

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**El cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o
análogas en el Perú: propuestas para su viabilidad**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTORA

Shirley Charlotte Quino Cancino

ASESOR:

Manuel Gonzalo de Lama Laura

Noviembre 2019

RESUMEN

Los ceses colectivos se encuentran regulados desde inicios de los años noventa como una modalidad para concluir relaciones de trabajo siempre que existan causas objetivas. No obstante, en Perú existe escasa jurisprudencia en torno a este tipo de ceses, pues, en la práctica, los empleadores no recurren a esta modalidad de terminación de los contratos de trabajo aun cuando exista la causa objetiva señalada en la norma y cumpla con los requisitos legales. En el presente trabajo señalamos que la inviabilidad de los ceses colectivos se debe a razones asociadas al establecimiento de un procedimiento rígido y desfasado, que omite considerar que el modelo actual del mercado de trabajo es dinámico, pues la coyuntura en ocasiones exige a las empresas adaptarse a las nuevas necesidades a partir de la reestructuración de su planilla y/o de sus formas de producción para adaptarse a las exigencias del mercado. El objetivo de la tesis es proponer modificaciones legislativas que permitan a los empleadores emplear la normativa relacionada a ceses por causas objetivas, siempre que existan dichas causas y que puedan ser acreditadas; para lo cual hemos considerado necesario redefinir cada una de las causas objetivas, proponer pautas tanto para la realización del procedimiento de aprobación y recalcar la necesidad de la regulación de la situación post- cese colectivo. Para la elaboración de la tesis se llevó a cabo una investigación bibliográfica, sobre la base de fuente nacional y extranjera; así como una investigación sobre la base de los pronunciamientos emitidos por el Ministerio del Trabajo sobre la materia.

ÍNDICE

	Pág.
Carátula	1
Resumen	2
Índice	3
Lista de tabla	5
Introducción	6
CAPÍTULO I	
NOCIONES PRELIMINARES	10
1.1. La protección constitucional del trabajador en los procedimientos de cese por causas objetivas	17
1.2. La protección constitucional de la libertad de empresa en los procedimientos de cese por causas objetivas	19
CAPÍTULO II	
EL CESE COLECTIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TECNOLÓGICAS, ESTRUCTURALES O ANÁLOGAS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA VIGENTE	22
2.1. Intervención de un ente estatal	25
2.2. Sobre el aspecto objetivo: definición de la “causa objetiva” en la legislación laboral peruana	29
2.3. Sobre el aspecto subjetivo: trabajadores involucrados	40
2.4. Sobre el procedimiento	45
2.5. Aprobación o desaprobación del cese colectivo	60
2.6. Conclusiones	61

CAPÍTULO III

PROPUESTAS PARA LA VIABILIDAD DEL CESE COLECTIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TECNOLÓGICAS, ESTRUCTURALES O ANÁLOGAS 65

3.1. En torno al aspecto objetivo 65

3.2. El torno al aspecto subjetivo 71

3.3. En torno al aspecto procedimental 73

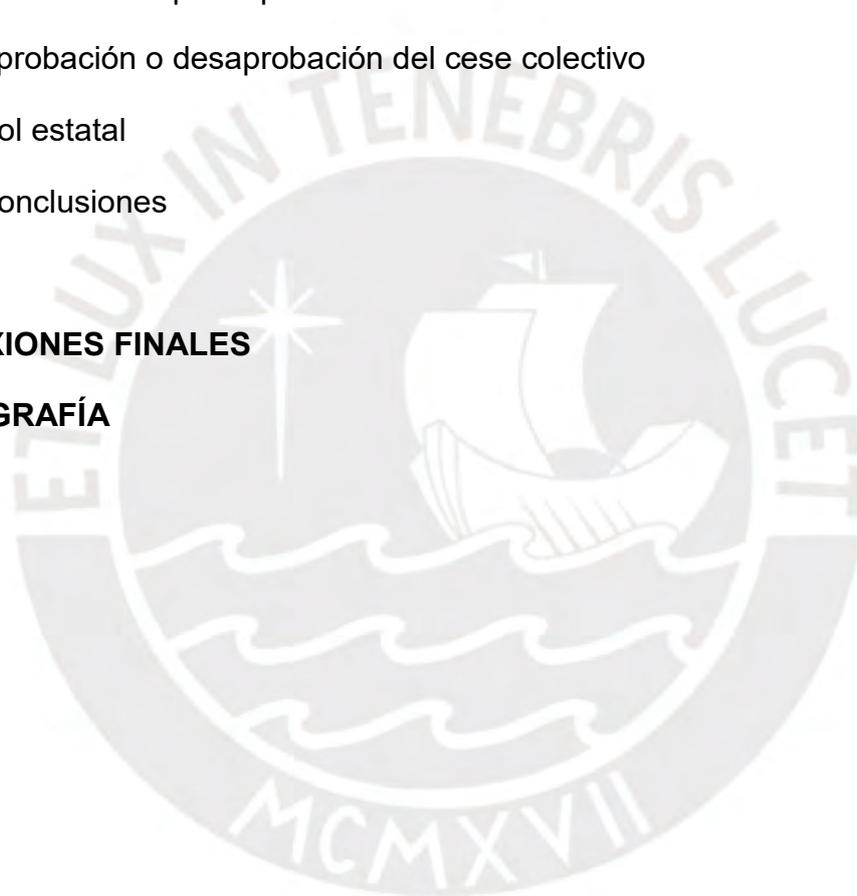
3.4. Aprobación o desaprobación del cese colectivo 77

3.5. Rol estatal 78

3.6. Conclusiones 86

REFLEXIONES FINALES 88

BIBLIOGRAFÍA 94



LISTA DE TABLA

Tabla 1: Cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas: Comparación entre el marco legal vigente y las modificaciones propuestas

89



Introducción

Los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas se encuentran regulados desde inicios de los años noventa como una modalidad para concluir relaciones de trabajo por “causas objetivas”¹. No obstante, los estudios sobre este tipo de ceses en el Perú no son profusos; pese a que, desde hace más de treinta años, se cuenta con regulación específica para esta modalidad de terminación de contratos de trabajo.

Además, aun cuando la regulación de este tipo de extinción laboral no es una novedad, existe escasa jurisprudencia debido a que en la práctica se trata de una regulación a la que las empresas no llegan a recurrir, empleando mecanismos alternativos de cese, aun cuando exista la causa objetiva señalada en la norma.

En efecto, las empresas se encuentran ante la imposibilidad de reajustar su planilla a pesar de que exista una necesidad de adaptarse a la coyuntura económica empresarial o del sector, así como adaptarse a las formas de organización que puedan requerirse como parte de las exigencias del mercado o como consecuencia de la modernización de maquinarias o la implementación de nuevas tecnologías en el proceso productivo.

Consideramos que esta imposibilidad se asocia, entre otros, a motivos políticos, los cuales pueden tergiversar el sentido de la norma, derivados de la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, “AAT”) en la toma de decisión, dado que los ceses por causas objetivas (económicas,

¹ Sin embargo, la habilitación legal del despido como consecuencia de una situación económica empresarial que hace inviable su funcionamiento se encuentra regulado desde la década de los setenta. En efecto, tanto el Decreto Ley 18471 (que regulaba las causales de despido de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada) y, posteriormente, el Decreto Ley 22126 (que amparaba el derecho a mantener el vínculo laboral y señalaba las causales de su rescisión), así como la Ley 24514 (que regulaba el derecho a la estabilidad en el trabajo) introdujeron al ordenamiento legal laboral los “motivos económicos o técnicos” como una causa válida y excepcional del “despido” total o parcial de los trabajadores.

tecnológicas, estructurales o análogas) deben ser previamente aprobados por la AAT para que el empleador pueda modificar o reestructurar su planilla.

Sin perjuicio de ello, en el presente trabajo sostenemos que la inviabilidad de los ceses colectivos se debe a razones asociadas al establecimiento de un procedimiento rígido y desfasado, que omite considerar que el modelo actual del mercado de trabajo es dinámico, pues la coyuntura en ocasiones exige a las empresas adaptarse a las nuevas necesidades a partir de la reestructuración de su planilla y/o de sus formas de producción. Así, la legislación vigente resulta insuficiente para que los empleadores, en ejercicio de la libertad de empresa, puedan adaptar su organización o forma de producción a las circunstancias económicas, tecnológicas o estructurales por la falta de la delimitación conceptual de cada una de las causas, siendo que actualmente los motivos tecnológicos y estructurales no se entienden desvinculados de una crisis económica.

En segundo lugar, consideramos que el procedimiento no establece una vía de negociación efectiva y eficiente que apunte a reducir los efectos del cese o a plantear soluciones alternativas a la reducción del personal, siendo que la etapa de negociación (en trato directo y vía conciliación administrativa) termina siendo un mero trámite que no cumple actualmente su finalidad.

Un tercer punto a considerar es que, incluso cuando el empleador haya acreditado la existencia de la causa objetiva y seguido el procedimiento, el funcionario responsable de emitir el pronunciamiento de autorización, por los motivos políticos que hemos indicado, suelen cuidarse de emitir pronunciamientos que determinen la procedencia del cese colectivo e incluso no se analiza coherentemente los documentos aportados por la empresa, limitándose a observar aspectos formales a fin de evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Finalmente, consideramos que no existe una respuesta suficiente y adecuada por parte del Estado ni la legislación vigente que permita afrontar las consecuencias de la terminación de relaciones de trabajo por causas objetivas, a pesar de que es responsabilidad del Estado – precisamente – no sólo participar del procedimiento de despido, sino también brindar medidas de protección que permitan o faciliten la reinserción laboral.

Por ello, el alcance del presente trabajo se circunscribe a las causales de cese colectivo regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. 3-97-TR y tiene como objetivo proponer la redefinición de las causas objetivas para el cese reguladas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. 3-97-TR; así como la modificación del procedimiento y la regulación de la situación post cese colectivo, con la finalidad de viabilizar esta modalidad de extinción del contrato de trabajo, cuando las empresas requieran modificar sus procesos productivos para adaptarse a las exigencias del mercado.

Para ello, tomamos como punto de partida el marco constitucional vigente, a fin de entender el rol que, por mandato constitucional, cumplen las empresas en la sociedad y en nuestro régimen económico, así como la importancia de que puedan ejercer su derecho de reorganizar sus procesos productivos en pro de la libertad de empresa, sin menoscabo del derecho del trabajo.

Posteriormente, partiendo del análisis de lo establecido en la legislación laboral peruana y de los pronunciamientos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, evidenciaremos las diferencias entre cada una de las causas objetivas que, bajo la legislación laboral peruana, pueden ocasionar que un empleador decida eliminar puestos de su planilla y/o reducir su personal en pro de mantener o mejorar sus niveles de productividad y/o competitividad en el mercado.

También propondremos un procedimiento menos rígido, cuya decisión final esté sustentada técnicamente y no sólo jurídicamente, a fin de evitar que el sentido de la decisión que corresponda objetivamente adoptarse se vea distorsionada por motivos políticos. Aunado a ello, señalaremos la necesidad del establecimiento de una regulación laboral enfocada no sólo en permitir a los empleadores reestructurar o reorganizar su planilla, sin menoscabo de los principios y derechos laborales; sino, principalmente, dirigida al establecimiento de medidas estatales que faciliten, en este tipo de ceses, la reinserción laboral y/o establezcan medidas de protección en términos de seguridad social.



CAPÍTULO 1. NOCIONES PRELIMINARES

Como lo recalca Blancas Bustamante, la revolución industrial ocasionó “la gran cuestión social” del siglo XIX (Blancas Bustamante, La cláusula del Estado Social en la Constitución, 2011). Se produjo así la creación de una gran masa de asalariados que laboraban en grandes fábricas bajo condiciones degradantes; mientras que, en paralelo, los principios del liberalismo impedían la existencia del establecimiento de un salario mínimo y condiciones mínimas de trabajo (Blancas Bustamante, La cláusula del Estado Social en la Constitución, 2011). Todo ello ocasionó que a inicios del siglo XIX surgieran de forma espontánea los “sindicatos de trabajadores”, los cuales fueron inicialmente reprimidos por leyes que se emitieron en distintos países, sin que ello impidiera su crecimiento y desarrollo.

A través de los sindicatos, la clase trabajadora encuentra una forma específica de organización apta tanto para la defensa de sus intereses, como para participar activamente en la vida del Estado, siendo esta una de las características principales del Estado Social. Surge así el Estado Social con la finalidad de actuar sobre la injusticia y degradación de los trabajadores, para corregir o mitigar los aspectos más abusivos; transgrediendo así uno de los principales dogmas del Estado Liberal.

En ese sentido, se suele afirmar que una de las características más trascendentes del Estado Social es el nacimiento de la legislación laboral y el desarrollo de un “derecho del trabajo” debidamente estructurado (Blancas Bustamante, La cláusula del Estado Social en la Constitución, 2011).

Dicho modelo de Estado se ve consagrado en el artículo 43 de nuestra Constitución de 1993 señala que “*La República del Perú es democrática, **social**, independiente y soberana (...)*”. Por su parte, el artículo 58 de la Constitución señala que es aplicable el régimen social de mercado y que bajo este régimen, “*el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de*

promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.” Asimismo, el artículo 59 señala que “el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la seguridad pública. (...)”

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 8-2003-AI/TC integró ambos conceptos sobre la base de la finalidad que buscan conseguir un Estado Social y una Economía Social de Mercado. En los fundamentos 12 y 13 se indicó lo siguiente:

“12. El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios.

(...)

La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su ratio fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica Mater et magistra, según la cual: ‘En materia económica es indispensable que

toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...). (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común'. (Iters. Nros. 39-40).

13. (...)

Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.

(...)

16. Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos."

Bajo lo expuesto por el Tribunal Constitucional, es posible entender que el régimen económico constitucional tiene como finalidad armonizar el interés económico de los agentes del mercado (entiéndase, empresas o empleadores) con el bien común, de tal forma que la intervención del Estado en la economía no debe interpretarse como su fin en sí mismo, sino como una vía para alcanzar los objetivos sociales, corregir situaciones de injusticia y desigualdad o suplir la inacción de grupos sociales (Blancas Bustamante, La cláusula del Estado Social en la Constitución, 2011), siendo este el sustento de la participación estatal en el marco de ciertos procedimientos laborales, como es el caso de los ceses por causas objetivas.

Por tanto, el Estado debería cumplir efectivamente con armonizar el interés del empleador durante el ejercicio del derecho de la libertad de empresa con el interés de los trabajadores en el ejercicio a su derecho a la estabilidad en el empleo (en su dimensión de salida). En el caso concreto de los ceses por causas objetivas, la armonización efectiva de ambos derechos puede cumplirse por parte del Estado al ejercer función legislativa (estableciendo un procedimiento coherente y acorde con la dinámica del mercado); participando eficientemente en los procedimientos de cese (autorizando o desaprobando la procedencia de los mismos en concordancia con la existencia o inexistencia de los motivos económicos, tecnológicos o estructurales alegados) y con posterioridad al mismo (garantizando medidas de reinserción laboral o protección frente a periodos de

desempleo por esta causal específica); así como efectuando la fiscalización de dichos procedimientos desde la inspección de trabajo y/o ejerciendo el control judicial por parte de las instituciones jurisdiccionales.

Sin embargo, como analizaremos más adelante, ni las normas vigentes asociadas a la terminación de los contratos de trabajo cumplen con la labor de armonizar dichos derechos ni la participación estatal en el procedimiento viene siendo eficiente o acorde a derecho, motivo por el cual consideramos necesario replantearnos la estructura vigente del procedimiento y la participación estatal dentro del mismo.

Para ello, no debe perderse de vista que la actividad empresarial permite la distribución y producción de bienes y servicios que el Estado no brinda (porque no puede o no debe), atendiendo así no sólo a la demanda del mercado sino también a la necesidad de generar o mantener puestos de trabajo, que repercuten tanto en el bienestar individual, como en el bienestar familiar y social.

En ese sentido, la actividad empresarial – además de actuar conforme a los intereses de sus accionistas y/o plana directiva o gerencial – tiende también al bienestar común y está influenciada por el marco legal (sea tributario, laboral, societario, etc.), rigiendo así su actividad, desarrollo y función social. Hacemos notar que muchas veces es la actividad empresarial quien ha impulsado cambios normativos a través de la *“la introducción de nuevos y modernos enfoques, paradigmas e instrumentos de gestión que han redundado en beneficio de sus empleados, en particular, y de la sociedad en general (Pieschacón Velasco, 2006)”*.

En efecto, con el tiempo, la modernidad, las crisis económicas y las nuevas tecnologías, se han presentado cambios sustanciales en la estructura empresarial, en la forma de organizar el trabajo y en los distintos aspectos de las relaciones laborales. A modo de ejemplo, *“existe una diferencia abismal entre la*

organización del trabajo con los antiguos obreros u operarios fabriles a la de los empleados de un call center” (Pieschacón Velasco, 2006).

En términos generales, si bien “la empresa” ha atravesado épocas en las que su actuar o proceder ha sido (o es) cuestionable, la “sobre regulación” y la mayor vigilancia estatal, así como la iniciativa - propia o derivada de las exigencias del consumidor – de algunos otros buenos empleadores han ocasionado que la actividad empresarial también pueda convertirse en una *“más ética, más honesta, más humana, más socialmente responsable”* (Pieschacón Velasco, 2006).

Es indiscutible que una empresa adaptada – en términos de responsabilidad y legalidad – a las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico repercute directamente no sólo sobre los trabajadores (pues brinda las posibilidades de un mayor nivel de educación o capacitación para los propios trabajadores o sus dependientes, el reconocimiento profesional y laboral, mayor autoestima personal y profesional, etc.), sino también sobre la sociedad (generación de nuevos productos, servicios o tecnologías, satisfacción de necesidades individuales y colectivas, mejor calidad del producto, mejora del precio del producto, etc.), el gobierno local, regional o central (a través de la recaudación de impuestos) y en general de la sociedad, mejorando la economía y con ello el nivel de vida. (Pieschacón Velasco, 2006).

Por tanto, si por un lado tenemos que la actividad empresarial es actualmente dinámica, el derecho laboral debe ir adaptándose a las formas de organización de trabajo a fin de que pueda seguir cumpliendo su función reguladora en el marco de la relación laboral y no quede desfasado, para lo cual el Estado debe cumplir también un rol activo.

En efecto, dado que la actividad empresarial repercute en el bienestar colectivo (beneficiando no sólo al empresario y a sus trabajadores), para analizar o delimitar las causas objetivas que pueden viabilizar un cese por motivos

económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, es importante tener en cuenta que dicho bienestar es posible siempre que la actividad empresarial pueda ejecutarse competitivamente, con posibilidad de implementar procesos adaptados a la tecnología y modernidad, buscando así la mayor productividad en la empresa.

Somos conscientes de que dicha perspectiva no juega un rol trascendente en nuestra legislación laboral; sin embargo, consideramos que son conceptos que necesariamente deberíamos tener en cuenta para poder entender la necesidad de adaptabilidad de las empresas en tiempos de crisis o de cambios (reorganizaciones o implementación de nuevos procesos en el sistema de producción o de servicios exigidos) y el necesario rol activo del Estado, cuando lo que se busca no sólo es la subsistencia de la empresa en situaciones de crisis, sino también mantener o incrementar su nivel de competitividad y productividad en el mercado, en aras de la preservación del bienestar social o de una determinada colectividad (como puede serlo un grupo de trabajadores).

Así pues, *“por un lado la productividad ha contribuido a precisar el rendimiento y la eficacia del proceso productivo en general o de sólo una parte del mismo”* (García García, 2018), de tal forma que para el empleador es muy importante el aumento de la productividad, dado que sólo puede subsistir y hacer frente a los costos laborales si mantiene un nivel aceptable y competitivo de productividad; lo cual, a su vez, permite medir la eficacia del negocio (García García, 2018). A ello contribuye también la modernización en la empresa, que implica la implementación de nuevas tecnologías o innovaciones de productos y procesos con repercusiones sociales, en la medida que suelen emplearse para automatizar el trabajo manual o intelectual realizado inicialmente por el hombre (Dombois, 1994). La modernización también puede implicar la reorganización del proceso productivo, sea como

“estrategia independiente, sea en el contexto de cambios técnicos sistémicos. Aquí generalmente se indican nuevas

tendencias que cuestionan las formas tradicionales de la organización del trabajo fragmentada, burocratizada y rígida en favor de la concepción de la organización como sistema social” (Dombois, 1994).

Por tanto, es evidente que el modelo tipo del trabajador de las grandes industrias, propias de la producción en serie y a gran escala, ha quedado en el pasado como consecuencia de la evolución del actual mercado de trabajo, caracterizado principalmente por las nuevas estructuras empresariales que requieren de una mayor capacidad de adaptación al entorno para garantizar su competitividad y funcionamiento eficiente en el mercado.

Nótese que con ello no pretendemos afirmar la necesidad de una mera adecuación o adaptación del derecho de trabajo al nuevo modelo del mercado de trabajo a costa de los derechos laborales, dado que ello implicaría vaciar de contenido a las instituciones y principios del derecho laboral. No obstante, consideramos que debería existir equilibrio entre los principios y derechos destinados a la protección del trabajador y las facultades que tienen los empleadores para adaptarse al mercado con eficiencia en legítimo ejercicio del derecho a la libertad de empresa, en atención a la coyuntura que pueda presentarse en el marco de su actividad productiva.

La pregunta es, entonces, hasta qué punto las acciones asociadas a la reestructuración de la planilla o la eliminación de puestos de trabajo en aras de una mayor productividad o competitividad pueden justificar la procedencia de un cese colectivo.

1.1. La Protección constitucional del trabajador en los procedimientos de Cese por Causas Objetivas

El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que el trabajo es un deber y un derecho, es la base del bienestar social, así como el medio

de realización de las personas. Artículo siguiente se precisa que, en sus diferentes modalidades, el trabajo es objeto de atención prioritaria por parte del Estado, siendo el Estado quien debe promover las condiciones para el progreso social y económico, en especial, fomentando el empleo productivo y la educación para el trabajo.

A ello se suma lo señalado en el artículo 27 de la Constitución, que señala que la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario, protección estrechamente asociada al derecho a la estabilidad en el empleo.

El derecho a la estabilidad en el empleo tiene dos vertientes, por un lado, se encuentra la estabilidad laboral de entrada, asociada a la modalidad de contratación (determinada o indeterminada) a la que se accede a un puesto de trabajo; mientras que, la estabilidad laboral de salida se enfoca en la forma de terminación de la relación laboral. En lo que respecta a la estabilidad laboral de salida, el principio de causalidad juega un rol importante en la terminación de los contratos de trabajo, dado que este principio exige que la terminación del contrato de trabajo por decisión del empleador requiera de una “causa” y de un procedimiento adecuado que garantice la participación del trabajador, en aras de salvaguardar su derecho al debido procedimiento. Es este principio de causalidad el que determina la prohibición de los despidos arbitrarios o incausados.

Por tanto, ante el surgimiento de la imperiosa necesidad de un empleador de reestructurar la forma de trabajo, eliminar puestos de trabajo por motivos económicos y/o incorporar sistemas modernos o tecnológicos en los procesos productivos que impliquen la posibilidad de extinción de puestos de trabajo, es indiscutible que no sólo deberá alegarse la causa respectiva, sino que esta deberá poder ser acreditada en un procedimiento que brinde las garantías del debido procedimiento a los trabajadores.

Asimismo, el procedimiento deberá estar irradiado del principio protector, que busca establecer una posición o posición preferente al trabajador en contraposición al empleador (Plá Rodríguez, 1998). En efecto, todas las normas que conforman el Derecho de Trabajo están dirigidas en este sentido, pues dicho principio no sólo sirve para tutelar a los trabajadores a nivel legal, sino que también es un criterio de orientación genérica que debe evidenciarse en la interpretación que genere una mayor protección al trabajador. Por lo tanto, el principio protector constituye

“un principio general que inspira todas las normas del derecho del trabajo y que debe ser tenido en cuenta en su aplicación. Cada fuente deberá ser interpretada conforme a su naturaleza y características; pero este principio preside la actuación en cada una de las fuentes”. (Plá Rodríguez, 1998)

Siendo este principio el que inspira el ordenamiento laboral de carácter tuitivo, es necesario considerarlo al momento de proponer un cambio normativo que implique el fin de la relación laboral por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

En conclusión, cualquier cambio legislativo deberá respetar: (i) el principio protector, estableciendo una posición preferente del trabajador frente al empleador, (ii) el principio de causalidad, determinando de forma suficiente y razonable los motivos por los cuales procederían los ceses colectivos y (iii) un procedimiento dinámico y flexible que otorgue las garantías propias de un debido procedimiento tanto al trabajador como al empleador.

1.2. La protección constitucional de la libertad de empresa en los procedimientos de cese por causas objetivas

La libertad de empresa se encuentra regulada en el artículo 59 de la Constitución y consiste en *“la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”*². Para ello, la empresa *“tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar”*³.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley - siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce.

Nótese además que el artículo 59 indicado garantiza tanto la libertad de trabajo como la libertad de empresa; por lo tanto, la libertad de empresa es un derecho con rango constitucional y se trata, además, de un derecho sobre el que se construye el sistema económico constitucional, siendo consustancial – también – a la dignidad de la persona (Kresalja Roselló, XII).

Con relación al contenido de la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional⁴ ha señalado que *“el núcleo esencial está constituido por cuatro libertades en el caso que nos ocupa: la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia y la libertad para cesar las actividades”* (Kresalja Roselló, XII).

² STC. 008-2003-AI

³ STC. 008-2003-AI

⁴ STC. 3315-2004-PA/TC

Por tanto, si bien una primera conclusión sería afirmar que es en pleno ejercicio de esta libertad de organización que los empleadores se encuentran facultados para reorganizar sus procesos productivos, eliminando puestos de trabajo, lo cierto es que esta facultad no puede ser considerada irrestricta; pues, ello implicaría dotar de mayor relevancia al ejercicio de la libertad de empresa en perjuicio del derecho a la estabilidad de salida de los trabajadores, vaciando el contenido del derecho de trabajo. Es por este motivo que incluso el ejercicio de libertad de organización del empleador deberá estar sujeto a parámetros asociados no sólo a la existencia de la causa objetiva sino también procedimentales.

En conclusión, en ocasiones en las que las empresas se vieran en la necesidad de reorganizar la forma en la que desarrollan sus actividades, sea por motivos económicos, por la implementación de tecnología en sus procesos o porque el mercado exige la eliminación de puestos de trabajo para mantener la competitividad, los empleadores deberían poder ejercer su derecho a la libertad de organización recurriendo a un procedimiento que tutele adecuadamente a los trabajadores.

Reiteramos que la afirmación contenida en el párrafo previo no propone una preferencia irrestricta al ejercicio constitucional de libertad de empresa en perjuicio del derecho del trabajo de los trabajadores, pues consideramos que aquel puede ejercerse válidamente en la medida que se establezca un procedimiento que dote de garantías a los trabajadores.

Capítulo 2: el cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en la legislación laboral peruana vigente

El Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL)⁵ ha regulado en su artículo 16°, literal h) la terminación por causas objetivas como una forma de extinción del contrato de trabajo; modalidad que ha sido entendida como la terminación de los contratos de trabajo por causas no imputables a las partes (Cavalié Cabrera & De las Casas de la Torre Ugarte, 2009), pero configurada necesariamente por la decisión del empleador de extinguir unilateralmente las relaciones laborales de un conjunto de trabajadores por existir una causa general y objetiva que la determina (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013).

Es este rasgo unilateral el que ha ocasionado que se reflexione sobre la diferencia entre las figuras de “terminación de la relación colectiva de trabajo” y el “despido”. Al respecto, Cortés Carcelén reflexionó sobre el alcance del término “despido” a fin de determinar si este abarcaba al “cese colectivo por causas objetivas” y si tenía base constitucional o infraconstitucional. Así, concluyó que el “despido” está estrictamente vinculado a la decisión del empleador de extinguir el vínculo laboral, con prescindencia la existencia de una causa (válida u objetiva) que motive tal decisión; por tanto, la terminación de las relaciones laborales por causas objetivas son una modalidad de despido.

Y es que por la década de los noventa, e incluso a inicios de los años 2000, era trascendente discutir sobre la naturaleza del “cese colectivo por causas objetivas”, dado que tanto el marco legal como la jurisprudencia generaban que el operador de derecho establezca diferencias conceptuales que desprotegían a los trabajadores afectados por esta modalidad de cese. Por aquella época, por ejemplo, el Tribunal Constitucional señalaba que los trabajadores cesados por

⁵Aprobado mediante Decreto Supremo 3-97-TR.

causas objetivas no habían sido, en estricto, “despedidos”; y, por tanto, las acciones de amparo que buscaban la reposición eran declaradas infundadas por considerar que no había violación constitucional alguna⁶.

Sin embargo, podríamos afirmar que la “terminación colectiva de los contratos de trabajo” es una de las especies del género “despido”. Se trata así de un despido colectivo por causas objetivas, de una

“pluralidad de despidos individuales, pero vinculados por su causalidad y coetaneidad, en cuanto se fundamentan en el mismo motivo y se producen en el mismo acto. La ‘objetividad’ de la causa en que se fundan deriva del hecho de que esta se configura en forma independiente y ajena a la voluntad y conducta de los trabajadores, lo que la diferencia del despido de una pluralidad de trabajadores que han cometido la misma falta” (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013, pág. 728).

Los estudios que hay en torno al tema se centran básicamente en aquellos tres requisitos establecidos por ley para determinar la procedencia del cese colectivo como son: (i) la existencia de una causa objetiva, (ii) contar con la autorización de la AAT y (iii) que el número de trabajadores involucrados supere el mínimo el 10% de la totalidad de trabajadores propios.

En efecto, la terminación del vínculo laboral por causas objetivas sólo es posible si es que, tras seguir el procedimiento establecido en la norma, se emite un acto administrativo de tipo constitutivo⁷ que así lo autorice, el cual debe implicar una

⁶ Sentencia recaída en el Exp. N° 110-96-AA/TC, Sentencia del 3 de julio de 1997.

⁷ Como señala Morón Urbina, según la incidencia en el contenido de situaciones jurídicas, los actos administrativos pueden ser constitutivos o declarativos. Los actos constitutivos son los que crean, modifican o extinguen relaciones o situaciones jurídicas, mientras que los actos declarativos se limitan a acreditar relaciones o situaciones preexistentes. (Morón Urbina, 2009)

valoración previa de determinados eventos que fundamenten la afectación del derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores involucrados.

Si bien el TUO de la LPCL no ha brindado una definición de “causas objetivas” ni de “causas económicas”, “tecnológicas”, “estructurales o análogas”, así como tampoco ha precisado cómo debe ser cada una de estas causas objetivas para que habilite un cese colectivo; podría afirmarse que ha proporcionado una definición cuantitativa del mismo como lo han hecho muchos países (Muller, 2011), al señalar que la medida debe abarcar a un número no menor del 10% del personal de la empresa.

Por su parte, Blancas Bustamante elabora un listado de las características comunes que deben presentar las causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas para que la decisión del empleador de efectuar el despido colectivo se encuentre legitimada (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013). Señala que existe una “necesidad” que obliga al empleador a demostrar que la empresa sufriría graves consecuencias o que no podría superar la crisis que le afecta, a lo que le seguiría su salida del mercado y la pérdida de los puestos de trabajo, quedando descartada la mera búsqueda de optimización del rendimiento o conveniencia empresarial. Del mismo modo, considera que deberá presentarse la imposibilidad permanente de cumplir con el contrato de trabajo y las causas deben ser ajenas a la conducta del empleador.

La causa objetiva que ha generado mayor discusión es aquella vinculada a los “motivos económicos” y, como se verá más adelante, es sobre esta causa objetiva sobre la cual se ha buscado establecer una definición de carácter legal.

En la doctrina nacional ha sido Arce Ortiz quien ha dado mayores luces sobre las características que debe presentar la “causa económica” para que válidamente devenga en un despido colectivo. Así, señala la necesidad de que esta causa impida a la empresa cumplir con sus obligaciones principales, como

consecuencia de una crisis real, actual y suficiente (Arce Ortiz, 2008). Por su parte, citando a Paredes Neyra, De las Casas y Cavalié señalaron que por causas económicas podría entenderse a aquellas situaciones empresariales se encuentran en una situación de inviabilidad y crisis financiera tal, que podrían ocasionar la insubsistencia de la empresa si no se toman decisiones firmes y drásticas (Cavalié Cabrera & De las Casas de la Torre Ugarte, 2009).

Sobre la base de lo indicado por Arce, es recién en el 2013 que la AAT define las características de la crisis económica de las empresas que soliciten a dicho ente la aprobación del cese colectivo.

Sin embargo, como veremos más adelante, un año después la AAT emitiría una norma que brinda una definición distinta, sin perjuicio de lo cual la AAT considera que la definición legal no contradice los términos de la definición dada en el año 2013.

Así, las discusiones se han generado en torno a la causa económica, sin que exista un criterio claro que permita dar luces sobre aquellas características que deban presentar las causas tecnológicas, estructurales o análogas para declarar la procedencia del cese por estas causas.

2.1. Intervención de un ente estatal

En el primer capítulo hemos comentado cuál es el rol estatal en un modelo de Estado Social, que es el que rige de acuerdo a nuestra Constitución y es en virtud de ello que la terminación del vínculo laboral por causas económicas sólo es posible si es que, tras seguir el procedimiento establecido en la norma, se emite un acto administrativo de tipo constitutivo que así lo autorice⁸, el cual debe implicar una valoración previa de

⁸ Según la incidencia en el contenido de situaciones jurídicas, los actos administrativos pueden ser constitutivos o declarativos. Los actos constitutivos son los que crean, modifican o extinguen relaciones o situaciones jurídicas, mientras que los actos declarativos se limitan a acreditar relaciones o situaciones preexistentes. (Morón Urbina, 2009)

determinados eventos que fundamenten la afectación del derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores involucrados (Quino Cancino, 2014).

La doctrina laboral ha señalado la necesidad de la participación de un ente estatal en los procedimientos, coincidiendo en que esta medida se sustenta en un interés social y en la finalidad de proteger la estabilidad de los trabajadores involucrados (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013).

Por tanto, la intervención de la AAT es particularmente trascendente, pues se espera que garantice a las partes involucradas un pronunciamiento sustentado en derecho y acorde a ley, sino que también pueda dirigir el procedimiento de forma adecuada.

No obstante, se puede observar que dicho ente estatal considera que el análisis de fondo sobre las causas invocadas tiene como requisito preliminar el cumplimiento de los requisitos de forma, conforme observa Zavala Costa en los pronunciamientos que la AAT ha emitido (Zavala Costa, 2004). Consideramos que ello se debe, principalmente, a las dificultades que puede implicar que la AAT analice objetivamente la existencia o no de causas que ameriten la extinción de los contratos de trabajo de un grupo de trabajadores, considerando que la AAT, personificada a través del Ministerio de Trabajo, debe enfocar sus programas de acción en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, de acuerdo con la Ley 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En efecto, consideramos evidente que dado que el Ministerio de Trabajo es el organismo rector de los sectores “trabajo” y “promoción del empleo”, el hecho que recaiga en esta entidad la decisión de aprobar las terminaciones de los contratos de trabajo no sólo resulta paradójico, sino que aprobar un cese colectivo tiene un costo político muy alto que no siempre el funcionario

a cargo está dispuesto a asumir, pues se espera que la AAT sea quien “defienda” a los trabajadores limitando o prohibiendo los despidos, en lugar de autorizarlos. Un ejemplo de ello son las movilizaciones realizadas por los sindicatos y las federaciones sindicales ocurridas en enero 2019 a nivel nacional, luego de que la “Política Nacional de Competitividad y Productividad”, aprobada por Decreto Supremo 345-2018-EF, señalara que

“la dificultad para el cese colectivo de trabajadores se muestra en las limitaciones para la extinción de los contratos por causas objetivas como la situación económica, motivos tecnológicos, o motivos estructurales de las empresas. Por ejemplo, si en Perú una empresa enfrenta dificultades económicas y por lo tanto requiere reducir el número de trabajadores, esto solo será factible si esta reducción implica por lo menos al 10% de trabajadores de la empresa (...)”

Dicha marcha movilizó a colectivos feministas, universitarios, gremios de heladeros, panaderos, canillitas, obreros de limpieza pública, entre otros, con la finalidad de buscar la derogación del referido Decreto Supremo, bajo el argumento de que sólo se buscaba beneficiar al sector empresarial (La República, 2019). Por lo cual, no cabe duda que las decisiones de la AAT en torno a la aprobación del cese colectivo tendrá incidencias políticas, lo que genera – muchas veces – que las solicitudes de cese colectivos no sean analizadas con la rigurosidad técnica y legal que todo procedimiento administrativo exige.

Si bien es frecuente que los ordenamientos legales supediten la terminación de los contratos de trabajo por motivos objetivos a la decisión de una entidad estatal, existen ordenamientos, como es el caso de la legislación española, que ha efectuado una reforma radical al reemplazar el control *ex ante* por el control *a posteriori*, admitiendo así la impugnación

judicial del despido. No obstante, cabe indicar que en nuestro ordenamiento el control *ex ante* efectuado por la AAT no enerva la posibilidad de los trabajadores de impugnar una eventual aprobación de la medida⁹.

Del mismo modo, se ha discutido la pertinencia del establecimiento de un porcentaje mínimo de trabajadores que deben encontrarse involucrados a efectos de declarar procedente el cese colectivo, señalándose en algunos casos la rigidez de la norma en tanto fomenta la afectación de un número mayor de trabajadores en los casos en los que se requiera cesar a un porcentaje inferior (Cortés Carcelén, 2000).

Se observa entonces que los estudios en torno a los ceses colectivos se han centrado, principalmente, en efectuar un análisis legal del procedimiento; sin embargo, se deja de lado un hecho importante en torno a los mismos. Y es que, pese a que se trata de un procedimiento establecido por nuestro ordenamiento desde hace más de treinta años, su regulación no permite la viabilidad de los mismos cuando los empleadores solicitan a la AAT la aprobación del despido por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas.

Si entendemos al cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos como necesarios para la continuación de las relaciones de trabajo, por no serle posible a la empresa cumplir con la totalidad de los contratos de trabajo por devenir en excesivamente

⁹ Los trabajadores se encontrarán en la posibilidad de impugnar judicialmente la procedencia del cese colectivo. Será posible la impugnación de la resolución que autoriza el cese colectivo, mediante la acción contenciosa administrativa, regulada por la Ley N° 25784, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, que se tramitará ante un juez especializado de trabajo.

De otro lado, el despido deberá ser reputado como arbitrario cuando la empresa hace efectiva la medida sin haber obtenido resolución favorable por parte de la AAT, lo que implicaría la inexistencia de causa justa, por no haber seguido el procedimiento establecido en la norma o que, habiéndolo iniciado, la AAT denegó la solicitud de cese; sin que ello implique la imposibilidad de que, en algunos casos, el despido sea calificado como nulo, cuando concurra alguno de los supuestos regulados en el artículo 29° del TUO de la LPCL. De cualquier forma, en el despido incausado los trabajadores podrán optar, alternativamente, por solicitar la reposición en vía ordinaria laboral o la indemnización por despido arbitrario. Si concurriera algún supuesto de despido nulo, los trabajadores afectados podrán solicitar la reposición.

Por otro lado, si el despido colectivo ha sido autorizado, pero este afecta derechos laborales individuales y/o colectivo de rango constitucional, o afectaciones al debido procedimiento, podrá iniciarse una acción de amparo impugnando la medida autorizada por la AAT (Quino Cancino, 2014).

onerosos (sea porque se haya incurrido en una situación de crisis, porque es posible la incorporación de medios tecnológicos que resulten más eficientes o porque el nivel de competitividad requiere que reestructure la forma de producción para que – en cualquiera de los casos – el negocio siga siendo rentable), el cese colectivo se convierte entonces en una necesidad empresarial que, de no adoptarse, generaría graves consecuencias para la empresa o su posterior salida del mercado.

Pese a la urgencia que esta necesidad pueda representar en cada caso, las limitaciones o imprecisiones normativas, sumadas a poca voluntad política, han ocasionado que, en los últimos 10 años, menos de 4 solicitudes de ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas hayan sido declaradas procedentes.

Si bien actualmente ya existen criterios que permitan dar luces sobre la causa económica, lo cierto es que el cese colectivo por causas objetivas se encuentra regulado en los artículos 46° y 48° del TUO de la LPCL, sin que dicha norma brinde una definición legal de “causas objetivas” ni de “causas económicas”, “causas tecnológicas”, “causas estructurales” o “causas análogas”.

Con excepción de la causa económica, que ha sido definida en jurisprudencia administrativa y posteriormente a través de un Decreto Supremo, los motivos tecnológicos, estructurales o análogos no han sido definidos, ni se ha dado luces sobre las características que deberían presentarse en estos casos, como veremos a continuación.

2.2. Sobre el aspecto objetivo: definición de la “causa objetiva” en la legislación laboral peruana

Como se ha precisado, la normativa laboral no ha establecido una definición de “causa objetiva”, a nivel jurisprudencial tampoco se han

establecido criterios para determinar cómo debe ser esta. Sin embargo, como lo ha reconocido la jurisprudencia chilena, es importante que las circunstancias que determinan la necesidad del cese no emanen de la sola voluntad o responsabilidad de la empresa, sino que sean objetivas, graves y permanentes (Organización Internacional del Trabajo, 2011).

a. Definición de causa económica

Dada la inexistencia de una definición legal, durante los últimos quince (15) años, la AAT vino considerando que no era suficiente acreditar que la empresa afronta dificultades económicas o pérdidas, sino que debe demostrar que los costos laborales son determinantes en la generación de tales dificultades; o, en todo caso, que la extinción de los contratos de trabajo del personal involucrado es determinante para superar la crisis económica que se atraviesa (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013)¹⁰.

Pero no fue sino hasta la emisión de la Resolución Directoral General 3-2013/MTPE/2.14 que se establecieron algunos criterios que deberían tenerse en cuenta para la acreditación de la causa económica, precisándose que la crisis debe ser real, actual y suficiente para que funja como causa que habilite el despido colectivo, con miras a la reversión de la crisis. De esta forma, citando a Arce Ortiz, la AAT señaló que el análisis de la existencia de la causa económica invocada debe evaluar lo siguiente (Arce Ortiz, 2008):

- La presencia del elemento objetivo, que implica, por un lado, la disminución sustantiva de la producción que impida a la empresa continuar con el desarrollo normal de sus actividades empresariales;

¹⁰ Blancas Bustamante señala que este criterio se desprende de las Resoluciones Directorales N° 021-2002-DRTPSL-DPSC, 038-2000-TR/DRTPSL, 133-2000-DRTPSL-DPSC, 053-2004-DRTPSL-DPSC, 111-2003-DRTPSL-DPSC, 113-2002-DRTPSL-DPSC y 011-2004-DRTPSL-DPSC.

y, por otro lado, la crisis económica o financiera que imposibilite a la empresa atender a sus obligaciones principales o secundarias.

- La realidad de la crisis, dado que no es suficiente alegar que el sector al que la empresa pertenece se encuentra en crisis, sino que se debe justificar cómo es que esta crisis afecta y esto debe reflejarse en la situación económica de la empresa.
- La suficiencia de la crisis, pues esta deberá ser permanente, definitiva e insuperable y no meramente coyuntural; de tal forma que mantener el vínculo laboral ocasione más pérdidas que ganancias, lo que deberá evaluarse a partir de la comparación de más de dos ejercicios contables.
- La crisis debe ocurrir en el mismo momento en el que se solicita la admisión del cese colectivo, no deberá tratarse de un hecho futuro o “pronosticado”.

Siendo así, la Resolución Directoral bajo comentario establecía como criterio el deber de demostrar la existencia de una relación lógica y proporcional entre la reducción de costos laborales y la mala situación económica de la empresa, debiendo determinarse así que la medida de cese colectivo es la única opción razonable para revertir la causal económica.

Sin embargo, es recién mediante Decreto Supremo 13-2014-TR que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo estableció el criterio legal a tener en cuenta para reconocer la existencia de una causa objetiva económica que permita la viabilidad de un cese colectivo. En este sentido, el artículo 1 de dicha norma precisó lo siguiente:

“Artículo 1.- Situación económica de la empresa

La situación económica de una empresa está determinada por el contexto económico en que se desenvuelve la empresa y por las acciones que el empleador realiza con el fin de mejorar el desempeño económico de la empresa.

La terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos económicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, implica un deterioro de los ingresos, entendido como tal registrar tres trimestres consecutivos de resultados negativos en la utilidad operativa, o en una situación en la que de mantener la continuidad laboral del total de trabajadores implique pérdidas, situación que será sustentada con el informe que, para tal efecto, elabore una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República.

La evaluación de la situación solo es aplicable para el término de contratos de trabajo por motivos económicos.”

Se observa entonces que a partir de la entrada en vigor de dicha norma la AAT debía determinar la existencia de una causa objetiva económica sobre la base de los siguientes requisitos alternativos:

1. Registro de resultados negativos durante nueve (9) meses consecutivos. Sin embargo, en nuestra opinión, la inexistencia de un parámetro comparativo podría ocasionar distorsiones en la acreditación de la causa objetiva.

2. Posibilidad de pérdidas si mantiene la continuidad laboral de todos los trabajadores pues ello le implicaría pérdidas; sin embargo, ello implicaría que el empleador esté en la facultad de alegar causas económicas incluso cuando la crisis económica no sea actual, sino futura.

Por su parte, Aguinaga ha señalado que el Decreto Supremo 13-2014-TR no sólo no cumple con los requisitos formales de validez, al haberse emitido una norma reglamentaria sin que una la LPCL faculte al Ministerio de Trabajo a emitir una norma que delimite la causa del motivo económico que debería ser invocado en un procedimiento de cese colectivo; sino que, además, la posibilidad de considerar las pérdidas futuras o acumuladas como causal del motivo económico no toma como referencia el valor constitucional de la “creación de riqueza y bienestar general”, pues antepone el inexistente “derecho a ganar – o, siquiera – a no perder” al derecho del trabajo (Aguinaga Meza, 2014).

Este criterio ha sido adoptado por la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente N° 660-2015-0-1801-SP-LA, donde se ha señalado que estos requisitos para la acreditación del motivo económico son inconstitucionales, dado que no toman como referencia al valor “creación de riqueza y bienestar general”, sino que prefiere el mero “derecho a ganar o a no perder” de las empresas antes que el derecho del trabajo. Al respecto, la Sala Laboral ha señalado lo siguiente:

“Es evidente que si una empresa acumula malos resultados durante un período prolongado, lo más probable es que devenga en inviable pero, y esto debe quedar claro, no parece ser lógico asumir que un impacto de tal magnitud (que es el que quiere evitar la Ley de Productividad y Competitividad Laboral habilitando el cese colectivo)

siempre será consecuencia de haber presentado pérdidas durante tres trimestres consecutivos en la utilidad operativa. Lo mismo puede decirse en relación con los malos resultados futuros: que se pronostique una situación ulterior de pérdidas como consecuencia de mantener una planilla elevada, no quiere decir que la unidad empresarial necesariamente va a poner en riesgo la continuidad de sus actividades económicas.”

En dicho proceso se declaró fundada la Acción Popular interpuesta por la Federación de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, declarándose nulo el artículo 1 del Decreto Supremo 13-2014-TR que aprueba el concepto de “causa económica” para efectos del cese colectivo. A criterio de la Sala Laboral, la definición de “causa económica” se desprende del TUO de la LPCL, la cual exige la inviabilidad de las actividades económicas del empleador, lo que se concluye de la exigencia de la adopción de medidas alternativas – previas al cese – que coadyuven a la continuidad empresarial:

“En ese sentido, si bien la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no ha precisado qué debe entenderse por motivo económico, esto no quiere decir que no ofrezca pista u indicio alguno sobre la particular dimensión que debe presentar para llegar a justificar un despido colectivo. Efectivamente, si bien es cierto literalmente no señala la “causa” del motivo económico o el porqué de la situación deficitaria (y ahí sí habría una laguna), sí especifica cuál es –o, mejor, debe ser– su “consecuencia” en la situación económica-financiera de la empresa (la magnitud de la situación deficitaria). Sin duda, ello es lo que razonablemente se desprende de exigir que

las partes involucradas negocien, antes de autorizar el cese, la adopción de medidas alternativas al despido colectivo que “puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa”. Vale decir, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sí señala cuál es el impacto que el motivo económico debe haber generado en el empleador que lo invoca: la inviabilidad de sus actividades económicas. En este punto no existe una laguna normativa.”

En virtud de ello, la Sala Laboral considera que la definición regulada por el Decreto Supremo 13-2014-TR no tiene asidero constitucional, pues no cualquier problema económico o disminución en los ingresos justifica legalmente la extinción colectiva de los contratos de trabajo, y el referido Decreto Supremo antepondría el inexistente “derecho a ganar” del empresario frente al derecho del trabajo. Por tanto, a criterio de la Sala, este tipo de despidos solo sería constitucionalmente válido si la crisis económica ocasiona la inviabilidad empresarial y si demuestra que el despido colectivo es la única medida posible para hacer frente o revertir la crisis. Se añade que la inconstitucionalidad del Decreto Supremo también se presenta respecto de la forma de emisión de este, toda vez que el TUO de la LPCL no remite al Ejecutivo la facultad de definir la causa económica para efectos del cese colectivo.

En conclusión, considerando que el artículo 81 del Código Procesal Constitucional señala que las sentencias recaídas en los procesos de acción popular que determinan la nulidad de la norma impugnada tiene alcance general, es posible concluir que los empleadores no podrán recurrir a la definición señalada en el comentado decreto supremo a fin de acreditar la existencia de causas económicas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

b. Definición de causa tecnológica

No existe una definición legal para esta causa objetiva. Sin embargo, de distintos pronunciamientos de la AAT, es posible deducir que esta causa se presenta como consecuencia de innovaciones informáticas o de la modernización de sus procesos productivos en respuesta a las nuevas necesidades del mercado, lo que ocasiona una reducción sustancial de actividades realizadas por un grupo de trabajadores y que, por tanto, los puestos de trabajo que ellos ocupan terminen siendo innecesarios.

La AAT ha venido exigiendo que se demuestre una relación de causa-efecto entre la implementación nuevos sistemas tecnológicos en los procesos productivos y la supresión de los puestos de trabajo que se solicita (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013)¹¹.

Debe tenerse en cuenta que la introducción de nuevas tecnologías podría generar las siguientes tres situaciones (Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2001):

- La eliminación del puesto de trabajo sin creación de uno nuevo.
- La modificación parcial del perfil del puesto, en cuyo caso el trabajador perderá algunas de las competencias necesarias para ocupar el puesto.
- La creación de un nuevo puesto de trabajo que requiere que el trabajador que lo ocupe tenga un perfil totalmente distinto al del puesto eliminado.

Particularmente, consideramos que en cualquiera de estos supuestos nos encontraríamos frente una causa que justifique objetivamente la necesidad del cese.

¹¹ Blancas Bustamante señala que este criterio se desprende de las Resoluciones Directorales N° 156-96-DRTPSL-DPSC, 030-97-TR/DRTPSL, 140-96-DRTPSL-DPSC, 66-2001-DRTPSL-DPSC.

c. Definición de causa estructural o análoga

Tampoco se ha previsto una definición legal para la causa objetiva estructural o análoga. En sede administrativa se han establecido diversos criterios para determinar la procedencia o improcedencia de un cese colectivo por esta causa, sobre el análisis de cada caso en específico.

Así, se ha considerado que se presenta esta causal en reorganizaciones empresariales que implican una fusión por absorción que origine cambios radicales en la estructura y funciones de la absorbente¹²; y, que no se presenta la causal cuando la empresa efectúa reorganizaciones internas como consecuencia de la externalización o descentralización de ciertas actividades productivas¹³ (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013).

Sin embargo, el criterio no es uniforme, pues se han presentado casos en los que la AAT ha considerado que la descentralización de una actividad productiva sí es una causa objetiva estructural o análoga que habilita el cese colectivo¹⁴ (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013).

Sobre el particular, se ha señalado que la empresa puede manifestar su poder de organización desde una perspectiva dinámica (como cuando se organizan los procesos de producción, la toma de decisiones, la asignación de tareas entre los trabajadores, etc.) y desde una perspectiva estática o estructural (tal es el caso de las decisiones que implican la creación, eliminación o modificación de los órganos de la empresa). En la fase estática o estructural, el poder de organización puede ser consecuencia de aspectos externos, cuando los cambios en la estructura organizacional se producen por supuestos de fusión o escisión (Ministerio de Trabajo y

¹² Resolución Directoral N° 718-97-DRTPSL-DPSC

¹³ Resolución Directoral N° 096-2004-DRTPSL-DPSC y RD 056-2001-DRTPSL-DPSC-SDNC.

¹⁴ Resolución Directoral N° 096-96-DRTPSL-DPSC.

Promoción Social, 2001). Por tanto, se ha considerado que el motivo “estructural” al que hace referencia la ley implica el ejercicio de la facultad de organización en la fase estática interna, mientras que la referencia a supuestos “análogos” haría alusión a la fase estática externa del poder de organización empresarial (Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2001).

Evidentemente, a fin de que esta causa justifique objetiva y adecuadamente la eliminación de puestos de trabajo o la variación de los perfiles de dichos puestos, el empleador deberá estar en posición de acreditar no sólo las modificaciones estructurales, sino como es que ello determina la necesidad de prescindir de los puestos de trabajo.

Es claro que la ausencia de un marco conceptual previsto por la misma norma o criterios normativamente establecidos para la acreditación de los motivos que podrían habilitar un cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas constituye una de las principales dificultades para las empresas que han buscado obtener la aprobación por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, respecto del cese colectivo solicitado.

En efecto, como se evidencia en la Resolución Directoral N° 184-2018-MTPE/2/14 que si bien se alegan motivos económicos para efectos de solicitar la aprobación del cese colectivo, lo cierto es que lo que la empresa necesitaba realizar era una reestructuración de sus procesos; por lo cual, desde nuestro punto de vista, aun cuando esta reestructuración pueda estar vinculada indirectamente a motivos económicos, el motivo de la desaparición de puestos de trabajo encuentra vinculación directa a motivos estructurales:

“Por otro lado, si bien en este caso en particular la Empresa ha sustentado el cese de los contratos de trabajo en los motivos económicos, no se debe perder de vista que en la pericia se señala literalmente que ‘Para asegurar las operaciones sostenibles de la fábrica del Callao, se está

decidiendo reestructurar el negocio; por lo tanto, en el futuro se van a enfocar en la fabricación de congeladoras de cofre y cocinas independientes y discontinuar la producción de congeladores superiores y refrigeradores de una sola puerta y cocinas de 50 cm.; sin embargo no se advierte que dicha pericia de parte contenga el análisis que ha seguido la Empresa para determinar que la nueva estructura empresarial (quedar solo con dos líneas de trabajo y prescindir de la línea de refrigeradores frost y no frost) es la necesaria para mantener la continuidad de sus actividades.

Asimismo, la pericia presentada por la Empresa no contiene un análisis de dimensionamiento de personal, esto es, no se ha explicado la determinación de la cantidad necesaria de personal para las áreas que continúan funcionando luego de la “reestructuración del negocio”. Repárese que no se señala en la pericia cuál es la cantidad de trabajadores que las líneas de congeladoras de cofre y cocinas independientes requieren para la recuperación o funcionamiento eficaz del negocio.

Atendiendo a la situación señalada en los párrafos precedentes, la pericia de parte presentada por la Empresa no sustenta debidamente la necesidad de recurrir a la medida del cese colectivo por motivos económicos.”

Consideramos que las consecuencias de la falta de definiciones o nociones en torno a cada una de las causas también afecta el cumplimiento de funciones de quienes deben resolver cada una de las solicitudes, pues deben actuar conforme al principio de legalidad, es decir, ceñir sus actos estrictamente a lo que prevea la ley.

Ello ocasiona que, en la práctica, las resoluciones que se pronuncian sobre la improcedencia de los ceses colectivos no analicen la existencia o inexistencia de la causa alegada, sino que simplemente se restrinjan a analizar si la empresa cumplió o no el procedimiento en la fase formal del mismo y, dado el procedimiento regulado en la norma presenta también deficiencias, es usual que las empresas tengan un entendimiento distinto de lo que precisa el artículo 48° del TUO de la LPCL.

2.2. Sobre el aspecto subjetivo: trabajadores involucrados

Se ha establecido que el cese colectivo por causas económicas debe abarcar a un número no menor del 10% de los trabajadores de la empresa, lo cual evidentemente se deriva de la naturaleza colectiva del tipo de cese analizado¹⁵.

Sin embargo, la exigencia de que el cese colectivo involucre a un número no menor del 10% del total de trabajadores podría fomentar la afectación de un número mayor de trabajadores del necesario; o que, las empresas busquen reconducir el cese colectivo a despidos incausados con el pago de la indemnización regulada en el artículo 34° del TUO de la LPCL, cuando los involucrados no constituyen el 10% de la totalidad de los trabajadores¹⁶ (Cortés Carcelén, 2000).

Sin perjuicio de ello, es preciso indicar que el procedimiento tampoco habilita la posibilidad de cesar a todos los trabajadores de la empresa, ya que el cese colectivo por causas económicas está orientado a revertir la crisis empresarial; por lo que el cese de la totalidad de los trabajadores *“no guarda correspondencia con la naturaleza jurídica de la causa invocada”*. Así lo ha indicado la Resolución

¹⁵Mediante Resolución Directoral N° 0025-2011/MTPE/2/14 se ha establecido que la regulación prevista para los ceses colectivos contempla un supuesto que supone la existencia de relaciones colectivas de trabajo entre empresario y sindicatos, representantes de trabajadores o trabajadores colectivamente considerados.

¹⁶ Como sucedió en el conocido caso FETRATEL (Exp. 1124-2001-AA/TC)

Directoral N° 003-2013-MTPE, cuyos fundamentos 11.8 y 11.9 constituyen precedente vinculante de observancia obligatoria.

A diferencia de otras legislaciones, la nuestra no establece criterios de prelación que el empleador deba considerar al momento de seleccionar al personal comprendido en el cese colectivo, (tal es el caso de Alemania, Argelia, México, Panamá, Lituania, etc.) (Muller, 2011). La única alusión al personal involucrado en el cese colectivo la efectúa el artículo 63° del Reglamento de la Ley al Fomento al Empleo¹⁷, que ha establecido que en el cese colectivo por causas económicas, el empleador deberá brindar a la AAT la justificación específica de la inclusión de los trabajadores protegidos por el fuero sindical, al momento de presentar la solicitud para la apertura del expediente¹⁸.

Cabe preguntarse entonces si un dirigente protegido por el fuero sindical¹⁹ podrá o no ser incluido en un cese colectivo y cuáles serían las consecuencias de su inclusión en la medida. Al respecto, el artículo 28° de la Constitución reconoce el derecho de sindicación y garantiza la libertad sindical, siendo el fuero sindical una institución vinculada a dicho derecho²⁰.

De esta forma se protege la actividad sindical que desarrollen los dirigentes sindicales para que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos, pues sin dicha protección no sería posible que ejerzan la representación respectiva en procedimientos administrativos y judiciales, entre otras funciones²¹. Al respecto, de acuerdo a lo establecido en la redacción original del artículo 30° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo (TUO de la LRCT), *“el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores a no ser*

¹⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR.

¹⁸ Resulta evidente que son los dirigentes sindicales quienes se encuentran más expuestos a los actos antisindicales que puedan sufrir por su actuación, con la finalidad de imposibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical. Por este motivo, los dirigentes sindicales gozan de un mecanismo específico de protección regulado en el artículo 30° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo (en adelante, TUO de la LRCT), para evitar que sean despedidos sin causa debidamente demostrada. Evidentemente, ello no implica la negación del mecanismo general de protección a la libertad sindical de los trabajadores sindicalizados que no son dirigentes, como se observa del artículo 4 del TUO de la LRCT.

¹⁹ No todos los dirigentes cuentan con este plus de protección.

²⁰ Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de Embotelladora Latinoamericana, STC. 5474-2006-PA/TC, Fundamento 4.

²¹ Caso Baylón Flores, STC. N° 0206-2005-PA/TC, Fundamento 12.

despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación”.

Sobre el particular, se ha considerado que el artículo 30° del TUO de la LRCT parecería enfocarse en resguardar a los dirigentes protegidos con el fuero sindical contra actos de carácter individual, es decir, los que se dirigen contra *un trabajador específicamente protegido*, mas no brindaría una protección adecuada cuando este se encuentra comprendido en un procedimiento de cese colectivo; lo que, bajo argumentos discutibles, podría generar la posibilidad de que no se cuestione el hecho de que estos actos devengan o no en antisindicales, por no ser tan evidente, encontrando así una protección insuficiente en el fuero sindical (Atahuamán, 2013).

Sin embargo, consideramos que el fuero sindical regulado en el artículo 30° del TUO de la LRCT también opera en ceses de naturaleza colectiva, dado que la norma no hace diferencia entre despidos individuales o colectivos, bastando que se produzca “sin justa causa debidamente demostrada” y que afecte a un dirigente protegido por el fuero sindical.

Por lo que, en caso que se incluya en esta medida de reducción de personal, a un dirigente que cuenta con este *plus* especial de protección, sin que se haya probado la existencia de la causa justa (crisis real, actual y suficiente), este encontrará el mismo nivel de protección que gozaría ante un despido individual (Quino Cancino, 2014).

Además, el artículo 63° del Reglamento de la Ley al Fomento al Empleo²² ha establecido que, en el cese colectivo por causas económicas, el empleador deberá brindar a la AAT la justificación específica de la inclusión de los trabajadores protegidos por el fuero sindical, al momento de presentar la solicitud para la apertura del expediente. Por lo que, los trabajadores protegidos por el

²² Aprobado mediante Decreto Supremo 1-96-TR.

fuego sindical sí contarían con mecanismos de protección *ex ante* (la justificación específica en sede administrativa) y *ex post* (tras el cese colectivo, en sede judicial)²³.

Cabe indicar que si bien la normativa laboral no precisa que los criterios de selección deben ser definidos mediante negociación colectiva (como sucede en las legislaciones de Austria, Bélgica, Reino Unido, etc.), consideramos que resulta evidente que ello es posible en nuestra legislación vigente, ya sea mediante la suscripción de los convenios colectivos ordinarios, o mediante los acuerdos a los que pueda llegar el empleador con los distintos sindicatos - o representantes de los trabajadores - en vía de trato directo durante el procedimiento de cese colectivo.

De esta forma, podrían pactarse criterios de prelación en virtud de la edad, mayor antigüedad en la empresa, cantidad de dependientes económicamente en función de sus derechohabientes, discapacidad, resultados de evaluaciones de rendimiento y/o productividad, etc.

Cabe preguntarnos si las discordancias entre la cantidad de trabajadores señalados en la solicitud de aprobación del cese colectivo y la pericia presentada por la empresa pueden ser motivo de desaprobación del cese, dado que la AAT ha señalado que ello conlleva a no tener certeza sobre la cantidad de trabajadores involucrados, situación que ocasiona la improcedencia de la solicitud²⁴. No obstante, consideramos errado este criterio en la medida que la

²³ Los dirigentes sindicales protegidos por el fuego sindical que sean incluidos en la medida de cese colectivo tienen a su disposición el uso de la vía del fuego sindical o el proceso de nulidad de despido, en los casos en los que la necesidad de su inclusión en la medida no haya sido acreditada fehacientemente en sede administrativa.

²⁴ Resolución Directoral General N° 83-2016/MTPE/2/14

(...) Dichas cartas a las que se hace mención, son las cursadas al SINDICATO DE TRABAJADORES OBREROS/AS DE LA EMPRESA INNOVA AMBIENTAL S.A. y al SINDICATO DE TRABAJADORES, CHOFERES Y TECNICOS DE LA EMPRESA INNOVA AMBIENTAL-GRUPO SOLVI de fecha 27 de enero de 2016. En estas cartas se señala expresamente lo siguiente:

*“La Municipalidad de San Isidro nos ha informado, como es de su pleno conocimiento, que de manera indefectible, nuestros servicios concluirán el 02 de febrero de 2016 y **dicha decisión afectará a un total de 126 trabajadores (...)**”*

*“**La pericia de parte realizada por la empresa auditora PKF Vila Naranjo Pazos, ha determinado que se justifica una reducción de ciento veintiséis (126) puestos de trabajo**, por lo que la medida adoptada es imprescindible, en ella se explican en extenso los motivos y justificaciones de la medida. Este informe será puesto a su disposición a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el marco del procedimiento de cese colectivo”.*

En el numeral 3) del PRIMER OTROSÍ DECIMOS, la empresa acompaña la “Pericia de parte realizada por la empresa auditora PFK Vila Naranjo”.

AAT tiene la posibilidad de exigir a la Empresa – antes de emitir pronunciamiento – que precise y aclare de forma detallada y documentada quienes son los trabajadores involucrados en la medida, a fin de analizar si se cumple con el requisito del 10%.

Finalmente, es importante señalar que si bien la AAT se ha pronunciado sobre los casos en los que el número de trabajadores que la pericia recomienda involucrar se reduzca durante el procedimiento no afecta la validez de la pericia, no ha señalado si ello afectaría el cumplimiento del requisito cuantitativo:

Resolución Directoral 184-2018-MTPE/2/14

“Al respecto, esta Dirección General considera que si bien el número de trabajadores afectados con el cese colectivo no puede ser mayor al que se señale en el análisis recogido en la pericia presentada por la parte empleadora, nada impide que desde la fecha de elaboración de la pericia hasta la fecha en que se inicia el procedimiento administrativo (con la presentación de la solicitud por parte del empleador), dicho número se reduzca en virtud de los acuerdos a los que hayan podido llegar las partes, entiéndase, renunciaciones o retiros voluntarios, mutuos disensos, acuerdos de reubicación, entre otros. En tal sentido, dicha diferencia numérica -entre la pericia y la solicitud- no implica necesariamente la invalidez de la pericia presentada por el empleador.”

Dicha Pericia, en el cuarto párrafo de su numeral 4.3, señala textualmente lo siguiente: “Tomando en consideración que en la Concesión de los Servicios de Limpieza en el Distrito de San Isidro, involucra aproximadamente a **346 colaboradores**, respecto de los cuales, en la mayoría de casos, se ha producido el vencimiento de sus contratos; **por lo que la Compañía estima que la situación expuesta estaría afectando a 126 colaboradores**”.

(...) En ese sentido, las contradicciones expuestas tanto en el texto de la solicitud como en los documentos que acompaña a la misma, conlleva a que esta Dirección General no tenga certeza respecto al cumplimiento del requisito referido a que la medida adoptada comprenda a un número de trabajadores no menor al diez por ciento (10%) del total del personal de LA EMPRESA.”

Por tanto, se mantiene la interrogante sobre si la reducción del personal involucrado afectaría el requisito cuantitativo en caso los trabajadores hubieran acordado medidas alternativas que eviten su desvinculación.

2.3. Sobre el procedimiento

Como ya se ha señalado, a diferencia de lo que ocurre en los despidos individuales, la ley exige al empleador que obtenga la autorización de la AAT para proceder con el cese colectivo, para lo cual deberá cumplir cuidadosamente con el procedimiento regulado en la norma, a efectos de evitar que una solicitud de cese colectivo debidamente acreditada sea declarada improcedente como consecuencia de la inobservancia de los requisitos formales.

a. Etapa pre administrativa

La etapa pre administrativa involucra todas aquellas acciones que debe realizar el empleador de forma previa al inicio del procedimiento administrativo propiamente dicho y que se encuentran reguladas en el TUO de la LPCL.

- **Información a los trabajadores sobre la medida a implementar**

La empresa debe proporcionar al sindicato, o a falta de éste a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no contar con sindicatos, la información vinculada a la implementación de la medida de cese colectivo. Para ello, debe indicarse con precisión los motivos que invoca, así como la nómina de trabajadores afectados.

Consideramos que el cumplimiento del deber de información resulta trascendental para la consecución del procedimiento de cese colectivo y la emisión de un resultado que respete el debido procedimiento; pues es sobre la base de la información proporcionada por la empresa, que los trabajadores o sus representantes podrán

proponer medidas alternativas al cese y/o contradecir la viabilidad del cese colectivo ante la AAT mediante la presentación de sus pericias (Quino Cancino, 2014).

Sin embargo, no se ha regulado cuál es la información que deberá proporcionar la empresa al sindicato o a los representantes de los trabajadores, dejándose un amplio margen al empleador para el ejercicio de este deber de informar. Pese a ello, entendemos que esta información consistirá en documentación financiera, económica y laboral que demuestren por sí sola la existencia de la crisis y la posibilidad de revertirla mediante el cese colectivo. Sobre el particular, recientemente la AAT ha señalado lo siguiente:

Resolución Directoral General N° 195-2018-MTPE/2/14

*“La información pertinente exigida en el artículo 48 del TUO de la LPCL debe ser entregada a los trabajadores afectados con el cese colectivo, de manera previa a las reuniones de negociación que se puedan entablar con el empleador, **con un plazo de anticipación razonable**, de forma tal que la parte trabajadora tenga la oportunidad de informarse adecuadamente con la documentación otorgada por la parte empleadora. **De esta manera se busca garantizar que la negociación que sigue inmediatamente entre las partes no sea un mero trámite, sino que éstas se hallen realmente en condiciones de poder analizar la posibilidad de evitar el cese colectivo o reducir sus efectos, así como de discutir sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias.***

De igual forma, la importancia de la comunicación de la nómina a los trabajadores afectados radica en que las negociaciones se puedan llevar a cabo de manera informada. Repárese que, de esta manera, los trabajadores toman conocimiento de si el empleador cumple con el porcentaje mínimo exigido por ley para el inicio del procedimiento de terminación colectiva de los contratos de trabajo (10%). De igual forma, permite que los trabajadores puedan agruparse y negociar colectivamente con el empleador o nombrar sus propios representantes.”

Lamentablemente, nuestro ordenamiento legal no ha regulado disposiciones vinculadas al deber de información por parte del empleador, sea para determinar la información que la empresa se encuentra obligada a proporcionar, para contemplar los supuestos en los que no procede comunicar a los representantes de los trabajadores información que pudiese perjudicar a la empresa o que, encontrándose la empresa obligada a proporcionarla, se imponga a los representantes de los trabajadores el compromiso de mantener en reserva información confidencial proporcionada (Boza Pro, 1997).

Esta falta de regulación ocasiona que de forma muy subjetiva se considere que ciertas materias no pueden ser de conocimiento de los trabajadores, dejándose un amplio margen al empleador para que injustificadamente ejerza un inexistente derecho de veto o que, caso contrario, los representantes de los trabajadores empleen de forma indebida y perjudicial la información proporcionada por la empresa, entorpeciendo así el procedimiento de cese colectivo y la posterior negociación que deberá llevarse a cabo.

Por tanto, la ausencia de regulación de criterios para determinar la información “necesaria” que debe ser proporcionada a los

trabajadores, así como la ausencia de regulación del deber de sigilo profesional por parte de los representantes de los trabajadores evita que se cumpla con dos objetivos: el primero, acreditar frente a los trabajadores las causas que motivan la medida y, el segundo, la posibilidad de acreditar la justificación de las medidas a adoptar para evitar o reducir el cese colectivo.

En efecto, como señala Ojeda Avilés, si bien se debe atribuir importancia al derecho de información a la organización sindical o sus trabajadores, *“igualmente importante son las normas que controlan el uso de la información”*; no obstante, nuestra legislación laboral no regula el deber de sigilo profesional para los afiliados al sindicato o el sindicato en su conjunto, *“en especial sobre todas aquellas materias que la dirección señale expresamente el carácter de reservado, sin que en ningún caso los documentos entregados por la empresa puedan ser utilizados fuera del estricto ámbito de la misma y para distintos fines de los que motivaron su entrega”* (Ojeda Avilés, 2003), lo cual consideramos trascendente a efectos de que el empleador pueda brindar – transparentemente – la información necesaria.

- **Negociaciones con miras a reducir el impacto o evitar la medida**

El literal b) del artículo 48° del TUO de la LPCL regula el mandato legal de dar preferencia a la negociación en trato directo con el sujeto laboral colectivo, en desmedro del sujeto individual, negociándose con éste sólo en aquellos casos en los que no sea posible hacerlo con el primero, conforme se ha establecido con carácter vinculante en la Resolución Directoral N° 015-2011-MTPE/2/14. Consideramos que la empresa no se encuentra en la facultad de decidir por sí sola si negociará o no las medidas que puedan limitar o evitar el cese, pues dado que el cese colectivo deberá proceder siempre en última

instancia, es necesario que se entablen negociaciones con miras a reducir o evitar el impacto del mismo (Quino Cancino, 2014).

Por tanto, la empresa tiene la obligación de entablar negociaciones directas con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, a efectos de acordar las condiciones de terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal.

Con relación al deber de negociar, queda claro que este debe ejecutarse de buena fe y, preferentemente con la organización sindical, conforme lo viene reiterando la AAT:

Resolución Directoral General 15-2011-MTPE/2/14

“Que, existe un mandato legal (en virtud del artículo 48 de la LPCL) de preferencia en la negociación de trato directo favorable al sujeto laboral colectivo en desmedro del sujeto laboral individual, negociándose con éste último sólo en aquellos supuestos en que no sea posible hacerlo con el primero. Es así como debe entenderse el literal b) del artículo 48 de la LPCL que indica que ‘la empresa con el sindicato o en su defecto, con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal’.

Tal imposibilidad vista desde el prisma de la garantía constitucional del derecho de libertad sindical, del deber estatal de fomento de la negociación colectiva, de la obligación estatal de liminar todo obstáculo que la

entrampe o impida, desde la facultad estatal de establecer un plus de tutela a su favor, debe obedecer a cuestiones objetivas y no subjetivas que reviertan en la mala fe del empleador. Así, configura un supuesto de mala fe en el procedimiento de negociación directa citar a esta tanto los sujetos colectivos como a los trabajadores individuales, pues ello deslegitima la representación de los primeros sobre los segundos.”

Resolución Directoral General N° 195-2018-MTPE/2/14

“De otro lado, el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL dispone que ‘[l]a empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa. El acuerdo que adopten tendrá fuerza vinculante’.

Al respecto, cabe mencionar que, en primer lugar, de la norma se observa que el legislador refiere a negociaciones en plural, entendiéndose – por ende – que el empleador debe convocar a más de una reunión de negociación directa, esto con el objeto, no de cumplir un mero formalismo, sino de propiciar un diálogo real entre las

partes para un eventual acercamiento de sus posiciones. En el presente caso, se observa del expediente que solo se ha realizado una reunión de trato directo, el 05 de enero de 2018. Siendo ello así, se concluye que la Empresa no ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 48 del TUO de la LPCL.

En segundo lugar, del referido literal b) del artículo 48 de la LPCL se desprende que el legislador ha establecido un período de consultas que se constituyen, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva en donde, si bien no existe la obligación de que el empleador demuestre que las partes llegaron a un acuerdo, sí tiene finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de la causa objetiva alegada para solicitar la terminación de los contratos, analizar la posibilidad de evitar el cese, así como discutir sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos.

Así, este periodo de consultas o negociación directa entre la parte empleadora y la parte trabajadora afectada con la medida, atendiendo a la finalidad de las mismas, comprende también la exigencia de una negociación efectiva, garantizándose como tal, aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con la consiguiente toma de posición de unas y de otras, aunque no se arribe a un acuerdo.

De ello, además, se derivaría la existencia de un deber legal de negociar de buena fe. De allí que, como sostiene Lara, "...la nulidad del despido colectivo se afirma en aquellos casos en los que resulta acreditada una falta de

negociación, en el sentido de una falta de negociación real, de una falta de voluntad negociadora contraria al deber legal de negociar de buena fe”.

En el presente caso se tiene que, conforme al acta que obra a fojas 21 a 25 del expediente, la reunión de negociación directa entre la Empresa y los trabajadores afectados con la medida de cese colectivo se llevó a cabo el día 05 de enero de 2018. Sin embargo, del propio contenido del acta de la referida reunión no se observa que la Empresa haya promovido una efectiva negociación durante el período de consultas a que se refiere el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL. Por el contrario, puede verse que en dicha reunión, la Empresa solo comunicó a los trabajadores asistentes que cumpliría con el pago de los beneficios sociales y se limitó a responder las preguntas referidas el pago de vacaciones, sueldos y gratificaciones pendientes de pago, entre otros: no formulando propuesta alguna dirigida a acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que pudieran adoptarse para evitar o limitar el cese de personal.

Lo señalado en el párrafo anterior se confirma además con lo manifestado por la misma Empresa en el escrito de revisión, en el cual sostiene que para la validez y procedencia de la solicitud de cese colectivo, la legislación vigente no dispone “que obligatoriamente por parte de la Empresa se planteen propuestas o alternativas para evitar o limitar el cese colectivo, ya que si el empleador tuviera alguna medida o propuesta alternativa no tendría la necesidad de gestionar la solicitud de terminación colectiva

de contratos de trabajo ni convocar a las reuniones de trato directo.”

No obstante, no coincidimos con la AAT cuando señala que

“dichos actos de mala fe se tornan más evidentes cuando con ocasión de las negociaciones directas a la que fueron citados tanto los sujetos colectivos como los individuales se arriban a acuerdos con estos últimos, contradiciendo la voluntad de los primeros o aprovechando su ausencia”.

En efecto, consideramos que si bien el empleador debe negociar de buena fe – y en primera instancia – con la organización sindical o los representantes de los trabajadores, ello no puede suponer negar el derecho al trabajador afiliado de negociar directamente los términos de su desvinculación si así lo desea o si no – para estos efectos – no quiere ser representado por la organización sindical.

Entre las medidas alternativas a adoptar durante el periodo de negociación pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; la reasignación de puestos de trabajo o la reubicación geográfica o funcional; así como cualquier otra medida que pueda coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa.

Sobre el particular, la ATT es de la opinión que estas medidas deben ser temporales una vez superados los motivos que lo originaron, como se puede observar a continuación:

Resolución Directoral General N° 123-2018-MTPE/2/14

“En esa línea, es opinión de esta Dirección General que en aquellos casos en los que la medida del cese colectivo ha sido desaprobada por la AAT, la parte empleadora, una vez superada la situación económica que la llevó a plantear el cese colectivo por motivos económicos, debe -dentro de lo posible- realizar las gestiones necesarias para readmitir en sus puestos de trabajo originales a aquellos trabajadores que, en el marco de las negociaciones a las que se hace referencia en el artículo 48 del TUO de la LPCL, optaron por reubicarse en otros puestos de trabajo, más aún si ello implicó la reducción de la remuneración que venía percibiendo el trabajador.”

Si bien consideramos que dicho criterio podría ser de aplicación a los ceses por motivos económicos, en los casos en los que se produjo reubicación funcional como consecuencia de motivos estructurales o análogos, la readmisión en los puestos de trabajo originales no sería posible.

Cabe recalcar que cualquier modificación a las condiciones de trabajo adoptada en el marco de estas negociaciones deberá respetar el principio de irrenunciabilidad de derechos, no siendo posible que – en aras de preservar la continuidad de la empresa – se renuncie al ejercicio de derechos regulados en normas de naturaleza imperativa.

Asimismo, en el marco de la negociación que se entabla dentro del procedimiento de cese colectivo es posible la revisión de convenios colectivos vigentes, sin que los trabajadores involucrados puedan oponerse a estas medidas.

La inexistencia de un plazo en el cual el empleador deba entablar las negociaciones de forma previa al inicio del procedimiento en sede administrativa, ocasiona que no se cumpla adecuadamente con esta etapa, dado que su cumplimiento se considera una mera formalidad, sin que exista un verdadero ánimo, tanto por la parte patronal como la laboral, de buscar las salidas más idóneas para revertir o reducir la medida.

Por ello, resulta relevante la importancia de contar con documentación que acredite que el procedimiento de negociación se vea reflejado en actas donde conste la posición de las partes y el contenido de la negociación, con una reseña suficiente de la documentación e informes sobre los cuales se realizó la negociación (Navarro Nieto & Sáez Lara, 1998).

Adicionalmente, cabe preguntarse si la suscripción de mutuos disensos pueden ser considerados como una de las medidas destinadas a revertir o disminuir el impacto del cese. Consideramos que, al respecto, podrían esbozarse dos posturas. La primera, inclinada por señalar que la suscripción de acuerdos de terminación de la relación laboral por mutuo disenso no puede ser considerada como una alternativa más para evitar o reducir su impacto, dado que ello no sólo altera uno de los requisitos esenciales que debe ser evaluado por la AAT (vinculado al porcentaje mínimo de inclusión de trabajadores); sino que, además, constituye una forma más de terminación de la relación laboral, excluyente –por su propia naturaleza- del procedimiento de cese colectivo en el que la Empresa se encuentra incurso.

Una segunda postura implicaría inclinarse por la aceptación de esta forma consensuada de terminación laboral como uno de los mecanismos que buscan reducir el impacto del cese, aunque no

revertirlo, siempre que suponga el otorgamiento de beneficios extralegales de naturaleza laboral y vinculada a la seguridad social, que el trabajador no recibiría en caso de que el procedimiento sea autorizado por la AAT; considerándose así que ello implicaría un beneficio para el trabajador que no sería posible alcanzar en caso de la no suscripción del mismo y que, a la vez, coadyuvaría a la continuidad de las actividades económicas de la empresa, en los términos establecidos por el artículo 48, b) del TUO de la LPCL.

b. Etapa administrativa

Como hemos indicado, el procedimiento administrativo propiamente dicho se inicia con la solicitud de aprobación del cese colectivo por parte del Ministerio de Trabajo, quien intervendrá en esta etapa conforme a lo siguiente:

- **Solicitud de aprobación de la medida**

El empleador debe solicitar formalmente y por escrito, a la AAT, la aprobación de la terminación de los contratos de trabajo, acompañando a dicha solicitud la declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada, así como una pericia de parte que acredite su procedencia, la cual debe ser realizada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República²⁵.

Al respecto, es preciso anotar que la adopción del mecanismo vinculado a la presentación de un dictamen técnico ha tenido una evolución interesante, pues inicialmente este se encontraba a cargo de organismos estatales y luego se estableció la posibilidad de que el

²⁵ La normativa laboral que regula el procedimiento de solicitud de cese colectivo no establece diferencias procedimentales en virtud del tipo de causa objetiva alegada, por tanto, de una interpretación literal de la norma, se entiende que la exigencia respecto de la pericia corresponde sólo para las causas económicas.

dictamen sea elaborado por cualquier entidad particular (Cortés Carcelén, 2000).

Posteriormente, en la Tercera Disposición Transitoria y Final mediante Decreto Supremo 137-96-EF se estableció que la pericia contable a que hace referencia el artículo 82, literal c) del Decreto Legislativo 728 será realizada por una Sociedad de Auditoría hábil en el RUNSA, según la calificación que corresponda. El RUNSA fue el Registro Único de Sociedades de Auditoría, administrado por la Contraloría General de la República, en el que debían estar inscritas todas las sociedades de auditoría a efectos de prestar sus servicios de auditoría –aunque no brinden servicios a entidades estatales-, conforme lo establecía el artículo 3° del Decreto Legislativo 850 (artículo que posteriormente fue declarado inconstitucional, en el Expediente 003-97-I-TC). Sin embargo, dicho Decreto Legislativo fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, el 24 de julio de 2002, norma aplicable a las sociedades de auditoría que brindarían sus servicios a entidades sujetas a control por parte de la Contraloría General de la República.

En virtud de ello, los Lineamientos de Acción 7-99-TR/DNRT establecieron que al momento de elaboración de la pericia de parte, se debía adjuntar la constancia que acredite que la Sociedad de Auditoría se encontraba inscrita en el RUNSA de la Contraloría General de la República, la cual al día de hoy no es exigible. Los Lineamientos de Acción 7-99-TR/DNRT fueron emitidos en setiembre de 1999 por el Ministerio de Trabajo, con la finalidad establecer lineamientos que permitieran mantener un criterio uniforme en la aplicación de las normas en el procedimiento a seguir sobre terminación colectiva de los contratos de trabajo por causas objetivas, por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, a

nivel nacional. En virtud de las disposiciones establecidas en este documento, el Ministerio de Trabajo ha evaluado distintos procedimientos de cese colectivo a inicio de los años 2000.

Cabe indicar que la pericia de parte que presenta la empresa debe ser puesta en conocimiento de los trabajadores dentro del plazo de 15 días hábiles, plazo que fue ampliado pues el Decreto Legislativo 855 establecía un plazo de 48 horas, el cual resultaba evidentemente insuficiente (Cortés Carcelén, 2000).

- **Solicitud de suspensión perfecta de labores**

La empresa podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el periodo que dure el procedimiento, solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación, sin perjuicio de que la AAT realice la verificación posterior. Al respecto, mediante Directiva Nacional 1-2009-MTPE/2/11.1, Directiva sobre verificación de cumplimiento del sustento de la suspensión en el caso de las solicitudes de cese colectivo, se estableció que es deber de la AAT verificar en el día el cumplimiento de los hechos que sustentan la solicitud de suspensión, es decir, el inicio del procedimiento de cese colectivo.

En este sentido, los inspectores deben evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de los criterios utilizados en la solicitud de suspensión perfecta de labores, verificando, por ejemplo, si los puestos que venían ocupando los trabajadores afectados han sido cubiertos por personal distinto.

Coincidimos con la AAT cuando señala que, en caso de desaprobación del cese colectivo, la suspensión perfecta quedará también desaprobada, ocasionando el pago de las remuneraciones

correspondientes²⁶; en sentido contrario, si la solicitud de cese colectivo se aprueba, no resultaría razonable desaprobando la medida de suspensión perfecta, por lo que consideramos que el criterio vertido en la Resolución Directoral 52-2018-MTPE/1.20.2²⁷ resulta incorrecto.

- **Conciliaciones**

Vencido el plazo para que los trabajadores presenten su pericia de parte, la AAT debe convocar a reuniones de conciliación a los

²⁶ Resolución Directoral General 195-2018-MTPE/2/14:

“De otro lado, observamos que el TUO de la LPCL no ha regulado las consecuencias de las suspensiones de labores dejadas sin efecto a raíz del rechazo administrativo de la solicitud de terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. En este punto, es importante que se tenga en cuenta que el reinicio de la prestación de servicios de los trabajadores suspendidos es propiamente una consecuencia directa del rechazo de la medida de terminación colectiva de contratos de trabajo, y no es producto de algún análisis particular sobre la suspensión de labores acaecida. En este contexto, ¿debe entenderse que con el mero reinicio de la prestación de servicios, producto del rechazo administrativo de la solicitud de terminación colectiva de contratos de trabajo, el ordenamiento jurídico dispensa también una regulación integral sobre las consecuencias del decaimiento de la suspensión de labores? Sobre el particular, es importante tener presente que, a propósito de otra medida de suspensión de labores, el TUO de la LPCL sí establece consecuencias propias al decaimiento de la misma. Nos referimos a la suspensión temporal perfecta de labores por caso fortuito o fuerza mayor. El término de comparación entre esta suspensión de labores y aquella producto de una solicitud de terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos resulta válido porque en ambos casos nos encontramos ante una medida de similar naturaleza, esto es, la suspensión de los contratos de trabajo por decisión del empleador, siendo posterior la verificación que realiza la Autoridad Administrativa de Trabajo que conoce de la suspensión. En efecto, mientras el artículo 15 del TUO de la LPCL señala que “el caso fortuito y la fuerza mayor facultan al empleador, sin necesidad de autorización previa, a la suspensión temporal perfecta de las labores (...), el artículo 48, literal c) de ese mismo cuerpo normativo indica que “el empleador podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el período que dure el procedimiento [de cese colectivo], solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación (...). Frente a dos situaciones de similar naturaleza, el TUO de la LPCL regula las consecuencias del decaimiento de la suspensión en un caso y no en el otro. Así, únicamente para la suspensión temporal perfecta de labores por caso fortuito y fuerza mayor se prevé que “de no proceder la suspensión [luego de la verificación realizada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, ésta] ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido”. Siendo esto así, resulta evidente que la legislación laboral, en este punto, padece de un vacío normativo en torno a las consecuencias propias del decaimiento de la suspensión de labores en los casos de terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Frente a ello, y considerando que el TUO de la LPCL sí ha regulado consecuencias jurídicas para un supuesto similar, corresponde integrar dicho vacío mediante el método de la analogía, lo cual conduce, en el presente caso, a aplicar la consecuencia jurídica prevista para el decaimiento de la suspensión temporal perfecta de labores por caso fortuito o fuerza mayor. Atendiendo a lo expuesto, ante el rechazo administrativo de la solicitud de terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, no sólo debe tener lugar la reincorporación de los trabajadores (consecuencia directa del rechazo en sede administrativa), sino también el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo de la suspensión de labores (consecuencia directa del decaimiento de esta medida). Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el artículo 2 de la Constitución Política del Perú garantiza a toda persona el derecho a la igualdad ante la ley. Ello implica, entre otros aspectos, que la legislación debe establecer regulaciones similares a supuestos similares (como las suspensiones de labores sujetas a la decisión del empleador). Esta exigencia es aún más intensa cuando de por medio se encuentran derechos laborales constitucionales, como el derecho al trabajo (artículos 22 y 27 de la Constitución) y el derecho a una remuneración (artículo 24 de la Constitución). Por ello, la aplicación analógica en el presente caso no sólo soluciona un vacío normativo, sino que además reconduce la regulación prevista en el TUO de la LPCL al marco constitucional vigente en materia de igualdad. En tal sentido, corresponde que la Empresa abone las remuneraciones que los trabajadores que hubiesen dejado de percibir durante el período de suspensión de labores y proceda a reponer en sus puestos de trabajo a los trabajadores que mantengan vínculo laboral vigente con la Empresa.”

²⁷ En dicha resolución la AAT, en primera instancia administrativa, declaró procedente la medida de cese colectivo, no obstante, desaprobó la suspensión perfecta.

representantes de los trabajadores y del empleador, reuniones que deben llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres días hábiles siguientes.

Si bien hay quienes podrían considerar que este plazo es insuficiente, no debemos perder de vista que, con anterioridad a esta etapa, la empresa y los representantes de los trabajadores han tenido la oportunidad de negociar de forma directa.

2.4. Aprobación o desaprobación del cese colectivo

Concluida la etapa de conciliación, la AAT está obligada a emitir pronunciamiento dentro de los cinco días hábiles siguientes, al término de los cuales la solicitud se entenderá por aprobada si no se hubiese emitido la resolución. De esta forma, se ha establecido que operará el silencio administrativo positivo en los procedimientos de cese colectivo, privilegiándose la posición del empleador que se encuentra inmerso en crisis, en desmedro de los trabajadores que se verían perjudicados por el incumplimiento de los plazos por parte de la AAT, sin que se hubiera acreditado la existencia de causa justa que habilite el despido.

Asimismo, se afecta el derecho de contradicción de la parte laboral, quien se verá en la paradoja de impugnar una resolución que no fue emitida y de contradecir argumentos inexistentes, dada la ausencia de motivación para la procedencia del cese.

Blancas Bustamante considera que el establecimiento del silencio administrativo positivo en el procedimiento de cese colectivo constituye una ruptura de la igualdad que deben tener tanto la parte empleadora como la parte laboral en este procedimiento; quien además recalca la imposibilidad jurídica de que el silencio administrativo positivo sea de aplicación en procedimientos trilaterales, en tanto la decisión final repercute directamente en los administrados distintos al peticionario, conforme lo precisa el numeral 38.1 del artículo 38 del TUO de la

Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el D.S. 4-2019-JUS, norma posterior al TUO del LPCL (Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013).

En caso de que se emita pronunciamiento sobre el fondo de la solicitud y sea favorable para la empresa, éste deberá notificar a los trabajadores afectados con la autorización de cese por causas económicas, siendo esta notificación la que extinguirá el vínculo laboral. Y es que, dado que la AAT emite una “autorización”, la empresa podrá optar por cesar a todos los trabajadores involucrados en el procedimiento, cesar sólo a algunos o a ninguno.

Por ello, consideramos que en este caso deberá observarse también el principio de inmediatez, con lo que no sería posible que, una vez notificada la autorización de cese colectivo, la empresa notifique de la procedencia del cese tras haber transcurrido un lapso de tiempo excesivo (Quino Cancino, 2014).

Siendo así, en caso de demora entre la fecha de notificación que autorizó el cese colectivo y la notificación efectuada al trabajador, podría entenderse que la empresa reconsideró su decisión de extinguir el vínculo laboral. Notificada la procedencia del cese colectivo, la empresa deberá poner a disposición de los trabajadores despidos, los beneficios sociales que por ley puedan corresponderles, conforme lo indica el artículo 50 del TUO de la LPCL.

2.5. Conclusiones

El establecimiento de un criterio meramente cuantitativo, donde la cantidad de trabajadores a cesar se calcule en función del momento en el que se presenta la solicitud de cese es evidentemente una opción legislativa arbitraria que no es consecuencia de un análisis específico. Sin embargo, consideramos que establecer el criterio cuantitativo del 10% de trabajadores necesariamente involucrados en el procedimiento, desprovisto de un análisis de temporalidad, evidencia la insuficiencia de las disposiciones normativas para prever

consecuencias jurídicas a los supuestos que impliquen la extinción de vínculos laborales de forma previa o posterior al inicio del procedimiento.

Ello ocasiona que en el caso de los mutuos disensos suscritos como consecuencia de las negociaciones previas o posteriores al inicio del procedimiento, pero que básicamente responden a la misma causa objetiva, los trabajadores cesados en virtud de dichos mutuos disensos no formen parte también del 10% previsto por ley.

De otro lado, si bien sólo el empleador conoce la necesidad de contar o prescindir de ciertos servicios dentro de su organización, encontrándose en mejor posición que la AAT para determinar el personal necesario con el que requiere contar la empresa para revertir la crisis, sería importante que se fijen criterios metodológicos para la determinación del ámbito subjetivo del cese colectivo por causas económicas y la preferencia en la inclusión de ciertos trabajadores en la medida o que, en todo caso, se establezca que estos criterios sean acordados con la organización sindical.

Y es que, ante la inexistencia de dichos criterios metodológicos, hay quienes podrían considerar que la selección de los trabajadores involucrados en la medida forma parte del poder de dirección y organización empresarial, siendo innecesaria la participación de los representantes de los trabajadores en dicha selección, obviándose así la aplicación de las normas laborales en torno a la negociación colectiva que matizaría dicha postura. Evidentemente, el establecimiento de criterios metodológicos de selección o prelación de personal involucrado en la medida dotaría de mayor predictibilidad a esta modalidad de cese pocas veces autorizada por la AAT, evitando discusiones respecto de la idoneidad de la inclusión – o no – de personal contratado a plazo fijo, plazo indeterminado, sindicalizado no sindicalizado²⁸.

²⁸ Estos criterios de metodología sí han sido establecidos y aplicados por la Autoridad Administrativa de Trabajo para procedimientos de suspensión temporal perfecta de labores por motivos de fuerza mayor (Resoluciones Directorales Generales Nos. 010-2012-MTPE/2/14, 012-2012/MTPE/2/14).

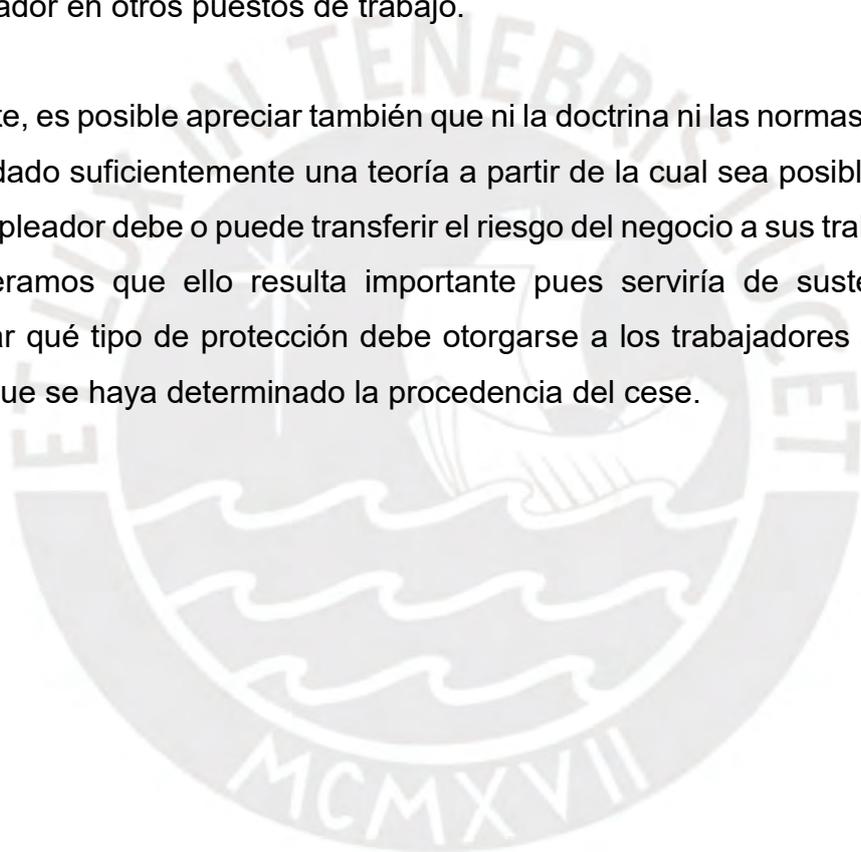
Asimismo, no cabe duda de que la determinación del personal que será involucrado en el cese colectivo deberá basarse en criterios objetivos que tengan como parámetros generales el respeto por el derecho a la no discriminación, de tal forma que la medida de cese no tenga como objetivo reducir el número de trabajadores contratados a plazo indeterminado y/o sindicalizados, lo que evidentemente no impide que estén involucrados en la medida de cese si es que se demuestra que su incorporación obedece a criterios objetivos. Sin embargo, consideramos que la línea que podría diferenciar un criterio objetivo de uno discriminatorio puede ser muy difusa y deberá analizarse caso por caso.

A partir del procedimiento establecido para el cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas es posible apreciar que el ordenamiento tiene como presupuesto que es necesario que las organizaciones sindicales o los representantes de los trabajadores sean los interlocutores legitimados para entablar negociaciones con el empleador con miras a reducir o evitar el cese. Sin embargo, la escasa regulación respecto de la legitimación sindical para este tipo de procedimientos y el poco interés que tienen las empresas para interactuar con las organizaciones sindicales ocasionan que muchas veces las empresas negocien individualmente con los trabajadores afectados la salida de estos mediante el otorgamiento de incentivos y la suscripción de mutuos disensos, sin que – evidentemente – las organizaciones sindicales puedan evitar este tipo de comportamientos que podrían ser considerados por algún sector de la doctrina como actos antisindicales. Por tanto, ¿cuál es el límite de la actuación sindical en estos procedimientos?

Considerando el ordenamiento vigente, se trata de una pregunta difícil de responder dado que no se desprende del ordenamiento cuál debe ser el rol de las organizaciones sindicales en estos procedimientos, por ejemplo, en aspectos vinculados a las materias que puede negociar en aras de disminuir o reducir el impacto del cese y cuáles son los límites del ejercicio de este derecho de negociación dentro de un procedimiento de cese colectivo, dado que ningún derecho es absoluto.

Asimismo, es importante determinar cuál es el rol del Estado frente a la procedencia de un cese colectivo, considerando que nos encontramos en un Estado Social y Democrático de Derecho, conforme lo señala nuestra Constitución Política, dado que en la regulación vigente el Estado sólo interviene durante el procedimiento, al aprobar o desaprobar la solicitud. Sin embargo, no hay regulación vinculada a la obligación estatal de proveer de mecanismos de protección al trabajador cesado como consecuencia de un despido colectivo, en el ámbito de la seguridad social en salud y en lo que respecta a la recolocación del trabajador en otros puestos de trabajo.

Finalmente, es posible apreciar también que ni la doctrina ni las normas laborales han abordado suficientemente una teoría a partir de la cual sea posible concluir que el empleador debe o puede transferir el riesgo del negocio a sus trabajadores y consideramos que ello resulta importante pues serviría de sustento para determinar qué tipo de protección debe otorgarse a los trabajadores afectados una vez que se haya determinado la procedencia del cese.



Capítulo 3: Propuestas para la viabilidad del cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas

Luego de mencionar las principales deficiencias de la normativa laboral en torno al procedimiento establecido para los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, consideramos que resulta necesaria la modificación del artículo 48 del TUO de la LPCL y el establecimiento de nuevas disposiciones a fin de que el trabajador cesado en virtud de estas causas no se encuentre en una situación total de desprotección como consecuencia del despido.

A continuación, señalamos los principales aspectos que – en nuestra opinión – deberían tenerse en cuenta en una eventual y necesaria modificación de la normativa laboral para viabilizar la procedencia del cese colectivo:

3.1. En torno al aspecto objetivo

Si bien podría considerarse que la ausencia de una definición exacta de cada una de las causas objetivas no determinan en sí misma la existencia de una laguna normativa de rango legal (Aguinaga Meza, 2014); y que, por ende, no resulta necesario que se establezca – a nivel normativo – una definición de cada causa objetiva o las características que deberían presentar, a fin de determinar la existencia de la misma; somos de la opinión que ello sí es necesario y, en cierto modo, determina la inviabilidad de los ceses colectivos bajo la normativa actual.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el deber de pronunciarse sobre la procedencia del cese colectivo recae en una entidad estatal, la que, como tal, es representada por funcionarios que se encuentran sometidos a diversas obligaciones funcionales y, por tanto, a la responsabilidad funcional también. Dichas obligaciones encuentran sustento, básicamente, en los principios que rigen el procedimiento administrativo.

Al respecto, no debemos perder de vista que el proceder de todo funcionario público debe someterse al principio de legalidad, en virtud del cual *“las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”* y que, este principio es entendido como un límite a la actividad del funcionario público, en contraste con el principio general de libertad, considerándose así que la administración pública (y, por tanto, todo aquél que actúe en su representación) está prohibida de hacer lo que la ley no señala y obligada a hacer lo que la ley manda.

Por tanto, consideramos que la ausencia de una definición adecuada para cada una de las causas objetivas es – además de la poca voluntad política y las posibles sanciones por responsabilidad funcional que podría afrontar un funcionario público que forme parte de la AAT– uno de los principales factores que podrían haber estado determinando la inviabilidad de los ceses colectivos y que en algunos casos las resoluciones emitidas por la AAT se restrinjan al análisis de los aspectos formales a fin de denegar las solicitudes de cese, sin pronunciamientos sobre el fondo.

En nuestra opinión, de ello se deduce la necesidad de establecer una regulación legal adecuada para cada una de las causas objetivas, de tal forma que los funcionarios públicos, ciñendo su ejercicio al principio de legalidad, se encuentren en una mejor posición que les permita analizar adecuadamente la existencia de la causa invocada y la obligación de declarar la procedencia de los ceses respectivos una vez validados cada uno de los requisitos.

Asimismo, consideramos que las causas “tecnológicas” deben ser entendidas como aquellas que ocasionan cambios en los medios o instrumentos empleados para la producción, mientras que las causas “estructurales o análogas” comprenden tanto las causas organizativas (vinculadas al organigrama funcional de la empresa) y las de producción (vinculadas a descentralización productiva y

el término o no renovación de los contratos de suministro de servicios con las contratistas).

En nuestra opinión, una modificación legislativa que comprenda la definición de las causas económicas, tecnológicas, estructurales y análogas, así como sus características, sería de gran importancia en los casos en los que sea necesaria la disminución del personal con miras a procurar la continuidad de la empresa. Del mismo modo, debería regularse la necesidad de que el empleador acredite que la causa objetiva alegada es inimputable al empleador (Munne, 1992), para lo cual es importante contar con nuevas definiciones respecto de cada una de las causas, las cuales esbozamos a continuación:

a. Causa económica

Con relación a las causas económicas, se ha señalado ya que la definición de causa económica regulada por el Decreto Supremo 13-2014-TR ha sido declarada inconstitucional por no cumplir con los requisitos formales de validez previstos en la Constitución ni se adecúa a los valores constitucionales de “creación de riqueza y bienestar general”, como hemos mencionado anteriormente.

Por tanto, es necesario que se establezca una nueva regulación, que no infrinja el ordenamiento legal ni constitucional en su aspecto formal ni de fondo, sobre la base del deber patronal de acreditar una “disminución persistente”, que debería ser analizada sobre la base de la comparación de los ingresos o ventas en años previos, de tal forma que se acredite la existencia de esta causa objetiva cuando la disminución de los ingresos o ventas sea persistente e ininterrumpida (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013).

Un aspecto importante a tener en cuenta en la determinación de la procedencia del cese por causas económicas es analizar la responsabilidad

del empleador en el acontecimiento de la crisis económica, bajo el juicio de razonabilidad que se aplica en tribunales españoles²⁹, que consiste en determinar qué tan adecuada es la medida de cese para lograr sus objetivos, considerando para ello “el criterio rector estándar de conducta del buen comerciante y que se extiende a la conexión funcional entre el despido y su finalidad” (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013).

Ahora bien, es evidente que la causa económica deberá encontrarse asociada a un estado crítico de la empresa que requiera la supresión de determinados puestos de trabajo para garantizar la continuación de la actividad empresarial; sin embargo, esta no deberá ser entendida como una crisis económica que determine la desaparición o cierre de la empresa, pues bajo este supuesto entonces no cabría la posibilidad de mantener algunos puestos de trabajo o negociar con el personal involucrado medidas que permitan la viabilidad de actividad de la empresa. Por el contrario, lo que debería buscar la medida de cese colectivo por estas causas es, precisamente, prevenir o evitar que la empresa alcance la gravísima situación en la que no le sea viable subsistir ni asumir sus costos laborales u operativos.

Sin perjuicio de ello, sí debería acreditarse de qué forma la eliminación de los puestos de trabajo (y no sólo el despido de los trabajadores) contribuirá a la recuperación de la crisis económica. Esta crisis, además, deberá ser actual y no futura; pues, de lo contrario, la causa económica no podría ser demostrada fehacientemente, infringiéndose así el principio de causalidad en el despido.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Asturias del 15 de julio de 2011.

Asimismo, la causa económica deberá repercutir en toda empresa, no siendo posible admitir que esta se alegue respecto de un centro de trabajo o una de las líneas de negocio.

b. Causas tecnológicas o técnicas

Debe entenderse por causas técnicas o tecnológicas como aquellas que implican la modificación del proceso de producción, como consecuencia de la introducción de nuevos procedimientos o métodos productivos derivados de la renovación de los instrumentos o maquinarias empleadas por la empresa, sea por la obsolescencia del equipamiento productivo que hasta entonces venía empleándose o por la necesidad comercial de introducir tales modificaciones a efectos de mejorar el servicio o producto ofrecido al mercado.

Esta renovación de instrumentos o maquinarias deberá ocasionar necesariamente la desaparición de los puestos de trabajo, siendo necesaria (mas no “urgente”) para no perder la competitividad en el mercado, sin que sea exigible que la causa esté ligada o asociada a situaciones de crisis económicas.

Consideramos que la razón de ser y finalidad de esta causa exige que el empleador realice una inversión en la renovación de equipos o maquinarias, tal como lo ha señalado la jurisprudencia española, *“pues lo característico de la medida es que la renovación de los bienes de equipo de la empresa puede llevar a un excedente de mano de obra”*³⁰; por lo que esta causa no se presentaría sin una real inversión, en todo caso podríamos estar frente a una causa estructural o análoga, mas no técnica.

³⁰ Sentencia TSJ de Navarra del 24 de octubre de 1995.

c. Causas estructurales o análogas

Las causas estructurales tampoco deberán encontrarse asociadas indefectiblemente a la existencia de una situación de crisis, sino que debe responder a la decisión de reestructurar o reorganizar el sistema productivo; no obstante, ello no debe ser entendido como la legitimación del despido por la mera decisión de reducir costos laborales a través de la descentralización productiva.

Por el contrario, esta causa deberá responder a una estrategia razonable de reestructuración organizacional frente a la necesidad de: (i) modificar los sistemas o métodos de prestación del servicio o la forma de organización del trabajo, o, (ii) suprimir o incorporar nuevos productos o servicios al mercado que ocasionen la supresión de algunos puestos de trabajo, sin que se exija que detrás de esta causa existan motivos económicos (pues, de lo contrario, no nos encontraríamos ante un motivo estructural o análogo, sino frente a un motivo económico). De hecho, la jurisprudencia española considera que *“se vincula a la eficacia de la gestión de la mano de obra, incluyendo los tiempos de trabajo.”*³¹

Así, las causas estructurales o análogas se diferencian de las causas técnicas, pues no se requiere inversión alguna en maquinaria o innovación tecnológica, sino que sólo se aplican nuevos métodos de trabajo que implican la distribución ordenada de la mano de obra existente. Por lo tanto, si bien la circunstancia técnica incorpora medios de producción más eficientes (con la correspondiente inversión), la causa estructural o análoga se relaciona con la optimización de la mano de obra existente, sin necesidad de invertir en tecnología, lo que puede ocasionar la eliminación de algunos puestos de trabajo. (Arias Domínguez, 2004, pág. 53).

³¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, del 23 de julio de 2002.

La descentralización productiva puede estar asociada a esta causa, pero siempre que se acredite que ello responde a la necesidad de mantener la competitividad de la empresa y no a un mero deseo de reducción de costos laborales. De la misma forma, esta causa puede presentarse cuando existe la necesidad de ajustar la producción o servicios que brinda en función de los que requiere el mercado.

Cada una de las causas debería cumplir con los criterios de realidad, suficiente, objetiva y externa (determinada necesariamente por el contexto económico o social).

3.2. En torno al aspecto subjetivo

La mayoría de legislaciones proporcionan una definición cuantitativa a los despidos colectivos (sobre todo por causas económicas), haciendo referencia al número de trabajadores afectados (a partir de cinco, diez o veinte personas) o a un porcentaje del personal en función del tamaño de la empresa y, en estos casos, es usual que el despido colectivo se produzca escalonadamente en un periodo determinado (dos o tres meses) (Muller, 2011).

Con relación al primer aspecto, consideramos que establecer una cantidad mínima de trabajadores para que se determine la procedencia del cese es importante, en la medida que ello nos permitirá determinar en qué casos nos encontramos ante un cese colectivo o una pluralidad de despidos individuales.

Sin embargo, como se ha precisado anteriormente, consideramos que el establecimiento de un porcentaje equivalente al 10% puede ocasionar que los empleadores terminen incluyendo en la medida a trabajadores que no deberían ser cesados, con la finalidad de cumplir con el requisito mínimo cuantitativo; por lo que, en nuestra opinión, la cantidad mínima de trabajadores involucrados debería ser menor cuando pueda acreditarse la existencia de la causa objetiva – con prescindencia del número total de trabajadores en la empresa.

Con relación al segundo punto, en la medida que la sola aprobación de la solicitud del cese no determina la extinción del vínculo laboral, si bien nuestra legislación no lo señala explícitamente, por las disposiciones que regulan el procedimiento de cese colectivo y las distintas etapas del mismo, es posible concluir que una vez aprobada la solicitud, la comunicación del despido debe efectuarse de forma inmediata a cada uno de los trabajadores, a fin de que opere la extinción de los respectivos vínculos laborales y no se cuestione tal voluntad patronal, alegando vulneración al principio de inmediatez, por el solo transcurso del tiempo.

Sin embargo, consideramos que el despido de los trabajadores involucrados debería poder realizarse también de forma escalonada, dentro de un plazo determinado, a fin de que el impacto en el colectivo de trabajadores sea menor.

Con relación a la prelación de trabajadores consideramos importante que, a falta de regulación vía convenio colectivo, las disposiciones legales establezcan los criterios de preferencia del personal que deba mantener sus puestos de trabajo, sobre la base de: (i) la capacidad y productividad de los trabajadores, siempre que ello pueda ser objetivamente verificable a partir de más de dos evaluaciones que el empleador hubiera efectuado de forma previa a la generación de la causa objetiva; y, (ii) la carga familiar (especialmente cuando se cuenta con hijos en edad escolar) de los trabajadores. Adicionalmente, podrían señalarse criterios de prelación sobre la base de antigüedad, afiliación sindical, conducta adecuada (lo que implica contar con un récord laboral libre de amonestaciones y sanciones).

Finalmente, dado que el cese colectivo afecta un puesto de trabajo, este no debería ser posteriormente ocupado por otro trabajador; sin embargo, ello no implica que las

“las funciones propias del mismo desaparezcan pues éstas pueden seguir formando parte de la actividad si bien desarrolladas por un

menor número de trabajadores (...) dado que puesto de trabajo y funciones son perfectamente separables y la desaparición del primero no debe conllevar necesariamente a la eliminación de las tareas del puesto que se puedan integrar en otro u otros puestos de trabajo. Se trata, en definitiva, de una medida razonable que permite aprovechar mejor los recursos humanos” (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013).

3.3. En torno al aspecto procedimental

Con relación al procedimiento vigente para obtener la aprobación de un cese colectivo, consideramos que la etapa de negociación es clave para determinar la procedencia del cese y procurar que sus efectos sean los mínimos posibles.

Cualquier modificación normativa vinculada a esta etapa deberá considerar tres aspectos: el primero, vinculado al sujeto legitimado para entablar las negociaciones y para recibir la información necesaria; segundo, vinculado a la información que debería poner a disposición el empleador de la mano con una regulación específica que resguarde la confidencialidad de la información proporcionada; y, el tercero, vinculado a la legalidad y el impacto de la suscripción los acuerdos de mutuo disenso una vez iniciado el procedimiento ante la AAT.

Sobre el primer punto, nos parece importante tener en cuenta que el carácter colectivo del cese justifica la participación de la organización sindical existente en la empresa. De tal forma que, en la medida que es función de la organización sindical representar a sus afiliados (o a la totalidad de trabajadores, en caso se trate de sindicatos mayoritarios), es la organización sindical el sujeto legitimado para recibir la información laboral pertinente en torno a las medidas que determinan la necesidad del cese colectivo; y, en ese sentido, es también el sujeto legitimado para negociar – en una primera etapa – sobre las medidas que puedan evitar o limitar el cese colectivo. No obstante, ello no deberá implicar la

prohibición de que el trabajador negocie, a título personal y sin ser representado por su organización sindical, sobre las condiciones de cese, con la Empresa.

Evidentemente, en esta primera etapa de negociaciones, deberá observarse una actitud adecuada por parte del empleador, la cual debe encontrarse acorde al principio de buena fe, lo cual implica un deber de medios y no de resultados.

Es decir, el empleador no se encuentra obligado a llegar a un acuerdo que evite o limite el cese de personal en tanto ello no sea posible, pero sí se encuentra obligado a analizar conjuntamente con la organización sindical el efecto de las posibles medidas, a fin de determinar la suficiencia o no de ellas para lograr evitar o limitar el cese.

Reiteramos que la importancia de que se brinde la información de forma oportuna y de manera suficiente debe ir de la mano de la exigencia a la organización sindical o los trabajadores con los que se negocia de usar la información proporcionada sólo para efectos de la negociación, manteniendo la reserva y confidencialidad de toda la información brindada.

Además, consideramos necesario que se establezca una regulación específica sobre las medidas mínimas cuya implementación deberían ser evaluadas obligatoriamente a fin de evitar o reducir el impacto de cese colectivo, sobre la base de las siguientes opciones (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013):

- 1) Posibilidad de otorgar vacaciones adelantadas, en los casos en los que se presente la causa económica.
- 2) Posibilidad de ubicar al trabajador en un puesto distinto dentro de la misma empresa o, en su lugar, en otra empresa del grupo empresarial.
- 3) Posibilidad de trasladar a los trabajadores a establecimientos o sedes ubicadas en zonas geográficas distintas.

- 4) Modificaciones sustanciales y temporales de condiciones de trabajo, incluyendo la inaplicación temporal del convenio colectivo vigente, en los casos donde se presente la causa económica.
- 5) Posibilidad de suspender temporalmente el contrato de trabajo, hasta por un plazo máximo, hasta que la causa económica pueda revertirse.
- 6) Determinar la posibilidad de reubicar al personal en otras áreas, sedes geográficas, sin disminución de remuneración y categoría, en los casos de causas tecnológicas o estructurales, con la formación respectiva a cargo del empleador en los casos en que sea necesario que el trabajador cuente con algún curso corto de formación.
- 7) Posibilidad de recolocar a los trabajadores mediante agencias de recolocación laboral autorizada para estos efectos en caso se apruebe el cese colectivo. Como veremos en la sección 6.4, el Estado podría intervenir brindando este servicio.
- 8) Posibilidad de promover el empleo por cuenta propia a través del otorgamiento de incentivos para la constitución de nuevas empresas, siempre que ello no implique la prestación de servicios de los trabajadores cesados a la empresa que solicitó el cese colectivo, dado que ello implicaría un fraude a la ley. En este punto, es preciso indicar que nuestra legislación tributaria establece la inafectación del Impuesto a la Renta de Quinta Categoría a las sumas que el sindicato o los trabajadores pacten con el empleador dentro de las negociaciones de cese colectivo, así como en los casos en los que se otorgue a los trabajadores incentivos para la constitución de nueva empresa.

Ahora bien, consideramos que de no ser posible arribar a un acuerdo con la organización sindical que tenga alguno de los efectos señalados, el empleador debería estar en facultad de negociar unilateralmente con los trabajadores involucrados y representados por la organización sindical a fin de establecer cualquier otra medida que coadyuve a la continuidad de las actividades económicas, lo cual resulta coherente con la regulación específica si tenemos en

cuenta que este tipo de procedimientos tiene como finalidad procurar que la empresa mantenga su competitividad en el mercado.

Sin embargo, consideramos necesario que para determinar la conclusión de la primera etapa (negociación con el sindicato) debería establecerse un plazo máximo y la necesidad de que el empleador acredite que se llevó a cabo la negociación el sindicato – lo que no se reduce únicamente a la exhibición de información o comunicación del inicio del procedimiento de cese colectivo.

Esto nos lleva al segundo punto: la información que debe ser puesta a disposición del sujeto legitimado para entablar las negociaciones. Consideramos que, sea que la negociación se lleve a cabo con el sindicato o con el trabajador individualmente considerado, la información que debe entregar la empresa es aquella que evidencie la justificación del cese y de la inclusión de cada trabajador en la medida, dado que ello posibilitará una mejor y eficiente negociación con el sujeto legitimado para ello.

Así, en la medida que la negociación con la organización sindical constituye en sí misma una negociación colectiva, debería ser posible que en caso se demuestre la existencia de mala fe negocial por parte del empleador en la etapa de negociaciones, la organización sindical pueda solicitar que mediante arbitraje potestativo y expeditivo, se defina tanto la información que deberá entregar la empresa y la posibilidad de implementar medidas que eviten o reduzcan el impacto del cese colectivo.

Con relación a los acuerdos que puede suscribir el empleador con la organización sindical con miras a evitar o limitar el impacto del cese y, en particular, los convenios de mutuo disenso suscritos en el marco de estos procedimientos, nos parece importante señalar que la jurisprudencia española ha considerado que estos constituyen un indicio de fraude a la ley cuando

“en forma simultánea o inmediatamente anterior a la amortización de puestos de trabajo, se hubieran producido acuerdos de transaccionales con otros trabajadores de la empresa para la resolución de sus contratos de trabajo. En esos casos, se venía entendiendo que estábamos ante un supuesto de crisis generalizada que la empresa trataba de camuflar a través de extinciones de los contratos de trabajo para soslayar la presentación del correspondiente expediente” (Briones González, 1995)

Sin embargo, consideramos que en la medida que nuestro TUO de la LPCL regula la suscripción de mutuos disensos como una forma adicional de extinción del vínculo laboral, siempre que esta no adolezca de vicios de la voluntad y que dichos acuerdos sean firmados por los trabajadores individualmente considerados en la segunda fase de las negociaciones, la suscripción de estos mutuos disensos no constituyen fraude a la ley y se encuentran acordes con nuestro ordenamiento legal, más aún si consideramos que con tal suscripción se coadyuvaría con la continuidad de la empresa.

Asimismo, consideramos que la suscripción de este tipo de acuerdos no deberá incidir en el pronunciamiento final de la AAT ni considerarse que la disminución de la cantidad de trabajadores involucrados ocasiona el incumplimiento del requisito cuantitativo que debe cumplirse para la procedencia del cese, dado que tal requisito deberá ser evaluado teniendo en cuenta la cantidad de trabajadores afectados al momento de presentar la solicitud de cese colectivo ante la AAT, aun cuando la cantidad de trabajadores involucrados en la medida sea inferior al 10%.

3.4. Aprobación o desaprobación del cese colectivo

Como hemos indicado, somos conscientes de que los funcionarios responsables de la emisión de las resoluciones que resuelven los procedimientos de

terminación del contrato de trabajo por causas objetivas suelen evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto (es decir, la existencia o no de la causa objetiva), limitándose a señalar la improcedencia de la medida en función de incumplimiento de requisitos formales o meramente jurídicos.

Sobre el particular, consideramos que, sin perjuicio de la importancia y necesidad de que el análisis sobre la procedencia del cese recurra a la verificación del cumplimiento del procedimiento establecido – a fin de garantizar que no se hayan incurrido en vulneraciones a los derechos de los trabajadores -, es importante también entender que la existencia de una causa objetiva debe ser analizada no sólo desde el punto de vista legal, sino también desde el punto de vista técnico, en función del tipo de actividad que realiza el empleador, así como considerando las particularidades y necesidades propias del sector.

Por tanto, es necesario que – bajo el mismo criterio regulado en el D.S. 9-2018-TR – la decisión sobre la procedencia del cese colectivo se encuentre acompañada y sustentada en la opinión técnica de un órgano independiente que determine y analice la real existencia de la causa invocada. Creemos que la participación de un órgano técnico e independiente es fundamental, dado que es importante que este análisis se realice sin desmedro de la productividad de la actividad empresarial, competitividad de la empresa en el mercado y modernización, lo cual – como hemos indicado – beneficia no sólo a la Empresa, sino que repercute también en el bienestar general.

3.5. Rol estatal

De acuerdo con nuestra Constitución Política de 1993, la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana; fórmula que, al igual que la Constitución de 1979, expresa su adhesión al modelo del “Estado Social”. Se ha señalado la contradicción que encerraría la Constitución de 1993 al establecer en su artículo 43° un Estado o República Social y, a la vez, regular un régimen

económico neoliberal, en su Título III (Blancas Bustamante, La cláusula del Estado Social en la Constitución, 2011).

Dicha aparente contradicción ocasionó que nuestro Tribunal Constitucional se pronunciara en la Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, armonizando ambos conceptos sobre la base de la finalidad que buscan conseguir un Estado Social y una Economía Social de Mercado. En efecto, en los fundamentos 12 y 13 de dicha sentencia se señaló que la Economía Social de Mercado es una condición importante del Estado Social y democrático de derecho.

Así, se señala que las nuevas funciones del Estado moderno se encuentran vinculadas a los siguientes aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos:

“a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.*
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.*
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.*

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.

b) Supuestos sociales

Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial. Al respecto, García Pelayo sostiene que la unidad entre el Estado social y la comunidad nacional hace posible otra característica de dicho tipo de Estado, a saber, su capacidad para producir la integración de la sociedad nacional, o sea, el proceso constante, renovado, de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes (Las Transformaciones... Op. Cit., pág. 45).

c) Supuestos políticos

El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado.

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad

de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De este forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

La vigencia de los principios democráticos asume vital importancia, dado que la satisfacción razonable de las condiciones de existencia de la persona determina y condiciona la voluntad legítima de la nación sobre el sistema estadual, consiguiéndose la estabilidad del Estado en todos sus elementos, y alcanzándose las metas propuestas en el modelo social.

La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, que no puede limitar su actividad sólo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas

d) *Supuestos jurídicos*

En el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana.

Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad.”

Por lo tanto, bajo nuestro modelo constitucional, el Estado debe tener un rol activo, de forma subsidiaria y solidaria, mediante acciones auxiliares, complementarias y temporales con miras a procurar el bienestar social, pero sin intervención directa en el libre mercado, conciliando intereses de los distintos actores de la sociedad sobre la base del principio de la democracia.

El evidente reconocimiento constitucional del derecho al trabajo y a la seguridad social³² ocasiona que estos formen parte de un conjunto de derechos sociales que deben ser promovidos activamente por el Estado, tanto en sentido material como en fuentes de acceso a los mismos. Así, cuando hacemos alusión a la

³² **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 10°.- Derecho a la Seguridad Social

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Artículo 22°.- Protección y fomento del empleo

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23°.- El Estado y el Trabajo

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

promoción del sentido material del derecho al trabajo y del derecho a la seguridad social en el marco de un procedimiento de cese colectivo, nos referimos al conjunto de normas, preceptos o pautas que deben ser establecidas y reguladas por el Estado, a fin de determinar las conductas a seguir por los actores sociales (Estado, empleador y trabajadores) dentro de tales procedimientos.

En efecto, partamos del hecho que el derecho al trabajo comprende, por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo (en cuyo caso, supone que el Estado adopte una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo); mientras que, por otro, el derecho a no ser despedido por causa justa (es decir, una proscripción para cualquier empleador y un deber Estatal de fijar las medidas restitutorias o indemnizatorias en casos de despidos que no sean consecuencia de una causa justa)³³; y que, en ese sentido, el derecho al trabajo es un bien jurídico tutelado constitucionalmente.

Dado que el derecho a acceder a un puesto de trabajo supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población se encuentre en posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, progresivamente acorde con las posibilidades del Estado; consideramos que debería formar parte de la política estatal la promoción de la recolocación laboral del personal cesado en procedimientos de ceses colectivos, sobre todo en los casos que sean consecuencia de causas económicas y tecnológicas, asumiendo así la corresponsabilidad de las falencias del mercado que ocasionaron la necesidad de reducir la planilla laboral.

De esta manera, es deber estatal establecer una legislación especial que le permita cumplir con su rol de ser fuente de acceso al derecho al trabajo en situaciones particulares, lo cual evidentemente no implicará un deber de conseguirle un puesto laboral para el trabajador cesado; pero sí de regular,

³³ Sentencia recaída en el Exp. 1124-2001-AA/TC.

implementar y realizar los planes, acciones y medidas necesarias que permitan su reinserción en el mercado laboral en el plazo más corto, a través de organismos estatales que funcionen como agencias de recolocación laboral en estas circunstancias especiales.

Por su parte, el derecho a la seguridad social es una garantía constitucional sobre el cual se accede al derecho a la pensión y a prestaciones de salud (sean preventivas, reparadoras o recuperadoras), sobre la base del principio de solidaridad, siendo la alteración de la salud y la vejez (o, su desmedro) las contingencias protegidas, buscando con ello que la calidad de vida se mantenga³⁴.

Para ello, se establecen las disposiciones legales que determinan las condiciones de pertenencia a cada régimen y de obtención de las prestaciones correspondientes ante determinada situación. Al respecto, el artículo 10º de la Constitución Política reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental, lo que implica que este derecho *“asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos”*, de tal forma que pueda tener una existencia en armonía con la dignidad³⁵.

En lo que respecta a la seguridad social en pensiones, las normas del Sistema Nacional de Pensiones³⁶ establecen una regulación especial para acceder a una pensión de jubilación en casos de cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas; para lo cual el trabajador deberá contar con quince (15) o trece (13) años de aportación, según se sean hombres o

³⁴ Sentencia recaída en el Expediente 4091-2001-AA/TC

³⁵ Sentencia recaída en el Expediente 08-96-PI/TC y Expediente 4091-2001-AA/TC

³⁶ El artículo 44 del Decreto Ley 19990 establece que: “[...] tienen derecho a pensión de jubilación *en los casos de reducción o despedida total del personal, de conformidad con el Decreto Ley 18471*, los trabajadores afectados que tengan cuando menos 55 o 50 años de edad, y 15 o 13 de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente”. Actualmente, la LPCL regula las causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo: “a) *el caso fortuito y la fuerza mayor; b) los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, c) la disolución y liquidación de la empresa y la quiebra; y, d) Las necesidades de funcionamiento de la empresa*” y reiterada jurisprudencia del TC señalan que la pensión, en el caso del referido artículo 44, se otorga una vez obtenida por parte de la AAT la autorización *“para la reducción o despedida total del personal, de conformidad con la norma vigente, por causa económica o técnica, caso fortuito o fuerza mayor, disolución o liquidación de la empresa y la quiebra”* (SSTC 00205-2009-PA/TC, 02382-2010-PA/TC, 01655-2011-PA/TC, entre otras).

mujeres, y el cálculo de la pensión implicará una reducción de la que le hubiera correspondido, por adelanto de la pensión como consecuencia del cese colectivo. Sin embargo, se trata de una regulación aislada y de aplicación únicamente a los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones, siendo que los afiliados al Sistema Privado de Pensiones sólo podrían solicitar una pensión adelantada en la medida que cumplan con los requisitos para dichos efectos y no como consecuencia del cese colectivo.

En todo caso consideramos importante que tanto en el Sistema Nacional de Pensiones como en el Sistema Privado de Pensiones se regule, bajo los mismos requisitos y condiciones, la posibilidad de que los trabajadores cesados por causas objetivas puedan acceder a una pensión provisional, hasta que sea posible la reinserción laboral, con excepción de los supuestos en los que se hubieran alcanzado los requisitos de aportes y/o edad para acceder a una pensión regular.

En lo que respecta a la seguridad social en salud el Estado no ha previsto una regulación específica que permita a los trabajadores afectados por un eventual cese colectivo puedan gozar de una regulación especial que les permita acceder a las prestaciones de salud.

En efecto, si bien la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, establece una cobertura por desempleo a los afiliados regulares y sus derechohabientes por un periodo de latencia no menor de seis (6) meses ni mayor de doce (12), siempre que cuenten con un periodo mínimo de aportación de treinta (30) meses durante los tres (3) años precedentes al cese; este requisito bastante alto podría resultar una traba para que el trabajador cesado en virtud de un procedimiento de cese colectivo o sus derechohabientes accedan a las prestaciones de salud una vez concluido el vínculo.

Por tanto, consideramos necesario que se establezcan disposiciones especiales para que los trabajadores cesados en virtud de procedimientos de ceses

colectivos aprobados puedan acceder temporalmente a las prestaciones de seguridad social en salud por la sola aprobación de la AAT y que, en ese sentido, se establezca una regulación articulada que no sólo procure la viabilidad del cese colectivo en las situaciones donde las causas objetivas así lo amerite, sino que no deje desprotegido, desde la perspectiva de la seguridad social, al trabajador cesado en virtud de estas causas.

En conclusión, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social dentro de un Estado social de derecho impone el deber estatal de tener un rol activo (a través de las entidades y funcionarios que ejercen la representación estatal), que no se reduce a la elaboración de un conjunto de normas, preceptos o pautas que pretendan evitar o resarcir el despido sin causa justa; pues, adicionalmente, supone el establecimiento de medidas que permitan conjugar estos derechos con el bienestar social.

Y es que el adecuado ejercicio del derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, así como el deber estatal de promoverlos, procurar su acceso, su conservación y su restablecimiento procedimientos de cese colectivo cuyas causas fueron verificadas de forma objetiva, son de vital importancia en cualquier sociedad, a fin de mantener o mejorar los niveles de vida para las personas que la integran; y lo es aún más en el caso de los trabajadores afectados por los despidos que fueron aprobados acorde al ordenamiento legal en virtud de causas objetivas.

3.6. Conclusiones

Como se puede apreciar, las propuestas que realizamos se encuentran enfocadas a viabilizar la procedencia de los ceses colectivos, bajo la redefinición de cada una de las causas objetivas, las cuales deben ser entendidas de forma independiente y diferenciadas. En efecto, consideramos que deber existir una modificación en la forma en la que entendemos la necesidad empresarial de realizar ajustes a su planilla, modificar sus procesos productivos a través de la

implementación de recursos tecnológicos y/o reorganizar la forma de trabajo, las cuales – por definición – no deberían estar asociadas a la existencia de una grave crisis.

De la misma forma, deberíamos dejar de entender que la causa económica que justifica la procedencia de un cese colectiva debe ser tan grave que ocasione la inviabilidad de la empresa, pues es evidente que ante un supuesto como éste (que es el que viene exigiendo el Ministerio de Trabajo que los empleadores acrediten) la alternativa más razonable sería el cierre total del negocio, lo cual – bajo la premisa de que la actividad empresarial repercute positivamente en el desarrollo social, económico y personal de los trabajadores – es lo que precisamente debería buscar evitarse.

Adicionalmente, resulta necesario que se pueda establecer un procedimiento menos rígido, que no exija una cantidad mínima de trabajadores afectados, a fin de que los empleadores sólo involucren en la medida al personal cuyos puestos deben ser eliminados, bajo un criterio de prelación que priorice, principalmente, a los trabajadores con buen desempeño y/o alto nivel de productividad. Consideramos que el procedimiento de cese colectivo conseguirá cumplir con su finalidad si durante el mismo es posible que los trabajadores y el empleador puedan, de un lado, entender la imperiosa necesidad de reducir los puestos; y, del otro, brindar toda la información necesaria, así como agotar todas las medidas previas que permitan reducir los impactos.

Finalmente, la implementación de medidas post cese colectivo a través de una regulación laboral específica que brinde una protección especial a los trabajadores cesados en materia de reinserción laboral, pensiones y salud es, a nuestro criterio, lo que requiere nuestra legislación a efectos de que las decisiones de la AAT no sean afectadas por el entorno político o social.

Reflexiones finales

La regulación vigente sobre ceses colectivos ocasiona que sea un procedimiento inaplicable por los empleadores cuando urge recortar los gastos de planilla como consecuencia de una causa objetiva asociada a los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

Sin perjuicio de los motivos políticos que ocasionan que muchas veces las solicitudes de cese colectivo sean declaradas improcedentes, consideramos que la modificación del procedimiento con miras a establecer criterios de predictibilidad asociados a la existencia de la causa justa, así como a la voluntad de analizar – desde el punto de vista técnico – la existencia de la causa objetiva y una mayor participación del Estado en la etapa post-cese viabilizarían no sólo la procedencia de estos ceses en situaciones donde sea objetivamente necesarios, sino que con ello se contribuye también con el bienestar social o de una determinada colectividad, cuando – en épocas de crisis – se requieren adoptar medidas urgentes que busquen la subsistencia de la empresa.

A modo de resumen, nuestra propuesta se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas: Comparación entre el marco legal vigente y las modificaciones propuestas

Tema	Sub tema	Marco legal actual	Nuestra propuesta
Aspecto objetivo	Causa económica	No existe definición	<p>Definición debe estar enfocada en la existencia de una crisis económica que no suponga la imposibilidad de continuar actividades empresariales, pues bajo ese escenario podríamos incluso recurrir al cierre del negocio.</p> <p>El cese colectivo por causas económicas debe evitar llegar a una situación de inviabilidad, siendo un mecanismo para evitar que la empresa alcance una situación en la que no pueda asumir sus gastos de personal u operativos.</p>
	Causa técnica	No existe definición, pero se entiende vinculada a una situación de crisis económica	<p>Modificación del proceso de producción que ocasionan eliminación de puestos de trabajo, como consecuencia de la introducción de nuevos procedimientos o métodos productivos derivados de la renovación de los instrumentos o maquinarias empleadas por la empresa, sea por la obsolescencia del equipamiento productivo que hasta entonces venía empleándose o por la necesidad comercial de introducir tales modificaciones a efectos de mejorar el servicio o producto ofrecido al mercado.</p> <p>Implica la incorporación de medios de producción más eficientes.</p> <p>Debe analizarse independientemente de la situación económica de la Empresa.</p>

Tema	Sub tema	Marco legal actual	Nuestra propuesta
	Causa estructural o análoga	No existe definición, pero se entiende vinculada a una situación de crisis económica	<p>Necesidad de: (i) modificar los sistemas o métodos de prestación del servicio o la forma de organización del trabajo, o, (ii) suprimir o incorporar nuevos productos o servicios al mercado que ocasionen la supresión de algunos puestos de trabajo.</p> <p>No requieren inversión de maquinaria o innovación tecnológica.</p> <p>Implica la optimización de la mano de obra existente.</p> <p>Debe analizarse independientemente de la situación económica de la Empresa.</p>
Aspecto subjetivo	Trabajadores involucrados	10%	No debería existir una cantidad mínima de trabajadores si el empleador. Lo importante es que el empleador acredite adecuadamente la existencia de la causa objetiva
	Criterios de prelación	No regulados	A falta de regulación vía convenio colectivo, debería establecerse legalmente los criterios de preferencia sobre la base, principalmente, de: (i) desempeño y productividad; y, (ii) carga familiar.
Aspecto procedimental	Negociación	Principalmente, entre empleador y sindicato o representante de trabajadores	No se puede prohibir que los trabajadores negocien a título personal y sin ser representado por su sindicato, sobre las condiciones de cese, con la empresa.
	Información a los trabajadores	Empleador debe informar a los trabajadores sobre el cese a adoptar	El cumplimiento del deber de información debe exigir, como contrapartida, que los trabajadores o sus representantes mantengan reserva de la información proporcionada.

Tema	Sub tema	Marco legal actual	Nuestra propuesta
	Medidas previas al cese	No existe regulación específica	<ul style="list-style-type: none"> - Vacaciones adelantadas, en los casos en los que se presente la causa económica. - Reubicación del trabajador en un puesto distinto dentro de la misma empresa o, en su lugar, en otra empresa del grupo empresarial, en tanto sea posible. - Posibilidad de trasladar a los trabajadores a establecimientos o sedes ubicadas en zonas geográficas distintas. - Modificaciones sustanciales y temporales de condiciones de trabajo, incluyendo la inaplicación temporal del convenio colectivo vigente, en los casos donde se presente la causa económica. - Posibilidad de suspender temporalmente el contrato de trabajo, hasta por un plazo máximo, hasta que la causa económica pueda revertirse. - Determinar la posibilidad de reubicar al personal en otras áreas, sedes geográficas, sin disminución de remuneración y categoría, en los casos de causas tecnológicas o estructurales, con la formación respectiva a cargo del empleador en los casos en que sea necesario que el trabajador cuente con algún curso corto de formación. - Posibilidad de recolocar a los trabajadores mediante agencias de recolocación laboral autorizada para estos efectos en caso se apruebe el cese colectivo. - Posibilidad de promover el empleo por cuenta propia a través del otorgamiento de incentivos para la constitución de nuevas empresas.

Tema	Sub tema	Marco legal actual	Nuestra propuesta
	Arbitraje potestativo	No regulado	En caso se demuestre la existencia de mala fe comercial por parte del empleador en la etapa de negociaciones, la organización sindical pueda solicitar que mediante arbitraje potestativo y expeditivo, se defina tanto la información que deberá entregar la empresa y la posibilidad de implementar medidas que eviten o reduzcan el impacto del cese colectivo.
Decisión	Aprobación o desaprobación	A cargo del Ministerio de Trabajo	A cargo del Ministerio de Trabajo, cuya decisión debe estar acompañada de la opinión técnica de un órgano independiente que determine y analice la existencia de la causa invocada
Rol del Estado en caso de aprobación de cese colectivo	Pensiones	En el Sistema Nacional de Pensiones se establece una modalidad especial de jubilación, con menores años de aportación que el régimen ordinario. No existe regulación para afiliados al Sistema Privado de Pensiones.	El Sistema Nacional de Pensiones como en el Sistema Privado de Pensiones deben regular, bajo los mismos requisitos y condiciones, la posibilidad de que los trabajadores cesados por causas objetivas puedan acceder a una pensión provisional, hasta que sea posible la reinserción laboral, con excepción de los supuestos en los que se hubieran alcanzado los requisitos de aportes y/o edad para acceder a una pensión regular.
	Salud	No existe regulación específica. Aplicarían las disposiciones relacionadas a la latencia.	Disposiciones especiales para que los trabajadores cesados en virtud de procedimientos de ceses colectivos aprobados puedan acceder temporalmente a las prestaciones de seguridad social en salud por la sola aprobación de la AAT
	Reinserción laboral	No existe regulación	Estado debe implementar programas específicos a actividad empresarial que permitan la reinserción en el mercado laboral a través de agencias de recolocación laboral y capacitación para el empleo

Es que no debemos olvidar que el Derecho del Trabajo surge como un mecanismo de regulación frente al conflicto social que persigue “*un equilibrio estructural*” entre el empleador y el trabajador (Palomeque López, 2016). Por lo cual, si bien sirve como instrumento de protección del trabajador frente a las desigualdades, no es posible desconocer su necesaria vinculación con la economía, siendo necesaria la evolución del ordenamiento laboral, en pro de la adaptación a las diversas formas de organizar el trabajo.

En efecto, como señala Palomeque, la función esencial del derecho de trabajo descansa sobre el “*equilibrio estructural entre la libertad de empresa y el poder del empresario, por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado – compensación de las desigualdades del contratante débil y de los grupos sociales dependientes–, por otro*” (Palomeque López, 2016).

Por tanto, las transformaciones de las nuevas formas de organización y/o implementación de tecnología en las relaciones laborales son permanentes, debiendo generar una respuesta por parte de la legislación laboral que, sin dejar de proteger a los trabajadores, no impida o altere el funcionamiento del mercado y/o sus constantes transformaciones. Así, el derecho laboral debe adaptar sus disposiciones al sistema económico y social, pues las normas no pueden ser aplicadas desconociendo la realidad. Por lo cual, resulta necesario que las empresas tengan los medios idóneos que les permitan gestionar su actividad económica y los recursos humanos en atención a las modificaciones que exige la demanda, así como los cambios tecnológicos y productivos (Sanguinetti Raymond, 2017).

Bibliografía

- Aguinaga Meza, E. (6 de Diciembre de 2014). *IUS 360*. Obtenido de Las pérdidas acumuladas o futuras como causal de cese colectivo: ¿Es ilegal el Decreto Supremo N° 013-2014-TR?: <http://www.ius360.com/privado/laboral/las-perdidas-acumuladas-o-futuras-como-causal-de-cese-colectivo-es-ilegal-el-decreto-supremo-n-013-2014-tr/>
- Alfonso Mellado, C., Rodríguez Pastor, G., & Salcedo Beltrán, M. (2013). Extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: individual y colectivo. Aspectos sustantivos. En M. Llobera Vila, *Extinción del contrato de trabajo* (pág. 359). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Palestra.
- Arias Domínguez, Á. (2004). *Tres años de reforma del despido colectivo, ¿ha conseguido su propósito el legislador?* Dykinson.
- Atahumán, C. (30 de Febrero de 2013). El despido colectivo por causas económicas: una herramienta legal ante la crisis económica-financiera de las empresas (Parte I). *Actualidad Empresarial*(273).
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula del Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral Peruano* (Tercera Edición ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Boza Pro, G. (1997). *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Briones González, C. (1995). *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Un estudio del artículo 52 del Estatuto de los trabajadores*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España.
- Cavalié Cabrera, P., & De las Casas de la Torre Ugarte, O. (2009). Ceses colectivos de los contratos de trabajo por razones estructurales: análisis de las decisiones de la Autoridad Administrativa de Trabajo. En S. P.

Social, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro Homenaje a Javier Neves Mujica* (págs. 233 - 258). Lima: Grijley.

Cortés Carcelén, J. C. (2000). Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador. En O. I. Trabajo, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú* (págs. 161 - 189). Lima: Flaviográfica E.I.R.L.

De los Heros Pérez Albela, A. (2009). Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción? En S. P. Trabajo, *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Homenaje al Doctor Américo Plá Rodríguez* (pág. 786). Lima: Grijley.

Dombois, R. (1994). *Modernización empresarial: Reto para las relaciones industriales en América Latina*. Obtenido de Portal de Revistas de la Universidad Nacional de Colombia:
<http://bdigital.unal.edu.co/19774/1/15820-48655-1-PB.pdf>

García García, J. C. (20 de Noviembre de 2018). *Universidad Autónoma de Azcapotzalco*. Obtenido de
<https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/43/47-07.pdf>

Kresalja Roselló, B. (XII). Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. *Pensamiento Constitucional - Revista PUCP*, 101. Obtenido de
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/2267/2218>

La República. (16 de Enero de 2019). Gremios y sindicatos de todas las regiones marcharon contra la reforma laboral. *La República*. Obtenido de
<https://larepublica.pe/politica/1395002-gremios-sindicatos-regiones-marcharon-reforma-laboral>

Ministerio de Trabajo y Promoción Social. (Febrero de 2001). Las causas objetivas de terminación colectiva de los contratos de trabajo. *Revista de trabajo*(9).

Morón Urbina, J. (2009). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.

Muller, A. (3 de Setiembre de 2011). *Nota de Información de Dialogue de la Oficina Internacional del Trabajo*. Recuperado el 24 de Octubre de 2015, de ILO: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_172297.pdf

- Munne, G. (1992). *Suspensiones y despidos por causas económicas*. Santa Fe: Editorial Panamericana.
- Navarro Nieto, F., & Sáez Lara, F. (1998). *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Neves Mujica, J. (2009). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ojeda Avilés, A. (2003). *Derecho sindical*. Sevilla: Tecnos.
- Organización Internacional del Trabajo. (Abril de 2011). *OIT*. Obtenido de Oficina Internacional del Trabajo : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_153218.pdf
- Palomeque López, M. (2016). La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante a través de treinta y una proposiciones. En S. P. Social, *El contrato de trabajo frente a las transformaciones económicas, sociales y productivas* (pág. 2016). Lima: El Búho EIRL.
- Pieschacón Velasco, C. (1 de julio de 2006). *Círculo de empresarios*. Recuperado el octubre de 2018, de Empresa y bienestar social: <https://circulodeempresarios.org/app/uploads/2016/03/empresa-y-bienestar-social.pdf>
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo* (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Quino Cancino, S. (2014). La reducción de personal en situaciones de crisis: principales consideraciones y cuestionamientos. En S. P. Social, *Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva* (págs. 379 - 392). Lima: SPDTSS.
- Sanguineti Raymond, W. (2017). Flexibilidad laboral y estabilidad en el empleo: ¿es posible su compatibilización? En S. P. Social, *El contrato de trabajo frente a las transformaciones económicas, sociales y productivas* (pág. 216). Lima: El Búho EIRL.
- Zavala Costa, J. (2004). El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo. En S. P. Social, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (págs. 239 - 256). Lima: SPDTSS.