

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

La negociación colectiva en un contexto de crisis
empresarial

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

Autor:

Jose Francisco Galantini Chiroque

Asesor(es):

Luis Erwin Mendoza Legoas

Lima, 2021

Resumen:

El presente trabajo tiene como objetivo determinar si la negociación colectiva en un contexto de crisis empresarial debería ser objeto de fomento al igual que la negociación colectiva tradicional. Para ello, estudiaremos también la figura de la crisis empresarial en nuestro ordenamiento jurídico, ensayaremos una definición de este fenómeno y como es que el Derecho del Trabajo interviene en este.

Luego de ello, identificaremos en donde se encuentra regulada en nuestra legislación nacional y como esta repercute en la negociación colectiva o trato directo. Analizaremos así las causales del cese colectivo y determinaremos cuando estas representan un supuesto de crisis empresarial o cuando hacen referencia a un hecho distinto en la vida de la empresa.

Posteriormente, evaluaremos los alcances la regulación específicamente del trato directo en la fase previa al cese colectivo, particularmente la característica de ser *in peius* y las consecuencias que tendrían lugar si es que esta, a fin de cuentas, debe ser fomentada conforme señala la Constitución y los pronunciamientos de la OIT, particularmente la normativización de las reglas que darían forma a esta negociación colectiva *sui generis*.

Abstract:

The present work aims to determine whether collective bargaining in a context of business crisis should be promoted as well as traditional collective bargaining. To do this, we will also study the figure of the business crisis in our legal system, we will test a definition of this phenomenon and how Labor Law intervenes in it.

After that, we will identify where it is regulated in our national legislation and how it affects collective bargaining or direct treatment. In this way, we will analyze the causes of the collective dismissal and determine when they represent an assumption of business crisis or when they refer to a different event in the life of the company.

Subsequently, we will evaluate the scope of the regulation specifically of direct treatment in the phase prior to the collective termination, particularly the characteristic of being in *peius* and the consequences that would take place if this, in the end, should be promoted in accordance with the Constitution and the pronouncements of the ILO, particularly the standardization of the rules that would shape this *sui generis* collective bargaining.

Índice

1. Introducción.....	1
2. La crisis empresarial	2
2.1. Supuestos de crisis empresarial en nuestra legislación	9
3. La negociación colectiva en crisis.....	18
3.1. ¿Objeto de fomento?	26
4. Conclusiones	38
5. Recomendaciones.....	39
6. Bibliografía.....	40



1. Introducción

La crisis empresarial es un estadio en la vida de una empresa en la que se pone en entredicho la supervivencia de una unidad productiva que no solamente genera riqueza en beneficio (directo) del empleador y del país (indirecto), sino que cumple con una función social al otorgar puestos de trabajo.

Dicha situación de peligro implica que el ordenamiento jurídico plantee una salida drástica: la eliminación de un grupo determinado de puestos de trabajo. Este hecho, con la consecuente reestructuración de los costos, tendría como finalidad asegurar la supervivencia de la empresa para así continuar cumpliendo con sus funciones económica y social.

Sin embargo, cabe preguntarse si la eliminación directa de los puestos de trabajo, ya sea por decisión administrativa o judicial, es la mejor solución a la crisis empresarial, máxime si a dicha salida subyace un conflicto sociolaboral de importante magnitud.

Nuestra legislación contempla una salida previa al cese colectivo: el trato directo donde el sindicato y el empleador negocian los términos de la medida, pudiendo acordar una serie de acciones que limiten o inclusive la eviten; aun cuando ello suponga reducir beneficios ya pactados colectivamente.

Esta negociación colectiva *sui generis* amerita, a nuestro parecer, el análisis de la situación en la que se desenvuelve (la crisis empresarial) para determinar si, sobre esta, recae el deber de promoción que nuestra Constitución y diversos tratados internacionales le reconocen a la negociación colectiva “tradicional”.

Para absolver esta pregunta, analizaremos la normativa internacional y nacional, específicamente la regulación del cese colectivo, así como los pronunciamientos administrativos que han dado forma tanto a las causales del cese colectivo como al trato directo.

Podremos concluir, luego de este análisis, que la negociación colectiva en un contexto de crisis empresarial, la cual tiene lugar durante la fase pre administrativa del cese colectivo por motivos económicos, sí es objeto de fomento conforme determinan las normas internacionales y constitucionales, concretizándose dicho deber por medio de la normativización de la etapa del trato directo.

2. La crisis empresarial

El trabajo es un aspecto sumamente relevante en la vida del ser humano, al punto que ha ocupado un lugar especial en la dinámica social desde los albores de la civilización. Justamente por gozar de dicho carácter, el trabajo puede abordarse desde una óptica económica, histórica e inclusive jurídica.

La Revolución Industrial, así como la Revolución Francesa, supusieron el nacimiento del trabajo moderno: el empleador contrata al trabajador para que preste un servicio a su favor, proveyéndole de las herramientas y la dirección para ejecutar dicho servicio, retribuyéndole con una determinada suma de dinero (o bienes) para que pueda sustentarse a sí mismo y a su familia.

Ahora bien, el espacio donde se desarrollaría esta nueva dinámica laboral pasaría a ser la empresa, denominación amplia para referirse a la unidad productiva en donde el trabajador prestaba sus servicios y el empleador ejercía su facultad directriz. Evidentemente, el fenómeno de la empresa abarca otras consideraciones que van más allá de ser el espacio donde la relación laboral despliega sus efectos. No obstante, a efectos del presente trabajo nos centraremos, principalmente, en lo referente a la organización del trabajo.

La empresa constituye, así, el espacio de desarrollo de las nuevas relaciones laborales y, a la vez, el vehículo por medio del cual el empleador persigue el afán de lucro que le es natural.

Con todo, la empresa también cumple con un rol adicional, esta vez en relación a los trabajadores: es la fuente fáctica y económica de su propio trabajo. En otras

palabras, el trabajador mantiene su condición de empleado, prestando servicios y recibiendo una retribución, en tanto existe una unidad productiva en la que está encuadrado. Dicha unidad es la empresa.

De esta manera, la empresa deja de cumplir un rol meramente “individual” consistente en posibilitar la actividad económica del empleador, quién disfruta de las ganancias allí obtenidas; sino también un rol más “social”, en tanto constituye una fuente de trabajo para cientos o quizás miles de personas.

Esta renovada importancia ameritó que la empresa sea considerada un elemento relevante en el esquema legislativo laboral, de tal manera que el devenir de la empresa no podía ser desatendido completamente por el Derecho.

Una manifestación, por ejemplo, del interés del Derecho del Trabajo por la existencia de la empresa es la regulación de mecanismos cuyo objetivo es preservar a la referida empresa en momentos de determinada crisis. Tal es el caso, por ejemplo, del cese colectivo por motivos económicos o la suspensión perfecta de labores por caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, la empresa, al ser una unidad productiva insertada en el mercado, tiene una vida finita y sujeta a factores de variada índole. Por ejemplo, la crisis económica mundial puede ser la causa para que una empresa ubicada en un país recóndito quiebre, pierda sus activos y despida a su personal. En otro momento, el mismo resultado puede ser ocasionado por la coyuntura política.

En resumidas cuentas, la vida de una empresa no es lineal ni mecánica sino que, por el contrario, se halla inmersa en diversas situaciones que pueden implicar un momento de expansión y bonanza o una crisis o desaparición.

Este hecho “natural” que vendría a ser el nacimiento, expansión, crisis y/o desaparición de la empresa no atraería una mayor atención del Derecho del Trabajo sino fuera porque la empresa brinda el sustrato económico para que la relación laboral se mantenga. Si desaparece la empresa, la relación laboral desaparecerá inexorablemente con ella.

Es por ello que la crisis empresarial no puede ser obviada por el Derecho del Trabajo y, efectivamente, no ha ocurrido así. En párrafos anteriores hemos mencionado al cese colectivo por motivos económicos como un ejemplo del involucramiento del Derecho en la crisis empresarial. Este ejemplo resulta ser particularmente útil en tanto nos permite hacer ciertas preguntas.

¿Por qué el Derecho del Trabajo, organizado alrededor del principio protector, permite que el empleador, válidamente, ponga fin a los contratos de trabajo cuando se encuentra ante una situación económica desfavorable?

Claramente, el Derecho del Trabajo no pretende tutelar de manera exclusiva, el interés del empleador. Si bien el principio protector no debe ser interpretado de tal manera que elimina cualquier atisbo de justicia en favor del trabajador, lo cierto es que tampoco se puede desconocer que una de las principales funciones del Derecho Laboral es impedir que la asimetría económica presente en el vínculo de trabajo redunde en beneficio indebido del empleador.

En ese sentido, el cese colectivo no se justifica, en nuestra opinión, en la necesidad de auxiliar a la empresa por el mero hecho de ser una o de tutelar el interés legítimo del empleador. Por el contrario, una figura como la del cese colectivo se plantea como una solución a una situación particular: la crisis empresarial. En ese caso, ¿Cuál sería la razón por la que interesa al Derecho del Trabajo revertir una crisis empresarial, aún a costa de la relación laboral de un determinado número de trabajadores?

Consideramos que dicha razón reside, principalmente, en evitar que la empresa deje de cumplir con su rol social de brindar trabajo y sostenimiento a las personas que dependen de ella. Como indicamos anteriormente, si desaparece la empresa, el contrato de trabajo se encuentra privado del sustrato fáctico y económico que le permite desplegar sin problemas sus efectos, lo cual supondría un problema social de no poca envergadura, por cuanto los trabajadores y sus familias se ven privados de su principal (si no única) fuente de sustento.

Ahora bien, podría parecer contradictorio que la protección de la fuente de trabajo exija que sean eliminados puestos de trabajo, de tal manera que el escenario que se pretende evitar (desempleo) se materializa. No obstante, consideramos que esto obedece a la

ponderación entre un conjunto determinado de contratos de trabajo y la totalidad de los contratos de trabajo, así como la evaluación de otras variables (la desaparición de una empresa trae consecuencias también en el ámbito netamente económico y en el fiscal).

La condición de la existencia de la crisis empresarial para la ejecución de un cese colectivo lleva el reflector sobre lo que entenderíamos como crisis empresarial. No es posible que cualquier evento o contexto económico desfavorable sea catalogado como “crisis empresarial”, puesto que ello supondría trasladar los riesgos de la actividad económica del empleador al trabajador.

Es por ello que, a continuación, analizaremos lo que se entiende por crisis empresarial y como este concepto ha tomado forma en nuestro ordenamiento jurídico.

El término “crisis” posee una serie de definiciones. Según el Diccionario de la Real Academia Española, “crisis” hace referencia a “Cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados”; y a “Situación mala o difícil”. Si bien existen otros significados, casi todos se encuentran relacionados a la existencia de un hecho que rompe con una tendencia más o menos establecida.

No pretendemos circunscribir los alcances de la crisis a la definición primaria dada en la lengua castellana. Sin embargo, consideramos importante fijar como punto de partida la acepción empleada en nuestro idioma, máxime si el Derecho emplea dichas categorías, aun cuando cambia algunas características más o menos esenciales.

Ahora bien, como hemos mencionado previamente, la vida de una empresa como unidad productiva no es lineal ni uniforme. El devenir de sus actividades se encuentra sujeta a una serie de factores y hechos que de alguna manera afectan la estabilidad y supervivencia de la empresa. Entre dichos factores encontramos, por ejemplo, la volatilidad del mercado y la robustez de la economía nacional.

Evidentemente, algunos de los hechos que se dan en la vida de una empresa pueden calificarse como crisis, ya sean porque grafican una situación mala o difícil o porque implican un cambio profundo en la dinámica de su actividad. Nótese que la crisis, de esta manera, podría asumir dos significados: una situación económica negativa o el cambio de un paradigma de actividad. En el primer caso nos encontramos ante un hecho objetivamente negativo tanto para la propia empresa como para quienes se relacionan con

esta (consumidores y trabajadores); mientras que en el segundo esto puede ser algo negativo como positivo (piénsese en la modernización del funcionamiento interno o el abandono de cierta cultura empresarial).

En atención a nuestro objeto de estudio, la acepción de crisis empresarial que emplearemos es el de una situación mala o difícil, en términos económicos, por el cual atraviesa la empresa como unidad productiva. Ahora bien, es importante delimitar cuando una empresa se encuentra ante una situación que podría denominarse de crisis y cuando, toda vez que el calificativo “mala” o “difícil” de por sí es incompleto para garantizar una aplicación adecuada en la realidad.

La delimitación mencionada previamente estará relacionada al Derecho, por lo que analizaremos el tratamiento dado por la legislación nacional y extranjera a la crisis empresarial en los términos ya expuestos.

Para ello, es necesario retrotraernos a una fase previa a la labor legislativa: el surgimiento de intereses opuestos en una situación de crisis empresarial. Como señala Alameda Castillo: “(...) *Los divergentes intereses en presencia propugnan destinos dispares para la organización productiva en una situación de desbalance y generan una tensión conflictual en la empresa en dificultad.*” (2001: 25). ¿Cuáles son estos intereses? Dado que abordamos esta pregunta desde el Derecho Laboral y no el Societario o Concursal, podemos identificar dos intereses distintos (“divergentes”): el de los trabajadores y el del empleador.

Sobre el interés de los trabajadores, la misma autora indica que “(...) *Los acreedores salariales, sin embargo, pugnarán por la conservación de la estructura productiva orientada al mantenimiento del empleo, aunque ello suponga el sometimiento a la disciplina del cobro progresivo (o incluso tardío) de los créditos.*” (2001: 25). El supuesto descrito grafica la situación donde la crisis empresarial es tal que el empleador, a fin de corresponder a los acreedores y ante la perspectiva de no poder continuar realizando la actividad económica de manera solvente, ha decidido liquidar a la empresa. Evidentemente, los trabajadores intentarán conservar su fuente de trabajo, dado que como hemos indicado antes, la empresa también cumple una función social al permitir que los trabajadores puedan obtener los bienes necesarios para su propio desarrollo y el de sus familias.

Se perfilan, así, dos alternativas a la crisis empresarial: la liquidación (“muerte” de la empresa) o el saneamiento. Esta disyuntiva, sin embargo, no puede ser absuelta sin existir un pronunciamiento normativo al respecto (Alameda Castillo 2001: 25), máxime si en determinados países, como el nuestro, el ordenamiento jurídico se organiza en torno al paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho.

En esta manera de ordenar la economía, la sociedad y el aparato estatal, el Estado puede intervenir en la dinámica económica a fin de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales (civiles, políticos, sociales, económicos o culturales), de tal manera que el abstencionismo estatal propio del paradigma del Estado de Derecho Liberal se ha visto ampliamente superado.

Esto puede advertirse, por ejemplo, en el caso de España, país que también confiere las características de “social” y “democrático” a su Estado conforme lo hace la Constitución Peruana. Así, Alameda Castillo señala que la intervención del Derecho en la crisis empresarial es una consecuencia de la asunción del Estado Social y Democrático de Derecho como paradigma de la organización estatal:

“En congruencia con el sistema constitucional económico, el destino de la empresa en crisis y sus relaciones jurídicas, ya no se circunscriben a un marco privado de intereses de deudores y acreedores, sino que el interés público se hace expreso, originando medidas y ayudas públicas o privadas igualmente peculiares respecto a la propia autonomía empresarial.” (2001: 37)

Como se puede apreciar, existe un “interés público” que impulsa al ordenamiento jurídico a disponer una regulación que, en el caso expuesto, se traduce en un abanico de ayudas y medidas públicas o privadas. Dicho interés, consideramos, hunde sus raíces en la ya mencionada función social de la empresa.

Sin embargo, no basta con la existencia de la función social para que el Estado disponga la regulación de este supuesto. Es el paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho el que ha provisto el sustrato ontológico a la intervención estatal en la economía a fin de tutelar el derecho fundamental al trabajo de las personas potencialmente afectadas en un supuesto de crisis empresarial.

La presencia del Derecho y, por un ende, de un entramado de reglas y principios, en la crisis empresarial es lo que motiva a delimitar dicho concepto. De lo contrario, tanto los

receptores de las normas como los operadores jurídicos no estarían en condiciones de fijar, con meridiana claridad, cuando se encuentra ante una situación que amerita la aplicación de la normativa relacionada a la crisis empresarial, específicamente en lo que se refiere al tratamiento de las relaciones laborales.

Un primer elemento a considerar es la gravedad de la crisis. Si bien pudiera parecer que la noción de que la crisis debe ser grave se encuentra implícita al propio término, lo cierto es que la crisis debe tener cierta entidad, puesto que la intervención del Derecho (y por ende del Estado) en la economía no debe ser constante ni determinante, salvo que nos encontremos ante una economía planificada o dirigida estatalmente.

Asimismo, no debemos olvidar que la intervención del Derecho surge ante la existencia de dos intereses divergentes: los trabajadores que buscan conservar su fuente de empleo y el empleador que busca superar la crisis o, en el peor de los casos, suprimirla como unidad productiva. En ese sentido, la crisis empresarial debe ser tal que surgen ambos intereses, más aún si es que en algunos casos estos se contraponen, por lo que situaciones en las que aun habiendo una situación económica mala o difícil, si esta no llega a poner en peligro el empleo de los trabajadores, no será relevante para el Derecho del Trabajo.

Alonso Olea, por otro lado, ensaya una definición más técnica de lo que podría considerarse como una crisis, indicando que esta se da cuando:

“(...) los costes de una empresa se obtienen mediante la adición de diversas partidas (mano de obra, materiales y gastos generales), sobre las que se gira un determinado beneficio... Pues bien cuando los bienes y servicios no hallan salida en el mercado, siendo la consecuencia la de que o se renuncia a su enajenación o se reducen los precios por debajo de los costos, la empresa se halla en una situación de crisis.” (1957, 64).

De esta manera, se perfila un segundo elemento: la crisis exige una reconfiguración de la estructura de costos, en tanto los beneficios que obtiene por su actividad son inferiores a los egresos generados por la realización de dicha actividad. Así, la crisis no solamente debe ser grave, sino que además debe indicar, específicamente, que la estructura de costos no puede soportar el funcionamiento regular de la empresa. De lo contrario, la empresa podría terminar desapareciendo.

Como hemos observado, la crisis empresarial es una situación económicamente negativa, que quiebra con el normal desenvolvimiento de la empresa como unidad productiva, que

reviste determinada gravedad y que, para ser revertida, requiere de una reconfiguración de la balanza interna (ingresos vs. Egresos). Con esto en mente, corresponde analizar como se manifiesta este concepto de crisis empresarial en el caso peruano.

2.1. Supuestos de crisis empresarial en nuestra legislación

En el caso peruano, la crisis empresarial se encuentra regulada tanto en el Derecho Societario como en el Laboral. A efectos del presente artículo, nos centraremos específicamente en la regulación normativa y otras fuentes del Derecho, como la jurisprudencia administrativa, que se pronuncian sobre supuestos de crisis empresarial.

Sin lugar a dudas, la primera regulación de referencia vendría a ser la de cese colectivo, contenida entre los artículos 46 y 52 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL). Ello en atención a que, como hemos indicado, la situación de crisis empresarial, en el ámbito laboral, puede culminar en la eliminación de las relaciones de trabajo. En ese sentido, para identificar los supuestos de crisis empresarial consideramos remitirnos a los supuestos en donde la situación de la empresa puede ameritar la supresión del vínculo laboral.

En el artículo 46 de la precitada norma se indica la terminación colectiva de los contratos de trabajo solamente pueden darse en determinados casos, señalándose una serie de causas objetivas, a saber:

- 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
- d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo 845.

Nótese que ninguna de las causas enlistadas hace referencia, textualmente, a la crisis empresarial. Sin embargo, podemos encontrar a esta situación en algunas de las causas como desarrollaremos a continuación.

Respecto del caso fortuito y la fuerza mayor, el artículo 47 del TUO de la LPCL establece que:

“Si el caso fortuito o la fuerza mayor son de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo, el empleador podrá dentro del plazo de suspensión

a que se refiere el Artículo 15, solicitar la terminación de los respectivos contratos individuales de trabajo.”

De esta manera, la normativa legal nos sitúa en un supuesto donde el centro de trabajo ha desaparecido total o parcialmente. Esta “desaparición” alude más a la supresión física del centro de trabajo antes que la disolución jurídica de la empresa, máxime si una situación de caso fortuito o fuerza mayor es repentina e imprevisible, algo que no puede predicarse de la referida disolución. En todo caso, aún si se contemplase este supuesto, sería redundante en relación a las dos últimas causas objetivas enlistadas en el artículo 46 del TUO de la LPCL.

Ahora bien, el hecho generador de la desaparición del centro de trabajo vendría a ser un caso fortuito o un supuesto de fuerza mayor. Ambos conceptos, a nivel legislativo, pueden encontrarse en el artículo 1315 del Código Civil:

“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

Si bien el caso fortuito y la fuerza mayor son originados por causas distintas (naturales y humanas, respectivamente), ambos comparten las mismas tres características de ser extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

Dichas características han sido analizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo a fin de determinar la procedencia del cese colectivo por la primera causal del artículo 46 del TUO de la LPCL, definiéndose de la siguiente manera:

“En palabras de OSTERLING, para que un evento pueda calificarse como de fuerza mayor debe cumplir una serie de condiciones:

- a) El acontecimiento debe ser extraordinario: Para ser tal, el evento debe revestir la característica de “anormalidad”, esto es, que las circunstancias en las que se presenta no deben ser ordinarias. Lo extraordinario es aquello que irrumpe el curso natural de los acontecimientos.*
- b) El acontecimiento debe ser imprevisible: El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión relativa a la conducta diligente del empleador. Cabe decir que al momento de analizar la previsibilidad, debe tomarse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.*

c) El acontecimiento debe ser irresistible: El que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso, el empleador) es impotente para evitarlo.”

Este criterio, extraído de la doctrina, ya había sido puesto en relieve en la Resolución Directoral General No. 081-2015-MTPE/2/14, en la que se indicaba que el caso fortuito o fuerza mayor del artículo 46 del TUO de la LPCL no se diferenciaba del caso fortuito o fuerza mayor del artículo 1315 del Código Civil, razón por la que los eventos calificados de esta manera debían ser extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

Ahora bien, ¿es este un supuesto de crisis empresarial? Como hemos indicado en el apartado anterior, la crisis es una situación mala o difícil que quiebra con el desenvolvimiento cotidiano de la unidad productiva empresarial que debe registrar cierta entidad. De buenas a primeras, la desaparición total o parcial del centro de trabajo calificaría como un hecho negativo que, por deberse a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, rompe el desenvolvimiento regular de la actividad económica empresarial.

Sin embargo, consideramos que existen algunas diferencias sustanciales. En primer lugar, el ámbito físico del supuesto de caso fortuito o fuerza mayor bien puede limitarse a un centro de trabajo y no a la totalidad de la empresa. En ese sentido, la crisis dejaría de ser “empresarial” para ser una crisis mucho más focalizada, lo cual disminuye hasta cierto punto la entidad de esta. En otras palabras, bien podría darse el caso que un caso fortuito (por ejemplo, la erupción de un volcán) destruye por completo un centro de trabajo de la empresa, sin que ello importe que esta última entre en crisis al punto que vea amenazada su propia existencia.

Por otro lado, la justificación que subyace a la posibilidad de eliminar los contratos de trabajo no es la “crisis” sino la desaparición física del centro de trabajo. En ese sentido, se sitúa en un estadio de los hechos donde ya no existe el soporte material que posibilita la prestación de servicios. Al no ser posible materialmente ello, la única solución que queda es la disolución del vínculo laboral.

En vista de lo expuesto, consideramos que la causal de caso fortuito o fuerza mayor contemplada en el artículo 46 del TUO de la LPCL no corresponde a un supuesto de crisis empresarial propiamente.

Respecto de los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, la normativa es más escueta, al punto que no desarrolla textualmente que entiende por dicha causal.

Únicamente desarrolla, en el artículo 48 del TUO de la LPCL, cual es el procedimiento que debe seguirse para que el cese colectivo sea válido y procedente. No obstante, en esta normativa “procedimental” podemos hallar algunos elementos de consideración para vislumbrar que se entiende por dichos motivos:

En el literal a) del artículo 48 del TUO de la LPCL, por ejemplo, se determina que la empresa *“proporcionará al sindicato, o a falta de éste a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no existir aquel, la información pertinente indicando con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados.”* De esta manera, se establece una obligación de entregar información que grafique la configuración de los motivos alegados, dando a entender que no nos encontramos ante una causal subjetiva, cuya generación se encuentre supeditada a la voluntad del empleador.

Lo señalado en el literal b) del precitado artículo es más claro respecto de la situación que sustenta el recurrir al cese colectivo:

“b) La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. En tales medidas puede estar (...); y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa.”

Empleador y trabajadores, representados individual o colectivamente, deberán realizar negociaciones a fin de acordar medidas que, en última instancia, colaboren en el esfuerzo de mantener la continuidad de las actividades económicas de la empresa. Esto último nos da a entender que la situación que se viene dando, ya sea por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, amenaza con el quiebre de la labor productiva cotidiana de la empresa, si es que ya no la ha detenido; aspecto que coincide con la definición de crisis empresarial como un evento negativo que ha roto con el devenir regular de la labor productiva de la empresa.

Con todo, la normativa sigue siendo insuficiente para determinar los alcances de cada uno de estos motivos, razón por la que ha tenido que ser la Autoridad de Trabajo la que, por medio de reiterada jurisprudencia administrativa, definirlos.

Así, respecto de los motivos económicos, la Autoridad de Trabajo le confiere, directamente, el calificativo de crisis, indicando que deben concurrir una serie de criterios para determinar la existencia de la crisis:

“a) Elemento objetivo: comprende dos manifestaciones; la primera hace referencia a una disminución sustantiva de la producción que impida a la empresa continuar con el desarrollo normal de sus actividades empresariales. De otro lado, la segunda alude a una crisis económica o financiera que imposibilite a la empresa atender a sus obligaciones principales o secundarias, es decir, no solo cumplir con la cadena de producción, sino además, entre otros, no tener la capacidad económica para cumplir con sus deudas adquiridas. Este elemento debe evaluarse en cada caso concreto, teniendo como referencia las pericias presentadas por la empresa que sustenten la crisis económica por la que atraviesan.”

Este primer criterio fija una serie de características que delimitarían más estrechamente la noción de crisis empresarial: (i) disminución sustantiva de la producción y (ii) la imposibilidad de atender las obligaciones principales y secundarias. No obstante, es importante precisar que este elemento solamente se predica de los motivos económicos, mas no de los estructurales, tecnológicos o análogos. Analizaremos más adelante si estos son abordados desde la perspectiva de la crisis.

“b) La realidad de la crisis: es decir, que esta afecte verdaderamente a la empresa, para lo cual se debe analizar la situación económica de la empresa o del centro de trabajo. No basta alegar que el Sector al que dicha empresa pertenece se encuentra en crisis, sino que la misma tiene que justificar como es que ésta le afecta y que ello se refleje en la situación económica de la misma.”

El segundo criterio exige al administrado acreditar que la crisis se vea reflejada en la situación económica de la empresa, no bastando acreditar la existencia de un mal contexto en el sector económico donde esta se encuentra ubicada.

“c) La suficiencia de la crisis: la crisis ha de ser “permanente, definitiva e insuperable, no meramente coyuntural”, de manera que mantener el vínculo laboral resulte excesivo en tanto la continuidad de este ocasiona más pérdidas que ganancias. Así, la crisis no solo debe justificarse en “las pérdidas de un ejercicio contable a otro, sino que debe referirse a un balance negativo. Esto es, donde los ingresos son menores que los gastos.”

Este criterio desarrolla, a nuestro juicio, el elemento de “entidad” que debe tener toda crisis empresarial: no se le puede otorgar este calificativo a cualquier situación o evento, por muy extenso que sea, negativo pero sin una incidencia mayor en la propia supervivencia de la empresa.

Evidentemente, el estándar exigido por la Autoridad de Trabajo resulta ser bastante elevado (“permanente, definitiva e insuperable”), puesto que de ello dependerá la supervivencia de la relación laboral. Sin embargo, consideramos que dicho estándar no debe perder de vista el objetivo de la intervención del Derecho esta situación: asegurar la supervivencia de la empresa como centro de trabajo. Si se adopta literalmente la figura de una crisis permanente, definitiva e insuperable, carecería de mayor objeto recurrir al cese colectivo, máxime si aún adoptando esta medida la crisis no puede ser revertida por definitiva e insuperable. En ese sentido, consideramos más adecuado y útil centrarse en la idea de que la crisis debe justificarse en un elemento más objetivo: el balance negativo.

“d) La crisis debe ser actual: debe ocurrir en el preciso momento en el que se solicita la admisión del cese colectivo de trabajadores a la Administración, no debiendo basarse la misma en situaciones probables o especulaciones futuras. De la misma manera, no se puede sustentar dicha crisis en hechos pasados cuyos efectos concluyeron.”

Este criterio se encuentra más relacionado con la oportunidad para que el empleador inicie con el procedimiento de cese colectivo antes que con una característica propia de la crisis empresarial. Ello en atención a que los supuestos proscritos por este criterio no corresponden a una crisis en sí, sino a una “potencial” crisis (cuando no se ha materializado aún) y a una crisis que ha dejado de existir.

“e) El carácter finalista de las medidas propuestas: se refiere a que el cese los trabajadores debe contribuir a que la empresa pueda afrontar de una mejor manera la crisis existente, así como que pueda asegurar su pronta recuperación, así como la competitividad de la misma. De la misma manera, “las medidas que se adoptan garantizan el empleo de los trabajadores que continúan en la empresa.”

Si bien este criterio no desarrolla una característica de la crisis en sentido estricto, permite determinar el objetivo último del cese colectivo: revertir o superar la situación de crisis empresarial. Dicha superación de la crisis se traduciría en la recuperación, en un espacio corto de tiempo, de la empresa, así como la garantía de que esta continúe siendo

competitiva. En ese sentido, la crisis empresarial por motivos económicos habilita la posibilidad de recurrir al cese colectivo a fin de que esta medida acabe con dicha crisis.

Hasta el momento, únicamente nos hemos limitado a la causal económica, por lo que es momento de analizar si las causales estructurales, tecnológicas o análogas también contienen una situación de crisis.

Al igual que en el caso de los motivos económicos, la normativa no contiene una definición más desarrollada de lo que entiende dichos motivos, abriendo el paso a que la Autoridad de Trabajo, nuevamente, defina cada uno a partir de jurisprudencia relevante.

Sobre los motivos estructurales, en la Resolución Directoral General No. 041-2017-MTPE/2/14 se indicó lo siguiente:

“19. En este punto, se habrá podido ya notar que la configuración de las causas estructurales no se encuentra necesariamente relacionada a consideraciones sobre la situación económica de la empresa. Así, ni las normas internacionales que nos sirven como marco de referencia, ni las normas internas que tratan el tema, obligan a entender que los motivos estructurales estén necesaria y directamente ligados a una situación económica deficitaria del empleador. (...)

Sin embargo, el hecho de que no resulte obligatorio que los motivos estructurales se configuren a partir de una situación económica deficitaria de la empresa no impide que, existiendo ésta, el empleador decida realizar cambios estructurales que coadyuven a revertirla, pues en definitiva dichos cambios también pueden tener vocación de favorecer la viabilidad económica de la empresa. En tal sentido, el cese colectivo por motivos estructurales, no sólo puede tener por finalidad garantizar la productividad y competitividad de la empresa en el mercado sino también puede tener por objetivo legítimo favorecer la viabilidad económica de la empresa.”

Como se puede apreciar, la Autoridad de Trabajo rechaza la necesidad de un contexto de crisis empresarial para que el cese colectivo por motivos estructurales sea procedente. Es decir, que bien la situación económica de la empresa puede no ser relevante de cara a la aprobación del cese colectivo, debiéndose acreditar únicamente la verdadera reestructuración interna de la organización del trabajo.

Esto no supone que el empleador esté prohibido de recurrir a este cese colectivo cuando se encuentra ante una situación económicamente deficiente. Sin embargo, ello no podrá

ser el motivo directo por el cual se recurre a la terminación colectiva de contratos de trabajo, estando enmarcado en un plan más amplio donde la reestructuración interna, establecida para superar la crisis, será el verdadero motivo para la procedencia de dicha medida.

En ese sentido, consideramos que a la luz de la definición realizada por la Autoridad de Trabajo, los motivos estructurales indicados en el literal b) del artículo 46 del TUO de la LPCL no albergan un supuesto de crisis empresarial.

Respecto de los motivos tecnológicos, Quino Cancino ha señalado que:

“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 las actividades realizadas por un grupo de trabajadores y que, por tanto, los puestos de trabajo que ellos ocupan terminen siendo innecesarios.” (2019, 36).

Como se puede advertir de esta definición, la crisis empresarial tampoco es considerada una condición necesaria para la configuración de la presente causal y, así, la procedencia del cese colectivo. Por el contrario, el elemento esencial vendría a ser la implementación de una serie de nuevas tecnologías que, al simplificar los procesos productivos, trae como consecuencia la desaparición de determinados puestos de trabajo. Esta situación puede darse tanto en un contexto de crisis como en un contexto de simple modernización, por lo que en esta causal tampoco hallamos una manifestación del concepto de crisis empresarial.

Finalmente, en cuanto a los motivos análogos, este supuesto viene a ser un “cajón de sastre”, una causal abierta e indeterminada, en la cual podrían ubicarse situaciones similares a las ya descritas pero distintas. Sin embargo, la poca precisión del concepto y la praxis administrativa han supuesto que, a la fecha, no se recurra a esta figura.

En cuanto a las demás causales del artículo 46 del TUO de la LPCL tales como la quiebra, la disolución o la reestructuración patrimonial, estas por definición no corresponden a una situación de crisis sino a un estadio posterior: la “muerte” de la empresa. Cuando esta entra en quiebra o se disuelve, se entiende que la crisis (de haberla) ha llegado al punto

de ser completamente irreversible, empujando al empleador a disponer la eliminación jurídica y económica de la empresa.

En cuanto a la reestructuración patrimonial, este es un proceso societario que, al menos desde el TUO de la LPCL, puede darse existiendo o no una crisis empresarial, razón por la que únicamente se debe constatar que dicho proceso está tomando lugar para que el cese colectivo sea procedente.

Vistas las causales de cese colectivo aquí desarrolladas, el concepto de crisis empresarial que hemos desarrollado se encuentra ubicada en los motivos económicos del cese colectivo. En otras palabras, la crisis empresarial ha recibido un desarrollo desde la óptica del Derecho del Trabajo en torno a la figura del cese colectivo por motivos económicos.

Cabría preguntarse si en otro ámbito de la regulación laboral es tratada la crisis empresarial. Al respecto, consideramos que la respuesta es negativa o, en el mejor de los casos, el tratamiento es tan inorgánico y eventual que no amerita mayor análisis, al menos en lo que respecta al presente artículo.

Otro hecho sintomático de esta conclusión es que la crisis empresarial no haya sido desarrollada en medidas que podrían tener impacto en la búsqueda de revertir dicha situación como lo es la suspensión perfecta de labores o la reducción remunerativa. Sobre la primera, el artículo 12 del TUO de la LPCL, el cual desarrolla las causas de la suspensión del contrato de trabajo, no contiene referencia alguna a una situación equiparable a la crisis empresarial. En cuanto a la segunda, si bien existen voces en la doctrina que abogan por la reducción remunerativa como respuesta de emergencia a una crisis empresarial (Sarzo 2014, 89-92), esta no ha sido establecida en términos legislativos.

Ahora bien, existe una excepción relevante a lo señalado en el párrafo anterior. A propósito de la pandemia de COVID-19, el gobierno peruano emitió una serie de normas relativas a la suspensión perfecta de labores, autorizando a las empresas que se encontrasen en una determinada situación a suspender los contratos de trabajo mientras dure la Emergencia Sanitaria, a fin de preservar el empleo.

Así, el Decreto de Urgencia 038-2020 estableció en su artículo 3 que los empleadores que, por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica, no estaban en capacidad de implementar el trabajo remoto o licencias con goce de haber,

podían disponer la suspensión de los contratos de trabajo. Previo a ello, el mencionado decreto de urgencia autorizaba la adopción de las medidas necesarias para el mantenimiento del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores.

Podemos encontrar en lo referido a la afectación económica, un elemento muy similar al de la crisis empresarial, por cuanto dicho supuesto contempla que la situación económica de la empresa impide que los contratos de trabajo continúen desplegando sus efectos como lo viene haciendo con regularidad. Sin embargo, la normativa optó por definir a la afectación económica de manera objetiva, fijando una serie de ratios que, al darse, configurarían la situación económica.

Con todo, el Decreto de Urgencia 087-2021 estableció la vigencia de dicha normativa hasta el 02 de octubre de 2021, razón por la que a la fecha de la redacción del presente escrito dicho corpus legal ha sido derogado.

Como hemos podido apreciar en este apartado, la crisis empresarial es abordada normativa y jurisprudencialmente desde la figura de los motivos económicos para el cese colectivo, debiendo contar con determinadas características para ser considerada como tal. Ahora bien, es importante observar que la mera configuración de la crisis no es motivo suficiente para poner fin a la relación de trabajo, existiendo un paso previo para ello. Ya hemos señalado que la situación de crisis suele contraponer dos intereses entre sí, los cuales son canalizados con una técnica específica, al menos inicialmente, como veremos a continuación.

3. La negociación colectiva en crisis

El cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (el motivado por la crisis empresarial conforme ya se ha expuesto), regulado por el TUO de la LPCL, contempla dos fases: una pre-administrativa, caracterizada por la interacción entre el empleador y los trabajadores incluidos dentro de la medida de cese colectiva; y otra plenamente administrativa, donde los actores pasan a ser el empleador y la Autoridad de Trabajo.

Ahora bien, la referida “interacción” entre trabajadores y empleadores se traduce en un trato directo entre ambas partes, donde los primeros son representados, al

menos inicialmente, por una organización sindical. Así, en el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL establece 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. 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.”

Como se puede observar, la norma contempla una orden de prelación en cuanto al interlocutor laboral: primero el sindicato, y solamente en defecto de este, con los trabajadores afectados o sus representantes, de haberlos. Si bien la norma no especifica que entiende “por defecto”, es evidente la preferencia por un trato directo a nivel sindical. Esta conclusión es compartida por la propia Autoridad de Trabajo, quién en la Resolución Directoral General No. [...], de fecha [...] señaló 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 y solo 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.”

La presencia de organizaciones sindicales es un indicio, a nuestro juicio, que el trato directo regulado en el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL es, en realidad, una negociación colectiva.

Esta es definida por Gernigon, Odero y Guido como “(...) *la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo.*” (2000, 9). Definición que luego ellos refuerzan trayendo a colación el tratamiento dado por los instrumentos de la OIT a los convenios colectivos, producto por excelencia de la negociación:

“El contrato colectivo se define en la Recomendación núm. 91 como “todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados (...)” (2000, 9)

De esta definición podemos extraer algunos elementos útiles para caracterizar a la negociación colectiva: (i) tiene por objeto regular las condiciones de trabajo y de empleo por medio del convenio colectivo; y (ii) participan en ella los empleadores y los trabajadores organizados sindicalmente o por medio de representantes.

Posteriormente, el Convenio No. 154 de la OIT amplía el objeto de la negociación colectiva al señalar que esta tiene como finalidad a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores (Gernigon, Odero y Guido 2000, 11).

A efectos del presente trabajo, la definición que emplearemos para negociación colectiva es aquella que, indirectamente, podemos extraer de las características de su producto más acabado, el convenio colectivo: es una técnica, actividad o proceso en el cual participan el empleador (o una organización de empleadores) y los trabajadores, representados por una organización sindical o delegados; y cuyo objetivo es regular las relaciones laborales en un sentido amplio, desde las condiciones de trabajo hasta la estructura interna de la empresa.

Bajo esta premisa, salta a la vista que el trato directo contemplado en el cese colectivo es, en efecto, una negociación colectiva, en tanto participan en ella sujetos colectivos (empleador y sindicato) con el objetivo de regular condiciones de trabajo. Sin embargo, sobre este último punto podemos detectar una peculiaridad importante.

La negociación colectiva “tradicional”, la que podemos hallar regulada en el TUO de la LRCT por lo general apunta a mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y es iniciada por sus representantes (colectivos o no). De allí que, por ejemplo, el artículo 51 de la mencionada norma determine, expresamente que “(...) *La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego que debe contener un proyecto de convención colectiva.*” Sin embargo, en la negociación colectiva previa al cese colectivo, la iniciativa recae en el empleador, quién inicia el trato directo a partir de su decisión de recurrir al cese colectivo.

Por otro lado, no menos importante, las opciones a negociar, mencionadas como *numerus apertus* en el artículo 48 del TUO de la LPCL, contemplan medidas que, a primera vista, resultan negativas para los trabajadores: la suspensión perfecta de labores, la disminución de turnos, días y horas de trabajo, lo cual encierra a su vez una disminución en la remuneración, la revisión de condiciones colectivas vigentes, entre otras. Esto nos lleva al plano de las negociaciones colectivas in peius.

Como es harto conocido, las estipulaciones de un convenio colectivo, sobre todo aquellas que modifican las condiciones de trabajo, son incorporadas al contrato de trabajo y gozan de una especial protección frente a la intervención de, por ejemplo, el empleador. Así, por ejemplo, el aumento remunerativo pactado en un convenio colectivo no podrá ser modificado por el empleador unilateralmente durante o después de la vigencia del convenio colectivo, en tanto este ya pasó a formar parte integral del contrato de trabajo.

Ahora bien, esto amerita preguntarse si las condiciones colectivas, necesariamente, se encuentran escritas en piedra y no es posible modificarlas como tal. La respuesta más natural y lógica es que los términos del convenio

colectivo sean modificables o sustituibles, pero siempre por las mismas personas que, en un principio, los pactaron. En otras palabras, las partes suscriptoras del convenio deberían estar en la capacidad de poder modificar las condiciones y beneficios pactados, siempre mediando el acuerdo.

Esta conclusión, a riesgo de ser excesivamente simplista, incluye tanto a los supuestos en donde el convenio colectivo firmado inicialmente ha culminado su vigencia y corresponde la negociación y suscripción de uno nuevo como los supuestos en donde se modifica un convenio colectivo aún vigente.

Superado el debate sobre si el convenio colectivo puede ser modificado, corresponde ingresar en lo que se entiende por negociación *in peius*: la posibilidad de que la modificación del convenio colectivo suponga condiciones de trabajo menos favorables para los trabajadores.

Cabría preguntarse esto sabiendo que cierto sector de la doctrina aboga por la irregresividad de la normativa laboral (incluida la convencional). Sin embargo, Cortés asienta la discusión indicando que:

“La tesis de la irregresividad de la normativa laboral, que señala el derecho laboral, incluidos los convenios colectivos, sólo tienen un carácter progresivo a favor de los trabajadores, no pudiendo establecerse menores beneficios para los trabajadores, es mayoritariamente rechazada.

Sin tomar en cuenta que la realidad de muchos países ha demostrado en los hechos lo contrario a dicha tesis, creemos que en el caso del convenio colectivo, podría ser una limitación excesiva a la propia autonomía colectiva.

Compartimos la opinión que señala que no hay, por otra parte, salvo los límites que constitucionalmente estructuran el Estado social y democrático de Derecho, ningún principio ni constitucional ni legal que mantenga la irregresividad del sistema normativo laboral.” (2000, 288).

Esta tesis muchas veces es confundida con el principio de irrenunciabilidad de derecho, el cual preconiza que el trabajador (y por el ende, el sindicato) no está habilitado para renunciar a los derechos laborales que le son reconocidos. Sin

embargo, debe tenerse en cuenta que la renuncia a un derecho laboral supone reconocer la imposibilidad de continuar ejerciendo un determinado derecho o restringir tanto su ejercicio que este se ve completamente vaciado de contenido. Por ejemplo, si renuncio al 90% de mi remuneración, si bien no renuncio a la totalidad de esta, en la práctica reconozco que no tengo derecho a una remuneración justa y equitativa.

Por otro lado, autores como Gonzáles Hunt y Jiménez Llerena sostienen que el principio de irrenunciabilidad de derechos no puede aplicarse a los supuestos de normativa convencional:

“Ahora bien, en los supuestos de sucesión de convenios colectivos que tiene por efecto la disminución o eliminación de las remuneraciones o beneficios sociales percibidos por los trabajadores no es de aplicación el principio de irrenunciabilidad de derechos. El principio de irrenunciabilidad opera únicamente frente a normas heterónomas (dictadas por el Estado) de carácter imperativo. No es posible pactar derechos y beneficios por debajo de los regulados por el Estado a través de normas de origen privado, ya sean individuales o colectivas.”

Esta apreciación también es correcta, en tanto los principales derechos laborales, los reconocidos por Neves como “derechos centrales”, se encuentran reguladas por normas de rango constitucional y legal, esto es, normas heterónomas dictadas por el Estado en contraposición a los participantes en la relación laboral.

Bajo estas premisas, cualquier modificación “a la baja” de un derecho no puede equipararse a la renuncia del derecho; por lo que resulta más acertado, al menos para quienes defienden la imposibilidad de este cambio, hablar de “irregresividad de la normativa laboral”. Con todo, compartimos la opinión de Cortés de no amparar esta tesis, en tanto: (i) la “regresión” es pactada por quienes, en un primer momento, posibilitaron las condiciones modificadas (mismos sujetos negociantes), (ii) la desigualdad en la relación trabajador-empleador se ve matizada en el ámbito de la negociación colectiva, y (iii) si el convenio colectivo

puede modificar al contrato de trabajo una vez, lo puede volver a hacer, aunque esta vez para reducir un beneficio o condición (2000, 288-289).

De esta manera, consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico resulta admisible la negociación *in peius*, lo cual también supone que lo precisado en el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL no contraviene norma alguna. Por si fuera poco, el propio Cortés reconoce al trato directo previo al cese colectivo como un ejemplo de la negociación colectiva *in peius* en nuestra legislación:

“Presentamos a continuación las principales normas peruanas que han sido emitidas en los últimos años, que posibilitan ya sea expresa o tácitamente la revisión de los convenios colectivos y su posible regulación autónoma in peius (...)

c) El artículo 48 del Decreto Supremo No. 003-97-TR (...)” (2000, 295).

Ahora bien, en el caso del trato directo previo al cese colectivo existe un argumento más a favor de la posibilidad de negociar *in peius*: el contexto en el que se da.

Este argumento no alude a las circunstancias concretas en las que tiene lugar el trato directo *per se*, sino a la coyuntura que el ordenamiento jurídico asume que tiene lugar en un supuesto válido de cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: la crisis empresarial.

Como ya hemos indicado previamente, el ordenamiento jurídico permite al empleador poner fin a un determinado número de contratos de trabajo por medio del cese colectivo cuando se presenta una crisis empresarial, la cual cuenta con determinadas características. Así, esta es una salida de última ratio que, por medio de la eliminación de una parte de los “costos” laborales (remuneraciones, beneficios, etc.), permite a la empresa superar la crisis y continuar cumpliendo con su función económica y social.

Es por ello que el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL establece, en el *numerus apertus* de las medidas que puede adoptarse, la finalidad ulterior de las

mismas: coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa. Es decir, que la modificación “a la baja” (in peius) de las condiciones de los convenios colectivos vigentes (medida contemplada en la referida norma), tendría como objetivo apoyar en la continuidad de la empresa y, así, superar la crisis empresarial. Este no sería el único objetivo, en tanto también por medio de estas medidas se busca “evitar o limitar el cese de personal”.

En ese sentido, la negociación *in peius* en el trato directo no solamente es jurídicamente posible y válido, sino que también goza de una legitimación real, concreta, en un contexto de crisis empresarial, en tanto la reducción o modificación negativa de los beneficios obtenidos en un convenio colectivo busca, en última instancia, preservar los puestos de trabajo.

Ahora bien, existen otras características en esta negociación colectiva especial como la reducción, casi total, de las formalidades que normalmente acompañan a otros supuestos de negociación colectiva. A diferencia de la negociación colectiva “tradicional”, la regulada por el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL carece de normas específicas en materia de plazos, representación, ámbito subjetivo, entre otras; lo que ha obligado a la Autoridad Administrativa de Trabajo suplir dicha ausencia por lo menos en los puntos más álgidos. Por ejemplo, respecto de la información que debe entregarse al sindicato, la Autoridad de Trabajo ha señalado que:

“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 estas 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 las consecuencias.” (R.D.G. No. 195-2018-MTPE/2.14, 2018).

Con todo, consideramos que esta ausencia de normas más específicas obedece, principalmente, a la situación de crisis empresarial en la que se enmarca el trato directo. Al encontrarse la empresa en una situación de aguda crisis que pone en peligro su estabilidad y presencia en el mercado, las negociaciones que tienen por objetivo conjurar o aliviar dicha crisis deben ser lo más céleres posibles.

Sin embargo, también consideramos que parte de esta falta de regulación se debe al énfasis puesto por la normativa particular en la fase administrativa, la cual sí se encuentra mucho más desarrollada en los literales siguientes del artículo 48 del TUO de la LPCL. Dicho énfasis se ha plasmado, a su vez, en la puesta en práctica de las disposiciones de cese colectivo por parte de los empleadores, los cuales muchas consideran al trato directo como “mero trámite”.

Con esto claro, podemos definir lo que vendría a ser la negociación colectiva en crisis: un proceso por el cual dos sujetos colectivos (empleador y sindicato) pretenden acordar nuevas condiciones de trabajo por medio de la revisión de los convenios vigentes en caso de haberlos, con el objetivo de coadyuvar en la superación de la crisis y reducir así los alcances del cese colectivo. Las nuevas condiciones, como no pueden ser de otra manera, son inferiores a las ya vigentes a fin de reducir los costos laborales (directamente económicos o no) y permitir la superación de la crisis, careciendo de una normativa que la desarrolle *in extenso*.

Sobre este último punto, cabe preguntarse si al ser una negociación colectiva, le alcanza el deber de fomento que contempla la Constitución Política del Perú y diversos Convenios de la OIT al trato directo previo al cese colectivo. Si esto es así, ¿Cómo se debe traducir eso? Las respuestas a esas interrogantes las encontraremos en el siguiente apartado.

3.1. ¿Objeto de fomento?

La negociación colectiva es fomentada por el Estado. Este enunciando encuentra asidero en nuestra Constitución conforme a lo establecido en el numeral 2 de su artículo 28:

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

(...)

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.”

Por otro lado, la OIT siempre ha reconocido la necesidad de fomentar la negociación colectiva, tal y como se desprende del artículo 4 del Convenio No. 98 OIT, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva:

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”

Conjuntamente con este tratado internacional, la OIT emitió la Recomendación No. 163, Recomendación sobre la negociación colectiva, en la que hace un recuento de los medios para fomentar la negociación colectiva tales como facilidades para negociar en distintos niveles, posibilitar la formación de los negociadores de ambas partes, establecer mecanismos para compartir la información pertinente, entre otros.

Queda claro que, tanto a nivel constitucional como internacional, existe un deber de fomento de la negociación colectiva dirigido al Estado. Esto es así en tanto se considera a la negociación colectiva como el mecanismo de solución de conflictos laborales por excelencia, consideración que nace de un hecho bastante sencillo: las partes interesadas son las que, por medio de esta técnica, dan solución al conflicto que les afecta directamente.

Existen diversos estudios que, desde distintas ópticas, concluyen que las soluciones producto del acuerdo entre las partes conflictuadas son óptimas que aquellas obtenidas por dictamen de un tercero, imparcial o no. Algunos factores, nos atrevemos a decir, que contribuyen a esta percepción son la legitimidad del acuerdo y la cercanía de este a la realidad del conflicto.

Evidentemente, cuando las partes en conflicto moldean la solución conforme a sus intereses, existen un mayor compromiso hacia dicha solución, aun cuando para llegar a ella hayan tenido que realizar concesiones. La participación en la solución se convierte, así, en garantía de que esta no será excesivamente lesiva para los intereses de las partes.

Por otro lado, las partes conocen mejor que nadie los pormenores del conflicto que las enfrenta, conocimiento al que no puede llegar un tercero, quién accede al conflicto (y su historia) por medio del filtro de las partes o de su propio accionar, conociendo las limitaciones de los medios probatorios recabados. En ese sentido, la solución consensuada por las partes dispondrá de un “bagaje” informativo más amplio que el de la salida heterónoma.

Estas innegables ventajas, así como el reconocimiento de la autonomía colectiva, hacen que la negociación colectiva se profile como el mejor mecanismo de solución en un espacio signado por el conflicto, latente o no, a saber, el espacio de las relaciones laborales. Es por ello que, a nuestro juicio, el ordenamiento jurídico nacional e internacional han optado por favorecer a la negociación colectiva instituyendo el deber de fomento, así como otras disposiciones.

Ahora bien, en el caso de la normativa internacional, es importante hacer notar que el deber de fomento recae sobre un determinado “tipo” de negociación colectiva: la libre y voluntaria. Si revisamos el precitado artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, este hace mención al deber de fomentar los mecanismos de negociación “voluntaria”; mientras que la Recomendación No. 163 indica en el punto 2 que:

“Siempre que resulte necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para facilitar el establecimiento y expansión, con carácter voluntario, de organizaciones libres, independientes y representativas de empleadores y trabajadores.”

Es decir, una condición para el ejercicio de una negociación colectiva “deseable” y susceptible de fomento es que esta sea libre y voluntaria. Esta acepción es interpretada por lo general como la necesidad de contar con la aceptación libre de las partes de iniciar la negociación, excluyéndose cualquier forma de coacción estatal. Así, el Comité de Libertad Sindical:

“(…) ha estimado que la negociación colectiva, para ser eficaz, debe tener carácter voluntario y no implicar el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha negociación, y que ninguna disposición del artículo 4 del Convenio núm. 98 obliga a un gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención gubernamental que claramente alteraría el carácter de tales negociaciones.” (Gernigon, Odero y Guido 2000, 27).

De esta manera, quedarían proscritas las modalidades de negociación colectiva de carácter “obligatorio”, es decir, aquellas en las que no concurre la voluntad de las partes para dar inicio al proceso negocial. Por ejemplo, si un Estado define que todas las empresas deberán negociar colectivamente en marzo de cada año, estaría vulnerando este principio.

El principio de voluntariedad, sin embargo, ha resultado ser un poco conflictivo en su aplicación, al menos en nuestro país, pero por razones no jurídicas. El desplome y debilidad permanente de los sindicatos ha conllevado a que el convenio colectivo (y por consiguiente la negociación colectiva) sea una fuente de Derecho Laboral marginal en relación a la población de trabajadores del país, al punto que los empleadores pueden adoptar actitudes obstruccionistas en el marco de la negociación colectiva sin que ello suponga mayor riesgo para su actuar.

Ante un contexto de debilidad sindical y poca cultura de negociación, la normativa laboral, así como el Tribunal Constitucional, han procurado fomentar la negociación colectiva al extremo de, según algunos autores, sentar a la mesa a las partes “por la fuerza”. Un ejemplo de esta polémica es el arbitraje potestativo, el cual es denunciado por un sector de la doctrina como una espada de Damocles sobre la cabeza de los empleadores.

Sin embargo, este aparente conflicto ha sido interpretado por la OIT de tal manera que no entra en colisión con el principio de voluntariedad, al menos en determinados contextos como el de nuestro país:

“En la práctica los órganos de control han aceptado sin embargo la imposición de ciertas sanciones en caso de conductas contrarias a la buena fe o de prácticas desleales en la negociación colectiva en la medida que no sean desproporcionadas, y han admitido la conciliación y la mediación impuestas por la legislación si tienen plazos razonables. Sin duda estos criterios han tenido en cuenta la voluntad de fomentar la negociación colectiva en contextos en los que el movimiento sindical no tenía suficiente desarrollo o la preocupación subyacente en muchas legislaciones por evitar huelgas innecesarias o situaciones de precariedad y de tensión derivadas de la falta de renovación de convenios colectivos, particularmente cuando su campo de aplicación personal es muy extenso.” (Gernigon, Odero y Guido 2000, 29).

De esta manera, la voluntariedad de la negociación colectiva se podría ver “matizada” al sancionarse conductas de mala fe o permitirse la intervención leve de la Administración en situaciones de empantanamiento negocial. Esto, ojo, en países como el nuestro donde el sistema sindical se encuentra subdesarrollado.

Con todo, la regulación no ha sido unánime sobre dicho aspecto, y otras disposiciones contrarias al principio de voluntariedad de la negociación colectiva no vienen inspiradas por el deseo de suplir la deficiencia sindical sino de favorecer al empleador (véase la determinación legal del nivel de negociación ante la falta de acuerdo).

Ahora bien, pese al cuestionamiento del principio de negociación libre y voluntaria en nuestro país, lo ideal es que este se ponga en práctica. Teniendo en cuenta ello, cabe preguntarse si el trato directo previo a la negociación colectiva puede considerarse como libre y voluntaria.

En primer lugar, el trato directo sigue la misma lógica de la negociación colectiva regulada en el TUO de la LRCT, a saber, que una de las partes, por medio de un acto específico (presentación del pliego de reclamos o entrega de información pertinente y convocatoria), obliga a la otra a participar de la negociación. Lo único que cambia es que en el trato directo es el empleador quién “obliga” al sindicato a sentarse en la mesa de negociación.

Sin embargo, esta “coacción” hacia el sindicato debe matizarse. A diferencia de la negociación colectiva regulada en el TUO de la LRCT, el sindicato puede no presentarse a ninguna de las reuniones convocadas por el empleador y aún así, no verse obligado a hacerlo en ningún momento. La única consecuencia sería que el empleador, al ver frustrado el trato directo, ingrese en la fase administrativa del cese colectivo, la cual puede desembocar en la terminación de los contratos de trabajo si es que concurren todos los requisitos y causales.

Con todo, esa consecuencia podría también darse en el supuesto que el trato directo fracase, por lo que tampoco es consecuencia exclusiva de la desafección del sindicato. Por el contrario, en una negociación colectiva “tradicional”, la negativa del empleador a negociar, por ejemplo no recibiendo el pliego de reclamos, supondría contravenir normas estatales (artículo 54 del TUO de la LRCT) y desembocar, inclusive, en el abandono de la negociación en favor de una salida heterónoma (el arbitraje potestativo).

En ese sentido, a diferencia de la negociación colectiva “regular”, el trato directo previo al cese colectivo no establece una obligación formal de negociar, al menos para el sindicato. El empleador, eso sí, está obligado a primero negociar antes de recurrir a la Autoridad de Trabajo para la aprobación del cese colectivo. Es por ello que el trato directo, impuesto por la ley, no resulta ser del todo libre y

voluntario, en tanto no nace del genuino deseo del empleador de recurrir a la negociación colectiva sino de la imposición legal de recurrir a esta técnica.

Sin embargo, al igual que la OIT, es preciso contemplar la dimensión de la voluntariedad en un contexto especial como el de nuestro país. En otras palabras, ciertas actitudes y medidas abstractamente contrarias a la negociación libre y voluntaria podrían no serlo si es que se dan en un contexto donde los interlocutores laborales no están dispuestos a dialogar ya sea por debilidad, ya sea por interés.

Bajo esa premisa, si el empleador no cuenta con incentivos para negociar colectivamente (como ocurre en nuestro país), este optará evidentemente por la alternativa distinta, la cual en el caso concreto es el procedimiento administrativo de cese colectivo. Esto solamente puede redundar en perjuicio de los trabajadores, que no tendrán opción de poder plantear soluciones a la situación de crisis empresarial desde el lado de los costos laborales y así evitar la destrucción de sus puestos de trabajo. Asimismo, la negociación colectiva simplemente desaparecería de la escena en donde existe un potencial conflicto entre el interés del trabajador y del empleador.

Esta última característica es algo que no se puede apreciar en una negociación colectiva tradicional en la que las consecuencias de la imposibilidad de negociar son más benignas en comparación a la desaparición de los puestos de trabajo. Por ejemplo, si la negociación colectiva regulada en el TUO de la LRCT no se lleva a cabo por falta de acuerdo sobre el nivel de negociación, los trabajadores no verían mermada las condiciones actuales de trabajo, en tanto estas ya fueron incorporadas al contrato. Por el contrario, si el empleador no negocia antes del cese colectivo y recurre directamente a la vía administrativa, las probabilidades de que la totalidad de los trabajadores incluidos en la medida pierdan sus puestos de trabajo (y todo lo que ello conlleva) es mucho más elevada.

De esta manera, la obligatoriedad del trato directo, si bien a primera vista puede parecer contraria al principio de negociación libre y voluntaria, en realidad lo que hace es posibilitar que la negociación colectiva, medio idóneo para resolver conflictos sociolaborales, entre a tallar a favor de los trabajadores. Esto es así

puesto que resultaría ser para el empleador, prima facie, más provechoso recurrir únicamente al procedimiento administrativo antes que a la negociación colectiva.

Es por ello que, consideramos, el trato directo no contravendría el principio de voluntariedad de la negociación colectiva tal y como lo aplica la OIT, siendo susceptible de ser objeto del deber de fomento que sus instrumentos establecen.

Ahora bien, consideramos que aún cuando se concluya que el trato directo es contrario al principio de negociación libre y voluntaria, es pertinente referirnos a la situación de excepción en la cual se desenvuelve. Al igual que en el plano de los derechos fundamentales, existen supuestos que, a nuestra consideración, ameritan la restricción de ciertos principios. La crisis empresarial es uno de ellos.

Por otro lado, consideramos que la solución de “volver obligatorio” el trato directo supone una mejor salida para una crisis empresarial que alternativas netamente administrativas o judiciales. Como ya hemos establecido, el último mecanismo contemplado por el Derecho del Trabajo peruano para superar una crisis empresarial es el cese colectivo, el cual supone la eliminación de un determinado número de puestos de trabajo.

Este mecanismo se caracteriza por dos fases: la pre administrativa, en la cual el empleador negocia con los sujetos sindicales la implementación de medidas que limiten o eviten la materialización del cese colectivo; y la administrativa, en la cual el empleador solicita a la Autoridad de Trabajo que apruebe el cese colectivo.

Esta salida, evidentemente, es mixta en tanto combina dos fases en las que intervienen sujetos distintos: la organización sindical y la Autoridad de Trabajo. No obstante, como también hemos detallado previamente, la negociación colectiva es considerada, y con razón, como la alternativa óptima para resolver conflictos sociolaborales, el cual necesariamente se da en un contexto de crisis empresarial y posterior cese colectivo. Las posibilidades de que los trabajadores incidan sobre el destino de sus puestos de trabajo (y así, de su propia fuente de manutención personal y familiar) y colaboren con el empleador en evitar la salida más lesiva (el cese colectivo) es mucho mayor en la fase del trato directo.

Tan es así que la salida administrativa se plantea cuando la fase “sindical” o trato directo ha fracasado o no ha sido suficiente para poner coto a la crisis empresarial. La resolución por parte de la Autoridad de Trabajo, por su parte, carece de los beneficios dados por una salida “negociada” con los trabajadores como mayor legitimidad, mayor correspondencia con los intereses en conflicto, entre otros. Por el contrario, puede ser fuente de litigiosidad al quedar libre la vía para que los trabajadores afectados impugnen la resolución administrativa ante el Poder Judicial. Inclusive puede darse el caso en el que los trabajadores presenten una medida cautelar provisional ordenando la reposición, lo cual evitaría, en teoría, que la crisis empresarial sea revertida oportunamente.

Queda claro, así, que el trato directo planteado por el artículo 48 del TUO de la LPCL presenta, prima facie, una salida más integral y deseable a la situación de crisis empresarial que una salida puramente administrativa o judicial.

De esta manera, el trato directo (o negociación colectiva) no solamente es jurídicamente válido, en tanto no entra en conflicto directo con el principio de negociación voluntaria reconocido por la OIT, ya sea porque este principio admite excepciones concretas o porque sino sería imposible la negociación colectiva de otra manera; sino que, además, se perfila como la alternativa más adecuada para una situación de crisis empresarial en la que subyace, evidentemente, un conflicto sociolaboral.

En ese sentido, el trato directo, el cual representa un supuesto de negociación colectiva *in peius*, contemplado en el artículo 48 del TUO de la LPCL, sí debe ser objeto de promoción al igual que la negociación colectiva “tradicional” regulada en el TUO de la LRCT, aún cuando esté en el límite de lo admisible a la luz del principio de voluntariedad y libertad preconizados por la OIT.

Esta respuesta, consideramos, ha sido asumida hasta cierto punto por nuestro propio ordenamiento jurídico. Prueba de ello es que la propia regulación del trato directo contempla que este sea, obligatoriamente, una fase *sine qua non* en el camino del cese colectivo.

Sin embargo, la obligación de promover no se agota en definir la oportunidad (y obligatoriedad) de recurrir al trato directo, sino que, consideramos, debe incorporar un grupo de reglas más extenso.

Como ya hemos señalado en el presente trabajo, el trato directo carece de una regulación específica en el TUO de la LPCL, debiéndose suplir la carencia de normas particulares por medio de pronunciamientos administrativos sobre temas tan básicos como la entrega de información y la convocatoria a reuniones. Si bien ha servido para cautelar, hasta cierto punto, la realización de una negociación colectiva más real; sigue siendo una solución a nuestro juicio poco práctica, puesto que fuerza a los actores a estudiar precedentes y posturas que bien podrían variar a discreción de la propia Autoridad de Trabajo.

En ese sentido, la normativización de las reglas del trato directo trae una serie de ventajas que no pueden ser desconocidas tales como una mayor predictibilidad administrativa, mayor comprensión de estas por parte de los actores y la posibilidad de recoger mayores garantías para que se lleve adelante una verdadera negociación.

Esta manifestación del deber de promoción de la negociación colectiva, sin embargo, puede tener ciertas críticas. Por ejemplo, se podría sostener que la excesiva regulación de la negociación colectiva puede llevar a un extremo de ritualismo en un espacio donde debe primar la practicidad y la celeridad; o que esta es un recorte intolerable de la libertad de los sujetos colectivos para definir las reglas de la propia negociación.

Respecto de la primera posible crítica, consideramos que dicha situación indeseable de excesivo ritualismo puede evitarse a partir de una técnica legislativa adecuada. En ese sentido, es un supuesto que, al depender de la actuación concreta del legislador, no puede extenderse a todos los casos, por lo que no bastaría para rechazar esta salida.

Respecto de la segunda posible crítica, hay que partir del hecho que la obligatoriedad del trato directo de por sí ya podría considerarse como una

restricción de la libertad de las partes. Sin embargo, esta restricción resulta admisible por cuanto se puede materializar una salida más ideal y, sobre todo, por las condiciones concretas del caso peruano en donde el movimiento sindical, al ser tan débil, requiere de una normativa más proteccionista que evite que la asimetría de la relación entre el empleador y el sindicato haga que la libertad sea utilizada para favorecer al primero.

Como sabemos, la libertad de las organizaciones sindicales para fijar de común acuerdo con el empleador las reglas de juego en la negociación colectiva se sustenta en la premisa de que la asimetría propia de una relación laboral individual se ve matizada con la irrupción de sujetos colectivos, lo que Villavicencio denomina “función equilibradora” (2010, 23). Sin embargo, en un contexto de debilidad del movimiento sindical (baja afiliación, normativa poco favorable a la negociación colectiva y a la huelga), dicho principio puede verse seriamente cuestionado, en tanto se mantiene una situación de asimetría todavía pronunciada.

Ante la debilidad de los actores sindicales, el Estado debe desplegar una función tuteladora más acusada, a fin de evitar que la desigualdad redunde siempre en beneficio de la parte más “poderosa”, a saber, los empleadores. De lo contrario, fallaría en su deber de promover la negociación colectiva y la libertad sindical y, de manera indirecta, los derechos fundamentales de los trabajadores que son defendidos por estas organizaciones.

Asimismo, la normativización del trato directo debe tener en consideración en que contexto se ubica dicha figura: la crisis empresarial. Como hemos indicado extensamente, una situación de crisis puede suponer un grave problema para la empresa, al punto que pone en entredicho su propia supervivencia. Dicha situación resulta ser intolerable para el equilibrio interno de la unidad productiva y, por tanto, requiere de una salida drástica y célere.

De esta manera, las soluciones a un contexto de crisis empresarial deben gozar de dichas características para que sea efectivo, puesto que de lo contrario se arriesgaría a que la crisis empresarial se torne en irreversible e insuperable. Es esta la razón por la que, por ejemplo, consideramos que nuestro ordenamiento

jurídico prefiere una salida administrativa para la resolución de la solicitud de cese colectivo antes que una judicial, bajo la premisa (no del todo errada) de que el procedimiento administrativo es más célere que el proceso judicial.

Lo mismo, consideramos, debe aplicarse a la regulación del trato directo. La normativización de esta negociación colectiva sui generis trae, como ventaja, evitar que las partes inviertan demasiado tiempo en ponerse de acuerdo sobre las reglas de juego que habrán durante el trato directo, el cual ni siquiera garantiza una solución a la crisis empresarial. En ese sentido, la normativización del trato directo es garantía de que la salida “negociada” (trato directo), resulte ser célere y acorde con las necesidades de una crisis empresarial.

Asimismo, el trato directo debe reunir las condiciones para que el planteamiento de salidas a la crisis empresarial sea real y efectivo, pudiendo en los hechos limitar o evitar el cese colectivo. En ese sentido, se debe tener en claro qué información económica será puesta a disposición del sindicato, el plazo mínimo para que se diseñen alternativas, entre otras. De esta manera, se evita que el desconocimiento (o la malicia) de la parte empleadora convierta en inútil la negociación colectiva, al no poder el sindicato plantear alternativas realistas al cese colectivo.

Ahora bien, es cierto que la negociación colectiva previa al cese colectivo no es la solución más efectiva, si bien es la ideal. Esto en parte gracias al problema que ya hemos reseñado: la debilidad del movimiento sindical. La falta de sindicatos fuertes, agravada por un marco normativo restrictivo, y la poca presencia de estos hace que, en muchos supuestos, los ceses colectivos se den en empresas donde no existe tal cosa como una organización sindical o esta se encuentra reducida a su mínima expresión.

Esto evita, por ejemplo, que se plantee un cese colectivo que dependa exclusivamente de la negociación colectiva (vía adoptada en España), aún cuando esta solución es, desde nuestro punto de vista, sustantivamente mejor frente a la salida administrativa.

No obstante, las características propias del movimiento sindical peruano actual, las cuales tampoco podrían considerarse “perpetuas” sino propias de un contexto específico, no puede ser excusa para que el trato directo, en un contexto de crisis empresarial, no sea objeto del deber de promoción que nuestro ordenamiento concede a la negociación colectiva.

4. Conclusiones

1. Las empresas tienen una “vida” en la que nacen, se desarrollan y mueren. Al estar insertas en el mercado, su desenvolvimiento en el tiempo se encuentra sujeto a una serie de factores exógenos tales como la situación económica del país, las inversiones que realiza, entre otros. Sin embargo, también puede entrar en crisis, definida esta como una situación económica grave y negativa, poniendo en peligro tanto su función económica de generadora de riqueza como su función social de brindar puestos de trabajo. Es esta última consecuencia la que amerita el ingreso del Derecho del Trabajo, al perfilarse como salida para dicha situación la eliminación de un determinado número de puestos de trabajo.
2. Los motivos económicos del cese colectivo son, a nuestro parecer, la materialización de la crisis empresarial en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto se hace referencia a la necesidad de una situación económica mala, en la que el cese colectivo tiene como objetivo el acabar con dicha situación. Por otro lado, en los demás supuestos de cese colectivo no se requiere de la necesidad de una situación de crisis, exigiéndose otras causas objetivas como la disolución de la empresa o la ocurrencia de un hecho de fuerza mayor.
3. La negociación colectiva hace su ingreso en el cese colectivo por medio de la fase de trato directo previa al procedimiento administrativo de aprobación de solicitud formulada por el empleador. Dicha negociación, además de encontrarse en un supuesto específico, tiene la característica de poder negociar “a la baja”, los beneficios de los trabajadores, erigiéndose así en un supuesto de negociación colectiva “in peius”, la cual es reconocida en nuestro ordenamiento como admisible, máxime si se da en un contexto donde la alternativa a esto es la eliminación de los puestos de trabajo.

4. Ahora bien, cabe preguntarse si esta negociación colectiva específica es objeto de fomento a la luz del deber estatal contenido en la Constitución y la definición dada por la Organización Internacional del Trabajo. Esta última establece el principio de voluntariedad de la negociación colectiva, el cual se ve hasta cierto punto cuestionado por un trato directo obligatorio. Sin embargo, la propia OIT reconoce que en ciertos supuestos es posible que la promoción de la negociación colectiva se traduzca en una negociación compulsoria, particularmente en contextos de debilidad sindical y poca cultura de negociación, lo cual se da en nuestro país. Asimismo, esta salida debe tener en consideración el contexto especial en el cual se da el trato directo, a saber, la crisis empresarial. Una vez fijada la necesidad de promover el trato directo, la manifestación principal de esta acción es la normativización de las reglas del trato directo, hecho que trae una serie de ventajas para los actores y equilibra la balanza entre la parte sindical y la parte patronal.

5. Recomendaciones

1. Establecer un marco normativo más claro, entendible pero detallado de las reglas que deben observarse durante el trato directo, favoreciendo así la celeridad y el conocimiento de las partes involucradas.
2. Fijar y difundir los criterios de la Autoridad de Trabajo sobre lo que se entiende por una verdadera negociación, especialmente el tema relativo a los plazos y a la información que debe ser entregada para garantizar un trato directo real.
3. Modelar la nueva normativa y la existente a la luz de las consideraciones de la crisis empresarial contenidas en el presente trabajo, a la par que se eliminan aquellos criterios que se oponen a la misma (por ejemplo, la irreversibilidad de la crisis económica).

6. Bibliografía

- Alameda Castillo, M. (2001). *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial: Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Arias Varona, F. (2013). *Conservación de empresas en crisis: Estudios jurídicos y económicos*. Madrid: La Ley.
- Beltrán Aleu, M. (2006). *Crisis de empresa y Derecho del trabajo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Cruz Villalón, J. (1999). Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales en Rodríguez Piñero-Royo, M (coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Ginés i Fabrellas, A. (2014). El despido colectivo por causas económicas y centro de trabajo. Incongruencias en el alcance de la causa económica, la unidad de cómputo y la negociación por centros de trabajo. En *Documentos Laborales*, 101, 33-50. [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N101/03%20El%20despido%20colectivo%20por%20causas%20econ%C3%B3micas%20y%20centro%20de%20trabajo%20\(Gin%C3%A8s%20i%20Fabrellas\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N101/03%20El%20despido%20colectivo%20por%20causas%20econ%C3%B3micas%20y%20centro%20de%20trabajo%20(Gin%C3%A8s%20i%20Fabrellas).pdf)
- Mendoza Legoas, L. (2018). La intervención administrativa sobre el despido colectivo por necesidades empresariales en Perú. En *Trabajo y Seguridad desde el Estado Social de Derecho*. Libro homenaje a Carlos Blancas Bustamante (pp. 1-15). Lima: Editorial Palestra.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (1997, 21 de marzo). Decreto Supremo No. 003-97-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Sistema Peruano de Información Jurídica.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2003, 5 de octubre). Decreto Supremo No. 010-2003-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Sistema Peruano de Información Jurídica.

Alonso Olea, M. (1954). *El despido (Un estudio de la extinción del contrato por voluntad del empresario)*. Madrid: IEP.

Organización Internacional del Trabajo (2016). *Negociación colectiva. Guía de políticas*. OIT. Recuperado en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_528312.pdf

Pasco, M. (1995). La autonomía colectiva: concepto y premisas. *Ius Et Veritas* 10, 65-71. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15476/15926>

Quino Cancino, S. (2019). *El cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en el Perú: propuestas para su viabilidad*. (Tesis para obtener el grado de magíster, no publicada). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16049/QUINO_CANCINO_EL_CESE_COLECTIVO_POR_CAUSAS_ECONOMICAS_TECNOLOGICAS_ESTRUCTURALES_O_ANALOGAS_EN_EL_PERU.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Resolución Directoral General No. 015-2011-MTPE/2/14 (2011, 03 de octubre). Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (Christian Sánchez Reyes). https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2011-10-18_015-2011-MTPE.2.14_1777.pdf

Resolución Directoral General No. 003-2013-MTPE/2/14 (2013, 16 de enero). Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Christian Sánchez Reyes). https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2013-01-16_003-2013-MTPE-2-14_2767.pdf

Resolución Directoral General No. 041-2017-MTPE/2/14 (2017, 03 de abril). Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Juan Carlos Gutiérrez). http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2017-05-16_41-2017-MTPE-2-14_5550.pdf

- Resolución Directoral General No. 195-2018-MTPE/2/14 (2018, 18 de octubre).
Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
(Eduardo García Birimisa). <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/normas-legales/221845-195-2018-mtpe-2-14>
- Rubio De Medina, M. (2005). *El pacto de permanencia en la empresa*. Barcelona: Bosch.
- Sanguinetti Raymond, W. (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *Ius Et Veritas* 7 (12), 143-157.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15544>
- Sarzo, R. (2014). *La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Villavicencio Ríos, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú*. Lima: PLADES.
<http://files.pucp.edu.pe/posgrado/wp-content/uploads/2017/05/22162507/LA-LIBERTAD-SINDICAL-EN-EL-PER%C3%9A-2010-FINAL.pdf>

