cautelares.-

Las medidas cautelares podrán ser solicitadas por los accionantes cuando sepan que sus derechos podrán ser vulnerados y evitar que se ejecute la violación³⁷, a diferencia de las acción de protección, esta solo podrá ser interpuesta cuando el o los derechos constitucionales fueron ya vulnerados y fueron afectados a los accionantes.

La Ley de Garantías jurisdiccionales y control constitucional determina a las medidas cautelares constitucionales como “...objeto para evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos...”, dando a entender que las medidas únicamente se las puede interponer para evitar que los derechos reconocidos en la Carta Magna sean violados por el empleador, en relación a la presente investigación.

³⁶ **Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 29.- Inmediatez.-** Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición.

³⁷ **Constitución de la República del Ecuador, Cap. III, Art. 87.-** Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

Los requisitos para que se perfeccione una solicitud de medidas cautelares, debe el Juez competente tener conocimiento de que exista una amenaza en contra del trabajador por parte del empleador, para poder evitar con el desenlace de los hechos, la violación de uno o varios derechos laborales reconocidos en la Constitución.

Vale mencionar que este tipo de acción constitucional de medidas cautelares se caracteriza por su inmediata aplicación por parte del Juez según el art. 26 y 29 de la mencionada ley³⁸, siempre teniendo en cuenta como prioridad el evitar que los derechos constitucionales sean violentados.

III.B.2. Acción de Protección.-

Dentro de las garantías jurisdiccionales podemos encontrar como una de las principales, la Acción de protección la misma que se encuentra en la Constitución del Ecuador, con el objeto de amparar de manera directa y eficaz de los derechos (no principios) reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por

³⁸ **Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 26.- Finalidad.-** Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 29.- Inmediatez.- Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición

delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

En referencia a los incisos resaltados, es referente que la posible violación podría considerarse en el presente caso es por parte del empleador, pero la diferencia que determina esta acción de una medida cautelar, es la vía o proceso a seguir y cuando se puede presentar esta acción siempre y cuando el derecho constitucional haya sido violado y sea puesto en conocimiento al Juez competente.

En La Ley de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional menciona los requisitos y procedencia para interponer esta acción, la cual mencionaré como los importantes para el presente caso los siguientes:

“Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos:

- 1. Violación de un derecho constitucional;*
- 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,*
- 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”³⁹*

³⁹ **Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 40.- Requisitos.-** La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

En referencia a los literales mencionados, es importante recalcar que al momento de vulnerar uno de los derechos y principios constitucionales tipificados la Constitución y en el Código de Trabajo, el empleador se verá perjudicado por no aplicar los derechos que emana la Carta Magna, que sin duda alguna la acción de protección que tenga todo el sustento legal de las leyes mencionadas, tendrá como efecto la aceptación por parte del Juez competente.

III.B.3. Denuncia administrativa ante el Ministerio del Trabajo.-

Sin duda el Ministerio del Trabajo es la institución que administra la actividad laboral en el Ecuador, la misma que resuelve los procesos administrativos entre empleador y trabajador.

El trámite dentro del Ministerio del Trabajo no es más que un trámite de mediación con el empleador, para poder llegar a un acuerdo en caso de que existiera algún tipo de vulneración de derechos a los trabajadores del proceso de la Fusión.

Si bien es cierto son disposiciones administrativas las cuales deben acatar los empleadores en caso de una denuncia laboral, el empleador deberá presentarse a dialogar con el trabajador, y tratar de remediar el supuesto hecho por el cual fue denunciado, en caso de no llegar a un acuerdo, el trabajador tendrá todo el derecho de proceder a interponer una acción judicial ante el empleador.

III.B.4. Acciones judiciales.-

Acorde con lo enunciado en el Código del Trabajo, los trabajadores podrán resolver los conflictos con los empleadores por medio de la vía judicial, a criterio personal no recomiendo seguir por esta vía un reclamo de una violación de derechos laborales, pero aún así es una vía que no es eficaz por el tiempo que se demora un Juez del trabajo en dictar un sentencia es muy extenso.

Esta acción se encuentra contemplada en la disposición normativa del Código del Trabajo en su artículo 568 que de manera textual dispone: *“Los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo, y que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad...”*⁴⁰

La acción judicial es la manera legal más natural de reclamar los derechos de los trabajadores, toda vez que el aparato judicial es el órgano llamado a velar por los principios laborales expuestos en este documento y contenidos en el ordenamiento jurídico vigente de nuestro país.

III.B.5. Mediación o arreglo extrajudicial.-

Amparados en las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial y en la propia Constitución, las partes con la finalidad de prever un eventual litigio o en cualquier instancia de uno ya iniciado, podrán acudir a un centro de mediación calificado con la

⁴⁰ **Código del Trabajo del Ecuador:** Art. 568.- Jurisdicción y competencia de los jueces del trabajo.- Los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo, y que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad.

finalidad de suscribir un Acuerdo Transaccional que resuelva de forma definitiva cualquier conflicto de las partes.

Si bien existe una barrera en materia de negociación laboral, debido a que los derechos de los trabajadores son por naturaleza constitucional irrenunciables, en primera instancia no podríamos realizar mediaciones ni métodos alternativos de solución de conflictos en materia laboral. Sin embargo, es menester indicar que se podrán negociar ciertos términos que no impliquen una renuncia y se puedan calificar como materia transigible por así beneficiar a ambas partes.

Es del caso, que todo lo relativo a derechos adquiridos no podrá renunciarse en una negociación, sin perjuicio de lo cual existirán bonos adicionales, o valores en controversia que no formen parte de los derechos adquiridos y que si puedan ser incluidos dentro de la materia de negociación en el proceso alternativo de solución de conflictos.

Por lo expuesto, siempre se puede sugerir un acercamiento solvente para medir el alcance de las pretensiones de las partes y en virtud de esto lograr una solución dentro del proceso, evitando un litigio que por el tiempo y el dinero involucrado genera un desgaste innecesario para las Partes.

Es importante tomar en cuenta que el arreglo al que pueden llegar las partes podrá ser de forma previa al litigio o durante cualquier etapa del mismo. Toda vez que el ordenamiento jurídico promueve las soluciones amigables entre las partes, no solo en materia laboral sino en todas las demás ramas del derecho que permite materia transigible.

Es importante indicar que el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada, es decir, consiste en que el acuerdo al que llegaron las partes es inmodificable por otra autoridad, toda vez que el conflicto discutido en la conciliación fue solucionado por las partes y aprobado por el conciliador.

Las personas que concilian una vez no pueden conciliar otra vez sobre los mismos hechos del conflicto. Este efecto también es el mismo para las decisiones judiciales, otro juez no puede fallar sobre la misma situación. Los acuerdos pactados en las actas de conciliación deben ser respetados por otras autoridades como los jueces.

El proceso de mediación o conciliatorio, dista del proceso judicial en gran magnitud, toda vez que el proceso de mediación únicamente sigue unos pasos puntuales en los centros de mediación autorizados, conforme el siguiente detalle:

1. Radica la solicitud de conciliación de acuerdo a los requisitos de cada conflicto.
Para la radicación de los casos si el centro de conciliación está autorizado para cobrar tarifas, le solicitará al ciudadano el pago de la tarifa;
2. Designa el conciliador de conformidad con el sistema de reparto que haya establecido en su reglamento interno;
3. Entrega al conciliador la solicitud de conciliación presentada;
4. En caso de ser conciliable el conflicto, coordina con el conciliador la fecha y hora de la realización de la audiencia de conciliación;
5. Prepara la sala de conciliación para el día y hora fijados;

6. Terminado el procedimiento por el conciliador, registra el acta de conciliación o realiza el control a la constancia expedida, y
7. Archiva y custodia los documentos de la conciliación.

IV. CONCLUSIONES.-

Previo a indicar la conclusión final de este trabajo, es menester señalar que el análisis que debe realizar el gobierno corporativo previo a involucrarse en un proceso de fusión no solo incluye aristas económicas y legales, sino que son ámbitos globales corporativos. Este trabajo se ha enfocado en conocer las variables que pueden identificarse en las relaciones laborales de los trabajadores de las compañías involucradas, durante el proceso de fusión.

La trascendencia de este trabajo se reviste más aún dado el incremento en procesos de fusiones como fenómeno económico del país, y adicionalmente podría pretender ser una guía para los gobiernos corporativos que tomen estas decisiones.

Las conclusiones a las que he llegado son las siguientes:

IV.A. El proceso societario de fusión, es un proceso de origen económico derivado de una decisión de la directiva de las compañías o de la cabeza de la empresa que se motiva en una de las causas expuestas al inicio de este trabajo, ya sea por solución financiera, estrategia comercial de crecimiento, etc. Sin embargo, la ejecución del proceso societario de fusión no tiene un efecto aislado, todo lo contrario, genera una variedad de

consecuencias en el manejo de la compañía, en especial pero sin limitación, un cambio drástico en la situación y tratamiento de los trabajadores que forman parte de la compañía.

Como respuesta a la inseguridad jurídica laboral derivada de la situación de los trabajadores en el proceso societario de fusión, se ha planteado como solución en este trabajo la aplicación de la figura de la “subrogación laboral” que consiste en la institución que obliga al subrogante o nuevo empleador a reconocer todos los derechos adquiridos tanto individuales como colectivos de los trabajadores salientes de la compañía fusionada.

El ordenamiento jurídico del Ecuador no contempla “*per se*” la descripción del proceso laboral de subrogación de los derechos laborales en caso de procesos societarios de fusión. Si bien en el artículo 171 del Código de Trabajo se contempla la posibilidad que los trabajadores deberán ser asumidos por los nuevos empleadores como regla general, existe un sinnúmero de vacíos legales que únicamente con un proceso de interpretación secundaria de la normativa podrán ser subsanados.

Conforme se indentificó en el numeral anterior, en el Ecuador no existe la descripción exacta del proceso laboral de subrogación de los trabajadores en casos como el analizado, el marco jurídico aplicable en la materia no obstruye su existencia como tal, en contrario contempla garantías que al parecer generarían un impulso a la interpretación que en un caso de fusión societaria si existe la obligación de los nuevos empleadores de respetar en su integridad los derechos adquiridos de los trabajadores.

IV.B. Los vacíos legales encontrados como resultado del análisis realizado, se pueden subsanar a través de un desarrollo normativo ampliado que permita la interpretación literal del artículo 171 del Código de Trabajo, es decir, después de las consideraciones expuestas se puede afirmar la existencia de la necesidad de impulsar un proyecto normativo de regulación al tema tratado en esta tesis. Esta no es solo una misión legislativa, sino que impacta en el ámbito del desempeño de los profesionales que en el día a día ubican estas falencias en nuestro ordenamiento jurídico y también tienen la responsabilidad de presentar iniciativas legislativas que permitan un mejor entendimiento legal.

IV.C. El proceso de subrogación laboral comprende varias aristas para su análisis integral, por lo cual ninguna rama podrá ser menoscabada al momento de su discusión y ejecución. A manera sumaria, el proceso de subrogación laboral incluye el traslado de reconocimiento de los derechos individuales adquiridos y los derechos colectivos adquiridos como obligación para el nuevo empleador.

IV.D. Es indispensable tomar en consideración que los actos administrativos que reconocen obligaciones o derechos a favor del antiguo empleador tales como: resoluciones emitidas por el Ministerio del Trabajo, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que no vinculan de manera directa a los trabajadores, si deberán ser renovadas por la nueva compañía o empresa subrogante.

El motivo de esta conclusión se deriva de la naturaleza de las resoluciones administrativas y sus efectos *in tuitopersonae*, es decir que a la desaparición del administrado, dejan de surtir efectos.

IV.E. Por último, el resultado de la investigación puede resultar en la afirmación que al momento de realizar un proceso societario de fusión, dos o más compañías, necesariamente deberán realizar el proceso de subrogación laboral de los trabajadores desde la compañía fusionada o desaparecida hacia la compañía resultante. Pero el proceso de fusión debe ser íntegro, desde todas las aristas analizadas en este trabajo y sustentadas en el ordenamiento jurídico vigente que respalda el proceso y con miras a un proyecto legislativo que de seguridad jurídica a los empleadores y trabajadores en estas circunstancias.

V. BIBLIOGRAFÍA.-

Acosta, Ramiro, Derecho Constitucional Laboral, Quito, Manía Editores Gráficos, 2009.

Cabanellas, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2006.

Código del Trabajo, Quito, Registro Oficial Suplemento 167, 2005 (última reforma, 2014)

Constitución de la República del Ecuador, Quito, Registro Oficial 449, 2008. (última reforma, 2012)

Godoy, Carlos, Compendio Teórico del Derecho del Trabajo individual y colectivo, Bogotá, Legis, 2013.

Kant, Imanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Cap. II, en internet:

<http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la->

[filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-AutonomiaVoluntad.htm](http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-AutonomiaVoluntad.htm)

Ley de Compañías, Quito, Registro Oficial 312, 1999 (última reforma, 2014)

Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, Quito, Registro Oficial Suplemento 294, 2010.

TRUJILLO, Julio César, Derecho del Trabajo, Tomo II, Ediciones de Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987.

Villamizar, Francisco, Transformación, fusión y escisión de sociedades, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

Entrevistas:

Entrevista con los Analistas Jurídicos del Ministerio del Trabajo, 2014.

DEDICATORIA.-

Quiero dedicar este trabajo de investigación de conclusión de carrera a mi familia, a mis profesores, a mis amigos y a mis compañeros, ya que ellos fueron parte de mi formación académica dentro del ámbito del Derecho Ecuatoriano y quienes me apoyaron dentro de esta etapa maravillosa de estudiante universitario.

Agradezco de forma personal a los Abogados Carla Jessahé Navarrete Villalva y Leopoldo Esteban González Ruiz, líderes del equipo de trabajo del área laboral-procesal de la firma de abogados PHRG ABOGADOS, quienes me llevaron por el sendero del aprendizaje del derecho y quienes día a día me llenaron de conocimiento para ir creciendo profesionalmente en esta carrera maravillosa, cumpliendo con el deber de aportar a la sociedad con justicia y honestidad.