

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

**ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL**



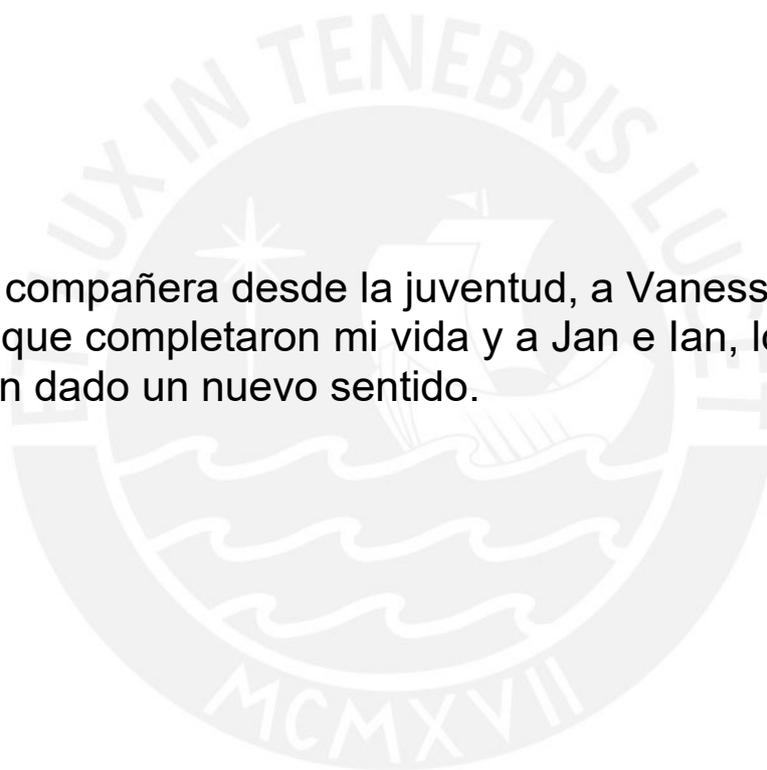
**EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LOS CONTRATOS Y EL RÉGIMEN DE
PROTECCIÓN FRENTE A LA DESVINCULACIÓN LABORAL INDIVIDUAL Y
COLECTIVA**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER CON
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL**

**Autor: Víctor Ferro Delgado
Asesor: Dr. Juan Alejandro Espinoza Espinoza**

LIMA - JULIO 2021

A Mirtha, compañera desde la juventud, a Vanessa, Pamela y Valeria que completaron mi vida y a Jan e Ian, los retoños que le han dado un nuevo sentido.



RESUMEN

El presente trabajo examina el contenido del principio de conservación de los negocios jurídicos, vinculándolo con el principio de continuidad en el derecho del trabajo. Así, un criterio de interpretación, que en el ámbito del derecho civil apunta a la subsistencia del negocio jurídico, en el marco del derecho laboral es objeto de un desarrollo particular con base al principio de continuidad, el derecho al trabajo y la estabilidad laboral. Empero, el alcance que el Tribunal Constitucional (TC) confiere al derecho al trabajo resulta no solo inconsistente en sí mismo, sino contrario al esquema de protección frente al despido consagrado por múltiples ordenamientos cuyas constituciones consagran, igualmente, el derecho al trabajo. En términos generales, tales ordenamientos prevén que la afectación a este derecho determina una tutela resarcitoria, y no así restitutoria, a diferencia de lo que plantea el TC. A su vez, el TC obvia todo ejercicio de ponderación entre el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa, a pesar de que este igualmente goza de reconocimiento constitucional. Seguidamente, analizamos el principio de continuidad en la regulación de los ceses colectivos, evidenciando que, en el derecho comparado, se reconoce al empleador la facultad extintiva de los contratos de trabajo, a diferencia de lo que opera en nuestro régimen, que traslada esa prerrogativa a la autoridad administrativa de trabajo, no obstante, su sistemática renuencia a aprobar las respectivas solicitudes. De ahí que se proponga una modificación constitucional estableciendo que tanto la extinción individual como colectiva del contrato de trabajo corresponden al ejercicio de la facultad de dirección del empleador, la cual de ejercerse de manera contraria al ordenamiento vigente dará lugar al pago de una indemnización legalmente fijada, mientras que reposición solo operará cuando el despido resulte lesivo de derechos fundamentales.

ÍNDICE

RESUMEN	ii
INTRODUCCIÓN	3
1. CAPÍTULO I – MARCO TEÓRICO SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	9
1.1. Nociones Generales sobre los principios generales del derecho de acuerdo a diferentes concepciones filosóficas	9
1.2. Función de los principios generales del derecho y su rol en el ordenamiento jurídico	18
1.3. Criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los principios generales del derecho y el Principio de Conservación de los Negocios Jurídicos en el marco de la desvinculación laboral individual y colectiva	20
2. CAPÍTULO II – MARCO TEÓRICO DEL NEGOCIO JURÍDICO Y PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS	24
2.1. El negocio jurídico: definición y fundamento	24
2.2. El principio de conservación de los negocios jurídicos: definición y naturaleza	28
2.3. Manifestaciones del Principio de Conservación de los Negocios Jurídicos	30
2.3.1. Nulidad parcial	31
2.3.2. Conversión de los contratos nulos	32
2.3.3. Confirmación de los contratos anulables	33
2.3.4. El principio civil de la conservación del negocio en el contrato nulo y anulable y el principio de continuidad laboral.	34
3. CAPÍTULO III - EL NEGOCIO JURÍDICO EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD	45
3.1. El negocio jurídico en el derecho del trabajo en el marco de la situación de desigualdad entre las partes	45
3.2. La derivación del principio de conservación de los negocios jurídicos en el principio de continuidad aplicable al contrato de trabajo	47
3.3. Naturaleza del Derecho al Trabajo	50

3.4. El Derecho al Trabajo en diversas constituciones	55
3.5. El Derecho al Trabajo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional	55
3.6. El principio de continuidad en el régimen de protección frente al despido en el Perú	69
4. CAPITULO IV - EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD Y LA REGULACIÓN DE LOS CESES COLECTIVOS	72
4.1. Ceses colectivos y modelo económico	72
4.2. Naturaleza del cese colectivo	79
4.3. El cese colectivo en otros ordenamientos	82
4.4. La distorsión del régimen de estabilidad laboral impuesta por el Tribunal Constitucional y su impacto en los ceses colectivos	111
4.5. El cese colectivo en la LPCL	112
4.5.1. Información	113
4.5.2. Negociación	117
4.5.3. Acreditación	121
4.5.4. Aprobación	123
4.6. El cese colectivo por motivos económicos	124
4.6.1. La acción popular contra el Decreto Supremo 013-2014-TR	128
4.6.2. Pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo sobre ceses colectivos por motivos económicos	130
4.7. El cese colectivo por motivos estructurales	134
4.7.1. Pronunciamiento de la Autoridad de Trabajo sobre ceses colectivos por motivos estructurales	137
4.8. La necesidad de un sinceramiento de los ceses colectivos	143
4.9. Propuesta de modificación constitucional	147
CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFÍA	157

INTRODUCCIÓN

Uno de los tópicos más tratados a nivel académico es el referido a los “*principios generales del derecho*”. Durante el devenir de los siglos XIX y XX, una diversidad de autores –desde el filósofo Giorgio Del Vecchio hasta Luigi Ferrajoli- han realizado diversos estudios avocados a la conceptualización, clasificación y análisis de las funciones de los principios generales del derecho en el ámbito de los diferentes sistemas jurídicos.

Gracias al relevante esfuerzo de filósofos y juristas actualmente se cuenta con una vasta doctrina sobre los principios generales del derecho, a partir de la cual se evidencia su compleja naturaleza jurídica.

Sin embargo, y quizás, precisamente, por la dificultad que entraña su estudio, es frecuente constatar una utilización imprecisa de este término por parte de los operadores jurídicos, quienes, en el marco de la ambigüedad conceptual, han encontrado en los principios generales del derecho y en los específicos de cada rama, el mecanismo idóneo para invocar apreciaciones poco rigurosas o incluso divorciadas del tratamiento legal positivo que se le confiere a determinadas instituciones jurídicas.

En efecto, pareciera que cuando se enuncia el término “*principios generales del derecho*”, cada operador o jurista evoca un contenido distinto, utilizando aquel que mejor reconduzca a los objetivos o consideraciones morales o ideológicas que postule. La utilización poco prolija del término “*principios generales del derecho*”, así como la falta de uniformidad respecto a su concepto y naturaleza, favorece la creencia de que todos y cada uno de los principios jurídicos –sean generales o específicos de una rama determinada del derecho- son de naturaleza indeterminada o difusa, y que, por tanto, pueden ser utilizados para

sustentar las tesis más diversas e incluso antagónicas. Esta situación se presenta, incluso, si el principio o su fundamento, que supuestamente ha sido recogido por la Constitución, resultase claramente desvirtuado por la norma vigente, la cual termina siendo descalificada por resultar pretendidamente contraria al contenido esencial que, por vía de interpretación, el operador jurídico le asigna a un determinado principio.

Ahora bien, en el plano del derecho del trabajo, la falta de certidumbre respecto al contenido del principio de continuidad, cuyo mayor desarrollo se positiviza en el derecho a la estabilidad laboral -aunada a la compleja estructura del derecho fundamental al trabajo- ha conllevado a la emisión de sendos pronunciamientos por parte de la justicia constitucional, en virtud de los cuales se ha instaurado en el Perú un particular régimen de protección frente al despido.

De este modo, bajo el criterio de que el contenido esencial del derecho al trabajo previsto en la Constitución solo puede ser realmente salvaguardado a partir de la tutela restitutoria -la reposición forzosa en el puesto de trabajo- se ha construido en el Perú un nuevo esquema cercano a la estabilidad laboral absoluta para diversos supuestos cobijados bajo el denominado despido fraudulento, cuyo punto de partida es, precisamente, una interpretación del principio de *derecho al trabajo*. En ese sentido, la tutela restitutoria, que el ordenamiento legal reconocía únicamente ante la configuración de un despido nulo –despidos de naturaleza discriminatoria- se encuentra en la actualidad lejos de ser una tutela excepcional.

Creemos, sin embargo, que dicha tesis no solo no se ajusta al texto constitucional, sino que omite cualquier esfuerzo de ponderación con otro derecho de base constitucional como corresponde al derecho a la libertad de

empresa, en el marco de la economía social de mercado que consagra la Constitución.

Lo señalado precedentemente, lejos de favorecer la concreción de un sistema equilibrado que proteja de manera integral el derecho de los trabajadores, pero que paralelamente incentive la contratación y, por ende, favorezca el empleo, ha dado lugar a que el ordenamiento vigente en el Perú en materia de contratación y despido sea conceptuado como uno de particular rigidez.

Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha señalado que uno de los principales obstáculos para el desarrollo inclusivo y sostenible de nuestro país es la existencia de *“un mercado de trabajo segmentado y con una regulación rígida, caracterizado además por condiciones laborales desiguales”* (OCDE: 2019a). Tras ello, la OCDE también menciona que con un marco normativo flexible *“el Perú podría aprovechar el cambio global para posicionarse como un actor líder en la región y destino de inversión”* (OCDE: 2019b).

En la línea de lo expuesto, en el año 2019, el Foro Mundial Económico (*World Economic Forum*) emitió el Reporte de Competitividad Global (*The Global Competitiveness Report*), mediante el cual analiza diversos criterios de competitividad en una multiplicidad de países. En el referido documento el Perú se ubica en el puesto 131 de 141 países en la evaluación del ranking de prácticas de contratación de despido (*hiring and firing practices*) (World Economic Forum: 2018), lo que implica que el régimen vigente en nuestro país es considerado entre los de mayor rigidez en el mundo.

Sin perjuicio de que sería claramente un exceso atribuir al ordenamiento laboral en materia de contratación y despido la responsabilidad de la informalidad laboral

en el Perú, y ni siquiera su factor más relevante, constituye, por lo menos, un incentivo a que esta alcance al 72.5% de la Población Económicamente Activa, la cual presta sus servicios desprovista de toda protección, cifra que se reduce a un 56.1% si se deduce a las personas que trabajan en el ámbito familiar, o que, fundamentalmente ante la falta de empleo optan por el emprendimiento propio (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA: 2018).

En efecto, es común que en ese contexto los trabajadores generen sus propios puestos de trabajo en razón de la limitada oferta de empleo formal y las exiguas barreras con las que opera el empleo informal (Yamada 2012: 98), sin perjuicio que la proliferación de empleo informal resulta particularmente crítica en países como el Perú en el que la protección social es insuficiente. Lo anterior evidencia, pues, no solo la limitada eficacia de la supuesta protección al trabajo, sino el claro desajuste existente entre el objetivo de protección y el resultado obtenido.

A ello se agrega, que la excesiva rigidez en materia de despido genera un estímulo perverso al uso de válvulas de escape por parte del empleador formal (Ferro 2014: 67).

Así, la empresa que se desenvuelve en el ámbito de la formalidad suele recurrir intensamente a la contratación temporal, la subcontratación, la extensión artificiosa del período de prueba, la extensa calificación de puestos de trabajo calificados como de confianza –y por ende desprovistos del derecho a la reposición e incluso a la indemnización ante el despido *ad nutum*- o a la contratación de personal con jornadas a tiempo parcial, lo que multiplica situaciones de precariedad e inequidad en las relaciones laborales. Sin embargo, desde la perspectiva del empleador estas figuras le han permitido implementar desvinculaciones individuales -sean justificadas o no- o ceses colectivos en situaciones de vicisitudes económicas o estructurales.

El despido individual y el colectivo tienen distinto tratamiento en nuestra legislación respecto de la facultad extintiva del contrato de trabajo que se reconoce al empleador. En efecto, en el despido individual, ante un supuesto de causa justa de despido por razón de capacidad o conducta, el empleador investiga el hecho, solicita descargos, los evalúa y, de considerar que se ha configurado el supuesto que autoriza legalmente la desvinculación, procede a esta con cargo a que de ser impugnada en la vía judicial deba acreditar la procedencia de la medida, asumiendo la carga de la prueba, y someterse a las consecuencias del despido no ajustado a ley.

Inversamente, en el despido colectivo opera el denominado despido propuesta, a través del cual el empleador debe iniciar un proceso de negociación con el personal o el sindicato involucrado y solicitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) que lo autorice en caso de no haber obtenido el acuerdo con los trabajadores afectados o con la respectiva organización sindical.

De esta forma, el ordenamiento no reconoce la facultad extintiva del contrato de trabajo por parte del empleador en el caso de los ceses colectivos, por cuanto esta medida queda supeditada a la aprobación por parte de dicha autoridad. Como es previsible, en el marco de una concepción que estima que se protege mejor al trabajador mientras menores posibilidades de desvinculación sean factibles, no es de extrañar que la AAT haya mantenido una posición marcadamente contraria a la aprobación de los ceses colectivos. Así, en los hechos, los ceses colectivos quedan supeditados a la voluntad de la parte laboral que finalmente decide si acepta o no la oferta económica que el empleador le plantee para proceder a la extinción del contrato de trabajo mediante un convenio de mutuo disenso.

Asimismo, al igual que ha ocurrido con los pronunciamientos judiciales en materia de despido individual, la AAT ha optado por una concepción reduccionista de las facultades organizativas que corresponden al empleador conforme a su poder de dirección, acentuando con ello la rigidez del régimen de contratación y despido vigente en el Perú.

Es en ese contexto que el presente trabajo efectúa un análisis del principio de continuidad, como manifestación del principio de conservación de los negocios jurídicos, para seguidamente examinar institutos del derecho civil y el derecho del trabajo vinculados a la subsistencia y a la terminación del contrato, de manera de efectuar un correlato entre ambas ramas del derecho. Así, se examinan algunas de las opciones que el ordenamiento civil prevé para la conservación del negocio jurídico y las que la normativa laboral establece para la regulación de los despidos individuales -en el marco de la estabilidad laboral- y los despidos colectivos originados en las necesidades económicas o estructurales del empleador, tanto en el derecho nacional como en el derecho extranjero. A su vez, apunta a efectuar un análisis de ponderación entre dos derechos constitucionales en conflicto, esto es, el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa.

1. CAPÍTULO I – MARCO TEÓRICO SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1.1. Nociones Generales sobre los principios generales del derecho de acuerdo a diferentes concepciones filosóficas

Una de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua atribuye al vocablo principio es el de “*base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia*”. (RAE)

Esta conceptualización parece adecuarse al análisis de los principios del derecho propios del iusnaturalismo que históricamente y hasta fines del siglo XIX, fue la corriente filosófica de mayor relevancia en el análisis del derecho. Conforme a esta vertiente, existen dos tipos de derecho, el natural y el positivo, siendo el primero superior y anterior al último. Según Bobbio, “*el derecho natural es el conjunto de dictámenes que provienen de la rectae rationis, mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios prácticos que determina la forma de aquellos*” (Bobbio 1965: 65). El iusnaturalismo se sustenta, pues, en la ley natural de la cual surgen normas máximas susceptibles de abstracción que responden a la tendencia natural del hombre hacia lo correcto y justo. De esta forma, calificarían como principios válidos del derecho natural aquellos que respondan a ciertos valores esenciales y fundantes del ordenamiento.

Ahora bien, el rol de los principios resulta sustancial para la interpretación jurídica ante las lagunas del derecho. Así ante la ausencia de una norma aplicable al caso se recurre a un principio

válido por sí mismo, sin que ello autorice al juzgador a emitir su fallo con base a sus opiniones personales (García Maynez 1955: 360).

En el campo del ordenamiento laboral, De la Villa (2003,9) considera que los principios generales son los mismos que rigen el derecho común y que corresponde aplicarlos cuando sea necesario suplir la ausencia de norma o costumbre laboral, con la salvedad que en esta disciplina su uso es menos intenso por lo profuso de la regulación legal, lo que reduce el campo de las fuentes supletorias.

Por su parte, el positivismo jurídico postula una aproximación metodológica que prioriza la naturaleza formal del derecho, con prescindencia a toda evaluación respecto al contenido justo o no de una norma. Este aspecto resulta inherente a la propia existencia de la norma, siempre que su formulación cumpla con los requisitos formales y procedimentales establecidos en la norma fundamental. En este sentido, el principal objeto del positivismo será garantizar la resolución justa y racional de los conflictos jurídicos a partir de la estricta aplicación de las normas vigentes por parte de los operadores del derecho.

El positivismo favoreció los proyectos de codificación a efecto de contar con un ordenamiento jurídico coherente, cerrado, autosuficiente, seguro y predecible que permitiera identificar las normas positivas que lo conforman. Sin embargo, y debido a inviabilidad que supone regular todos y cada uno los supuestos que pudieran suscitarse, el positivismo jurídico admitió, en un primer momento, la posibilidad de resolver las controversias jurídicas planteadas a los órganos jurisdiccionales a partir de la utilización de

los principios generales del derecho, los cuales como señalan Marty y Raynaud (1961: 25), constituyen “*reglas generales comunes que se desprenden de los sistemas jurídicos positivos en vigor*”.

Sin embargo, exponentes del positivismo dogmático, como Rudolf Carnap y Hans Kelsen, criticaron que ante la ausencia de regulación los operadores jurídicos puedan recurrir a la utilización de principios generales del derecho debido a su naturaleza valorativa no verificable (citado en Luján 2005: 26).

Desde otra perspectiva, Herbert Hart sostuvo que, en caso de ausencia de regulación, los jueces pueden utilizar su discrecionalidad a efecto de proporcionar una solución a la controversia planteada, ya que los principios generales no cumplen función alguna en la solución de controversias en atención a que son las reglas -y no los principios- los que tienen la calidad de fuente del derecho. Para este autor la discrecionalidad de los jueces no atenta contra el principal postulado del positivismo- que es la separación del derecho y la moral- toda vez que la solución que proponga el juez en caso de ausencia de normas que regulen la controversia, deberá ser el resultado de un proceso lógico y racional ajeno a consideraciones morales (citado en Pérez 2010: 11-12).

Como respuesta a las concepciones positivistas, surgieron aproximaciones al estudio del derecho que buscan reconciliar los valores jurídicos de predictibilidad y seguridad del ordenamiento con los valores y principios abstractos que encierran los derechos humanos y el neo constitucionalismo (Rojas: 2006).

Uno de los principales exponentes de esta corriente es Ronald Dworkin quien, entre otras consideraciones, sostiene que el derecho no sólo está compuesto por reglas sino también por principios, entendidos como estándares a ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad y la moralidad, a la vez que son receptores de directrices políticas. En efecto, si bien *“los principios dictan resultados menos precisos que las normas, son igualmente obligatorios y deben ser tenidos en cuenta”* (Dworkin citado en Peralta: 2017).

Dworkin advierte el riesgo de que los operadores jurídicos utilicen los principios generales del derecho como una categoría indeterminada a partir de la cual se introduzca la arbitrariedad o valores extra jurídicos en la resolución de controversias. Para evitar ello, propone la *«tesis de la única respuesta correcta»* a ser descubierta por el juez con base a la coherencia que la misma tenga con el ordenamiento positivo, la teoría moral que subyace al mismo y la moralidad institucional (citado en Arango 1999: 61).

Ahora bien, la teoría dworkiniana relativa a los principios generales del derecho resulta ciertamente enriquecida a partir del particular paradigma propuesto por Robert Alexy sobre los principios del derecho y los derechos fundamentales, cuya conjugación resulta necesaria a efectos de asegurar una protección eficaz de estos últimos en determinado contexto jurídico y social.

Desarrollando lo expuesto, Alexy postula que los principios son mandatos de optimización en tanto *“son normas que ordenan que algo*

sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (1997: 86); situación que la diferencia de las reglas, a las cuales define como “normas que solo pueden ser cumplidas o no. (...) Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” (Alexy 1997: 87).

Con base a las referidas definiciones resulta posible identificar algunos de los aspectos fundamentales de la concepción alexiana de los principios, entre los cuales se encuentran: (i) la gradualidad; (ii) la optimización; (iii) el deber ser ideal; y, (iv) el carácter *prima facie*.

El término “gradualidad” en la teoría de Alexy hace referencia a la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan el contexto social, jurídico y económico. Por otro lado, la “optimización” hace referencia al nivel de cumplimiento. Así, para Alexy los mecanismos de concreción de determinado principio deberán ser aquellos que permitan su cumplimiento en la mayor medida posible de conformidad con el contexto socio jurídico de una comunidad.

Asimismo, el término “deber ser ideal” responde a la necesidad de implementar un estándar ideal de cumplimiento para cada principio, a partir del cual se evidencien sus diferentes niveles de satisfacción y concreción, respecto de los cuales procede, a su vez, una variada gama de mecanismos de tutela, determinados a partir de la ponderación.

Finalmente, con relación al “carácter *prima facie*”, este se refiere al hecho de que los mandatos dispuestos por los principios no son

definitivos, y pueden cambiar de acuerdo a las necesidades y o particularidades de cada sociedad y contexto (Gascón 2003: 249).

Ahora bien, precisamente al momento de determinar el grado y los criterios de optimización de los principios es donde la teoría propuesta por Alexy, sobre principios del derecho y derechos fundamentales, presenta interesantes ejercicios lógico-jurídicos para la ponderación y tutela de derechos en conflicto.

Alexy cita una resolución emitida por el Tribunal Constitucional Federal alemán con relación a la protección frente a despidos en empresas con menos de cinco trabajadores. El tema en controversia consistía en determinar la constitucionalidad de una norma legal que establecía que a estos empleados solo les correspondía la protección prevista en el derecho privado, y no así la protección general, consagrada en el ordenamiento laboral.

Los derechos en conflicto estaban referidos al libre ejercicio de la actividad empresarial previsto en el ordenamiento constitucional alemán, versus la protección que el Estado debía otorgar a todos los trabajadores, igualmente contemplado en la Constitución. El tribunal estimó que los derechos constitucionales deben entenderse con base a sus repercusiones mutuas y deben limitarse de manera que tengan la mayor efectividad posible para todos los afectados. El fallo consideró que los derechos que protegía la norma legal cuestionada eran "*dignos de protección*", reconociéndose así la discrecionalidad del poder legislativo para establecer la restricción de protección establecida por el dispositivo en referencia (Alexy 2000: 84).

Así, el pronunciamiento se basó en un razonamiento de armonización y selección de los mecanismos adecuados de tutela de los derechos de base constitucional, como corresponde al derecho a la protección frente al despido y la cautela del derecho a la libertad de empresa, concepto que se analizará más adelante con mayor detenimiento.

Repárese ahora en un ejemplo de raciocinio judicial desprovisto de todo rastro de ponderación entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa, por demás frecuente en nuestra jurisprudencia laboral: una organización sindical de grado superior instauró una acción popular contra el Decreto Supremo N° 013-2014 TR, (expediente No. 660-2015, Octava Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima) que definía en qué supuestos se configuraba una situación económica en la empresa que justificaba solicitar a la AAT autorización para proceder a un cese colectivo. La medida cautelar solicitada contra la aplicación de dicha norma fue amparada, señalándose en el fallo que la decisión de la empresa de no operar a pérdida no era motivo suficiente para llevar a cabo la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Así, dicha Sala Laboral indicó *“no es razonable afirmar que la creación de riqueza y bienestar social, en el contexto de inviabilidad empresarial, debe prevalecer frente al interés particular de los trabajadores afectados de conservar sus puestos de trabajo”*. Posteriormente al emitirse la respectiva sentencia se señaló que el decreto supremo obvia el valor constitucional de “creación de riqueza y bienestar general”, por el inexistente “derecho a ganar –o si quiera, a no perder” y lo antepone al constitucional derecho al trabajo, amparando así la acción popular interpuesta.

De esta forma, se desconoce que la Constitución consagra el modelo de economía social de mercado y que conforme al mismo no se le puede imponer a la empresa que preserve los puestos de trabajo, así ello le ocasione el quebranto económico y la consiguiente pérdida de todos los puestos de trabajo. Volveremos a comentar este caso al tratar lo relativo al cese colectivo por motivos económicos.

Ahora bien, no obstante, la contundencia del ejercicio de ponderación de derechos constitucionales en conflicto en la teoría alexiana, debe advertirse que no elimina el riesgo de que incluso por esta vía se introduzcan valoraciones morales que den pie a un amplio margen de discrecionalidad en la función jurisdiccional.

Las teorías de Dworking y Alexy presentan así un rasgo de indeterminación respecto a la delimitación y al real alcance de un principio. Así, surgen corrientes garantistas que postulan que los principios cumplen un papel de axiomas o guías, que permiten modificar el papel de la teoría del derecho y el rol del juez y del jurista. El juez pasa así a valorar el derecho y no solo a aplicarlo, con lo cual asume un rol de *“dictaminador de la validez o invalidez de las normas”* (Moreno 2007: 843), atribuyendo de esta forma a magistrados y juristas el rol de contribuir al progreso continuo de los ordenamientos jurídicos (Moreno 2007: 852).

El paradigma propuesto por Alexy en materia de principios generales del derecho y derechos sociales puede ser complementado con la visión garantista de Ferrajoli, a efectos de asegurar un sistema flexible que asegure la implementación de garantías y mecanismos de tutela adecuados ante la afectación de derechos fundamentales y, de

manera paralela, reducir los márgenes de discrecionalidad de los jueces, favoreciendo así la seguridad jurídica y la predictibilidad del ordenamiento (Ferrajoli 2001: 51).

Creemos que es este, pues, el tema central del debate.

En efecto, por un lado, se deberá descartar el mero positivismo o el garantismo a ultranza, que constriñen el análisis del ordenamiento jurídico a las normas vigentes, o adoptan una postura reduccionista de la función de los principios. En ambos casos se delimita la función innovadora de la actuación jurisdiccional y doctrinaria en la construcción de nuevos postulados, de manera, que, flexiblemente, atienda la evolución de los fenómenos propios de un determinado contexto político y social.

Por otro, deberá velarse porque esa flexibilidad opere en aquellos ámbitos en que la regulación sea imprecisa, en cuyo caso la aplicación del principio deberá ser dotado de una interpretación teleológica y consistente con los valores consustanciales vigentes tanto en el ordenamiento como en la colectividad. Esta tesis dista, pues, del facilismo de la discrecionalidad jurisdiccional que invocando un principio pretende transformar al juez en legislador, o la doctrina en imperativa, dando así curso a razonamientos meramente morales o ideológicos

La protección de los derechos fundamentales hace, pues, imperativa la ponderación de los principios que resulten implicados, de tal manera que se asegure la cautela de los derechos involucrados, pero solo ahí y donde la regulación positiva sea inexistente o ambigua. Con

ello, se preserva la predictibilidad de los fallos judiciales, pero al mismo tiempo se abona un terreno propicio para que la interpretación jurídica sea pasible de adecuación a las exigencias propias de cada tiempo y sociedad en un marco de flexibilidad en la evolución del derecho.

1.2. Función de los principios generales del derecho y su rol en el ordenamiento jurídico

Suele atribuirse a los principios generales del derecho la naturaleza de *“ideas fundamentales que surgen de la conciencia social de una colectividad sobre su organización jurídica, cumpliendo así un rol de fundamentación, interpretación y supletorio del total de su ordenamiento jurídico”* (Arce y Flores Valdés citado por Podetti 1997: 139).

De ello se asigna a los principios una triple función: interpretativa, integradora y directiva o de creación

En cuanto a su función interpretativa, los principios generales del derecho actúan como estándares de interpretación de las normas a efecto de determinar sus verdaderos alcances y contenido, eliminando la concurrencia de significados que pudiera atribuirse a un precepto jurídico.

Su función integradora deriva del hecho de que no es factible que todos los supuestos o controversias hayan sido adecuadamente previstos por la norma legal. Así, de verificarse una laguna jurídica, el operador deberá resolver la controversia planteada de cara al

contenido de los principios generales del derecho de manera que su resolución resulte consistente con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, su función directiva o de creación deriva de los postulados y valores reconocidos en la colectividad a ser recogidos por el legislador como base teórica para la promulgación de nuevas normas.

Así, Alexy postula que los principios generales del derecho, lejos de ser considerados como meros postulados sin valor jurídico, califican como normas jurídicas válidas y exigibles “*que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*” y por ende contienen “*mandatos de optimización*” (Alexy 1997: 86).

A ello hay que agregar que, los principios generales del derecho nos permiten comprender la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales, a efectos de elaborar una teoría coherente y comprensiva de los mismos (Bernal: 2007).

Sin embargo, estimamos que de ello no cabría inferir que los principios generales del derecho justifiquen que las consideraciones de justicia y moralidad propia de cada operador del derecho generen un sistema jurídico indeterminado en el que primen los diferentes sentidos e interpretaciones de justicia, según los vaivenes ideológicos vigentes en la colectividad en un determinado contexto, antes que las garantías jurisdiccionales propias de un sistema democrático sustentado en la división de poderes.

1.3. Criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los principios generales del derecho y el Principio de Conservación de los Negocios Jurídicos en el marco de la desvinculación laboral individual y colectiva

La problemática referida a la indeterminación y utilización poco rigurosa de los principios generales y particulares del derecho se presenta sin excepción en todas las ramas de las ciencias jurídicas. Sin embargo, en el ámbito del derecho laboral esta ambigüedad ha tenido una especial incidencia toda vez que, valiéndose de interpretaciones particulares sobre el principio de continuidad y la estabilidad laboral –cuyo correlato en el derecho civil correspondería al principio de conservación de los negocios jurídicos- la jurisprudencia ha creado un nuevo régimen de protección frente al despido que estimamos contrario al orden constitucional y legal sobre la materia y que, además, prescinde de cualquier análisis de ponderación con el derecho a la libertad de empresa.

En efecto, fruto de particulares interpretaciones de nuestro Tribunal Constitucional ha surgido cierta confusión conceptual sobre el alcance e interpretación del derecho al trabajo, al que se le identifica con el principio de continuidad y la estabilidad laboral. Más aún, ante la afectación de este derecho se estima que debe acentuarse la tutela restitutoria, o reposición en el empleo. Repárese que esta tesis surge al sancionar de inconstitucional la regulación legal que preveía una tutela resarcitoria, o indemnizatoria ante despidos ilícitos, por estimarlos contrarios al principio de derecho al trabajo, de base constitucional.

Así, el Perú ha retornado a un modelo cercano a la estabilidad laboral absoluta que rigió en los años 70 y que, con vaivenes había evolucionado progresivamente hasta consagrar en los años 90 un modelo flexible de protección ante el despido ilícito, reconociendo la tutela restitutoria a los supuestos de despidos discriminatorios y la resarcitoria al resto de despidos ilícitos.

A su vez, respecto de los ceses colectivos, no se cuenta con un desarrollo administrativo -más allá de algunas directivas de carácter general del Ministerio de Trabajo- o jurisprudencial que establezca criterios de referencia en materia de desvinculación colectiva por causas económicas o estructurales, salvo la tradicional renuencia de la Autoridad de Trabajo a aprobar estos procedimientos.

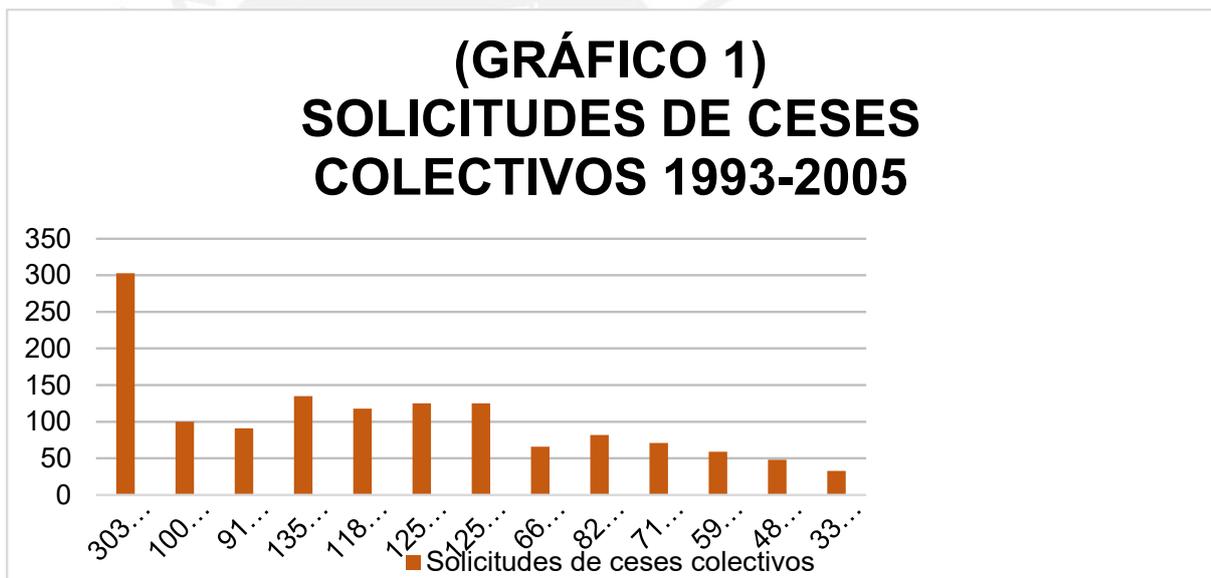
Sin embargo, es claro que entre el despido individual y el colectivo operan vasos comunicantes con base al común denominador de regular la extinción del contrato de trabajo y establecer las consecuencias derivadas de su terminación.

Así, un régimen legal en el que la desvinculación ilícita de naturaleza individual dé lugar a la tutela resarcitoria antes que la restitutoria, tendría como correlato previsible una mayor flexibilidad administrativa para la autorización de ceses colectivos. Inversamente, un desarrollo jurisprudencial que acentúa significativamente la posibilidad de la tutela restitutoria ante el despido individual traería como efecto la mayor resistencia administrativa a aprobar dichos procedimientos.

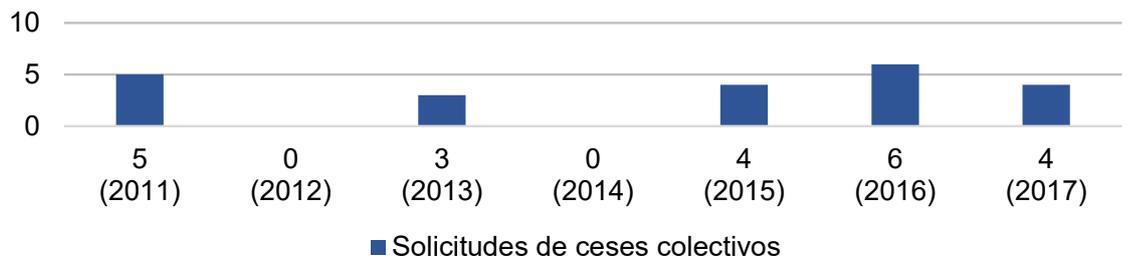
Sobre lo indicado, corresponde tener en consideración que tradicionalmente el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha

mantenido una posición notoriamente contraria a la autorización de ceses colectivos

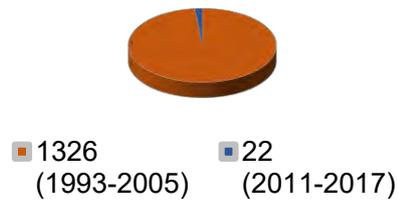
Lo indicado puede advertirse realizando una comparación sobre la cantidad de solicitudes presentadas ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el periodo 1993-2005 y en el periodo 2011-2017, conforme surge de los Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de los años 1993 a 2005, (Gráficos 1 y 2) y del trabajo de campo efectuado en dependencias de dicho ministerio (Gráficos 3 y 4):



**(GRÁFICO 2)
SOLICITUDES DE CESES
COLECTIVOS 2011-2017**



**(GRÁFICO 3)
SOLICITUDES DE CESES
COLECTIVOS**



**(GRÁFICO 4)
SOLICITUDES APROBADAS DE
CESES COLECTIVOS EN EL
PERIODO 2011-2017**



Así, de la comparación de los dos períodos analizados se evidencia la notoria disminución de solicitudes de autorización de ceses colectivos en el periodo 2011-2017, lo que obedecería a la casi nula aprobación de las mismas. En efecto, durante dicho periodo se aprobaron únicamente 4 ceses colectivos, de las 22 solicitudes que se presentaron al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

La renuencia de la Autoridad de Trabajo a la aprobación de las solicitudes de ceses colectivos durante el período analizado, operó como un claro mensaje a los actores sociales sobre lo infructuoso que era interponer este procedimiento ante la Autoridad de Trabajo.

2. CAPÍTULO II – MARCO TEÓRICO DEL NEGOCIO JURÍDICO Y PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

2.1. El negocio jurídico: definición y fundamento

El negocio jurídico es, sin duda, una de las principales instituciones del derecho civil, y por ende, cuenta con un extenso desarrollo jurídico. Precisamente, debido a su relevancia, este instituto ha sido objeto de una constante evolución y de ahí que corresponda realizar un breve recuento de las aproximaciones históricas que el mismo ha tenido.

Uno de los desarrollos más relevantes en el concepto de negocio jurídico fue esbozado por Savigny, quien señala que este debe ser *“entendido como declaración de voluntad –willenserklärung- dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas”* y de ahí

que “*el fundamento del negocio jurídico se encuentra en la declaración de voluntad que supone necesariamente la existencia del elemento volitivo concordante con la declaración*” (citado en Morales 2007: 294).

Cabe resaltar que esta aproximación a la institución del negocio jurídico se adscribe a las corrientes iusnaturalistas kantianas, en virtud de las cuales se establece a la voluntad como medio de realización de la autonomía ética de las personas y centro de la teoría del negocio jurídico. Al respecto, Joseph Unger, puntualizó que la declaración y la voluntad son conceptos concomitantes para la formación del negocio jurídico, toda vez que el negocio deriva de una voluntad que es declarada y de una declaración que corresponde a la voluntad (citado en Mota 1995: 21).

Ahora bien, como respuesta a los planteamientos iusnaturalistas éticos, se erige la teoría de la voluntad desde la perspectiva de la psicología, que según Zitelmann, debe analizarse desde el “*análisis psicológico del proceso de la acción*”, lo cual reconduce la voluntad a un plano psicológico, dejando en un segundo plano a la idea de voluntad como de realización de la autonomía ética de las personas (citado en Mora: 1995). A la par de esta teoría, se desarrolló la visión antropológica del negocio jurídico, la cual se caracteriza por definir al negocio como una declaración de “*voluntad normativa y preceptiva, que puede establecer deberes y derechos a otras personas*” (Sacco citado en Morales 2007: 295).

Por otro lado, la concepción institucional del negocio jurídico resalta el rol de la autonomía en dos niveles, uno subjetivo y otro objetivo.

Respecto del primero, Romano lo tipifica como “(...) *la potestad de darse un ordenamiento jurídico (...)*”; mientras que el segundo hace referencia al “(...) *carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entes se constituyen para sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros*” (Romano1983: 8). Luego, los negocios jurídicos son manifestaciones de la autonomía privada que constituyen fuente de normas, aunque subordinadas a las estatales. Así, son leyes, pero privadas, no públicas.

En contraste al paradigma institucional se erige la concepción normativa, la cual propone una aproximación al negocio jurídico como productor de efectos jurídicos. Así, el negocio jurídico se identifica con la norma, lo cual da “*cuenta de la relevancia del negocio para la configuración de los efectos (jurídicos): la presencia en él del diseño programático está perfectamente en armonía con su naturaleza normativa, (...) En efecto, no hay duda que la presencia de un programa de efectos sea atribuible más fácilmente a la noción de norma que a la del hecho*” (Gaetano citado en Morales 2007: 297).

De ello se desprende que el negocio jurídico es fuente normativa y, por consiguiente, es un acto regulador de los comportamientos a realizarse. En efecto, el contenido esencial de la autonomía está constituido por la facultad de los privados para generar, junto con otras fuentes, reglas objetivas de conducta que rigen no solo su propia actuación, sino que incide, incluso, en el desenvolvimiento de las organizaciones y las relaciones sociales.

Desde otro ángulo, la concepción axiológica establece que el “*negocio*

jurídico (es) un acto vinculante de regulación privada de intereses, el cual adquiere relevancia positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador son compatibles con los expresados por el ordenamiento” (Batista 2002: 130).

El referido enfoque permite advertir la relación existente entre el sistema de valores que responden a intereses específicos y personales -cuya principal manifestación es el negocio jurídico- y un sistema de valores que refleja una visión general y totalizadora de la realidad social -representado por el ordenamiento- donde el negocio jurídico se origina y desarrolla.

Otro planteamiento corresponde a la concepción combinatoria conforme a la cual el negocio jurídico se sustenta en la conjugación de numerosas variables, tales como la autodeterminación, la confianza, la seguridad del tráfico y la justicia o equivalencia contractuales.

Distinto es el enfoque de la concepción comunicativa, enraizada en la filosofía analítica propuesta por John Austin, quien postula dos clases de enunciados: (i) constatativos y (ii) performativos (citado en Patiño: 1998). Los primeros tienen por objeto describir determinadas cosas; mientras que la función de los segundos es realizar una acción. Ello, aplicado a la teoría del negocio jurídico, implica que únicamente calificarán como negocio jurídico los actos de derecho privado que producen efectos jurídicos conforme a su significado.

Ahora bien, desde una perspectiva más contemporánea, el negocio jurídico es conceptualizado como un acto que proviene de la autonomía

privada, y por consiguiente como un acto de autodeterminación intereses. Así, pues, se advierte que el negocio jurídico funge de instrumento que el ordenamiento jurídico proporciona a los privados con el objeto de que regulen sus intereses, creando y desarrollando relaciones jurídicas dentro de una comunidad (Morales 2007: 306).

Asimismo, el principio de conservación de los negocios jurídicos puede ser visto desde una óptica que permita advertir el rol preponderante de la autonomía como nota característica y fundamento del negocio jurídico, en virtud de la cual las partes optan por crear, regular y/o extinguir relaciones u obligaciones a efectos de satisfacer sus intereses.

Analizaremos, más adelante, como esta autonomía de las partes para auto regular sus intereses en el negocio jurídico es objeto de restricción por el derecho del trabajo por aplicación tanto del principio protector del trabajador como del principio de derechos irrenunciables.

2.2. El principio de conservación de los negocios jurídicos: definición y naturaleza

Conforme señaláramos precedentemente, la celebración de contratos o negocios jurídicos permite a los particulares satisfacer sus intereses, cumpliendo así una función social que, en razón de su trascendencia, es cautelada por el derecho.

El principal instrumento de protección de los negocios jurídicos se erige en función al principio de conservación de los mismos, el cual se encuentra consagrado indirectamente en nuestro ordenamiento a

través de figuras como la ratificación, la nulidad parcial, y la confirmación, entre otras.

De acuerdo a Diez-Picazo (2004:13), entre privar los efectos del negocio jurídico o decidir conservarlo y que el mismo produzca sus efectos, deberá optarse por esta última alternativa respetando la voluntad de los contratantes. Ello no es sino la aplicación del principio de conservación de los negocios jurídicos.

En esa misma línea de pensamiento, Martinic Galetovic (2013: 59) sostiene que el principio de conservación responde a la exigencia de los sujetos de mantener en vigor la voluntad negocial *“lo más posible a fin de lograr el fin jurídico y fundamentalmente práctico que las partes persiguen con el negocio jurídico”*. Para ello, el principio de conservación de los negocios jurídicos recurre a diversos mecanismos destinados a la preservación del contrato, tales como la interpretación eficaz, la confirmación, la nulidad parcial o la conversión del negocio jurídico.

Por su parte, Zusman (1993:165) sostiene que entre mantener o destruir el negocio jurídico, debe optarse por lo primero conforme al principio de conservación del negocio jurídico.

Ahora bien, cabe evaluar, la naturaleza del principio de conservación de los negocios jurídicos, a efectos de determinar si el mismo califica como un principio general del derecho, y, por consiguiente, aplicable a las diversas ramas del derecho, o si corresponde a un principio propio y específico del derecho civil.

Sobre el particular, nos inclinamos por considerar que el principio de conservación de los negocios jurídicos califica como un principio general del derecho por cuanto su objeto apunta la preservación en el tiempo de todo tipo de negocios jurídicos, cuya concreción busca satisfacer el interés de las partes con base a la protección de su autonomía, y no únicamente a los que se circunscriben al ámbito del derecho civil.

Sin embargo, conforme examinaremos en el Capítulo III, el derecho del trabajo ha caracterizado su particularidad como disciplina en función de la proclamación de principios propios, en el que el principio protector ha jugado un rol preponderante para distanciarse de la prevalencia de la autonomía de la voluntad.

2.3. Manifestaciones del Principio de Conservación de los Negocios Jurídicos

A efectos de garantizar la subsistencia de los negocios jurídicos celebrados por los particulares, el principio de conservación de los negocios jurídicos cuenta con diversas manifestaciones, las cuales varían de acuerdo a las diferentes patologías que lo puedan afectar (Marín 1990: 89).

En efecto, y conforme pasamos a analizar, cada una de las manifestaciones del principio de conservación responde al caso específico de algún supuesto o vicio que pudiera afectar su eficacia.

A continuación, se realizará un breve recuento de sus principales manifestaciones.

2.3.1. Nulidad parcial

La nulidad parcial se configura cuando un aspecto del negocio jurídico o algunas de sus estipulaciones contraviene una disposición de orden público, o sobrepasa las fronteras que el ordenamiento confiere a la autonomía privada, o cuando el vicio del consentimiento solo afecta una parte del negocio. De esta manera la ineficacia afectará ese aspecto, pero subsistirá el resto conforme al principio de conservación de la voluntad negocial (Delgado Echevarría y Parra Tucán 2005: 215).

Así, la nulidad parcial opera sobre una cláusula o elemento del negocio jurídico que no sea principal y no afectará la totalidad del contrato. De este modo, resulta de aplicación el antiguo aforismo "*utile per inutile non vitiatur*".

Por ende, como respuesta a la función social del negocio jurídico, se procura salvaguardar de la nulidad los pactos, cláusulas o estipulaciones del contrato que no presentan algún tipo de vicio, siempre que los elementos no viciados del negocio jurídico puedan satisfacer suficientemente los intereses concretos de las partes.

En efecto, y conforme señala Royo Martínez (1945:159), las necesidades económicas y sociales exigieron que se abandonen concepciones como las referidas a la "*validez plena o nulidad plena*", a efectos de favorecer la elaboración

de un concepto más comprensivo que permita la revisión y mantenimiento de las cláusulas que no presenten vicios de manera de lograr así la satisfacción de los particulares.

De acuerdo a De Castro y Bravo (1961: 491) se puede presentar la nulidad parcial en tres supuestos específicos: (i) por mandato de la ley; (ii) por interpretación del negocio jurídico; y, (iii) para evitar el fraude a la ley.

Con base a lo expuesto, el fundamento de la nulidad parcial es la subsistencia de la función social del negocio jurídico, por cuanto, su objeto es preservar los aspectos no afectados por la nulidad de modo que se mantenga el negocio cuya satisfacción corresponda a los intereses de las partes.

2.3.2. Conversión de los contratos nulos

Por la conversión un contrato nulo puede transformarse en otro contrato, si se cumplen con las exigencias requeridas para este.

La conversión puede ser formal o material. Es formal cuando el contrato no observa los elementos esenciales que le son aplicables, pero sí los de un contrato distinto. En cuanto el objeto del contrato no ha variado la conversión permite su subsistencia. Es material cuando una parte de este puede subsistir en cuanto no resultada afectado por la nulidad.

Debe destacarse que, conforme al principio de conservación del negocio jurídico, la conversión formal o material no determina que los contratantes se vean en la necesidad de efectuar una nueva manifestación de voluntad (De Los Mozos 1986: 598).

2.3.3. Confirmación de los contratos anulables

Mediante la confirmación se procede a la subsanación de un contrato viciado de anulabilidad a través de la declaración de la renuncia a la respectiva acción por parte de quien pudiese invocarla.

La confirmación puede operar en forma expresa o tácita. Es expresa cuando opera una declaración explícita, para lo cual no se requiere de formalidad especial alguna. Es tácita cuando quien conociendo la posibilidad de anular el acto evidencia con sus actos su decisión de no invocarla (Moreyra 2005: 350-351).

2.3.4. El principio civil de la conservación del negocio en el contrato nulo y anulable y el principio de continuidad laboral.

El principio civil de la conservación del negocio se encuentra fundamentalmente vinculado a la confirmación del acto jurídico anulable o a la conversión de negocios nulos. Si el contrato es anulable surtirá efectos *ex nunc*, esto es, que surtirá efectos hasta que se declare su nulidad. Inversamente, el contrato nulo tiene efectos *ex tunc*, lo que determina la retroactividad de la declaración de nulidad y la carencia de efectos del contrato.

En materia laboral, los efectos *ex tunc* se encuentran particularmente limitados y reducidos a su mínima expresión, conforme evaluaremos más adelante. Adelantemos, por ahora, que esa situación corresponde a una manifestación del principio de continuidad por cuanto privilegia la subsistencia de los efectos del contrato de trabajo, incluso cuando se hayan configurado supuestos de nulidad del contrato de trabajo, o más aún, en determinados supuestos, determinarán su continuidad.

Conviene así a los propósitos de este trabajo, recordar una antigua controversia que apuntaba a distinguir entre relación de trabajo y contrato de trabajo. La primera se centra en la prestación efectiva de los servicios, o la simple puesta a

disposición de la fuerza de trabajo en beneficio del empleador, mientras que, por la segunda, alude al acuerdo de voluntades.

Un sector de la doctrina, que tiene a Hueck y Nipperdey entre sus connotados representantes, sostiene que la relación de trabajo se constituye como relación jurídica por la celebración del contrato de trabajo. Así, el contrato de trabajo surge del acuerdo de voluntades que crea y configura la relación de trabajo. La tesis contraria, representada por Nikisch, surge de la teoría de incorporación, que postula que el acto determinante para la existencia del vínculo laboral está dado por la incorporación del trabajador a su empleo, sin dejar de reconocer que ello surge del acuerdo voluntades. Conforme esta tesis, ese simple acuerdo no constituye un negocio que conlleve consecuencias jurídicas de naturaleza laboral. Así, no es el contrato de trabajo, *per se*, el que necesariamente determina la prestación de servicios efectivos y el surgimiento de las obligaciones propias de una relación de trabajo materializada en los hechos, tal como corresponde a la obligación de pago de la remuneración o a la prestación del servicio, o el cumplimiento de los deberes específicos que corresponden al trabajador y al empleador, como es el caso del deber de protección del empleador o el deber de fidelidad, entre otros. De esta forma, el contrato de trabajo no materializado en una relación de trabajo constituye un simple contrato obligacional cuyo incumplimiento se remedia con el pago de daños y perjuicios (Hueck A. Nipperdey HC.1963: 83-84).

Conforme destacan los referidos autores alemanes, la teoría del contrato es la que finalmente goza de mayor acogida por cuanto constituye regla general que las relaciones jurídicas se constituyan por contrato y por la prevalencia del concepto de que es la voluntad jurídica negocial la que configura el sustrato de una vinculación, sin perjuicio de que en la fase de cumplimiento del contrato -la relación de trabajo- se producirán efectos más amplios que antes del inicio de la prestación.

Por su parte, Krotoschin considera, igualmente, que el contrato de trabajo es la fuente de la relación de trabajo y coincide en que determinados efectos sólo se producirán con ocasión de la ejecución de las labores, lo que por lo demás opera de la misma forma en diversos contratos civiles, como sucede con la locación de cosas cuando el locador no permite el uso del bien. De ahí que no resulte justificado que la teoría de la relación pretenda privilegiar la situación fáctica de la prestación de los servicios en lugar de la preeminencia del contrato de trabajo, habida cuenta que ello no corresponde a una situación privativa de este contrato. Ello queda corroborado con la configuración de diversos supuestos, que hoy denominamos suspensión imperfecta del contrato de trabajo. En estos supuestos, el empleador adeuda la remuneración a pesar de que no media la prestación efectiva de servicios, como sucede, por ejemplo, con ocasión de las vacaciones o en supuestos de incapacidad temporal por enfermedad o accidente. Ello se

explica por la existencia del contrato, y no por la prestación efectiva de servicios (Krotoschin 1955: 161).

Empero, cabría señalar que los efectos laborales surgidos de la suspensión imperfecta del contrato de trabajo, y señaladamente la obligación retributiva, surgen ordinariamente del mandato de la ley, configurando así excepciones a la naturaleza sinalagmática de la remuneración.

El tema reviste singular importancia cuando se trata de determinar los efectos del contrato de trabajo nulo.

La teoría de la relación postula que, si el contrato fuese nulo, igualmente surtiría sus efectos, y de ahí que confiere a la prestación efectiva del servicio preeminencia sobre el contrato de trabajo.

Por su parte, la teoría de incorporación a la empresa postula que es el ingreso a la empresa constituye un auténtico cierre de contrato que tiene como sustento un acuerdo fáctico generador de derechos (Nikisch, 1961).

Por cierto, es de suyo evidente que la incorporación a la empresa y la consecuente prestación efectiva de servicios determinará la plena vigencia de los derechos que el ordenamiento laboral reconoce, lo que, como ya se señaló, resulta patentizado en los deberes de protección y fidelidad.

De otro lado, para el objeto propio de esta investigación, nos interesa examinar de qué manera el principio de continuidad del contrato de trabajo determina una reflexión propia por parte del derecho del trabajo que no necesariamente coincide con los criterios clásicos del derecho civil en materia de nulidad del acto jurídico.

Partamos por dejar establecido que en el Perú carecemos de regulación en materia laboral que se ocupe esta materia, a diferencia de lo que se constata en diversos ordenamientos en el derecho comparado. A modo de ejemplo, y de tiempo atrás, es el caso de España, que ya desde su legislación previa al vigente Estatuto de los Trabajadores, preveía en el artículo 55° de la Ley del Contrato de Trabajo que *“En caso de que se anulare un contrato, el trabajador podrá exigir por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador”*. El vigente Estatuto de los Trabajadores mantiene el mismo criterio, obviando sin embargo lo relativo al supuesto de que la nulidad se origine en la voluntad maliciosa del trabajador (acápito 2, art. 9).

Por su parte, la legislación italiana prevé que la nulidad del contrato de trabajo no produce efecto por el periodo durante el cual la relación ha tenido ejecución, salvo que la nulidad provenga del objeto o de la causa del contrato (art. 2126 Código Civil).

Así, ambos ordenamientos, que constituyen referentes para la legislación civil y laboral en el Perú, han restringido el efecto *ex tunc* en los supuestos de nulidad del contrato de trabajo, y tal cual correspondiese a un contrato válido, dejan de lado la retroactividad propia del derecho civil en esta materia y optan por el efecto *ex nunc*, esto es, que la nulidad surtirá efecto solo hacia delante.

El efecto práctico de estas consideraciones consiste en que por el trabajo prestado el trabajador será acreedor de la remuneración y sus demás derechos laborales, así el contrato de trabajo haya incurrido en causal de nulidad.

Dicho en otros términos, el principio de conservación de los negocios jurídicos que desde distintas vertientes apunta a proteger su eficacia, procurando incluso obviar su nulidad, cede en el derecho civil ante supuestos de nulidad absoluta e insubsanable. En este escenario, se reputará con carácter retroactivo que el negocio jurídico es inexistente y privado de efectos.

En el ámbito laboral, esta situación, sin embargo, resulta claramente limitada, toda vez que el contrato de trabajo afectado de nulidad no podrá sustraerse de los efectos derivados de la prestación ya efectuada, los cuales resultarán exigibles, sin perjuicio que el contrato podrá no surtir efectos futuros una vez determinada su nulidad. Cabe precisar, no obstante, que la reformulación que efectúa el derecho del trabajo no se extiende a supuestos en que el

contrato de trabajo sea nulo por la ilicitud de su finalidad. En este contexto, sí resultaría de aplicación el efecto *ex tunc* del contrato nulo.

De esta forma, el ordenamiento vigente en materia laboral apunta no sólo a garantizar la eficacia de las prestaciones ya cumplidas, sino incluso, en determinados supuestos, procurará la subsistencia del contrato de trabajo. En ellos, estimamos, subyace tanto el principio de continuidad y su confluencia con el principio protector en su manifestación relativa a la irrenunciabilidad de derechos y de primacía de la realidad.

Un ejemplo nos permite verificar lo expuesto. Pongamos el caso de la prestación efectiva de servicios efectuada en un centro de trabajo sin conocimiento del empleador. En este supuesto el empleador no resultará eximido de reconocer las remuneraciones por el servicio efectivamente prestado.

Es claro que dicha labor ha surgido de un contrato de trabajo nulo originado en la falta de manifestación de la voluntad del agente, conforme a los términos del numeral 1° del artículo 219° del Código Civil peruano. En este escenario, de aplicarse el efecto *ex tunc* al contrato de trabajo nulo, traería como consecuencia un enriquecimiento del empleador y la privación de la remuneración del trabajador por el servicio prestado. Así, el ordenamiento laboral rechaza esa solución y postula que, durante la vigencia de la prestación de los servicios, el contrato de trabajo surtió efectos que deben ser

reconocidos como si se tratase de un contrato válido durante el tiempo en que se verificó la prestación. Consideramos así que dicho raciocinio tiene como sustrato subyacente el principio de continuidad, conforme al cual se cautela la subsistencia de los efectos del contrato, aplicándose por tanto las normas propias del derecho del trabajo por todo el plazo en que se mantuvo vigente la prestación efectiva de servicios, no obstante que estos se hayan originado en un contrato nulo.

Análogas conclusiones surgirían de un contrato que adolezca de error *in negotio*, vale decir, cuando una de las partes cree haber celebrado un contrato civil, pero su verdadera naturaleza corresponderá a uno laboral.

Pongamos por caso que las partes celebran un contrato de locación de servicios y declaran que corresponde a su voluntad que este se rija por las normas propias del Código Civil. No obstante la ausencia de un acto de simulación surgido de las partes al momento de la celebración del contrato, si en la ejecución del contrato se constata que uno de los contratantes ejerció las facultades propias del poder de dirección del empleador, impartiendo por ejemplo directivas minuciosas sobre la forma de desarrollar las tareas e incluso aplicando medidas disciplinarias ante eventuales incumplimientos, resultará que en aplicación del principio de primacía de la realidad -sustancial en el derecho del trabajo- deberá privilegiarse lo que corresponde a los hechos por encima de lo que surja de los documentos, e

incluso sobre lo que correspondió a la voluntad de las partes cuando celebraron el contrato.

Repárese, que en el supuesto planteado no ha mediado un acto de simulación, en el que tanto el derecho civil como el derecho de trabajo optan por una misma solución, esto es, la nulidad del contrato simulado y la validez del contrato disimulado, siempre que sea lícito y cumpla con los requisitos previstos para su validez. Tampoco estaríamos en estricto en un caso de conversión del contrato civil de locación de servicios en uno de trabajo. En el presente caso, correspondió a la verdadera intención de las partes celebrar un contrato de locación de servicios, pero este en los hechos devino en un contrato de trabajo en razón de la forma en que el mismo pasó a desenvolverse. Así, corresponderá privilegiar esta situación en la evaluación de la naturaleza del contrato, de manera que el error *in negotio* no sólo no acarreará la anulabilidad del contrato, sino que este subsistirá como contrato de trabajo. Creemos, pues, que la conservación del negocio jurídico en este contexto tiene como sustento una manifestación del principio de continuidad del contrato de trabajo.

Algunos pronunciamientos permiten corroborar lo indicado.

En el Expediente 3252-2006- BR (S) la Sala laboral estableció en la sentencia de vista que *“careciendo de validez el contrato de locación de servicios celebrados por las partes este no puede producir los efectos acordados por*

las partes, sin embargo, en razón que el demandante ejerció en forma real las funciones de gerente de la cooperativa demandada, no puede desconocerse su calidad de trabajador de dirección, correspondiéndole por ello los derechos que el régimen laboral de la actividad privada otorga a dichos trabajadores (...)(sexto considerando).

De modo similar, en la Casación Laboral N° 1161-97-UCAYALI, se estableció que *“para la suscripción con el actor del contrato de trabajo en el régimen privado y su posterior desarrollo laboral en dicho régimen, no ha mediado ningún acto de mala fe por parte de este; de forma tal que, en caso de existir, en verdad, prohibición de suscribir este tipo de contratos, la nulidad en abstracto del contrato no tiene por qué perjudicar al trabajador sino que es de entera responsabilidad del empleador, quien, siguiendo el supuesto, efectuó a sabiendas una propuesta de trabajo bajo el citado régimen y suscribió el respectivo contrato con el recurrente, limitándose éste a cumplir las obligaciones que de buena fe había asumido”* (tercer considerando).

Análoga situación surge del contrato tiempo parcial -que no se encuentra protegido por la estabilidad laboral- el cual debe ser celebrado por escrito y puesto en conocimiento de la Autoridad de Trabajo (art. 4° LPCL y art. 13° de su reglamento, aprobado por D.S. 001-96-TR). La ley no establece que la omisión de estas formalidades determine que el contrato se repunte celebrado a tiempo completo y por ello protegido por la estabilidad laboral, de manera que

resulte justificada la aplicación la aplicación del supuesto previsto en el numeral 6 del artículo 219 del Código Civil “*El acto jurídico es nulo (...) cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad*”. Sin embargo, algunos pronunciamientos jurisprudenciales han establecido dicha consecuencia, concluyendo que debe considerarse que el trabajador prestaba servicios a tiempo completo y que por ende gozaba de estabilidad laboral. Nuevamente, el principio de continuidad subyacente en el raciocinio jurídico privilegia la estabilidad laboral, con prescindencia a que la inobservancia de la forma prescrita (contrato celebrado por escrito y puesto en conocimiento de la Autoridad de Trabajo) no haya establecido dicha consecuencia.

A modo de ejemplo, ese fue el criterio de la sentencia de vista emitida en el Expediente N° 02583-2002, mediante la cual la Tercera Sala laboral estableció que para la legalidad de un contrato a tiempo parcial es necesario que se celebre por escrito y que al haberse obviado dicha formalidad debía reputarse el contrato como celebrado a tiempo completo. De esta forma el trabajador pasaba encontrarse protegido por la estabilidad laboral.

Estimamos así que existen diversos supuestos en que las causales de nulidad del acto jurídico y las reglas propias del derecho civil son objeto de una reflexión particular en el derecho el trabajo, de manera de privilegiar la aplicación de las normas laborales u optar por la protección que favorezca la continuidad del vínculo de trabajo.

3. CAPÍTULO III - EL NEGOCIO JURÍDICO EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

3.1. El negocio jurídico en el derecho del trabajo en el marco de la situación de desigualdad entre las partes

Conforme señaláramos previamente, la institución del negocio jurídico encuentra su fundamento en la autonomía de las partes, vale decir, en la capacidad de vincularse y/o normar su comportamiento a efectos de satisfacer sus intereses.

Si bien el referido enfoque resulta comprensivo y prácticamente aplicable a todas y cada una de las ramas del derecho, debe advertirse que en el ámbito del derecho del trabajo el concepto de negocio jurídico analizado debe ser matizado con las exigencias y particularidades propias de toda relación laboral.

A diferencia del plano civil, en el que el concepto de negocio jurídico se desarrolló con base a un esquema de igualdad entre las partes, en el derecho del trabajo los contratantes que conforman una relación laboral no se encuentran en análoga situación, habida cuenta de que entre la parte empleadora y el trabajador existe una asimetría de poder en perjuicio de este último.

Precisamente, autores como Thayer y Novoa (1997: 56), señalan que *"el derecho del trabajo parte de un supuesto fundamental: en la relación laboral no hay una situación de igualdad, pues el trabajador es un contratante más débil y la norma laboral debe protegerlo"*.

A mayor abundamiento, Pla (1978: 157) indica que, mientras *“en el derecho común, una preocupación constante se orienta a asegurar la paridad jurídica de los contratantes, en el derecho laboral su preocupación central es proteger a una de las partes para lograr, mediante tal protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las mismas”*. A partir de lo expuesto se puede concluir que las partes involucradas en una relación laboral ejercen su autonomía de manera disímil.

Ello nos permite advertir que en esta rama particular del derecho los negocios jurídicos no solo fungen de mecanismos de satisfacción de los intereses de las partes, sino que también deben adecuarse al rol de protección que corresponde a la parte más débil de la relación. Así, tanto la celebración como la subsistencia del negocio jurídico en el ámbito laboral permiten al trabajador acceder al ámbito de protección que prevé el ordenamiento jurídico laboral, así como mantener su medio económico de subsistencia.

Siendo ello así, la protección y mantenimiento de la vigencia y eficacia del negocio jurídico en el marco de las relaciones laborales resulta ciertamente un asunto de atención prioritaria. A efectos de asegurar su concreción, el principio de conservación de los negocios jurídicos debe adaptarse a las exigencias propias del plano laboral y de ahí que el negocio jurídico celebrado entre las partes de un contrato de trabajo desplaza la validez de la autonomía privada de los contratantes si esta resulta contraria a derechos irrenunciables reconocidos al trabajador.

3.2. La derivación del principio de conservación de los negocios jurídicos en el principio de continuidad aplicable al contrato de trabajo

Conforme señaláramos precedentemente, el principio de conservación de los negocios jurídicos califica como principio general del derecho y por ende resulta aplicable a todas las ramas del derecho.

Sin embargo, en el plano del derecho del trabajo, las exigencias de las relaciones laborales determinaron que el principio de conservación del negocio jurídico resulte acentuado con base al principio de continuidad.

En efecto, si bien el principio de continuidad en el derecho al trabajo tiene su origen en el principio conservación de los negocios jurídicos -por cuanto ambos tienen por objeto asegurar la eficacia y subsistencia de la relación contractual- las particularidades propias de las relaciones de trabajo determinaron que sus fundamentos sean distintos.

Así, mientras el fundamento del principio de conservación de los negocios jurídicos apunta a maximizar los alcances y efectos de la autonomía privada, el fundamento del principio de continuidad parte de la situación de asimetría de poderes entre el empleador y el trabajador. De ahí que el contrato de trabajo afectado de nulidad se regirá por las reglas de la anulabilidad, de manera que surta sus efectos hasta la declaración de su invalidez.

Del principio de continuidad y del tracto sucesivo propio del contrato de trabajo se derivan manifestaciones particulares conforme a las cuales se otorga *“preferencia por los contratos de duración indefinida; amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal; interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; y prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador”* (Pla 1978:156).

Ahora bien, suele atribuirse los mismos efectos al principio de continuidad y a la estabilidad laboral. No obstante, mientras que aquella apunta a la preservación del contrato de trabajo, esta debe ser entendida como una garantía jurídica destinada a favorecer la conservación del empleo, sin perjuicio que pueda variar el modo o la forma en que se protege este derecho y por ende su eficacia (De La Fuente 1976: 16). En consecuencia, el principio de continuidad opera como la garantía orientada a la subsistencia del negocio jurídico, mientras que la estabilidad laboral opera como un mecanismo de tutela de la referida garantía.

La estabilidad laboral se manifiesta con mayor intensidad al momento de la contratación de los servicios del trabajador y con ocasión de la conclusión del contrato de trabajo, lo que ha pasado a denominarse estabilidad de entrada y de salida. Así, la estabilidad de entrada implica la preferencia por los contratos de duración indefinida, regulando de manera limitativa los supuestos de contratos modales o de plazo determinado con base a la determinación de causas

objetivas que justifiquen su temporalidad. De esta manera, a labores permanentes corresponden contratos de duración indefinida, por lo que la temporalidad operará a título de excepción habilitada por causa objetiva y con cargo al cumplimiento de los requisitos de forma exigidos por la ley (Carrillo 2011: 81).

A ello se agrega, la prudente extensión del plazo del denominado período de prueba. Un reconocimiento formal del derecho de estabilidad laboral aparejado de una extensión irrazonable del período de prueba desnaturalizaría su objeto, esto es, evaluar la idoneidad del trabajador para el desempeño de las labores contratadas, sin perjuicio que podrá justificarse su mayor extensión sólo en tanto y en cuanto se trate del cumplimiento de actividades de mayor complejidad o particulares exigencias de adecuación. De otra forma, podrían estarse encubriendo contratos de trabajo temporales que evaden la exigencia de la causalidad objetiva prevista para los contratos modales.

La estabilidad de salida implica el establecimiento de mecanismos de tutela que tienen por objeto limitar la facultad extintiva del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, con base a postulados de causalidad, justeza y acreditación, lo que implica la proscripción del despido *ad nutum*: como regla general el despido sólo procederá cuando medie causa y esta se encuentre prevista en el ordenamiento legal.

Sin embargo, el análisis de la estabilidad laboral no se agota en la determinación de las causas de extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador. En diversos supuestos coadyuva a la eficacia de derechos laborales de naturaleza colectiva, señaladamente, la

sindicación, la negociación colectiva y la huelga, e incluso el acceso a la tutela efectiva. En efecto, son los trabajadores estables los que, al gozar de seguridad para la conservación de su puesto de trabajo, se encuentran, de una parte, más proclives al ejercicio de sus derechos colectivos y, de otra, a formular reclamos contra el empleador. De ello se infiere que el reconocimiento de la estabilidad laboral en el ordenamiento jurídico contribuye a la vigencia efectiva del estado social de derecho en el ámbito de las relaciones de trabajo.

En ese sentido, el principio de continuidad tiene en la consagración del derecho a la estabilidad laboral una manifestación de tutela efectiva, la cual será, ciertamente, más intensa en cuanto el despido ilícito conlleve la tutela restitutoria.

No obstante, este mecanismo de garantía constituye, sin duda alguna, el derecho más controversial del derecho del trabajo peruano en cuya singularidad resulta discordante con la tendencia predominante en el derecho comparado. En su evolución se constata las sucesivas oscilaciones entre rigidez y flexibilidad que han marcado el derrotero de este derecho, hasta arribar a la regulación vigente, fruto de singulares criterios impuestos por el TC. Desde nuestra perspectiva, dichos criterios no se ajustan al modelo previsto en la Constitución ni han efectuado un análisis básico de ponderación con el derecho a la libertad empresa que nuestro ordenamiento constitucional reconoce al empleador, conforme analizaremos más adelante.

3.3. Naturaleza del Derecho al Trabajo

A efectos de determinar los alcances del principio de conservación de los negocios jurídicos en el marco del contrato de trabajo, así como la tutela jurídica aplicable en caso sea ilícita su terminación por iniciativa del empleador, resulta necesario analizar la naturaleza del derecho al trabajo y la protección que resulte adecuada ante el despido arbitrario.

Así, el derecho al trabajo parte de la premisa que toda persona debe poder obtener los medios de subsistencia que le hagan factible realizarse como individuo y llevar una vida digna, correspondiendo al Estado generar las condiciones que lo hagan viable.

Repárese que el derecho al trabajo excede el campo estrictamente laboral. No necesariamente este derecho se expresa en la relación subordinada entre un empleador y un trabajador. Por el contrario, abarca un sinnúmero de manifestaciones por la que un individuo realiza una actividad que le permite acceder a un ingreso. En efecto, en nuestra jurisprudencia han sido frecuentes los pronunciamientos que invocando el derecho al trabajo han dejado sin efecto medidas administrativas que afectaban el desarrollo de una actividad económica, tales como la anulación de autorizaciones municipales de transporte público, la clausura de locales comerciales e incluso el desalojo de áreas públicas por parte de comerciantes ambulantes.

Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda inconstitucionalidad contra una ordenanza municipal que impedía el comercio ambulatorio en el distrito de Carabayllo. El Tribunal fundamentó su decisión en que la Municipalidad de dicho distrito no podía desconocer derechos fundamentales reconocidos por la

Constitución, entre los cuales se encontraban el derecho a la libertad de comercio y el derecho al trabajo.

De igual modo, en el Expediente N° 174-2007-PA/TC se declaró fundada una demanda de amparo, en la que se solicitaba que se deje sin efecto un acuerdo tomado por la Asamblea General de Asociados del Mercado 16 de Enero del distrito de Florencia de Mora que aprobó el retiro de los enseres y productos de los demandantes. El Tribunal Constitucional indicó que la orden derivada del acuerdo constituía una afectación al libre ejercicio de las actividades comerciales y al derecho al trabajo de los mismos.

Sin embargo, circunscrito al ámbito laboral, el derecho al trabajo no se agotaría en el derecho al acceso a un empleo, sino que abarcaría una segunda dimensión, esto es, el derecho a conservarlo si no media causa justa para su terminación, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA-TC.

Con base a lo expuesto, corresponde dilucidar la fundamentalidad del derecho al trabajo.

De primera intención, debe dejarse establecido que el derecho al trabajo en sentido estricto goza de reconocimiento universal en diversos tratados en materia de derechos humanos y que el mismo se encuentra positivizado en múltiples Constituciones, tal como sucede en el caso peruano. Pero más allá de su plasmación expresa en instrumentos internacionales o cartas fundamentales de gran número de estados, su sustento primigenio estaría basado en la dignidad del

individuo (Blancas 1991: 37). Mas aun, recogiendo lo señalado por la Encíclica *Laborem Exercens*, en su sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, el TC ha considerado que el reconocimiento a la dignidad del trabajador surge de tener la calidad de artífice de la actividad productiva.

Así pues, en el derecho al trabajo radica un elemento central en la realización del individuo: si el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, conforme establece el artículo 1° de la Constitución, parecería de suyo evidente que el derecho al trabajo constituye un instrumento acorde con su plasmación efectiva.

La consagración del derecho al trabajo ha jugado un rol trascendental en la construcción del denominado constitucionalismo social y por ende ha gozado del más alto nivel de reconocimiento jurídico. Así, cabe destacar la auroral Constitución de Querétaro del año 1917 en cuyo apartado 123 establecía que *“toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil (...)”*, y la Constitución de Weimar del año 1919 en cuyo artículo 157° se previó que *“El trabajo gozará de la protección especial del Estado (...)”*.

En esa misma línea, un conjunto de instrumentos internacionales ha reafirmado la particular relevancia del derecho al trabajo. Entre estos instrumentos merecen especial mención la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en cuyo artículo 23° se establece que *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*; el Pacto Internacional de Derechos

Económicos Sociales y Culturales, en cuyo artículo 6° se reconoce “*el derecho a trabajar*”; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en cuyo artículo 6° b se prevé que “*Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada*”.

A estos instrumentos, se agregan otros que regulan la protección contra el despido, entre los que cabe destacar el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea, el Convenio 158 de la OIT - no ratificado por el Perú pero que opera a título de recomendación- y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador).

Volveremos sobre algunos estos instrumentos más adelante, no sin antes dejar establecida la particular relevancia de los tratados internacionales ratificados por el Perú en cuanto integran el denominado bloque de constitucionalidad e informan la interpretación de los derechos y libertades previstos en la Constitución. Así, estos instrumentos permiten delimitar el alcance del derecho al trabajo y los efectos del despido ilícito, esto es, si el mismo ocasiona una tutela resarcitoria -una indemnización en el marco de una estabilidad laboral relativa- o una tutela restitutoria, léase la reposición, propia de la estabilidad laboral absoluta.

3.4. El Derecho al Trabajo en diversas constituciones

Una primera aproximación a este tema controversial aconseja remitirse a lo que opera en el derecho comparado con base a reglas similares a las que rigen en nuestra Constitución.

De primera intención dejemos anotado que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de occidente han ratificado los instrumentos internacionales antes referidos y, más aún, que sus constituciones consagran igualmente el derecho al trabajo. Es el caso de las constituciones de Alemania, Bélgica, Malta, España, Francia, Italia, Grecia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Rusia, y Ucrania, así como buena parte de las constituciones vigentes en los países de la región, tales como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Venezuela (Blancas 2015: 155). A este listado, podemos agregar Holanda y Argentina (Ferro 2014: 67).

Sin embargo, todos estos países han optado por un régimen de estabilidad laboral relativa, vale decir, que ante el despido ilícito el empleador deba reconocer el pago de una indemnización.

3.5. El Derecho al Trabajo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

La Constitución vigente consagra el derecho al trabajo al establecer que “*El trabajo es un deber y un derecho*” (artículo 22°). Así, se alinea con los instrumentos internacionales y las numerosas constituciones

que se han ocupado esta materia. A su vez, prevé que “*La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario*” (artículo 27°).

Como queda dicho, el derecho al trabajo incluye la dimensión del derecho a la conservación del empleo, salvo que medie causa justa para su terminación, pero es el principio de continuidad el que lo sustenta. De ello surge que el despido ilícito conlleva consecuencias jurídicas, para cuya regulación la Constitución efectúa una reserva legal.

A ello se le conoce, igualmente, como el derecho a la estabilidad laboral, que, si bien se fundamenta en el principio de continuidad, no se confunde ni se identifica con este, sino que más bien, consiste en la resistencia que el ordenamiento legal confiere a la disolución del vínculo laboral por acto unilateral del empleador (Blancas 2014:106), proscribiendo el despido *ad nutum*.

Como ya se adelantó, la ilicitud del despido origina dos vías de tutela para el trabajador afectado: la tutela restitutoria o estabilidad absoluta, que determina la reincorporación del trabajador a sus labores; y la tutela resarcitoria, o estabilidad relativa mediante la cual se admite la eficacia del despido, pero se le sanciona con el pago de una indemnización, siendo esta última tutela la que nítidamente prevalece en el derecho comparado.

En nuestro país el régimen de estabilidad laboral fue objeto de regulación diversa hasta que en el año 1995 se optó por un régimen de estabilidad laboral relativa, pero que no elimina la estabilidad absoluta, aunque circunscribiéndola a determinados supuestos

expresamente previstos en la ley, esto es, los así denominados despidos nulos (artículo 29° LPCL).

Sin embargo, este esquema resultó notoriamente alterado por los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional (TC) a través de diversos pronunciamientos. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1112-98-AA-TC, caso Cossío Tapia, el TC dispuso la reposición del demandante por cuanto en la carta de imputación de falta grave no se había detallado los hechos que motivaron el despido del actor. De esta forma, el TC estimó que el demandante no había podido ejercer su derecho de defensa el cual resulta consustancial a la garantía del debido proceso. Preciso en su pronunciamiento que no correspondía calificar el despido en sí mismo sino únicamente en cuanto este había conllevado una afectación a un derecho fundamental.

Unos años después, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124- 2001-AA/TC, caso Fetratel, el TC resolvió que era inconstitucional el esquema previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), que sancionaba con indemnización el despido que carecía de causa, por cuanto consideró que el derecho al trabajo importa no sólo acceder a un puesto de trabajo sino el derecho a no ser despedido sino por justa causa. De esta forma consideró que la indemnización contemplada en la ley no resarcía dicho despido.

Posteriormente, con la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, caso Llanos Huasco, el TC consideró que la

indemnización resultaba un mecanismo válido de protección si ello correspondía a la opción del demandante, excluyendo de este derecho a los trabajadores de dirección o confianza. Concluyó así que mediante el amparo procede la reposición ante: (i) el despido nulo, conforme a los supuestos ya previstos en la LPCL; (ii) el despido incausado; y, (iii) el despido fraudulento, tipificándolo como aquel el en que *“se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones; laborales aun cuando se cumplan con imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o, asimismo se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad... o cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio ...de la voluntad o mediante la fabricación de pruebas”*. El pronunciamiento señaló igualmente que *“el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales”* (considerando 15 c).

El razonamiento del TC parte, pues, de una premisa: el elemento determinante del despido conlleva la violación de un derecho constitucional, esto es, que ha mediado una conducta arbitraria del empleador y de ahí que conforme al régimen procesal inherente al amparo (restituir las cosas a su estado anterior) procede ordenar la readmisión. Dicho en otros términos, la ilicitud (o arbitrariedad) del despido que carece de causa, o que resulta fraudulento en los términos ideados por el propio TC, resulta incompatible con la tutela resarcitoria prevista en la LPCL, procediendo por tanto únicamente la tutela restitutoria. No obstante, no puede obviarse la reserva legal

que la Constitución había previsto para la regulación el despido. En efecto, al establecer que la ley otorga adecuada protección frente al despido arbitrario, dicha norma consignó un derecho constitucional, pero de configuración legal. Así, y conforme ya se precisó, la LPCL había establecido la tutela resarcitoria ante cualquier despido ilícito, previendo la tutela restitutoria, únicamente, para los casos de despido nulo.

Declarar la inconstitucionalidad del régimen de estabilidad laboral relativa previsto en la ley exige, pues, un razonamiento riguroso, no solo por la necesidad de que ello se ajuste a una interpretación sólida y consistente sino por las serias consecuencias que ello origina en el ordenamiento jurídico del país.

Evaluemos, pues, con más detalle, el razonamiento del TC en los fallos que hemos reseñado:

- (i) Se afirma que lo que se evalúa es la afectación de derechos constitucionales concomitantes con el despido y no la arbitrariedad misma del despido.

Los derechos constitucionales a los que prioritariamente han hecho referencia los pronunciamientos del TC han sido el derecho al trabajo y el derecho al debido proceso. Respecto del primero no puede obviarse que cualquier despido injustificado afecta el derecho al trabajo y, por tanto, siendo congruentes con su propio razonamiento, el TC debería habilitar la tutela restitutoria ante todo despido sin justa causa. De ahí que no estimemos sólida la argumentación relativa a que viabiliza la

actuación de la jurisdicción constitucional que se haya producido una vulneración de otros derechos constitucionales y no la propia arbitrariedad del despido.

En lo relativo al debido proceso, convenimos que, efectivamente, el despido del trabajador debería sustentarse en una causa y de ahí que el despido incausado resulte claramente ilícito. Sin embargo, tanto el despido incausado como el injustificado son ilícitos y por ende resulta controversial que al primero le corresponda la tutela restitutoria y al segundo la tutela resarcitoria. Cabe preguntarse si el despido que sí se basa en una causa conforme a la tipificación legal existente pero que no ha podido ser acreditada en el proceso, no ocasiona un particular perjuicio del trabajador ya que este recién podrá hacer efectiva la indemnización al término del proceso, esto es, varios años después de producido su despido. No puede obviarse que la opción de otorgar al momento del despido la indemnización correspondiente al despido injustificado resultaría más conveniente para el trabajador que la alternativa de tener que litigar por largos años para alcanzar ese mismo resultado.

Por cierto, no abogamos porque el despido injustificado de lugar a la tutela restitutoria, sino, simplemente, hacemos notar la inconsistencia del raciocinio contenido en los fallos del TC.

- (ii) La elucubración efectuada por el TC sobre el despido fraudulento ha pasado a ser una justificación para ensanchar el espacio para la tutela restitutoria.

Una vez que el TC modificó el régimen de estabilidad laboral vigente en el Perú generó una “*amparización*” de los reclamos sobre reposición. Invariablemente, todas las impugnaciones judiciales de despidos pasaron a invocar que se había producido un despido fraudulento. Cuando el TC se vio desbordado por una creciente cantidad de acciones de amparo emitió la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores, señalando que cuando el despido requiera de la actuación de mayores elementos probatorios debía acudir a la justicia laboral ordinaria, en atención a que la acción de amparo carece estación probatoria.

Posteriormente, en mayo del año 2012 se emitió el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral estableciendo que en atención a la naturaleza del presente vinculante de lo resuelto en el expediente Baylón Flores, la justicia laboral ordinaria debía abocarse al conocimiento de demandas de reposición cuando esta sea la pretensión principal única. De esta forma, la justicia constitucional dejó de ser la vía por excelencia para obtener una reposición, la cual pasó a estar a cargo de los juzgados laborales ordinarios.

Ahora bien, la jurisdicción laboral ha sostenido reiteradamente que un despido no acreditado debidamente por el empleador debía lugar a la reposición del demandante, no obstante que, en estricto, y con base a los propios criterios del TC, correspondería calificar al despido como injustificado, y por ende limitarse a ordenar la indemnización prevista legalmente. Diversos pronunciamientos judiciales así lo evidencian, entre los que se

encuentran lo recaídos en los Expedientes Nos. 7081-2013-01801-JR-LA; 15713-2013-0-1801-JR-LA-02; y, 07978-2013-0-1801-JR-LA-09 (Ferro 2014: 76-79).

- (iii) La interpretación efectuada por el TC sobre el alcance del derecho al trabajo no se ajusta a los instrumentos internacionales que tratan la materia ni a los que han sido ratificados por el Perú.

El TC tachó de inconstitucional la tutela resarcitoria aplicable en caso de despido arbitrario previsto en el artículo 34° de la LPCL.

Sin embargo, dicho raciocinio no se ajusta a un instrumento internacional de particular relevancia, como es el caso del Convenio N°158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Si bien este convenio no ha sido ratificado por el Perú, en cuyo caso, opera como una recomendación, sí goza de la ratificación de 31 países y por ende refleja un consenso internacional de relevancia sobre los derechos que corresponden al trabajador en caso de despido.

El artículo 10° de este convenio establece que, si los organismos competentes *“llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y (...) no estuviera facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada o de una reparación que se considere apropiada”*.

A su vez, el artículo 12° establece que todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho a percibir una indemnización o prestaciones de desempleo o una combinación de ambas medidas.

De esta forma, resulta incontrovertible que tanto la readmisión como la indemnización, resultan mecanismos válidos y aceptados para proteger al trabajador ante el despido injustificado

Como ya se señaló, el artículo 27° de la Constitución prevé que “*La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario*”, lo que así había sido desarrollado por la LPCL al establecer una indemnización por despido arbitrario, confiriendo el mismo tratamiento a aquel que sea ilícito, sea por carecer de causa o de justificación. De esta forma, basándose en su particular interpretación del alcance del derecho al trabajo, el TC restó valor a la reserva legal prevista por la propia la Constitución, vale decir, convirtió en superfluo el mandato de configuración legal de este derecho contenido en artículo 27° de la carta magna.

A esta falta de rigor se agrega haber inaplicado lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece que “*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*”

Así las cosas, ninguno de los instrumentos internacionales que hemos referido en el acápite 3.3, que consagran el derecho al trabajo y que han sido ratificados por la mayoría de los ordenamientos legales de occidente, han establecido que la afectación de este derecho como resultado de un despido ilícito debe dar lugar a la tutela restitutoria.

A lo expuesto se agrega un fundamento de la mayor relevancia: un instrumento internacional, ratificado por el Perú, prevé expresamente que la indemnización ante el despido ilícito es una forma válida de proteger al trabajador.

En efecto, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448, consagra “*el derecho al trabajo*” en su artículo 6°. A su vez, en su artículo 7° establece que los estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, entre otros derechos, lo siguiente:

(...) “d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En razón de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Nuevamente, la indemnización figura expresamente consagrada como una forma válida de proteger al trabajador en caso de despido injustificado.

En consecuencia, en atención a que el derecho al trabajo se encuentra previsto en nuestra Constitución pero no así el alcance de este derecho, el TC se encontraba obligado a interpretarlo de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por el Perú y en particular por el Protocolo en referencia en cuanto el mismo establecía expresamente que ante el despido injustificado el trabajador tenía derecho a distintas modalidades de protección entre las cuales le readmisión en el empleo es una de ellas pero tan válida como la indemnización o incluso cualquier otra prestación prevista por la legislación.

Cabe advertir que con relación a esta materia el TC indicó *“el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre puede ser susceptibles de mayores niveles de protección y no puede significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4° del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva el menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales”*. Empero, el TC omitió señalar cuáles eran aquellos derechos contenidos en la Constitución que habían previsto un mayor nivel de protección frente al despido arbitrario de suerte tal que resultare justificada la inaplicación del Protocolo de San Salvador.

Por ello, al tachar de inconstitucional la indemnización prevista por la LPCL en caso de despido arbitrario el TC efectuó una interpretación del contenido del derecho al trabajo que no se condice con los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, no obstante que ese derecho debía ser interpretado de conformidad con los referidos tratados conforme al mandato previsto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de fecha 31 de agosto de 2017, en el caso Lagos del Campo vs. Perú, se pronunció en el sentido que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino en respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador (párrafo 150). Señaló que, en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral en el ámbito privado, las obligaciones del Estado se traducen, entre otras, en el deber de remediar la situación en caso de despido injustificado, ya sea a través de la reinstalación, indemnización u otras prestaciones previstas en la legislación nacional. Con lo cual, nuevamente la indemnización figura expresamente contemplada como una forma válida de proteger al trabajador en caso de despido injustificado.

Repárese que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen naturaleza y eficacia *erga omnes* (Zamorano 2016: 92).

- (iv) El TC omite toda referencia a la libertad de empresa.

El modelo económico reconocido por la Constitución es el de una economía social de mercado en el marco de la libertad de empresa, conforme establecen los artículos 58° y 59°.

La libertad de empresa se estructura sobre la base de un conjunto de derechos entre los que la libertad de organización del empresario reviste singular relevancia. En materia laboral esta libertad de organización se traduce en el poder de dirección del empleador, una de cuyas manifestaciones está vinculada a la facultad de dar término al contrato de trabajo con sujeción a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

El TC, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 1405-2010-PA/TC (fundamento 12), ha estimado que las controversias sobre las libertades económicas que reconoce la Constitución deben interpretarse de conformidad con el marco propio de la economía social de mercado, la cual, en palabras del propio TC, es considerada la base del desarrollo económico y social del país, además de ser garantía de una sociedad democrática y pluralista.

De esta perspectiva, reformular el derecho a la estabilidad laboral para ampliar los supuestos de la tutela restitutoria evidentemente constituyen una notoria limitación al poder de dirección del empleador y por ende a la libertad de empresa

En tal virtud, ello exigía que el pronunciamiento del TC efectuase cuanto menos un ejercicio de ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto, vale decir, entre el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa.

Ojeda Avilés, aludiendo al ordenamiento español, señala que el TC de dicho país asume que debe haber un principio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales laborales y el derecho a la libre empresa procurando un equilibrio razonable entre ambos (Ojeda 2009: 15)

Ningún análisis sobre esta materia surge de los criterios establecidos por el TC en materia de estabilidad laboral, lo que evidencia una sustentación notoriamente insuficiente no obstante lo trascendente de la materia.

El tema no es menor, habida cuenta de las implicancias que tiene para el país haber modificado sustancialmente las reglas aplicables a la estabilidad laboral. A modo de referencia, y como ya se adelantó, téngase presente que el Informe Global de Competitividad 2019 del ubica al Perú por en la ubicación 134 respecto de 141 países en lo relativo a prácticas de contratación y despido (World Economic Forum –WEF-2019), lo que evidencia la rigidez imperante en nuestro país en estas materias.

Son pues, claros y evidentes los efectos que han generado los particulares criterios del TC materia de estabilidad laboral con base a argumentos de cuestionable rigurosidad.

3.6. El principio de continuidad en el régimen de protección frente al despido en el Perú

Conforme señaláramos previamente, los principios, bajo la óptica de Alexy, constituyen mandatos de optimización, lo cual equivale a decir que, a diferencia de las reglas, éstos pueden ser objeto de diferentes niveles o grados de satisfacción. Ello determina que la colisión entre dos principios no dé lugar a una antinomia, sino únicamente a un supuesto de armonización donde se determinará el grado de ejercicio, y por consiguiente, de tutela de cada uno de ellos de acuerdo al 'peso' de cada principio (Alexy 1997:89).

La armonización determina la necesidad de ponderar el nivel de la satisfacción de los principios en conflicto con base a un nivel ideal de tutela a partir del cual se identifiquen medidas alternativas y complementarias

Teniendo en consideración que el principio de continuidad, en tanto proviene del principio de conservación de los negocios jurídicos, tiene por objeto asegurar la subsistencia de la relación laboral y/o limitar las posibilidades de terminación del contrato de trabajo, resulta posible concluir que de verificarse un despido ilícito el nivel ideal de tutela será la tutela restitutoria, esto es, la reposición del trabajador.

Sin embargo, desconociendo la validez de recurrir a la ponderación conforme al cual un principio puede tener diversos niveles de protección, el TC descalificó a la tutela resarcitoria como un mecanismo válido de protección frente al despido ilícito.

No obstante, es preciso advertir que la reposición, entendida como el nivel ideal de protección frente al despido importa una sería restricción a los derechos del empleador en lo relativo al ejercicio de sus facultades organizativas en el centro de trabajo de conformidad con las necesidades propias del giro de su negocio en el marco del ejercicio de la libertad de empresa.

En ese sentido, cabía armonizar los alcances del principio de continuidad con los derechos de la parte empleadora con base a la opción constitucional por la economía social de mercado cuya piedra angular se sustenta en la libertad de empresa, tema sobre el cual volveremos más adelante. Para ello, deberá ponderarse el peso de cada uno de los referidos bienes jurídicos y con base a ello determinar el mecanismo de tutela más idóneo.

De acuerdo al esquema establecido por la LPCL, la reposición únicamente procede en los casos de despido nulo, vale decir, cuando el despido ha vulnerado además del derecho al trabajo, derechos fundamentales como la libertad sindical, la igualdad, la no discriminación, etc. De lo expuesto se desprende que solo la afectación de derechos fundamentales distintos al derecho al trabajo determina la procedencia del máximo nivel de protección frente al despido.

Ahora bien, bajo el mismo esquema, la tutela resarcitoria procederá ante la verificación de despidos meramente injustificados. Así, pues, el nivel de tutela decrece debido a que en este supuesto no se vulnera un derecho fundamental además del derecho al trabajo.

Así, pues, observamos que, si bien los referidos tipos de tutela varían en intensidad, ambos tienen por objeto no solo proteger al trabajador frente al desempleo sino también sancionar la arbitrariedad del empleador ante la terminación sin justa causa de la relación laboral, en contravención con el principio de continuidad. De lo expuesto se desprende que el régimen legal vigente en el Perú en materia de despidos hasta antes de la intervención del TC apuntaba a compatibilizar los derechos de empleadores y trabajadores a partir del establecimiento de diversos grados de tutela; tutela resarcitoria ante despidos arbitrarios y tutela restitutoria ante despidos nulos por su naturaleza discriminatoria.

A modo de ejemplo resulta oportuno referirnos al caso español, donde el Tribunal Constitucional introdujo el principio de proporcionalidad con la finalidad de hacer factible un sofisticado equilibrio entre derechos reconocidos constitucionalmente a trabajadores y a empresarios; y remarcó, a su vez, la idea de que hay derechos más básicos que otros lo cual determina, en última instancia, que resulte válido que existan distintos niveles de protección judicial y legal con base al ideal que existen derechos más básicos que otros, lo que conlleva diversos niveles de protección (Ojeda 2009: 15).

Sin perjuicio de lo expuesto, y contrariamente a lo que podría afirmarse, consideramos que la tutela resarcitoria responde a las exigencias del principio de continuidad por cuanto condena económicamente la terminación de la relación laboral y se erige como un elemento disuasivo para la terminación de las relaciones laborales, favoreciendo así su subsistencia,

En consecuencia, es posible afirmar que el esquema constitucional de protección frente al despido se encontraba adecuadamente recogido en la LPCL y se adecuaba a las exigencias propias del principio de continuidad. Por consiguiente, al redefinir el contenido del derecho al trabajo y crear la figura de despido fraudulento como causal de reposición abrió las puertas para que simples despidos ilícitos, no lesivos de derechos fundamentales, sean objeto de reposición, tal como se constata en innumerables pronunciamientos judiciales.

4. CAPITULO IV - EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD Y LA REGULACIÓN DE LOS CESES COLECTIVOS

4.1. Ceses colectivos y modelo económico

El modelo liberal que prevalece en la economía contemporánea se sustenta en el proceso de globalización que propugna la apertura de los mercados a fin de favorecer el libre intercambio de bienes y servicios. Salvo cuestionamientos episódicos como el que corresponde a algunas orientaciones políticas opuestas al libre comercio, el consenso ideológico predominante ha continuado apostando por la reducción de las barreras al comercio internacional en la convicción que este es el factor que mejor contribuye al desarrollo económico y la consiguiente disminución de la pobreza.

Es en este orden de ideas que Finn Kydland, Premio Nobel y profesor de la Universidad de California, Bjorn Lomborg, Presidente del Copenhagen Consensus Center, Tom Schelling, Premio Nobel y

profesor de la Universidad de Maryland, y Nancy Stokey, profesora de la Universidad de Chicago, señalan lo siguiente:

“En China, Corea del Sur, India, Chile y muchos otros países, la reducción de las restricciones al comercio ha elevado los ingresos y ha reducido la pobreza, e impulsó décadas de rápido crecimiento del ingreso. Reducir la pobreza fue el primer elemento en la lista de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU, y logró la meta numérica. ¿Por qué? El crecimiento del ingreso en China fue una gran parte de la historia. ¿Y cómo lograron los chinos esa notable hazaña? La mayoría de la evidencia sugiere que el comercio internacional fue un ingrediente clave. El comercio produce beneficios inmediatos mediante la apertura de los mercados, pero también facilita el flujo de ideas y tecnologías, produciendo aún mayores beneficios sobre un horizonte más amplio (...) (Kydland: 2015).

Con base a postulados semejantes, nuestro país ha celebrado numerosos tratados de libre comercio que han contribuido a que la economía peruana se inserte en el proceso de globalización. Se atribuye a este proceso y a la consistencia en la aplicación del modelo económico adoptado por nuestro país desde los años 90 hasta el presente –aunque con diverso nivel de convicción política a nivel gubernamental- la más significativa reducción de la pobreza que el Perú haya visto en décadas, como, por ejemplo, se constata en sectores vinculados a la producción agrícola.

Al respecto, el economista y profesor peruano Richard Webb señala que efectuada la medición de la productividad agrícola del Perú con base al Producto Bruto Interno (PBI) de este sector y la población

laboral, se verifica en los últimos años tasas de crecimiento que únicamente podrían compararse con China (Web: 2016), Así, es claro que este proceso se encuentra estrechamente ligado a la apertura del país al comercio internacional y a los crecientes volúmenes de exportación que hasta hace unos años atrás no integraban nuestro comercio exterior.

Por cierto, no podemos soslayar que la evolución de los importantes índices de crecimiento del PBI nacional durante el periodo 2002-2013 se vieron favorecidos por un positivo entorno económico internacional, en el que incidieron significativamente los altos precios de nuestras exportaciones mineras tradicionales, pero también por la continuidad del modelo económico que el Perú ha mantenido por más de 25 años. No obstante, más allá de la diversidad de factores que explican la evolución de nuestra economía en los años recientes, es axiomático que los resultados alcanzados en el pasado no están garantizados en el futuro, como se viene evidenciando en años recientes en que las cifras de crecimiento económico vienen decayendo por diversos factores que no corresponde analizar en el presente trabajo.

Ahora bien, mercados abiertos caracterizados por la globalización y el libre comercio hacen indispensable que la empresa goce de capacidad de adaptación a las variables del mercado, toda vez que si algo identifica al comercio internacional es su dinamismo y el cambio constante de las condiciones en las cuales debe desenvolverse.

Como señala Ricardo Lagos, la liberalización del comercio en función de mercados globales y los nuevos desarrollos tecnológicos justificarían la necesidad de adecuar las instituciones laborales a los

cambios en las condiciones económicas y a las nuevas formas de organización de los procesos productivos, sin perjuicio que, citando a Harrison y Bluestone y De Bandt, acote que *“la introducción de mayor flexibilidad se ha asociado con efectos negativos para los trabajadores: desigualdad de ingreso, pérdida de puestos de trabajo y diversas maneras en que las condiciones de los trabajadores se volvieron más precarias”* (Lagos 1994: 84).

Por ello, cautelando apropiados y sólidos mecanismos de amortiguación social, pareciera concluyente que para insertarse exitosamente en mercados globalizados las empresas requieren encontrarse facultadas a adecuar con presteza sus requerimientos de producción con sus necesidades de personal, de manera de preservar su productividad y competitividad, ya que, de otro modo, deberán asumir la contingencia de resultar desplazadas del mercado.

La necesidad de constante adaptación de la empresa surge de supuestos de la más variada índole, desde revertir una situación de pérdidas económicas hasta hacer factible introducción de medidas estructurales o tecnológicas en el centro de trabajo que contribuyan a su productividad o hagan más competitivo su producto o servicio, permitiendo así que puedan competir exitosamente en mercados del exterior o enfrentar en el mercado local la competencia de productos importados. Por ende, los procesos de cese colectivo pueden sustentarse, indistintamente, en el esfuerzo por enfrentar una situación económica adversa en la empresa o en la necesidad de adaptación de la empresa a mayores niveles de competitividad, lo cual ulteriormente, podría contribuir a su expansión y con ello a la eventual generación de nuevos puestos de trabajo.

De esta forma, si los procedimientos de cese colectivo se encuentran trabados se afecta no solo la rentabilidad que el empresario espera obtener de su inversión sino su potencialidad de generar mayor empleo, pudiendo incluso ponerse en situación de provocar su quebranto económico con la consiguiente pérdida de todos los puestos de trabajo.

Suele caricaturizarse una supuesta dicotomía entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa, señalándose que se enfrenta el derecho del trabajador a mantener su fuente de subsistencia con la ambición del empleador de ganar más dinero. Ese es un falso dilema. El análisis jurídico debe sustentarse en la ponderación de los valores de rango constitucional en juego: de una parte, el derecho al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22° y 27° de la Carta Magna; y de otra, el derecho a la libertad de empresa, previsto en su artículo 59°.

Así, el trabajo conceptuado como la base del bienestar social y un medio de realización de la persona (artículo 23°) adquiere su justa dimensión cuando el trabajador accede a un empleo. Este objetivo está directamente vinculado con el modelo económico por el que opta la Constitución, vale decir, la economía social de mercado, conforme a la cual el desarrollo económico y social del país se sustenta en la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia. Ello ha sido ratificado por el TC en el fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC.

“En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deben encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC)”.

Así, la economía social de mercado asigna a la empresa el rol más relevante en la creación de la riqueza y, como consecuencia de ello, en la consecución de niveles de desarrollo que favorezcan a la sociedad en su conjunto. Ello implica, pues, que se deba dotar la empresa de los mecanismos que le permitan adaptarse a las variables del mercado y por esa vía generar riqueza, aportar tributos y contribuir a la generación de puestos de trabajo. Por ende, el análisis de los valores en juego en este ámbito exige conjugar el derecho al trabajo con su correlato vinculado a la generación de las condiciones que

favorezcan el empleo, habida cuenta que el derecho al trabajo se haría meramente aparente si no se cuenta con trabajadores que gocen de empleo. Expresado en otros términos, la falta de empleo vacía de contenido el derecho al trabajo. Por consiguiente, no se trata de contraponer el derecho al trabajo con la libertad de empresa ya que son las condiciones favorables a la iniciativa privada y la libre competencia las que favorecen la constitución, desarrollo y expansión de la empresa y por ende el empleo.

Desde esta perspectiva un sector de la doctrina postula que la flexibilización laboral favorece al fortalecimiento del mecanismo del mercado de trabajo, y por ende contribuye a la generación de puestos de trabajo (Von Hauff y Kruse 1998:190).

Con base a lo dispuesto, de acreditarse –vía control previo o posterior- que el cese colectivo tiene por objeto una mejor organización de los recursos y un incremento de la productividad en la empresa, resultaría evidenciado, de una parte, que la desvinculación no tendría la calidad de arbitraria, y de otra, que la medida a implementarse -o ya implementada- apunta a que la empresa se robustezca y cumpla con su función social de continuar ofreciendo fuentes de trabajo o, incluso, pueda, ulteriormente, incrementarlas mediante empleo directo o indirecto, favoreciendo así al conjunto de la sociedad.

Por ende, la política tradicional del Ministerio de Trabajo de desestimar los ceses colectivos con base a una pretendida protección del empleo termina generando un resultado contrario al que se pretende alcanzar toda vez que se afectan las posibilidades de crecimiento futuro de la empresa y con ello la generación de nuevos

puestos de trabajo, incurriendo así en contradicción con el efectivo alcance del derecho al trabajo y con el modelo de economía social de mercado que consagra la Constitución.

4.2. Naturaleza del cese colectivo

El sistema vigente en el Perú en materia de ceses colectivos debe ser analizado a la luz del régimen de estabilidad laboral que nos rige.

Conforme a este régimen el despido *ad nutum* se encuentra proscrito del ordenamiento legal y de ahí que toda desvinculación debe cumplir con los requisitos de justeza, tipificación y acreditación. Así, la causa justa está vinculada a los supuestos que determinan la inviabilidad de la continuidad del contrato de trabajo por razones vinculadas a la capacidad o a la conducta del trabajador. Estas causas justas son las que la ley tipifica expresamente, de lo que resulta que supuestos no previstos, vale decir que adolecen de tipicidad, resultarán excluidos. La acreditación implica que la causa justa deberá ser pasible de comprobación fehaciente con base a los rigores propios del análisis de la prueba en el marco de un proceso laboral. La inobservancia de estos requisitos determinará que el despido podrá ser judicialmente invalidado y, en términos generales, dar lugar a la reposición forzosa del trabajador, conforme al régimen de cuasi estabilidad laboral absoluta que rige en el Perú, conforme ya hemos señalado y surge de numerosos fallos emitidos por la jurisdicción laboral.

Es con base a este esquema que se explica la regulación propia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, la intermediación laboral, la tercerización y el período de prueba.

En efecto, como ya se adelantó, carecería de eficacia un régimen protector de estabilidad laboral si paralelamente resultase viable para el empleador la contratación de personal a plazo fijo sin que medie causa objetiva que lo justifique. Así, es claro que en lugar de someterse a la severidad probatoria de un rígido esquema de estabilidad laboral el empleador optaría por la contratación temporal y, preferentemente, por períodos de corta duración, condicionando así la subsistencia del vínculo laboral a su decisión de prorrogar o no el contrato de trabajo. Por esta vía quedarían neutralizados los indicados requisitos de justeza, tipificación y acreditación exigibles a la causa de despido para ser expeditivamente sustituidos por la prerrogativa unilateral del empleador de abstenerse de renovar el contrato de trabajo.

Análogamente, la existencia de un régimen de estabilidad laboral determina la necesidad de regular la intermediación laboral y la tercerización como mecanismos excepcionales frente a la contratación directa. De otro modo, si estas opciones no estuviesen limitadas a supuestos de excepción legalmente previstos, es indubitable que en lugar de la contratación directa -con las consiguientes limitaciones de desvinculación laboral propias de la estabilidad laboral- la empresa principal optaría por la contratación indirecta, en la medida que, en la vía de los hechos, en este escenario el cese suele operar mediante el expeditivo mecanismo de solicitar al contratista el reemplazo del trabajador destacado a la empresa

principal que esta juzga inadecuado, o que, en casos límite, opte por resolver o no renovar el contrato celebrado con el contratista. Por su parte, el contratista deberá optar por la reubicación del personal destacado, o proceder a aplicar la condición resolutoria usualmente pactada en los contratos temporales que ha celebrado con este personal, conforme a la cual se condiciona la vigencia del contrato de trabajo a la subsistencia del vínculo contractual entre el contratista y la empresa principal.

De la misma forma, el período de prueba es normado en función de etapas de corta duración reguladas en la ley, transcurridas las cuales pasa a operar el régimen de estabilidad laboral.

Los ceses colectivos siguen esta misma lógica, con base a un argumento *a fortiori*: si el despido individual se encuentra limitado, con mayor razón el cese colectivo al que debe corresponderle una cautela de mayor intensidad. Se asume así que este no debe quedar librado a la mera determinación empresarial sino enmarcado en un esquema que acentúe la protección del trabajador con base al denominado despido propuesta. Así, a diferencia de los despidos por causa vinculada a la capacidad o a la conducta, en que la extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador está dotada de eficacia –surte efecto sin perjuicio de la potencialidad de una ulterior impugnación judicial y resarcimiento económico o reposición- en los ceses colectivos el empleador debe someterse a la evaluación y aprobación previa por parte de la Autoridad de Trabajo. Como ya se ha adelantado, y como consecuencia de que esta alternativa resulta políticamente sensible para dicha autoridad, las aprobaciones a las solicitudes de cese colectivo han sido sumamente escasas.

4.3. El cese colectivo en otros ordenamientos

El despido propuesta en materia de ceses colectivos no corresponde a la opción preferente prevista por una diversidad de ordenamientos, siendo que, por el contrario, predomina en mayor medida el reconocimiento de la facultad extintiva del contrato de trabajo por decisión del empleador, sin perjuicio de la obligación de llevar a cabo un periodo de información y consultas con los trabajadores afectados o las organizaciones sindicales representativas y de la necesidad informar sobre el proceso a la autoridad competente.

Examinemos algunos ejemplos en el derecho comparado.

Instrumentos internacionales

Convenio 158 O.I.T.

Un conjunto de países de la Unión Europea ha ratificado el Convenio 158 de la OIT relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Portugal y Suecia).

De ahí que resulte relevante examinar lo que dicho instrumento internacional establece no solo por la relevancia internacional de los convenios que aprueba este organismo sino porque goza de ratificaciones de significación en el espectro europeo.

Así, en su artículo 4° se prevé lo siguiente:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

En caso que la terminación de la relación de trabajo obedezca a motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, el Convenio establece que el empleador debe proporcionar a los representantes de los trabajadores la información pertinente vinculada a la medida, lo que incluye sus motivos, el número y categoría de los trabajadores afectados y el período durante el cual se hará efectiva. A su vez, establece la necesidad de entablar consultas destinadas a evitar o limitar los ceses colectivos y las alternativas que pudieran aplicarse para atenuarlos, además de indicar que la legislación podrá limitar el cese colectivo en función a un número o porcentaje determinado de trabajadores. Señala igualmente que, de conformidad con la legislación y la práctica nacional, la autoridad competente deberá ser informada de esta medida (OIT Convenio 158:1982)

Repárese que el convenio se limita a señalar la necesidad de efectuar la respectiva comunicación a la Autoridad de Trabajo, más no supedita la eficacia de la medida a una aprobación administrativa.

Directiva 98/59/CE del Consejo de la Unión Europea

Resulta de interés, igualmente, tener en cuenta lo establecido por Directiva 98/59/CE del Consejo de la Unión Europea de 20 de julio de

1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo concerniente a despidos colectivos.

La Directiva tipifica los despidos colectivos con cargo a que la desvinculación no se haya producido por causas inherentes a la persona de los trabajadores. Seguidamente, establece diversos requisitos a ser cumplidos para la implementación de estas medidas. Entre estos, cabe destacar la necesidad de llevar a cabo una etapa de información y consulta con los representantes de los trabajadores destinada a explicar los motivos de los despidos; el periodo durante el cual estos se llevarán a cabo; el número y la categoría de los respectivos trabajadores; los criterios usados para la determinación de la medida; y, de ser el caso, el método de cálculo de posibles indemnizaciones.

En cuanto al procedimiento aplicable, la directiva prevé la obligación del empleador de notificar a la autoridad competente sobre su proyecto de despido colectivo, acompañando toda la información más detallada (salvo en lo relativo a eventuales indemnizaciones). Los despidos colectivos surten efecto a los 30 días de efectuada dicha notificación, plazo durante el cual la autoridad competente procurará buscar una solución. La legislación nacional podrá disminuir o ampliar dicho plazo hasta 60 días, pudiendo la legislación establecer un plazo mayor.

Para efectos de la aplicación de la Directiva se conceptúa como despido colectivo a aquellos que no están basados en la persona del trabajador y abarquen un mínimo un número específico de trabajadores en un periodo determinado, en la forma siguiente:

- “i) para un período de 30 días:*
- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,*
 - al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,*
 - al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;*
- ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados;*
- b) se entenderá por «representantes de los trabajadores» los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros (...)”*
(Consejo de la Unión Europea:1998).

Al igual que lo previsto en el convenio 158 de la OIT, la directiva en referencia no establece que los despidos colectivos estén condicionados a su aprobación previa por parte de una autoridad competente.

Países de la Unión Europea

Si analizamos la legislación vigente en una diversidad de países pertenecientes a la Unión Europea, comprobaremos que, en términos generales, su regulación se ajusta a lo establecido por la Directiva 98/59/CE del Consejo de la Unión Europea.

Alemania

Los despidos colectivos se encuentran regulados por la Ley de Protección contra el Despido. Esta regulación resulta aplicable con cargo a que el trabajador tenga por lo menos 6 meses de servicios y que la empresa cuente con más de 10 empleados.

Los despidos colectivos deben encontrarse basados en razones de funcionamiento de la empresa y siempre que no existan vacantes en la empresa que correspondan a la misma o menor categoría de aquellos trabajadores afectados con la medida, o cuando estos no pudieran ser entrenados para ocupar dichas posiciones. Un segundo factor a ser considerado es que la medida debe aplicarse respecto a trabajadores que requieran de menor protección social, por ejemplo, aquellos que no tengan cargas familiares o sean lo suficientemente jóvenes para poder obtener un empleo alternativo. Estos criterios resultan de aplicación respecto de todos los trabajadores que podrían estar afectados por el despido colectivo, tomándose igualmente en cuenta el tiempo de servicios en la empresa, o ser trabajadora en estado de gestación o en descanso por maternidad, o persona con discapacidad o ser miembro del Consejo de Trabajo, entre otros criterios.

En el ordenamiento alemán la intervención de la Autoridad de Trabajo resulta más intensa en comparación con otras legislaciones de la Unión Europea. Así, está facultada a orientar a las partes a que, en

lugar de ejecutar despidos colectivos, la medida a ser implementada opere como una suspensión temporal de los contratos de trabajo (Ysás 2013)

Ahora bien, si en la empresa opera un Consejo del Trabajo el empleador debe efectuar consultas con esta entidad en forma previa a la aplicación de la medida y elaborar un plan social que suele incluir medidas de acompañamiento que contribuyan a la futura empleabilidad del trabajador y/o el pago de compensaciones económicas. Sin embargo, la legislación no contempla el pago de indemnizaciones especiales en favor de aquellos trabajadores afectados con la medida.

De conformidad con la Directiva 98/59/CE, la regulación germana no prevé que debe haberse arribado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, o el referido Consejo cuando este exista, como requisito para la eficacia de la medida. Así, la obligación del empleador se limita a brindar la información y efectuar las consultas correspondientes.

El trabajador puede cuestionar su despido ante la jurisdicción laboral si considerase que el despido colectivo no se encuentra ajustado a derecho. Así, la corte podría ordenar la reposición de los trabajadores afectados e incluso el pago de las remuneraciones devengadas si concluyese que el cese colectivo resulta improcedente. Sin embargo, la gran mayoría de los procedimientos judiciales instaurados contra un cese colectivo son objeto de transacción entre las partes y de ahí que la reposición efectiva sea más un supuesto teórico que un derecho que se materialice en los hechos. En términos generales,

estas transacciones suelen calcularse tomando en cuenta entre medio y sueldo y medio por año de servicios

Con base a lo expuesto, igualmente en la legislación alemana la eficacia de los despidos colectivos no está condicionada a la aprobación de la autoridad administrativa o judicial, reconociéndose la facultad extintiva de los contratos de trabajo por parte del empleador, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a cuestionar judicialmente la medida.

Dinamarca

Se configura un despido colectivo cuando en un periodo de 30 días se presenten, por lo menos, los siguientes escenarios:

10 trabajadores despedidos en empresas que tengan entre 21 y 99 trabajadores;

10% de trabajadores en empresa que tengan entre 100 a 299 trabajadores; 30 trabajadores en empresas que tengan un mínimo de 300 trabajadores.

La empresa tiene la obligación de comunicar la decisión al Consejo Tripartito y al sindicato de la empresa.

No se requiere contar con la aprobación de alguna autoridad para la ejecución del despido colectivo y la medida no está sujeta al pago de una indemnización como resultado de la desvinculación (Organización Internacional del Trabajo Employment Protection Legislation Database – Dinamarca 2017)

España

Los despidos colectivos se encuentran regulados por el artículo 51° del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual este puede sustentarse en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando en un periodo de 90 días la extinción afecta al menos a:

10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores;

El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, y;

30 trabajadores en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores.

Las causas económicas se configuran cuando se producen pérdidas actuales o previstas, o una disminución persistente de los ingresos ordinarios por las ventas, evidenciada por el hecho que durante tres trimestres consecutivos los ingresos ordinarios o las ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Las causas técnicas se configuran cuando ocurren cambios en los medios o instrumentos utilizados para la producción.

Las causas organizativas están referidas a modificaciones en los métodos o sistemas de trabajo o en el modo de organización de los procesos productivos.

Las causas productivas propiamente dichas obedecen a la necesidad de modificar la producción por circunstancias tales como la variación de la demanda de los productos o servicios que la empresa produzca.

A grandes rasgos, el procedimiento previsto por la ley española establece un período de consultas no mayor a 30 días naturales o de 15 cuando la empresa cuente con menos de 50 trabajadores. Mediante dichas consultas se evaluará la posibilidad de reducir el número de desvinculaciones con la posibilidad de atenuar sus consecuencias con base a medidas tales como la recolocación y el reciclaje profesional.

La empresa deberá informar, tanto a los representantes de los trabajadores como a la Autoridad de Trabajo sobre las causas del despido colectivo; el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados y de quienes habitualmente tuvieron contrato de trabajo vigente durante el último año; el periodo durante el cual se llevarán a cabo los despidos; y los criterios utilizados para la determinación de los trabajadores involucrados en la medida (Alvarez del Cuvillo, 2009).

Si las causas que sustentan el despido colectivo son de naturaleza económica deberá presentarse toda la documentación que resulte pertinente, incluyendo balances de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de flujos, cambios en el patrimonio neto, etc. Si las

causas fuesen de naturaleza técnica u organizativas, deberán acompañarse los respectivos informes técnicos que las demuestren, o según corresponda, las modificaciones en los sistemas productivos o métodos de trabajo. Si las causas fuesen de naturaleza productiva, los informes técnicos deberán evidenciar las razones que justifican la medida, incluyendo la situación en el mercado de los bienes y servicios que produce.

Seguidamente, se da inicio a la etapa de negociaciones, la cual debe regirse por criterios de buena fe, pudiendo la Autoridad de Trabajo emitir advertencias o recomendaciones, e incluso actuar como mediador a fin de buscar una solución.

Una vez finalizado el periodo de consultas, el empleador será el encargado de comunicar a la autoridad laboral el resultado del mismo. Deben transcurrir como mínimo 30 días desde la fecha de comunicación para que se proceda con los despidos.

La decisión empresarial podrá impugnarse a través de las acciones previstas para el despido injustificado (Ministerio de Trabajo y Economía Social Guía Laboral).

El despido colectivo debe conllevar medidas de acompañamiento si afecta a un número mayor a 50 trabajadores. Estas medidas están destinadas a mitigar los efectos del despido y facilitar la recolocación externa a través de empresas especializadas por un período no menor a seis meses, el cual deberá incluir actividades de orientación y formación empresarial.

A su vez, el empleador deberá efectuar un pago al Tesoro Público cuando la empresa despida a más de 100 trabajadores y la medida afecta a quienes tengan 50 años o más. La aportación se encuentra estructurada en función del importe de las prestaciones por desempleo obtenidas por dichos trabajadores.

Los trabajadores despedidos tendrán derecho a una indemnización no menor a 20 días de salario por año de servicios, o el respectivo pago proporcional, con un máximo de 12 remuneraciones mensuales (Ley N° 11/1994. Texto Integrado del Estatuto de los Trabajadores: 1994).

Al igual que los instrumentos internacionales antes referidos, con la reforma laboral del año 2012 el ordenamiento laboral español reconoce al empleador la facultad extintiva de los contratos de trabajo en materia de despidos colectivos, sin perjuicio del derecho de los trabajadores de cuestionar judicialmente la medida de considerar que esta no se adecuó a los supuestos previstos en la ley. Además, reconoce el pago de una indemnización como consecuencia del despido.

Francia

Los despidos colectivos en Francia deben obedecer a dificultades económicas de la empresa o su necesidad de introducir cambios tecnológicos que se originan en la eliminación o transformación sustancial de las condiciones de trabajo, conforme establece el artículo L.1233-3 del Código de Trabajo. Se configuran las dificultades económicas cuando median pérdidas financieras o endeudamientos

relevantes por parte de la empresa, o cuando viene afrontando un déficit presupuestario o baja rentabilidad, no obstante haber llevado a cabo, previamente, un plan de reestructuración. La jurisprudencia no ha considerado causa válida para este efecto una pérdida del volumen de negocios o de una porción del mercado o una disminución del ritmo de ventas o beneficios inferiores al ejercicio precedente, o incluso una situación financiera deficiente que se extiende a lo largo de varios ejercicios, pero sin que se constate su agravamiento (Ministerio de Trabajo e Inmigración 2009:145-146).

En caso de la implementación de nuevas tecnologías, el empleador debe evidenciar que llevó a cabo las medidas la organización productiva necesarias para .la adaptación de los trabajadores al cambio tecnológico. Cabe acotar que las medidas organizativas de la empresa destinadas a mejorar su competitividad, no están reconocidas como causa válida para los despidos colectivos, salvo que dicha reorganización sea indispensable para preservar la competitividad de la empresa.

Como señala, Antoine Jeammaud (2017), la reforma laboral emprendida por el presidente Macron se ha limitado a variar el criterio jurisprudencial previamente existente conforme al cual las dificultades económicas de una empresa debían evaluarse de acuerdo al conjunto de las empresas de la misma actividad económica que integra el grupo trasnacional, incluso en el extranjero. La modificación introducida establece que la apreciación de las dificultades económicas, o la necesidad de introducir cambios tecnológicos o preservar su competitividad, debe efectuarse en función de las empresas que desarrollen el mismo tipo de actividad, pero limitando

el ámbito geográfico a las que se encuentren establecidas en el territorio nacional y no así en el extranjero.

Un aspecto singular de la legislación francesa implica asimilar a un supuesto de despido colectivo la disposición del empleador de modificar elementos esenciales del contrato de trabajo por causa económica, cuando estas no han sido aceptadas por 10 o más trabajadores.

Para determinar la prelación en los despidos, y con base la consulta previa efectuada con los representantes los trabajadores, el Código de Trabajo establece criterios tales como el número de dependientes del trabajador, las familias monoparentales, el tiempo de servicios prestados al empleador y la categoría profesional.

En cuanto al procedimiento, se tipifica que media un despido colectivo cuando en un periodo de 30 días se afecta a dos o más trabajadores debido a la misma causa prevista para la tipificación de los despidos colectivos.

El procedimiento aplicable está regulado en función a diversas variables, tales como el número de trabajadores afectados, o la inexistencia del Comité de Empresa.

Si la empresa tiene menos de 50 trabajadores se deberá llevar a cabo una etapa de consultas con el Comité Económico Social, al cual se deberá presentar toda la información que sustenta la decisión, así como las medidas aplicables para limitar los despidos y contribuir a las medidas de acompañamiento a los trabajadores afectados. En

esta etapa debe responderse a las preguntas y comentarios emitidos por los representantes de los trabajadores.

Si la empresa tiene 50 o más trabajadores, igualmente tendrá que llevarse a cabo una etapa de consultas, esta vez con el Comité de Empresa o con el Comité Económico Social, lo que implica un mínimo de dos reuniones separadas con 15 días de intervalo. Al igual que en el caso anterior, el empleador deberá presentar toda la información relevante que justifique la medida, el número de trabajadores afectados, sus categorías profesionales y los criterios establecidos para establecer la prelación de las desvinculaciones, precisando la oportunidad en que, tentativamente, se llevarán a cabo los despidos, así como las medidas de acompañamiento. El Comité de Empresas o el Comité Económico Social deberá emitir su opinión en un plazo no mayor a dos meses cuando el número de trabajadores afectados sea menor a 100; tres meses para despidos abarcan entre 100 y 249 trabajadores; y cuatro meses a partir de 250 despidos.

La intervención de la autoridad competente está igualmente determinada en función del número de trabajadores de la empresa. Si ésta tiene menos de 50 trabajadores, la empresa deberá informar a la Dirección Regional de Negocios, Competencia, Consumo, Trabajo y Empleo sobre su proyecto de despido y las reuniones que ha llevado a cabo con los representantes de los trabajadores, acreditándolas con las respectivas actas (Álvarez, 2019). Dicha autoridad informará a las partes si es que considera que se han cometido irregularidades en el procedimiento.

Si la empresa cuenta con más de 50 trabajadores, deberá informar a la referida autoridad sobre el inicio de negociaciones y presentar un Plan de Despido Económico, e informarle sobre el inicio de negociaciones destinadas a la celebración de un convenio colectivo. Dicha autoridad verificará que la consulta con los representantes de los trabajadores y las obligaciones de cargo el empleador haya sido debidamente atendidas.

Si la empresa tiene más de 100 trabajadores deberá contar con un Plan de Protección del Empleo, correspondiendo a la autoridad competente homologarlo de haber sido un acto autónomo por parte del empleador, o validarlo si es el resultado de un acuerdo colectivo. El plan puede ser objeto de modificaciones en atención a las condiciones económicas de la empresa, luego de lo cual el empleador podrá adecuarlo o contradecirlo mediante un procedimiento contencioso administrativo.

Los trabajadores gozan de prioridad para la recontractación. Si esta no se cumpliera, gozarán de una compensación equivalente a dos meses de remuneración (Álvarez: 2019).

No se requiere la aprobación de la autoridad competente para llevar a cabo los despidos colectivos. En empresas con menos de 50 trabajadores la autoridad interviene para velar porque el procedimiento se haya llevado a cabo en la forma prevista por la ley. La notificación del despido del trabajador sólo podrá llevarse a cabo después de emitida dicha decisión por la autoridad competente. De no observarse esta regla, dicha autoridad procede emitir una decisión

de rechazo de la medida, la cual puede ser materia de cuestionamiento ante un tribunal administrativo.

En cuando a las medidas de impugnación, los trabajadores, el delegado de personal, el Comité de empresas con las organizaciones sindicales pueden cuestionar judicialmente la medida (Álvarez: 2019).

Así, la legislación francesa no supedita la eficacia del cese colectivo a la aprobación de la autoridad competente, la misma que fue eliminada en la década de los 80, sin perjuicio que en ciertos despidos colectivos su intervención se limita a comprobar que el procedimiento ha sido llevado con arreglo ley, y a proponer medidas alternativas a los despidos colectivos o medidas adicionales de acompañamiento para la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos.

Holanda

El despido calificará como colectivo cuando afecte a más de 20 trabajadores en un periodo de 3 meses. Dentro de dicho periodo se contabilizarán todos los ceses ocurridos, incluidos los que se realicen por mutuo acuerdo.

Es obligatorio llevar a cabo un periodo de consultas con los trabajadores, así como obtener la autorización por parte del órgano administrativo. Así, esta modalidad de control está orientada a cautelar la observancia de la formalidad requerida para la extinción colectiva de los contratos de trabajos y su aprobación por parte de la autoridad competente (Álvarez del Cuvillo, 2009).

La autoridad administrativa considerará procedente el despido cuando se pruebe la existencia de razones económicas o empresariales.

Se establece un orden de prelación en la selección de trabajadores que serán afectados por la medida. Antes de despedir a los empleados permanentes, el empleador debe considerar primero si es posible despedir a los trabajadores desplazados o trabajadores temporales, luego a los trabajadores que han alcanzado la edad legal de jubilación y luego a los trabajadores sin horas de trabajo fijas (contratos de cero horas).

Al aprobar el despido, la administración puede condicionar su consentimiento a que dentro de las 26 semanas posteriores al despido el empleador debe ofrecer su recontractación al trabajador despedido antes de contratar para las mismas tareas a un nuevo trabajador (Organización Internacional del Trabajo Employment Protection Legislation Database Holanda: 2019).

Los trabajadores que tengan más dos años con un contrato temporal o plazo indefinido tendrán *“derecho al pago de una indemnización, denominada «transicional», con un límite de 75.000 euros; excepto en las pymes con menos de 25 trabajadores”* (Alcelay: 2017).

El caso de Holanda resulta particular por cuanto sí resulta necesario contar con una aprobación administrativa, aunque no se reporta que exista alguna política de la administración contraria a la aprobación de estos procedimientos.

Italia

Para el análisis de la regulación normativa aplicable a los ceses colectivos en Italia se debe tener en cuenta que, en el año 2012, se llevó a cabo una reforma laboral a través de la denominada Ley Monti-Fornero, uno de cuyos principales objetivos era flexibilizar la legislación laboral en materia de reposición en el empleo ante despidos ilícitos (Romeo, 2014)

Los ceses colectivos se encuentran regulados por la ley 223/1991 en cuyo artículo 24° se establece que la misma resulta aplicable a las empresas que cuenten con más de 15 trabajadores, y que, en un período de 120 días, pretendieran realizar por lo menos 5 despidos en una misma unidad productiva, territorio o provincia, basados en la misma causa de reducción de la actividad del empleador, o que correspondan a la transformación de la actividad (Pons, 1994 s.f.)

En el despido basado en motivos económicos, en adición a proporcionar la información que justifique la medida, deben detallarse los mecanismos de apoyo a la recolocación de los trabajadores afectados. Seguidamente la autoridad competente cita a las partes a conciliación a fin de considerar posibles medidas alternativas a la terminación de los contratos de trabajo. Si la conciliación fracasase el empleador estará facultado a llevar a cabo los despidos con sujeción a un plazo de preaviso.

Los trabajadores podrán cuestionar la medida ante el poder judicial, en donde de comprobarse que los motivos invocados son notoriamente inexistentes, puede disponerse la anulación del despido,

la reposición de los trabajadores y el pago de una indemnización calculada en función de las remuneraciones dejadas de percibir hasta el tope de 12 meses, sin perjuicio que dicho monto se deduce de las sumas que el trabajador pudiera haber percibido por la realización de otras actividades desarrolladas mientras duró el despido. Cabe acotar que esta regulación es análoga a la que rige respecto a un despido disciplinario considerado ilegal.

En caso el juez considere que las causas del despido colectivo no se encuentran debidamente justificadas, pero tampoco son notoriamente inexistentes, ordenará una indemnización a ser calculada entre un mínimo de 12 y un máximo de 24 meses de la última remuneración aplicable. Esta regulación resulta semejante a la que se aplica ante la falta de acreditación de los requisitos para llevar a cabo el despido por causa justificada.

Ahora bien, si en el procedimiento judicial se acreditaran que el despido por supuestos motivos objetivos ha sido determinado por razones discriminatorias o disciplinarias, corresponderá la reposición y el pago de la indemnización por daños y perjuicios de hasta 24 meses de remuneración.

A su vez, el despido colectivo será invalidado por el juez si se hubiese llevado a cabo en contravención a la obligación de acreditación y sustentación de los motivos que lo justifican, o sin cumplir con el procedimiento de conciliación ante la Autoridad de Trabajo, o cuando no se hayan observado los criterios aplicables para la selección de los trabajadores a ser afectados con la medida, o cuando haya sido llevado a cabo en forma verbal. En estos supuestos corresponderá la

reposición y el pago de una indemnización cuyo monto dependerá de la gravedad de la infracción, pudiendo fluctuar entre 6 y 24 remuneraciones o el pago de todas las remuneraciones dejadas de percibir por efecto del despido, lo que puede fluctuar entre 6 y 12 meses de remuneración o en el pago de todas las remuneraciones dejadas de percibir desde el despido hasta la reinstalación, además de las contribuciones correspondientes a la seguridad social.

No obstante que la legislación italiana mantiene un sesgo protector mayor que el que opera en otros países de la Unión Europea, se ha preservado la facultad extintiva del empleador en materia de ceses colectivos, trasladando al ámbito judicial la impugnación de la medida, la cual podría devenir incluso en el mandato de reposición y el pago de indemnizaciones (LEY N° 223/1991 sobre despidos colectivos: 1991)

Reino Unido¹

En el Reino Unido un despido será considerado como colectivo cuando se afecte a más de 20 trabajadores en un periodo de 45 días.

Para efectuar los despidos la empresa puede invocar motivos de insolvencia, cambios en la orientación del negocio que hacen necesario contar con trabajadores de otro perfil, cambios tecnológicos, una reorganización del trabajo que determina la existencia de puestos de trabajo superfluos, la mudanza de la empresa, o cuando se produce *“cambio de dueño o cuando se trata de una compañía con un solo propietario y este fallece”*

¹ El Reino Unido se retiró de la Unión Europea con efectividad a partir del 1° de febrero de 2020

Corresponderá el pago de una indemnización en función del tiempo de servicios si el trabajador tiene dos o más años de servicios. (Oppenheimer 2012).

El empleador deberá consultar a los representantes de los trabajadores. Se exige que la consulta sea efectiva, es decir, que los representantes sindicales cuenten con el tiempo suficiente para analizar los hechos y presentar las sugerencias al empleador.

Asimismo, la empresa deberá notificar la decisión a la autoridad administrativa, sin que sea necesaria su autorización para proceder con los despidos (Organización Internacional del Trabajo Employment Protection Legislation Database Reino Unido: 2019).

Suecia

Se entenderá como despido colectivo cuando afecte:

Como mínimo a 5 trabajadores; o,

Como mínimo a 20 trabajadores en un periodo de 90 días.

La empresa debe sujetarse a un periodo de consulta con quienes ostentan la representación de los trabajadores a fin de procurar llegar a acuerdos con base a la evaluación de alternativas destinadas a evitar o atenuar los despidos colectivos o limitar sus efectos con base a opciones de readaptación o reconversión de los trabajadores afectados.

De igual manera se deberá comunicar a la autoridad administrativa de trabajo (Swedish Public Employment Service):

Como mínimo 2 meses antes del despido en operaciones que afecten como mínimo 25 a trabajadores.

Como mínimo 4 meses antes del despido que afecte más de 25 trabajadores, pero no más de 100.

Como mínimo 6 meses antes del despido que afecte a más de 100 trabajadores.

Deberá notificarse a la autoridad competente, sin que se requiera su aprobación para proceder con el despido colectivo.

El despido colectivo no conlleva el pago de una indemnización.

(Organización Internacional del Trabajo Employment Protection Legislation Database – Suecia: 2017)

PAÍSES LATINOAMERICANOS

Argentina

La Ley Nacional de Empleo ha regulado las suspensiones y despidos en los artículos 98° a 105°. De acuerdo al artículo 98°, se considerará como despido colectivo cuando la medida afecta a:

15% de los trabajadores en empresas que tengan menos de 400 trabajadores;

Más del 10% de los trabajadores en empresas que tengan entre 400 y 1000 trabajadores; y,

Más del 5% en empresas que tengan más de 1000 trabajadores.

El procedimiento puede iniciarse por iniciativa del empleador o de la organización sindical y se tramita ante la autoridad de trabajo. En la solicitud deberán presentarse todos los medios probatorios pertinentes que justifiquen la decisión a ser adoptada.

Dentro de las 48 horas de efectuada la presentación, se correrá traslado a la otra parte y se citará a ambos (empleador y asociación sindical) a una audiencia. De no llegar a un acuerdo, se abrirá un periodo de negociación, con una duración máxima de 10 días.

En caso las partes lleguen a un acuerdo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá homologarlo, teniendo eficacia de convenio colectivo, o rechazar el pedido. Si no hay un pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa, el acuerdo se tendrá por homologado.

De no llegar a acuerdo se dará por concluido el procedimiento quedando el empleador facultado para ejecutar las medidas propuestas (LEY N° 24.013 Ley Nacional del Empleo. Argentina 2013).

Colombia

De acuerdo al artículo 67° de la Ley 50 de Colombia, se considerará un despido como colectivo cuando en un periodo de 6 meses se afecten los siguientes porcentajes de trabajadores:

Al 30% de aquellas empresas que tengan un número de trabajadores superior a 10 e inferior a 50;

Al 20% de aquellas empresas que tengan un número de trabajadores superior a 50 e inferior a 100;

Al 15% de aquellas empresas que tengan un número de trabajadores superior a 100 e inferior a 200;

Al 9% de aquellas empresas que tengan un número de trabajadores superior a 200 e inferior a 500;

Al 7% de aquellas empresas que tengan un número de trabajadores superior a 500 e inferior a 1000; y,

Al 5% de aquellas empresas que tengan un número de trabajadores superior a 1000.

Conforme a la norma citada, los supuestos aplicables al cese colectivo son amplos y diversos. Ente estos, cabe destacar la modernización, adecuación de o supresión de procesos, equipos y sistemas de trabajo con el propósito de incrementar la productividad o calidad de los productos, o cuando la empresa presente pérdidas continuas o *“se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos; o por razones de carácter técnico o económico u otras consideraciones análogas”*.

La terminación colectiva de los contratos de trabajo requiere de comunicación previa tanto a los trabajadores como al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el que evaluará en un plazo máximo de 2 meses los motivos que justifican la medida con base a la prueba de carácter financiero, contable, técnico, comercial, administrativo a ser proporcionada por el empleador (Código Sustantivo del Trabajo de Colombia: 1990).

La regulación legal no prevé el silencio administrativo negativo o positivo ante la falta de pronunciamiento oportuno, sino únicamente la aplicación de sanción al funcionario responsable. Una vez obtenida la autorización, el empleador deberá pagar a los trabajadores afectados una indemnización equivalente a la que corresponderá por el despido sin causa justa. En caso la empresa cuente con un patrimonio líquido gravable inferior a mil (1.000) salarios mínimos mensuales, el monto de la referida indemnización se reduce al 50%. (Actualícese: 2015)

Chile

El artículo 161° del Código de Trabajo establece que el empleador podrá poner fin a los contratos de uno o más trabajadores invocando causas como necesidades de la empresa, modernización de servicios, bajas en la productividad, cambios en las condiciones de mercado o de la economía (Pizarro 2017: 285).

Cuando con base a estos supuestos la empresa opte por desvincular trabajadores deberá dar el aviso al trabajador o trabajadores, con copia a la Inspección de Trabajo, con una anticipación de, por lo menos, 30 días. Esta anticipación no es requerida cuando el empleador cumpla con pagar una indemnización en dinero efectivo, equivalente a una remuneración mensual devengada.

Conforme al acotado artículo 161°, la comunicación deberá indicar *“el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido, adjuntando los comprobantes*

que lo acrediten. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro pago de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, este no producirá efecto”.

El trabajador que considere que la causal es injustificada, indebida o improcedente, podrá impugnar la medida dentro del plazo de 60 días hábiles (Organización Internacional del Trabajo Employment Protection Legislation Database – Chile: 2019).

La regulación vigente no ha establecido el requisito de la consulta previa o la notificación o acuerdo con los representantes de trabajadores. Tampoco se precisa autorización por parte de la autoridad administrativa ni de los Tribunales de Justicia, salvo la indicada notificación a la Inspección de Trabajo (Código del Trabajo de Chile: 2019)

México

La Ley Federal del Trabajo (1970) regula en su capítulo VIII la terminación de las relaciones colectivas de trabajo con base a las siguientes causas:

- *“La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la terminación de los trabajos;*
- *La incosteabilidad notoria de la explotación;*
- *El agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva;*

- *Los casos del artículo 38° (referido a la explotación de minas que carezcan de minerales costeables o restauración de minas abandonadas o paralizadas, en cuyo caso el personal puede ser contratado por tiempo u obra determinado o para la inversión de un capital determinado); y,*
- *El concurso de quiebra legalmente declarado si la autoridad competente o los acreedores resuelven el cierre definitivo de la empresa o la reducción definitiva de sus trabajos”.*

En todos los casos, salvo el que se refiere a la aplicación del referido artículo 38° de la ley, se requerirá de la autorización judicial del Tribunal mediante un procedimiento especial colectivo, mientras que para el caso de incosteabilidad de la explotación se seguirá el procedimiento aplicable a los conflictos colectivos de naturaleza económica. De llevarse a cabo la terminación de los contratos de trabajo los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de tres meses de salario, además de recibir la prima de antigüedad de doce días de salario, por cada año de servicios.

Cuando se trate de la implantación de maquinaria o de procedimientos de trabajo nuevos que traigan como consecuencia la reducción de personal, se deberá obtener también la autorización del Tribunal, conforme al referido Procedimiento Especial Colectivo. Solo en este caso los trabajadores tendrán el derecho a una indemnización equivalente a cuatro meses de salario más veinte días por cada año de servicios prestados o la cantidad estipulada en los contratos de trabajos, si esta fuese mayor, además del pago de la indicada prima de antigüedad (Torrazza:1997)

En consecuencia, en la legislación mexicana sí resulta necesaria la autorización de la autoridad competente para llevar a cabo el cese colectivo de trabajadores (Organización Internacional del Trabajo Employment Protection Legislation Database – México:2019).

El cuadro que figura a continuación sintetiza la legislación de los ordenamientos legales antes expuestos:

	CONSULTA PREVIA	AUTORIZACIÓN PREVIA	MEDIDAS DE ACOMPAÑAMIENTO	INDEMNIZACIÓN	REPOSICIÓN	RECONTRATACIÓN
Convenio 158 O.I.T.	Obligación de proporcionar información a los representantes de los trabajadores y llevar a cabo consultas para evitar o limitar los ceses	Se debe notificar a la autoridad competente pero no se requiere autorización previa para ejecutar la medida	No se prevé.	Las autoridades competentes podrán ordenar una indemnización si están facultadas y concluyen que el cese colectivo ha sido injustificado	Las autoridades competentes podrán ordenar la reposición (u otra reparación que se considere apropiada) si están facultadas y concluyen que el cese colectivo ha sido injustificado	No está previsto
DIRECTIVA UNIÓN EUROPEA 98/59/CE	Regula como requisito el llevar a cabo una etapa de información y consulta con los representantes de trabajadores	Se informa a la autoridad administrativa, pero no se necesita de una autorización previa	No señala	No señala	No señala	No señala
ALEMANIA	Las negociaciones son obligatorias con el comité de trabajadores	Se informa a la autoridad administrativa, pero no se necesita de una autorización previa	Se debe elaborar un Plan Social Obligatorio cuando el despido abarque entre el 10% y 20% de trabajadores de la empresa	No	Puede proceder en caso el despido colectivo haya sido declarado improcedente	No
DINAMARCA	Es obligatorio un procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores	Se informa a la autoridad administrativa, pero no se necesita de una autorización previa	Obligación de transferir o formar a los trabajadores afectados siempre que resulte posible	No	No señala	No señala
ESPAÑA	Es obligatorio un periodo de consultas	Se informa a la autoridad administrativa, pero	Es obligatorio ofrecer a los trabajadores	Tienen derecho a una indemnización no	No señala	No

	entre los trabajadores y la empresa	no se necesita de una autorización previa	afectados un Plan de Recolocación Externa cuando se trate de una medida que afecte a más de 50 trabajadores	menor a 20 días de salario por año de servicios, con un máximo de 12 remuneraciones		
FRANCIA	Dependiendo de la cantidad de trabajadores, se llevará una etapa de consultas con el Comité de Empresas o por el Comité Económico Social	Se informa a la autoridad administrativa, pero no se necesita de una autorización previa	En caso se afecten a más de 50 trabajadores, la empresa deberá elaborar el Plan de Protección del Empleo (ESP)	No, pero los planes de protección pueden adoptar esta medida	No señala	Tienen prioridad en recontractación
HOLANDA	Es obligatorio un procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores	Se requiere aprobación previa por parte de la autoridad administrativa	No señala	No señala	No señala	Tienen prioridad en recontractación
INGLATERRA	Es obligatorio un periodo de consultas entre los trabajadores y la empresa	Se informa a la autoridad administrativa, pero no se necesita de una autorización previa	Las acordadas con los representantes de trabajadores	Solo a los trabajadores que lleven más de 2 años continuos en la empresa	No señala	No
ITALIA	Es obligatorio un periodo de consultas entre los trabajadores y la empresa	Se informa a la autoridad administrativa, pero no se necesita de una autorización previa	Las acordadas con los representantes de trabajadores	Cuando la medida haya sido cuestionada judicialmente, la indemnización será calculada en función a las remuneraciones dejadas de percibir	En caso la autoridad judicial determine que el despido no se encuentre justificado	Tienen prioridad en recontractación dentro de los seis meses después del despido colectivo
SUECIA	Es obligatorio un procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores	Se informa a la autoridad administrativa, pero no se necesita de una autorización previa	No señala	No	No señala	No señala
ARGENTINA	Presentada la solicitud, la autoridad de trabajo programa una audiencia de conciliación. De no llegar a un acuerdo, se inicia una etapa de negociaciones	El Ministerio puede homologar o rechazar el acuerdo. Si no se llega a acuerdo, el empleador puede proceder con la medida.	Las acordadas con los representantes de trabajadores	Puede acordarse	Puede acordarse	Puede acordarse
COLOMBIA	No señala	Se requiere aprobación previa	No señala	Corresponde el pago de una	Procede reposición en caso	No señala

		por parte de la Autoridad Administrativa		indemnización equivalente a la que correspondería pagar si un trabajador es despedido sin causa justa	el despido sea calificado judicialmente como ilegal	
CHILE	No se requiere consulta previa ni procedimiento de negociación con trabajadores o representantes	No se requiere aprobación. Solo es necesaria la comunicación a la Inspección de Trabajo	No señala	Corresponde el pago de una indemnización equivalente a una remuneración mensual devengada	No señala	No señala
MÉXICO	Solo para los casos de implantación de maquinaria o de procedimientos de trabajos nuevos	Se requiere autorización previa por parte del Tribunal	No señala	Solo para los casos de implantación de maquinaria o de procedimientos de trabajos nuevos	No señala	No señala

4.4. La distorsión del régimen de estabilidad laboral impuesta por el Tribunal Constitucional y su impacto en los ceses colectivos

La LPCL ha establecido que para instaurar un procedimiento de cese colectivo basado en motivos económicos, tecnológicos, temporales o análogos se requiere que la medida abarque por lo menos al 10% del total del personal de la empresa. Respecto de un número menor de trabajadores, la lógica de la LPCL consistía en que el empleador podía llevar a cabo el denominado despido arbitrario, conforme al cual estaba facultado a llevar a cabo la desvinculación prescindiendo de la demostración de la causa, con cargo al pago de la indemnización legal por despido sin justa causa. Sin embargo, como quiera que el TC calificó como inconstitucional el despido arbitrario esa opción dejó de ser viable, de lo que resulta que en el Perú no es legalmente factible implementar un cese colectivo de un número menor al referido porcentaje.

Sin embargo, la situación tampoco varía en lo esencial si el cese abarcase un número mayor al 10% del total del personal, por cuanto, como ya se adelantó, los procedimientos de cese colectivo han devenido en inoperantes por la opción de la Autoridad del Trabajo de no aprobar la gran mayoría de los procedimientos sometidos a su conocimiento (Ferro 2009: 324).

Ello explica por qué los ceses colectivos en el Perú han debido orientarse a tratar de obtener el mutuo disenso entre la empresa y el trabajador mediante incentivos económicos que, al estar librados a la aceptación del destinatario de la oferta, han debido alcanzar en diversos casos montos particularmente significativos o ser descartados por su inviabilidad.

Así, lo que en múltiples supuestos pudo limitarse al cese de un grupo reducido de trabajadores termina originando el franco deterioro de la situación económica de la empresa y con ello la materialización de una mayor contingencia laboral derivada de la inestabilidad, y eventual quebranto, del centro de trabajo, o la imposibilidad de implementar medidas de adecuación y ajuste destinadas a incrementar la productividad, las cuales al robustecer los resultados económicos suelen justificar los planes de expansión de la empresa.

4.5. El cese colectivo en la LPCL

La LPCL ha regulado la terminación colectiva de los contratos de trabajo por causas objetivas sustentadas en caso fortuito o fuerza

mayor o en supuestos tanto cualitativos como cuantitativos que implican la demostración de los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos que justifiquen la medida y la afectación de un número no menor al 10% del personal registrado en la planilla.

Para ello ha previsto un procedimiento que prevé requisitos de información, negociación, acreditación y aprobación, sin perjuicio que simultáneamente a la presentación de su solicitud de cese colectivo ante la Autoridad de Trabajo, el empleador puede aplicar una medida de suspensión perfecta de los contratos de trabajo del personal involucrado en la medida mientras dure el procedimiento.

4.5.1. Información

Configurada la causa objetiva el empleador debe proporcionar a la organización sindical o en su defecto a los trabajadores afectados o sus representantes (los Trabajadores) la información sobre los motivos que la originan y la relación de trabajadores a ser desvinculados. De este hecho, el empleador debe dar cuenta a la Autoridad de Trabajo a efectos de que proceda a abrir el respectivo expediente. La norma reglamentaria precisa que el empleador debe presentar la constancia de haber proporcionado a los Trabajadores la referida información, la justificación específica en caso de incluirse en el cese a trabajadores amparados por el fuero sindical y la nómina de los trabajadores afectados, consignando sus domicilios, o el del sindicato o el de sus representantes (artículo 63° del Decreto

Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo).

La información a ser proporcionada por el empleador debe estar dotada de atributos de objetividad, suficiencia y razonabilidad, de manera que resulte viable para los trabajadores evaluar el sustento y procedencia del cese colectivo.

En cuanto a la objetividad, la información debe estar sustentada en consideraciones fácticas y no así en meras opiniones o referencias genéricas carentes de fundamentos concretos. A su vez, como quiera que el cese colectivo basado en causas económicas puede estar destinado a prevenir pérdidas futuras, la información debe encontrarse en aptitud de evidenciar lo que correspondería al devenir de la situación económica de la empresa de mantenerse la continuidad laboral de los trabajadores involucrados en la medida.

Cabe evaluar si esta información puede estar contenida en la pericia que la empresa debe presentar posteriormente a la Autoridad de Trabajo. En rigor, es claro que una y otra deberán ser consistentes entre sí y por ende es previsible que la información proporcionada por el empleador contenga aquello que en su oportunidad será detallado en la pericia. Por ello, podría estimarse que la información que la empresa deba proporcionar a los Trabajadores podría ser la propia pericia a que se refiere el procedimiento. Sin embargo, la

pericia es un documento fundamentalmente técnico elaborado por especialistas que en su momento podrá ser confrontada con otra pericia presentada por los Trabajadores dentro del plazo perentorio de 15 días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de la misma.

En consecuencia, información y pericia si bien deben ser coincidentes en sus conclusiones no son propiamente los mismos documentos. Mientras que la primera admite que las apreciaciones de la empresa se ubiquen en un marco conceptual, sin perjuicio de acompañar data que justifique la medida, la pericia, por el contrario, deberá incluir una sustentación especializada y de detalle que evidencie, técnicamente, la inevitabilidad de la medida. A ello se agrega el objeto de cada instrumento. La información a ser proporcionada por la empresa a los Trabajadores está destinada a la negociación que las partes deben llevar a cabo conforme al procedimiento de cese colectivo. De esta manera, la información debe ser asequible y de fácil comprensión, de manera que haga factible que durante las reuniones de negociación los trabajadores puedan plantear observaciones o medidas alternativas al cese colectivo que eviten o reduzcan las desvinculaciones planteadas por el empleador.

En cuanto al requisito de suficiencia, la información a ser proporcionada debe demostrar que existe correspondencia entre las razones que se invocan para justificar la medida y el efecto que las mismas tendrían en la superación de las

dificultades económicas o en el resultado que se espera alcanzar mediante las medidas de restructuración o los avances tecnológicos a ser implementados para mejorar la productividad.

El requisito de razonabilidad está referido a la vinculación que deberá existir entre el fin y los medios. En este aspecto deberá analizarse si el número de los trabajadores afectados ha sido correctamente determinado, si la nómina respectiva ha sido adecuadamente estructurada, si ha tomado en cuenta todas las variables involucradas, incluidas las que estén vinculadas a la calificación o experiencia del personal a ser cesado y el que deba permanecer al servicio de la empresa, pero también consideraciones vinculadas a la situación personal de los trabajadores afectados, tales como tiempo pendiente para la jubilación, cargas familiares, estado de gestación, situaciones de discapacidad, etc.

En lo relativo a la justificación específica de cese de trabajadores protegidos por el fuero sindical, conforme a los supuestos que la ley establece para encontrarse comprendido en este ámbito (artículo 31° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR y artículo 12° de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR), la información a ser proporcionada por el empleador deberá evidenciar las razones por las cuales la medida debe involucrar a trabajadores que se encuentran en el proceso de formar un sindicato o que tienen la condición de dirigentes

sindicales. De no mediar sólidas razones, podrá generarse la suspicacia que la medida involucra maniobras antisindicales por parte del empleador.

La empresa debe demostrar que cumplió con proporcionar a los Trabajadores la información antes referida. En caso que estos se encuentren representados por una organización sindical mayoritaria, bastará que la información sea cursada al sindicato en razón de la representatividad que ostenta incluso respecto de los trabajadores no afiliados. En caso contrario, la información deberá ser proporcionada en forma individual a los trabajadores no sindicalizados, previsiblemente por vía notarial, lo que operará de la misma forma en caso se carezca de sindicato.

4.5.2. Negociación

La empresa deberá entablar negociaciones con los trabajadores con el objeto de determinar las condiciones del cese o las medidas alternativas que podrían aplicarse para evitar o limitar el cese colectivo. Ciertamente, tales medidas escapan del ámbito del ejercicio de las facultades de *ius variandi* del empleador, y de ahí la necesidad de arribar a consensos para su implementación. Entre dichas medidas se incluye *“la suspensión total o parcial de las labores; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo o la revisión de las condiciones colectivas vigentes, así como cualesquiera otras que*

contribuyan a la continuidad de las actividades económicas de la empresa” (inciso b, artículo.47 LPCL).

Ha resultado un tema controvertido determinar si la organización sindical se encuentra facultada a celebrar acuerdos que impliquen la desvinculación de personal. Como ya se adelantó, de tratarse de un sindicato mayoritario este representa a la totalidad del personal del respectivo ámbito, incluso al no sindicalizado (artículo 9° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

De esta forma, si el personal ha conferido un mandato a determinadas dirigentes, incluso en un contexto tan sensible como el que corresponde a un cese colectivo, es razonable que se espere que estos negocien y adopten las decisiones que resulten más convenientes para la mayoría de sus representados.

Sin embargo, se contrapone a este argumento el hecho que la celebración y subsistencia del contrato de trabajo corresponde, en estricto, a una esfera propia del derecho individual del trabajo por lo que trasladar esta decisión al plano colectivo afectaría sensiblemente ese derecho. A ello se agregan consideraciones vinculadas al ejercicio de la libertad sindical. En efecto, un sindicato mayoritario podría acordar con el empleador que la desvinculación se limite a afectar al personal no sindicalizado. Esta medida importaría, en rigor, una afectación a la libertad sindical en su expresión negativa, esto es, el derecho a no afiliarse, toda vez que estos

trabajadores podrían verse forzados a la afiliación a fin de preservar sus puestos de trabajo.

En consecuencia, nos inclinamos por considerar que el sindicato no estaría facultado a decidir por sí y ante sí desvinculaciones de personal. Ello, por cierto, no implica que ese tema no pueda ser objeto de las negociaciones en referencia, pero estimamos que su implementación hará necesario que los trabajadores afectados hagan expresa su determinación de extinguir su vínculo laboral.

Las otras medidas re organizativas previstas en el acotado dispositivo sí resultarían factibles de ser acordadas por la organización sindical, ya que si estuviesen supeditadas a la conformidad individual de cada uno de los involucrados su adopción resultaría inviable.

La empresa deberá evidenciar que ha llevado a cabo negociaciones con los trabajadores. Al igual que opera con la remisión de información, para las citaciones a las reuniones de negociación bastará con que la citación se efectúe a la organización sindical, pero deberá ser cursada en forma individual a los trabajadores no sindicalizados cuando el sindicato sea minoritario o se carezca de organización sindical. En atención a que debe demostrarse que se han cursado las citaciones a negociación, la vía notarial suele ser el medio utilizado. Por su parte, la norma prevé que *“el empleador deba presentar copia del acta suscrita con los Trabajadores en la que conste no haber llegado a acuerdo*

alguna o constancia notarial de asistencia” (artículo 67° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR).



4.5.3. Acreditación

El empleador podrá iniciar ante la Autoridad del Trabajo el respectivo procedimiento de cese colectivo en forma simultánea o sucesiva a haber entablado las negociaciones antes referidas.

En caso que el cese colectivo esté sustentado en caso fortuito o fuerza mayor, deberá obtenerse una inspección del Ministerio del sector correspondiente que con audiencia de partes corrobore la procedencia de la causa invocada, lo que sustituye la etapa de audiencia y conciliación prevista en el procedimiento, sin perjuicio de presentar la documentación que se detalla a continuación.

La demostración de los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos debe sustentarse en dos instrumentos: uno de carácter unilateral, consistente en una declaración jurada del propio empleador señalando que se encuentra incurso en la causa objetiva que ha invocado; otro, de carácter técnico y generado por un tercero, consistente en una pericia realizada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República, la cual, como ya se adelantó, será puesta en conocimiento de los Trabajadores, quienes podrán presentar su propia pericia dentro de los 15 días hábiles siguientes de haber sido notificados.

Diversos pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo han desestimado solicitudes de reducción de personal basándose

en supuestas deficiencias de demostración por parte del empleador. Así, la pericia presentada por esta deberá ser particularmente prolija en la acreditación objetiva de la causa invocada. No bastará, pues, una sustentación basada en meras referencias genéricas, siendo necesario entrar a niveles de detalle que evidencien, por ejemplo, los costos de producción y los precios de venta en el mercado o el efecto de la competencia del producto importado, o niveles de ventas decrecientes, los hechos concretos que han determinado la falta de productividad y/o de rentabilidad, o las razones que sustentan medidas estructurales o tecnológicas imperativas para mejorar la productividad.

A su vez, deberá haber consistencia entre lo que se alega y lo que sucede en los hechos. Resultaría contradictorio que la empresa invoque excedencia personal y que por otra parte continúe contratando nuevo personal, en particular, si se trata de puestos de trabajo que previo reentrenamiento acorde con sus calificaciones son pasibles de ser ocupados por personal que se pretende cesar.

Por cierto, nada garantiza que aún la pericia más exhaustiva sea desestimada mediante alguna aseveración de escasa consistencia, en caso subsista la decisión política del Ministerio de Trabajo de evitar la aprobación de estos procedimientos.

4.5.4. Aprobación

Como ya se señaló, el sistema legal vigente en el Perú establece que los ceses colectivos están estructurados con base al esquema de despido propuesta y por ende en este supuesto el empleador carece de la facultad extintiva del contrato de trabajo al quedar esta supeditada a la aprobación del Ministerio de Trabajo y por ende sujeta a su propia política, que como ya se ha señalado, ha sido tradicionalmente contraria a otorgar las respectivas autorizaciones.

Cabe destacar que en el marco de la legislación previa a la LPCL las solicitudes de cese colectivo naufragaban ante la indiferencia de las autoridades competentes, quienes simplemente se abstendían de resolver los procedimientos sobre los que debían pronunciarse.

Ese estado de cosas pretendió ser corregido mediante la figura del silencio administrativo positivo introducida por la LPCL. De esta forma, si la Autoridad de Trabajo omitía pronunciarse dentro de los cinco días hábiles siguientes de concluida la etapa de conciliación prevista en el procedimiento, se tenía por aprobada la solicitud. De la misma forma, de interponerse recurso de apelación éste debía ser resuelto en igual término ya que en caso contrario operaría la confirmación automática de la resolución recurrida.

Ergo, si la autoridad administrativa de trabajo se abstenía de pronunciarse, la propia tramitación del procedimiento hacía que este concluyese con la aprobación automática de la solicitud.

Sin embargo, la figura del silencio administrativo positivo tuvo como único resultado forzar el pronunciamiento por parte de dicha autoridad. Así, de la inacción se pasó a una súbita proactividad, pero no para proceder a un análisis riguroso de los fundamentos de la solicitud sino para invocar alguna consideración –usualmente endeble y sin mayor sustento– con base a la cual desestimar la solicitud.

Con ello, se mantuvo la constante histórica mantenida por el Ministerio de Trabajo de no autorizar los procedimientos de cese colectivo más allá de situaciones realmente extremas o derivadas de desastres naturales.

4.6. El cese colectivo por motivos económicos

La LPCL se limita a enunciar a los motivos económicos como una de las causas objetivas que faculta la terminación colectiva de los contratos de trabajo. Sin embargo, se carecía de una clara delimitación del concepto. Esta ambigüedad daba pie a que la Autoridad de Trabajo invocase consideraciones de lo más diversas para desestimar solicitudes de aprobación de ceses colectivos basadas en esta consideración o que el cese colectivo solo estaría

justificado si la continuidad de la empresa se encuentre irreversiblemente afectada.

Con la promulgación del Decreto Supremo N° 013-2014-TR se ha adoptado una distinta postura al establecer los supuestos que configuran el cese colectivo por motivos económicos, a saber: (i) deterioro en los ingresos de la empresa, evidenciado en el hecho de haber registrado tres trimestres consecutivos de utilidad operativa negativa; o, (ii) una situación en la que mantener la continuidad laboral del total de trabajadores implique pérdidas.

Se ha cuestionado la legalidad del acotado decreto supremo. El razonamiento se basa en que, si el procedimiento de cese colectivo prevé la negociación entre las partes de las medidas que pudieran adoptarse para la subsistencia de las actividades económicas del empleador, ese sería el único supuesto en el que debería sustentarse la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas. *Contrario sensu*, si el procedimiento estuviese orientado a que el cese colectivo tenga por objeto que la empresa recobre su equilibrio económico o que se evite que incurra en pérdidas futuras, no se habría configurado la necesidad de garantizar la subsistencia del centro de trabajo, sino que se habría priorizado la rentabilidad del empleador por sobre la continuidad de los contratos de trabajo.

Se señala, igualmente, que el acotado decreto supremo excedería el marco legal por pretender cubrir un vacío existente en la LPCL y que por ende se había excedido la potestad que la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, situación que no se presentaría por la sola

verificación de los supuestos que prevé el indicado decreto supremo (Aguinaga, 2014).

Empero, pretender que el cese colectivo sólo resulta justificado ante situaciones de colapso del empleador implicaría, como ya señalamos, desconocer que el modelo económico por el cual opta la Constitución vigente se fundamenta en la economía social de mercado, la cual basa el desarrollo económico y social del país en la iniciativa privada, la libre competencia y la libertad de empresa y de ahí que constituya un fin legítimo que esta aplique medidas destinadas a recobrar su equilibrio económico.

Por ende, el ordenamiento infra constitucional debe ser consistente con el rol que el modelo constitucional asigna a la empresa, haciendo factible que esta cumpla con el fin social que le corresponde como principal fuente de generación de la riqueza en beneficio de la colectividad y no sólo de sus accionistas.

A su vez, respecto a la objeción formal que se plantea al decreto supremo, cabe preguntarse si nos encontramos, propiamente, ante un vacío legal o ante la presencia de un concepto previsto en la ley cuya delimitación corresponde, precisamente, al ámbito propio de la norma reglamentaria. Así, la ley suele enunciar los conceptos generales de los supuestos que pretende normar y traslada al respectivo reglamento el contenido exacto de aquello que la norma ha recogido. Transgredir una norma o desnaturalizarla importaría desvirtuar su alcance o sentido al regular supuestos no previstos en la ley. Creemos que nada de ello ocurre cuando el decreto supremo en cuestión precisa el marco conforme al cual se configuran los motivos

económicos que la LPCL ha contemplado expresamente como causa objetiva para la extinción colectiva de contratos de trabajo.

El acotado Decreto Supremo 013-2014-TR establece la necesidad de acreditar que la empresa se encuentra atravesando un proceso de dificultades económicas significativas, evidenciado por el hecho que durante tres trimestres consecutivos ha arrojado utilidad operativa negativa, esto es, que sus costos de producción son superiores a sus ingresos. Así, no se trata de invocar o evaluar resultados económicos del pasado –sean estos positivos o negativos- sino de demostrar la inviabilidad del negocio en las circunstancias presentes.

De manera semejante, si mantener la continuidad del total de trabajadores va a originar pérdidas, el dispositivo parte del concepto que esa situación debe ser oportunamente neutralizada y no cuando la empresa ya se enfrenta a hechos consumados, cuyos efectos sociales van bastante más allá que la ganancia dejada de percibir por parte de los titulares del negocio. Ciertamente, no puede soslayarse que la norma exige que esta situación sea objetiva y debidamente acreditada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República.

Repárese que este supuesto implica un pronóstico, pero no uno aventurado o arbitrario, sino sólidamente sustentado en la referida pericia. Tendrá así que demostrarse técnica y contundentemente que la desvinculación de los trabajadores afectados con la medida permitirá a la empresa recuperar su equilibrio económico.

Es sobre este aspecto que la pericia puede presentar consideraciones meramente relativas que den pie a que la Autoridad de Trabajo no le conceda mérito suficiente. En efecto, como todo pronóstico, este se basa en la materialización futura de ciertas variables. A estas pueden contraponerse otras que de configurarse desvirtuarían la hipótesis esgrimida. Ergo, para evitar caer en el campo de la mera especulación se requiere rigor científico en la apreciación y diagnóstico certero de la situación por la que se encuentra atravesando la empresa, lo que implica que la pericia sea prolijamente sustentada y esté a cargo de expertos de reconocida solvencia.

4.6.1. La acción popular contra el Decreto Supremo 013-2014-TR

Como ya adelantamos, el Sindicato de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú interpuso una acción popular contra el Ministerio de Trabajo demandando la suspensión del artículo 1° del Decreto Supremo N° 013-2014-TR, el cual, como ya se indicó, define el concepto de situación económica aplicable al cese colectivo por motivos económicos (haber registrado resultados negativos durante tres trimestres consecutivos en la utilidad operativa o prever que se presentarán resultados negativos – pérdidas futuras- de mantenerse el número de trabajadores existente en la planilla).

Así, la Octava Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió un auto admitiendo la medida cautelar de suspensión de los efectos de la aplicación de la citada norma

legal. Entre sus considerandos, la Sala ha señalado que la decisión de la empresa de no operar a pérdida no debería justificar, por sí sola, la extinción colectiva de los vínculos laborales: *“no es razonable afirmar que la creación de riqueza y bienestar social, en el contexto de inviabilidad empresarial, debe prevalecer frente al interés particular de los trabajadores afectados de conservar sus puestos de trabajo”*.

Posteriormente, esta sala ha emitido sentencia en sentido similar al de la medida cautelar, señalando que la norma cuestionada había trastocado el valor constitucional de creación de riqueza y bienes general por el *“derecho a ganar o siquiera a no perder”* anteponiéndolo así al derecho constitucional al trabajo.

Así, mientras dicho pronunciamiento se mantenga vigente, no resultará factible justificar un cese colectivo con base a los supuestos previstos en el referido decreto supremo. A modo de referencia, cabe acotar que el decreto supremo en referencia se ha inspirado en la legislación española la cual contempla dicha causal en términos prácticamente iguales, sin que en ese país haya sido dejado sin efecto por un mandato judicial.

Reaparece en las consideraciones del fallo comentado, en cuanto estima que si la empresa se encuentra en pérdidas operativas durante tres trimestres consecutivos ello no es motivo suficiente para solicitar al Ministerio de Trabajo autorización para llevar a cabo cese colectivo por cuanto

estima que la actividad empresarial se encuentra subordinada al derecho a conservar los puestos de trabajo. De esta forma, nuevamente, se desconoce el modelo de economía social de mercado que consagra la Constitución, y se le impone el empleador la obligación de mantener empleos no obstante su inviabilidad económica.

4.6.2. Pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo sobre ceses colectivos por motivos económicos

La Dirección General de Trabajo (DGT) ha emitido algunos pronunciamientos aprobando ceses colectivos, de los cuales hemos estimado ilustrativo a analizar dos de ellos:

(i) Resolución Directoral General N°57- 2017- MTPE/2/14 de fecha 2 de mayo de 2017

El respectivo procedimiento se inició en Ica el 20 noviembre 2015 mediante el cual una fábrica textil solicitó la terminación colectiva de los contratos de trabajo de 185 trabajadores, alegando que de mantener la continuidad del total de trabajadores incurriría en pérdidas. Para este efecto acompañó una pericia emitida por una firma de auditores que sustentaba la causa invocada.

Posteriormente, con fecha 22 febrero de 2016, la empresa comunicó la suspensión temporal perfecta de 59 trabajadores.

El proceso estuvo sujeto a dilatados avatares como consecuencia de la desestimación inicial de la solicitud y ulteriores nulidades. Finalmente, interpuesto el respectivo recurso de revisión por parte de la organización sindical, la DGT confirmó el pronunciamiento de la instancia inferior que había aprobado la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Cabe destacar que, entre sus consideraciones, esta última autoridad señaló que el procedimiento de cese colectivo no puede estar destinado a la extinción de los contratos de trabajo de todo el personal, en la medida que su objeto es la continuidad del negocio, reiterando así el criterio expuesto en un anterior pronunciamiento (Resolución Directoral General N° 003-2013-MTPE2/14). Sin embargo, respecto a la sustentación de la medida, convino en que la pericia acompañada había demostrado que en el mercado nacional se venía presentando un importante descenso de las exportaciones, aparejado de un aumento de las importaciones. A ello se agregaba una notable disminución de las ventas por parte de la industria textil nacional y significativas acumulaciones de stock, situación que se venía presentando tanto en la empresa recurrente como en todo el sector.

La pericia también demostró que con anterioridad la empresa ya había implementado diversas medidas para reducir sus costos operativos, pero que de acuerdo a sus

estados financieros y a las proyecciones presentadas resultaba impostergable la reducción de 122 puestos de trabajo.

A su vez, señaló que lo establecido por el Dictamen Económico Laboral emitido por la Oficina de Economía del Trabajo y Productividad del propio Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con ocasión de la última negociación colectiva del sindicato con la empresa, corroboraba lo señalado por la pericia respecto a las pérdidas financieras que esta venía presentando.

Así, estimó que se había configurado el motivo económico que justificaba el cese colectivo conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo 013-14 -TR.

Debe destacarse que no obstante las vicisitudes del procedimiento y su duración -prácticamente 18 meses- la aprobación final de la solicitud evidencia un atisbo de variación en la política tradicional del Ministerio de Trabajo en esta materia. Sin embargo, para que esta modificación empiece a surtir efecto luego del extenso periodo de desestimación de los procedimientos de cese colectivo es necesario que, en coordinación con los Gobiernos Regionales, la DGT implemente labores de capacitación en las respectivas Direcciones Regionales de manera procurar consistencia entre los pronunciamientos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 017-2012.TR, que

establece que las resoluciones emitidas en instancia de revisión se publican en el diario oficial y constituyen precedente administrativo vinculante para todas las instancias administrativas.

(ii) Resolución Directoral General N° 59- 2017- MTPE/2/14 de fecha 3 de mayo de 2017

Con fecha 28 junio 2016 una empresa minera solicitó ante la Autoridad de Trabajo de Moquegua autorización para la terminación colectiva de los contratos de trabajo de 11 trabajadores invocando motivos económicos, para lo cual acreditó pérdidas operativas durante los últimos tres trimestres, a la par que llevó a cabo la suspensión perfecta de sus labores.

La referida Autoridad de Trabajo desestimó la solicitud y dejó sin efecto la suspensión perfecta de labores. Basó su pronunciamiento en que la pericia presentada no había sido emitida por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República. El fallo de segunda instancia estableció lo contrario y por ende revocó el pronunciamiento anterior. Interpuesto el recurso de revisión la DGT destacó que mediante una visita inspectiva la Autoridad de Trabajo había evidenciado que el centro de trabajo se encontraba inoperativo, sin maquinaria en movimiento ni actividades productivas. Así, concluyó que sí se habían configurado los supuestos que

configuraban el cese colectivo por motivos económicos y procedió a confirmar la resolución previa.

En el presente caso la tramitación del procedimiento se extendió durante casi 13 meses, no obstante que la controversia era notoriamente puntual y que se trataba de una empresa que se había visto forzada a paralizar sus actividades.

4.7. El cese colectivo por motivos estructurales

La referencia a motivos estructurales carece de desarrollo en la LPCL, la cual se limita a enunciar el concepto y, a diferencia de los motivos económicos, no ha sido objeto de reglamentación. A su vez, el Ministerio de Trabajo no ha dado muestras de haber variado su política de desestimar solicitudes basadas en este supuesto, situación, no obstante que un reciente pronunciamiento aun de primera instancia permite avizorar algún cambio en dicha política.

Cabe evaluar lo que se debe entender por motivos estructurales. En este escenario, la empresa no tiene por qué encontrarse sufriendo pérdidas económicas o una situación deficitaria. Por el contrario, su objetivo puede estar orientado a adecuarse a las variables que el mercado le impone, o implementar una administración más eficiente de sus recursos o a obtener mejoras en su productividad. Así, la empresa podría tener previsto reorientar su producción hacia aquellos productos para los cuales es más eficiente, dejando por tanto de producir otros. Podría, a su vez, concluir que contribuye a su

productividad y competitividad subcontratar parte de sus actividades a fin de trasladarlas a empresas especializadas con capacidad de ejecutarlas con mayor eficacia y menores costos. Cabe destacar que ese ha sido el sentido de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo español en esta materia.

A modo de referencia citamos los citados pronunciamientos del Tribunal Español:

(i) **STS 2143/1997-ECLI: ES:TS:1997:2143 de fecha 21 de marzo de 1997**

“TERCERO.- (...) únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (...).”

(ii) **STS 5507/1998 - ECLI: ES:TS:1998:5507 de fecha 30 de setiembre de 1998:**

“SEGUNDO.- (...) La necesidad de amortizar el puesto de trabajo del actor, en la sentencia recurrida, se presenta con claridad, en atención a que los servicios que prestaba eran los de ideación de publicidad, capítulo éste plenamente cubierto, y más satisfactoriamente y con mayores ventajas, por la Sociedad Cooperativa mencionada, por lo que carecería de todo sentido, en razón de su inutilidad y de su costo, mantener el puesto de trabajo que venía ocupando el actor, (...)

TERCERO.- En todo caso se debe hacer referencia -siguiendo la doctrina de esta Sala en su sentencia de 21 de marzo de 1.997- al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contratistas tiene encaje en tal causa en todo caso o solo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial; lo que evidencia que en un caso pudieron concurrir tales circunstancias legitimadoras y no en el otro.”

Podría estimarse que las medidas de restructuración destinadas a mejorar su competitividad no tienen por objeto coadyuvar la continuidad de las actividades de la empresa, lo que parecería ser un requisito a la luz de lo dispuesto por el inciso b) del artículo 48° de la LPCL al regular las medidas que la empresa y los trabajadores pueden acordar en el marco del procedimiento de cese colectivo.

Sin embargo, una lectura basada en la ponderación de los derechos constitucionales involucrados a los que nos hemos referido previamente (derecho al trabajo/protección frente al despido y derecho a la libertad de empresa), permite concluir que las medidas destinadas estrictamente a mantener la subsistencia de la empresa están referidas a los ceses colectivos que se sustentan en motivos económicos y no así aquellos que obedecen a razones estructurales

o tecnológicas. Lo contrario implicaría afirmar que una empresa sólo podría implementar cambios estructurales o tecnológicos en su organización cuando se encuentra afrontando crisis económicas. De ser así, la LPCL solo habría previsto una única causal de cese colectivo, esto es, los motivos económicos, y no habría establecido como causales independientes a los motivos estructurales, tecnológicos o análogos. A ello se agrega que es claro que en múltiples supuestos la empresa debe introducir este tipo de modificaciones para implementar mejoras en su proceso productivo. Negarle esa facultad a la empresa conllevaría una seria restricción a su capacidad de búsqueda de mayores eficiencias y productividad, afectando con ello no solo la libertad de empresa sino su crecimiento y por ende el impacto social que su expansión genera en beneficio de la colectividad.

4.7.1. Pronunciamiento de la Autoridad de Trabajo sobre ceses colectivos por motivos estructurales

(i) Resolución Directoral General N°41-2017-MTPE/2/14

Como ya se adelantó, son contados los casos en que la Autoridad de Trabajo ha aprobado ceses colectivos sustentados en motivos estructurales. Sin embargo, el pronunciamiento emitido con ocasión de la solicitud de una empresa siderúrgica para llevar a cabo un cese colectivo por motivos estructurales introduce importantes conceptos a ser tenidos en cuenta en esta materia, lo que reviste singular importancia a la luz de la naturaleza de precedente vinculante de los pronunciamientos de la DGT

emitidos en instancia de revisión, conforme ya se ha señalado.

Partamos por dejar establecido que, desde una perspectiva teórica, el análisis efectuado mediante este fallo administrativo contiene algunos relevantes aciertos sobre la conceptualización de la procedencia de los ceses colectivos basados en motivos coyunturales, al establecer un claro distingo con los motivos de naturaleza económica:

19 “(...) 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 (...).”

De esta forma, la DGT hace un claro deslinde en esta materia, reconociendo la prerrogativa del empleador a implementar acciones destinadas a la optimización de sus recursos. Empero, no descarta que pueda existir vinculación entre una situación económica deficitaria y la necesidad de introducir cambios estructurales

“19 (...) el hecho 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 la 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 empresa en el mercado sino también pueden tener por objetivo legítimo favorecer la viabilidad económica de una empresa deficitaria (...)”.

Así, se asume que los ceses colectivos por motivos estructurales tienen una finalidad reparadora y otra preventiva. En cuanto a lo primero, se apunta a que la empresa deficitaria recupere viabilidad económica. En cuanto a lo segundo, se apunta a que resulta factible introducir garantías de productividad y competitividad en un contexto que de subsistir las condiciones actuales resultarían desfavorables (fundamento 20). *Así, el pronunciamiento no postula que ambas finalidades sean concurrentes, ni que la medida tenga por objeto “la preservación de la productividad y competitividad”* (fundamento 21).

Por ende, acotamos nosotros, bastaría que sólo se configure la finalidad preventiva para sustentar la procedencia de la medida. En efecto, si como ya quedó indicado, es claro el distingo entre motivos económicos y motivos estructurales -sin perjuicio de los vasos comunicantes que pueden existir entre ambos supuestos -resultaría justificado que la empresa pueda implementar medidas de ajuste de personal destinadas a alcanzar

mejoras en su funcionamiento y competitividad. Dicho en otros términos, el cese colectivo por motivos estructurales no apunta a la subsistencia de la situación vigente sino a reconocer que corresponde a la vocación natural de la empresa alcanzar mejores niveles de productividad, entendida ésta como la obtención de mayor producción o mejor calidad de la misma con los mismos o menores recursos.

Ello, pues, resulta consistente con la libertad de empresa en un contexto de economía social de mercado que legitima la búsqueda de mayores o mejores niveles de productividad en la empresa y por ende confiere sustento al cese colectivo basado en necesidades estructurales.

Seguidamente, en sus apreciaciones generales, la DGT señala que la pericia debe evidenciar la disminución de costos de la empresa, o las ganancias de productividad o en cuotas de mercado como consecuencia de la adopción de las medidas, así como la proyección de las mismas en la preservación de los puestos de trabajo no excedentes. En caso que la medida esté orientada a preservar la viabilidad económica de la empresa, la pericia debe demostrar que el cese colectivo contribuirá a dicho propósito y que no ha sido factible la reubicación del personal. A su vez, de justificarse la medida en la necesidad de garantizar la productividad y competitividad del centro de trabajo, debe demostrarse la vinculación

existente entre el cese y la recuperación del funcionamiento eficaz del negocio (fundamentos 23 y 24).

A continuación, el pronunciamiento hace referencia a un conjunto de requisitos que, en el caso concreto, consideró que la pericia no demostró y que por ende no podía ser merituada.

Así, señala que la pericia no ha demostrado a cabalidad: la necesidad de la paralización de un área de la empresa; la poca rentabilidad de secciones específicas; la necesidad de una nueva estructura operacional; los respectivos organigramas de perfiles de trabajo y la determinación de personal para cada puesto de trabajo; los criterios técnicos utilizados para haber determinado la estructura de la empresa en la oportunidad en que la empresa identifica personal excedente (tres años atrás); el análisis que ha seguido la empresa para determinar que la estructura que se propone sea la necesaria; la cantidad de trabajadores que cada área requiere; ni por qué el personal a ser cesado no podía ser reubicado a otras áreas, tomando en cuenta factores tales como conocimientos, habilidades destrezas y experiencia laboral. De todo ello se concluye que no se puede adquirir certeza de que el personal incluido en la solicitud tenga la condición de excedente, precisando que hubiese sido conveniente que la pericia analice variables tales como la capacidad instalada, niveles de producción, situación de ingeniería, planta y tecnología, todo lo cual hubiese

permitido evaluar aspectos tanto de estructura como de producción. (fundamentos 28 y 29).

Por cierto, estas exigencias parecen ser tan rigurosas que, en la vía de los hechos, harían impracticable una comprobación objetiva que las satisfaga a cabalidad, tal como sucedió en el caso materia de análisis y que determinó que no se acoja la solicitud del empleador.

Así, por esta vía se desestimaría la aprobación de las solicitudes de cese colectivo por motivos de reestructuración bajo el expeditivo argumento que la pericia no acredita fehacientemente la relación causa efecto entre la situación que se invoca y la necesidad de llevar a cabo las desvinculaciones de personal. Por ende, bajo el barniz de una supuesta exigencia de objetividad y acreditación técnica, se termina vaciando de contenido el concepto de libertad de empresa.

Por cierto, no puede obviarse el hecho que a lo largo de extensos periodos no se constata la emisión de pronunciamientos firmes de la Autoridad de Trabajo que haya aprobado un cese colectivo por motivos estructurales, lo que contribuye a la suspicacia de que en las decisiones de la Autoridad de Trabajo en esta materia subsiste el componente político contrario a estos procedimientos que ya hemos comentado.

(ii) **Resolución Directoral General N°1507-2020-MTPE/2/14**

Este pronunciamiento, aún de primera instancia a la fecha de conclusión de este trabajo, corresponde al caso de una empresa minera que solicitó autorización para proceder al cese colectivo de 59 trabajadores por razones estructurales basadas en la disminución o agotamiento de la producción del mineral en sus yacimientos, lo que fue acreditado por la respectiva pericia y por informes el Ministerio del Sector, evidenciándose, a su vez, que la medida le permitiría reducir significativamente sus pérdidas. Con base a estas consideraciones el Autoridad de Trabajo aprobó la solicitud la extinción del contrato de trabajo de la mayor parte de los trabajadores involucrados en la medida, salvo en caso de unos pocos trabajadores por omisión de acreditación en la información proporcionada a determinados trabajadores no afiliados y por falta de justificación específica para la inclusión de dirigentes sindicales en el cese colectivo

4.8. La necesidad de un sinceramiento de los ceses colectivos

La historia reciente demuestra que salvo contados casos los procedimientos de cese colectivo afrontan enormes dificultades para obtener la aprobación de las autoridades de trabajo.

La razón de esta situación es más o menos obvia. El Ministerio de Trabajo y los gobiernos regionales son autoridades políticas particularmente expuestas a la presión social y mediática. De ahí su renuencia a aprobar el procedimiento habida cuenta que los ceses colectivos, en particular en empresas con importante número de trabajadores, pueden pasar a constituir un factor de inestabilidad para la autoridad política sea nacional o regional. Como mencionábamos en otro lugar, estas autoridades son propensas a una particular sensibilidad sobre la estabilidad laboral, particularmente sobre la propia (Ferro. 2015).

La actual situación exige, pues, una reflexión sobre el derrotero que se desea seguir.

Cabe la opción de mantener la actual situación, vale decir, mantener el régimen previsto en la ley, al margen que corresponda a procedimientos destinados a ser desestimados y que dan lugar a que el empleador deba proponer importantes incentivos económicos que posibiliten el cese por mutuo disenso.

Es claro que este esquema no es viable para empresas que no se encuentran en posibilidad de ofrecer un incentivo de la magnitud que corresponda a la aspiración laboral. Con ello, la empresa deberá resignarse a mantener la excedencia de personal, incluso a riesgo de tornar en insuperables las dificultades económicas y con ello afectar la continuidad del centro de trabajo, o abstenerse de implementar medidas de reestructuración o aplicación de innovaciones tecnológicas que importen una mejora de su eficiencia y competitividad, contribuyendo así a su expansión. Esa, por lo demás,

ha sido la situación que ha predominado durante extensos periodos en nuestra historia laboral.

Empero, cabría examinar la opción destinada a prescindir de la intervención política en la resolución del procedimiento de cese colectivo. Una opción consistiría en trasladar la resolución de estos procedimientos a Tribunales tripartitos, de modo análogo al que opera en la negociación colectiva. Repárese que el intervencionismo estatal fue una de las principales críticas que se planteaban al régimen de negociación colectiva que operaba en el Perú hasta antes de la promulgación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. La introducción de la figura del arbitraje modificó radicalmente la situación existente eliminando con ello el sesgo político que primaba en los pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo en esta materia.

Pues bien, ese mismo resultado podría alcanzarse si se elimina la intervención de la Autoridad de Trabajo mediante la actuación de árbitros independientes. Ahora bien, parecería de escasa razonabilidad que se plantee a los trabajadores que financien parte del costo de un arbitraje en el que se va a determinar si corresponde o no su desvinculación. Ello podría obviarse si los árbitros pasan a ser retribuidos con base a un tarifario legalmente establecido, con base al cual la empresa otorgaría al Ministerio de Trabajo los recursos económicos necesarios para sufragar el pago de los honorarios de los miembros del tribunal arbitral y su funcionamiento. Seguidamente, las partes procederían a designar a su propio árbitro y estos al presidente del Tribunal Arbitral.

Sin embargo, nuestra opción preferente apunta hacia otro esquema. En efecto, creemos que un análisis objetivo de la forma como han operado los ceses colectivos en el Perú demuestra que el esquema de despido propuesta que impera en nuestra legislación contraviene el modelo de economía social de mercado que adopta la Constitución vigente. En efecto, trasladar al ámbito político propio del Ministerio de Trabajo una decisión directamente vinculada a la subsistencia o la productividad del centro de trabajo implica desconocer el rol fundamental que nuestro ordenamiento constitucional confiere a la empresa en la generación de la riqueza y en el desarrollo nacional en beneficio de la colectividad.

De ahí que una alternativa distinta consistiría en adoptar el régimen vigente en España y en varios de los ordenamientos vigentes en los países que hemos analizado, los cuales recogiendo las disposiciones contenidas en diversos instrumentos internacionales establecen que los ceses colectivos se ubican en la esfera de la facultad extintiva de los contratos de trabajo que corresponde al empleador. Ciertamente, ello no enerva el derecho de los afectados a interponer ulteriormente la respectiva impugnación en vía judicial. Producido ese supuesto, corresponderá al empleador acreditar ante la jurisdicción laboral la procedencia de la medida y asumir las consecuencias que el ordenamiento legal establezca en caso que la misma sea invalidada y que por mandato judicial se ordenen las respectivas medidas resarcitorias.

Por cierto, si ese es el esquema que rige en el Perú respecto del despido individual basado en causas vinculadas a la conducta o a la capacidad, no pareciera consistente que el cese colectivo deba operar

bajo una modalidad distinta, máxime si lo que está en juego es la viabilidad de la empresa y con ello su potencialidad de cumplir con el rol social que el orden constitucional le asigna.

Sin perjuicio de lo expuesto, deberían implementarse medidas de acompañamiento al trabajador que resulte desvinculado por efecto de un cese colectivo, entre las que pueden preverse el pago de un porcentaje de la indemnización aplicable al despido arbitrario. A ello habría que agregar opciones que contribuyan a su empleabilidad, favoreciendo la recalificación del trabajador de manera de potencializar su recolocación, o incentivar alternativas de emprendimiento propio, sea en forma individual o asociada, por parte de los trabajadores cesados. En estas materias es claro que el Estado a través del Ministerio de Trabajo y del Ministerio de la Producción tiene un importante rol que cumplir.

4.9. Propuesta de modificación constitucional

En atención a que creemos necesario evitar que subsistan interpretaciones carentes de una adecuada ponderación entre el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa previstos en la Constitución, postulamos una modificación a su artículo 27° en los siguientes términos:

“La extinción individual o colectiva del contrato de trabajo por iniciativa de empleador corresponde al ejercicio de su facultad de dirección conforme a las causas justificadas que establezca la ley.

De ser declarada improcedente en la vía judicial corresponderá el pago de la indemnización prevista taxativamente por la ley.

La extinción colectiva se configura cuando en un periodo de 90 días incluye al 10% o más de los trabajadores de la empresa, en cuyo caso el empleador deberá previamente llevar a cabo una etapa de información y consulta con los trabajadores afectados o, de ser el caso, con la organización sindical representativa y pagar una compensación equivalente al 50% de la indemnización que la ley establezca por el despido improcedente.

La reposición y el reconocimiento de las remuneraciones devengadas durante el proceso judicial, o el pago de una indemnización por daños y perjuicios, proceden a título de excepción cuando el despido resulte lesivo de los derechos fundamentales previstos expresamente en el Título I del Capítulo I de la Constitución”.

El texto planteado equipara la eficacia de la capacidad extintiva del contrato de trabajo por parte del empleador, tanto para el despido individual - tal como hoy opera en nuestro ordenamiento- como para el despido colectivo, dejando así de lado el esquema del despido propuesta. Sin embargo, se preserva el principio de causalidad de manera que se desestima el despido *ad nutum*, esto es aquel que tiene como único sustento la voluntad de empleador.

A su vez, en caso que el despido individual o colectivo sea declarado improcedente mediante un proceso judicial corresponderá el pago de

la indemnización que la ley haya establecido. Con ello, se refirma el derecho a la estabilidad laboral relativa, reconociéndose a sí la plena validez de la tutela resarcitoria, a la vez que se garantiza la tutela restitutoria para aquellos casos de despidos que afectan derechos fundamentales, acotándose como tales a aquellos a los que la Constitución les atribuye tal carácter.

En lo relativo al cese colectivo se parte por reconocer el pago de una compensación al trabajador equivalente al 50% de la indemnización fijada legalmente para el despido improcedente, en atención a que estimamos impostergable la necesidad de una medida de acompañamiento económico hacia el trabajador que se vea súbitamente privado de su empleo. Preservando la consistencia que pretende el proyecto, es obvio que si el despido colectivo es judicialmente enervado -supuesto contemplado en el primer párrafo del proyecto- corresponderá el pago la tutela resarcitoria prevista para el despido improcedente, descontándose el 50% previamente abonado.

Se establece un marco temporal de 90 días durante el cual puede identificarse si llevando a cabo despidos individuales el empleador está encubriendo un despido colectivo, en cuyo caso el despido calificaría como improcedente y sería penalizado en la forma indicada.

A su vez, se mantiene el requisito cuantitativo existente en nuestro ordenamiento referido a que para calificar como tal el cese colectivo debe comprender cuanto menos al 10% personal de la empresa.

Por último, se ha optado por una regulación detallada a riesgo que, de primera intención, podría estimarse más propia de un texto legal que uno constitucional. Sin embargo, la experiencia aconseja que es preferible acortar espacios a posibles criterios jurisprudenciales que recurren a resquicios para llevar a cabo interpretaciones que, como hemos señalado, estimamos cuestionables desde una perspectiva de ponderación de los derechos que la Constitución reconoce al trabajador y al empleador.



CONCLUSIONES

1. El análisis jurídico no se limita a examinar las normas vigentes. La actuación jurisdiccional cumple un rol innovador que identifica los principios vigentes en el ordenamiento a través de la construcción de nuevos postulados que permita su constante adecuación a un determinado contexto político y social.
2. El rol innovador del juez resulta válido allí donde la regulación legal sea imprecisa, supuesto en el cual la aplicación de un principio debe ser consistente con los valores consustanciales vigentes en el ordenamiento.
3. La función adaptativa de la actuación jurisdiccional no convierte al juez el legislador. Por ende, la aplicación de los principios generales del derecho no puede generar un sistema jurídico indeterminado sujeto al prisma de cada operador del derecho, afectando así la predictibilidad del ordenamiento jurídico.
4. En el ámbito del derecho del trabajo el principio de continuidad ha sido terreno fértil para pronunciamientos judiciales y administrativos que han generado un régimen de protección frente al despido individual y colectivo que no necesariamente se condice con la regulación constitucional y legal aplicable.
5. El principio de conservación de los negocios jurídicos tiene como fundamento la preponderancia de la autonomía de la voluntad de las partes para crear, regular o extinguir relaciones contractuales. En el ámbito laboral la ausencia de esta igualdad redefine dicho principio en función al concepto de derechos irrenunciables. La autonomía opera así en forma disímil.

6. El principio de conservación de los negocios jurídicos apunta a maximizar los alcances y efectos de la autonomía de las partes. En el ámbito laboral su fundamento se basa en la asimetría de poderes entre el empleador y el trabajador. Esta ausencia de igualdad determina, por ejemplo, que la nulidad del contrato de trabajo se rija por las reglas de la anulabilidad.
7. El principio de continuidad se encuentra acentuado en el derecho del trabajo. Dicho principio apunta a la preservación del contrato de trabajo, teniendo en la estabilidad laboral la garantía jurídica destinada a cautelar la conservación del empleo.
8. La estabilidad laboral puede operar de distintas formas y con variadas intensidades, siendo la más acentuada la tutela restitutoria o reposición, sin perjuicio que coexista con la tutela resarcitoria o indemnizatoria.
9. El derecho al trabajo goza de reconocimiento en múltiples tratados internacionales y en numerosos ordenamientos constitucionales. No obstante, los respectivos ordenamientos admiten la tutela resarcitoria, y no necesariamente la restitutoria, ante despidos ilícitos o improcedentes.
10. El Tribunal Constitucional consideró que el despido incausado o fraudulento -en los términos ideados por este mismo tribunal- debería ser objeto de tutela restitutoria, no obstante que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral preveía dicha forma de tutela exclusivamente para los casos de despido nulo.
11. El Tribunal Constitucional estimó que la reserva legal prevista en el artículo 27° de la Constitución para la regulación del despido arbitrario no amparaba

a legislador a que limite la tutela resarcitoria para despidos que afectan derechos fundamentales.

12. Los derechos fundamentales afectados según el Tribunal Constitucional son el derecho al trabajo y el derecho al debido proceso. Sin embargo, todo despido ilícito o improcedente afecta el derecho al trabajo, y de ahí que no se explique que sólo a unos despidos corresponda la tutela restitutoria y a otros la tutela resarcitoria.
13. Es exacto que el despido incausado afecte el derecho al debido proceso, pero es inconsistente que el Tribunal Constitucional estime que a este despido le corresponda la tutela restitutoria y no al despido injustificado, máxime si en este supuesto el trabajador se verá obligado a litigar por varios años para recién acceder a la indemnización.

No sostenemos que el despido injustificado deba ser objeto de tutela restitutoria, pero lo expuesto permite evidenciar la inconsistencia en que incurre el raciocinio del Tribunal Constitucional.

14. Al tachar de inconstitucional la indemnización prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ante despidos arbitrarios, efectuó una interpretación que no se condice con los tratados internacionales ratificados por el Perú, y en particular con el Protocolo de San Salvador, que consagra el derecho de estabilidad laboral, pero al mismo tiempo sanciona el despido injustificado del trabajador con el pago de una indemnización, o a la readmisión u otra prestación prevista por el ordenamiento nacional.
15. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en igual

sentido al previsto en la regulación contenida en el Protocolo de San Salvador. Sus pronunciamientos tienen naturaleza y eficacia *erga omnes*.

16. El derecho al trabajo con base al cual el Tribunal Constitucional basa su razonamiento para justificar la preeminencia de la tutela restitutoria se contraponen al derecho a la libertad de empresa, que igualmente goza de reconocimiento constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional omite efectuar toda ponderación entre ambos derechos que procure armonizarlos. No obstante, el propio tribunal reconoce que el modelo económico que recoge la Constitución es el de economía social de mercado que asigna a la iniciativa privada el rol más relevante en la creación de la riqueza y el sustento del desarrollo de la economía nacional.
17. La globalización y el libre comercio exigen que la empresa goce de capacidad de adaptación a variables económicas intrínsecamente inestables y dinámicas.
18. Los ceses colectivos están estructurados en nuestro ordenamiento legal con base un esquema de despido propuesta que supedita su eficacia a la aprobación de la Autoridad de Trabajo.
19. Con contados intervalos y escasas excepciones, la Autoridad de Trabajo ha implementado una política que tradicionalmente ha sido contraria a la aprobación de ceses colectivos. Esta política contraviene el modelo de economía social de mercado recogido por nuestra Constitución
20. Los ceses colectivos pueden fundamentarse en la necesidad de superar situaciones económicas adversas en la empresa o de implementar medidas de reestructuración que contribuyan a su productividad y competitividad.

21. Son escasos los precedentes conforme a los cuales el Ministerio de Trabajo haya aprobado algún procedimiento de cese colectivo basado en necesidades estructurales. Las exigencias que la autoridad de trabajo plantea a la pericia requerida para demostrar dichas necesidades estructurales resultan desproporcionadas y de inviable cumplimiento, lo que demuestra su resistencia a abandonar su política adversa a estos procedimientos.
22. El despido-propuesta en materia de ceses colectivos contraviene el modelo de economía social de mercado que recoge la Constitución por cuanto traslada a la esfera del poder político lo que constituye una decisión del empleador basada en las necesidades económicas o estructurales de la empresa.
23. Diversos instrumentos internacionales al igual que la legislación vigente en una diversidad de países europeos prevén que luego de un procedimiento de información, consulta y negociación con los trabajadores afectados o sus organizaciones, el cese colectivo corresponda una facultad propia del empleador. El despido-propuesta ha gozado de mayor receptividad en algunos países latinoamericanos
24. Debe reconocerse la eficacia del empleador para la extinción individual o colectiva de los contratos de trabajo conforme a las causas establecidas por la ley, la cual fija su vez la indemnización aplicable ante el despido declarado improcedente en la vía judicial.
25. La extinción colectiva de los contratos de trabajo debe prever una etapa de información y consulta con los trabajadores, además del pago de una

compensación económica al personal afectado, la cual podría fijarse en el 50% de la indemnización aplicable al despido improcedente.

26. No puede obviarse que en su reporte de competitividad global correspondiente al año 2019, el Foro Económico Mundial (World Economic Forum) consignó que el Perú se ubica en el puesto 131 de 141 países en la evaluación del ranking de prácticas de contratación y despido, patentizando así la rígida regulación que opera en nuestro país. De ahí que resulte impostergable su reevaluación.
27. Proponemos una reforma constitucional de manera de evitar la subsistencia de interpretaciones forzadas sobre el alcance del derecho al trabajo y la protección contra el despido improcedente. Así, tanto el despido individual como el colectivo resultarían claramente enmarcados dentro del poder de dirección del empleador, conforme al modelo de economía social de mercado que consagra nuestra Constitución, sin perjuicio del derecho del trabajador a cuestionar judicialmente la medida a fin de obtener una indemnización y, excepcionalmente, la reposición cuando la medida afecte derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ACTUALICESE.COM

2015 “Despido colectivo, ¿cuándo se considera colectivo y cuáles son sus implicaciones?”

Consulta: 27 de octubre de 2020.

<https://actualicese.com/despido-colectivo-cuando-se-considera-colectivo-y-cuales-son-sus-implicaciones/>

AGUINAGA MEZA, Ernesto

2014 “Las pérdidas acumuladas o futuras como causal de cese colectivo: ¿Es ilegal el Decreto Supremo N° 013-2014-TR?”. En: *Ius 360, el portal web de Ius et Veritas*.

Consulta: 10 de agosto de 2017.

<http://ius360.com/privado/laboral/las-perdidas-acumuladas-o-futuras-como-causal-de-cese-colectivo-es-ilegal-el-decreto-supremo-n-013-2014-tr/>

ALCELAY, Susana. “Lo que cuesta el despido en Europa”. *ABC Economía*

2017 Madrid.

Consulta: 2 de octubre de 2020

https://www.abc.es/economia/abci-cuesta-despido-europa-201610090147_noticia.html

ALEXY, Robert

2000 “Sobre los derechos constitucionales a protección”. En GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (editor). *Derechos Sociales y Ponderación, Coloquio Jurídico Europeo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

1997 “Teoría de los Derechos Fundamentales” Trad. Ernesto Garzón Valdés. *Centro de Estudios Constitucionales C.E.C.* Madrid.

ALVAREZ DEL CUVILLO, Antonio

2009 “Información sobre la regulación del despido en Europa”. *Revista Temas Laborales*, número 99/2009.

Consulta: 30 de setiembre de 2020

https://www.academia.edu/30220837/INFORME_SOBRE_LA_REGULACION_DEL_DESPIDO_EN_EUROPA

ALVAREZ, Paola

(2019) “Comparación de los regímenes de despido colectivo de España y Francia con el proyecto de ley boletín N° 9886-13”. *Biblioteca del Consejo Nacional de Chile*.

Consulta: 24 de agosto de 2020.

<https://w.w.w.ben.cl/>obtienearchivo>comparativo>_despido colectivo

ARANGO, Rodolfo

1999 “¿Hay respuestas correctas en el derecho?” *Bogotá: Siglo del Hombre Editores*.

BATISTA FERRI, Giovanni

2002 “El negocio jurídico”. *Traducción y notas de Leysser León*. Lima: Ara Editores.

BERNAL PULIDO, Carlos

2007 “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?” *Doxa. Cuadernos de Filosofía*. N° 30.

Consulta: 15 de enero de 2019:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.

2015 “Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo”. Lima: Palestra Editores.

2014 “Estado actual de la estabilidad laboral”. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Edit. El Buho, Lima

1991 “El derecho de la estabilidad en el trabajo”. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

BOBBIO, Norberto.

1965 “Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico”. Milano: Editorial Comunità.

CARRILLO CALLE, Martín Alberto

2011 “La estabilidad de entrada y de salida como expresiones del principio de continuidad. Una aproximación desde la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México Distrito Federal.

CÓDIGO DEL TRABAJO. CHILE

2019 Dirección del Trabajo de Chile.

Consulta: 25 de abril de 2020.

https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_2.pdf

CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO. COLOMBIA

1990 Consulta: 15 de enero de 2020.

<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1539/Codigo%20Sustantivo%20del%20Trabajo%20Colombia.pdf>

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

(1998) Directiva 98/59/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico

1961 “El Negocio Jurídico”. Madrid: Civitas.

DE LA FUENTE, Horacio

1976 “Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad”. Buenos Aires: Victor López de Závala.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Lourdes LÓPEZ CUMBRE

2003 “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

DE LOS MOZOS, José Luis

1986 “El Negocio Jurídico: Estudio de Derecho Civil”. Madrid: Montecorvo.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y María Ángeles PARRA LUCAN

2005 “Las nulidades de los contratos”. Madrid: Dykinson.

RAE REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de Lengua*
2020 Española

Consulta: 21 de noviembre de 2020

<https://dle.rae.es/diccionario>

DIEZ-PICAZO, Luis

2004 “Contrato y Libertad Contractual”. *Themis N° 49*, Lima.

DWORKIN, Ronald

1977 “Los Derechos en serio”. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

FERRAJOLI, Luigi

2001 “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Trotta.

FERRO DELGADO, Víctor

2015 “El discreto retorno a la estabilidad absoluta”. *El Comercio*. Lima, 9 de abril de 2015.

2014 “Estado actual de la estabilidad laboral en el Perú”. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, 2014.

2009 “Derecho del trabajo, globalización y ceses colectivos”. *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*. Lima: ARA Editores.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.

1955 “Introducción al Estudio del Derecho”. Cuarta edición. México: Porrúa.

GASCON ABELLÁN, Marina

2003 “La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales”. Palestra Editores Lima.

HUECK, A. -NIPPERDEY, HC-

1963 “Compendio de Derecho del Trabajo”. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1963.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA

2018 “Producción y empleo Informal en el Perú: Cuenta Satélite de la economía Informal 2007-2017”. En *Instituto Nacional de Estadística e Informática*.

Consulta: 24 de mayo de 2019.

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1589/libro.pdf

JEAMMAUD, Antoine

2017 “La “Reforma Macron” en el Código de Trabajo Francés”. *Revista Temas Laborales*, número 139/2017.

Consulta: 11 de marzo de 2020

[www.Dialnet-LaReformaMacronDelCodigoDetrabajoFrances-6390070\(7\).pdf](http://www.Dialnet-LaReformaMacronDelCodigoDetrabajoFrances-6390070(7).pdf)

KROSTOSCHIN, Ernesto

1955 “Tratado Práctico de Derecho de Trabajo” Tomo 1, Ediciones Depalma Buenos Aires.

KYDLAND, Finn, Bjorn LOMBORG, SCHELLING, Tom y Nancy STOKEY

2015 “Objetivos de desarrollo inteligentes”. *El Comercio*. Lima, 10 de mayo.

Consulta: 6 de julio de 2017.

<http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/objetivos-desarrollo-inteligentes-361189>

LAGOS WEBER, Ricardo

1994 “¿Qué se entiende por flexibilidad del mercado de trabajo?”. *Revista CEPAL*. Santiago de Chile, 1994.

LEY N° 11/1994. Texto Integrado del Estatuto de los Trabajadores. España.

1994 Consulta: 15 de enero de 2020.

<https://www.conceptosjuridicos.com/estatuto-de-los-trabajadores-articulo-51/>

LEY N° 223/1991. LEY SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS. ITALIA

1991 Consulta: 11 de marzo de 2020.

<https://www.benyboatti.com/es/derecho-laboral/el-despido-colectivo-en-italia/#:>

LEY N° 24.013. Ley Nacional del Empleo. Argentina

2013 Consulta: 15 de enero de 2020.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm>

LEY FEDERAL DEL TRABAJO. MÉXICO

1970 Consulta: 15 de enero de 2020.

<https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-federal-del-trabajo/titulo-septimo/capitulo-viii/>

LUJAN TÚPEZ, Manuel Estuardo

2005 “Historia de los principios de Derecho”. En Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego. Principios Generales y especiales del Derecho. Trujillo: MARSOL.

MARIN PADILLA, Maria Luisa

1990 “El Principio de conservación de los actos y negocios jurídicos”. Madrid: Edición Bosch.

MARTINIC GALETOVIC, María Dora

2013 “Algunas reflexiones sobre la conversión del negocio jurídico en el derecho chileno y comparado: su recepción en el proyecto de reforma del código civil y comercial argentina” *Revista Jurídica UCES*. Santiago de Chile.

MARTY, Gabriel y Pierre RAYNAUD.

1961 “Droit Civil”. Tomo I. Paris: Sirey

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

(2009). “Despidos colectivos y reestructuración en empresas en crisis”. En: *Actualidad Internacional Sociolaboral N°122*, marzo de 2009.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

s/f Guía Laboral – Actuaciones en caso de despido. Madrid.
Consulta: 7 de octubre de 2014.

http://www.mitramiss.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

- 2005 *Anuario estadístico 2005.*
Consulta: 7 de mayo de 2019.
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 2004 *Anuario estadístico 2004.*
Consulta: 7 de mayo de 2019.
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 2003 *Anuario estadístico 2003.*
Consulta: 7 de mayo de 2019.
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 2002 *Anuario estadístico 2002.*
Consulta: 7 de mayo de 2019.
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 2001 *Anuario estadístico 2001.*
Consulta: 7 de mayo de 2019.
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 2000 *Anuario estadístico 2000.*
Consulta: 7 de mayo de 2019.
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 1999 *Anuario estadístico 1999.* Consulta: 7 de mayo de 2019.
Consulta: 7 de mayo de 2019
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 1998 *Anuario estadístico 1998.*
Consulta: 7 de mayo de 2019.
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- 1997 *Anuario estadístico 1997.*

Consulta: 7 de mayo de 2019.

<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>

1996 *Anuario estadístico 1996.*

Consulta: 7 de mayo de 2019.

<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>

1995 *Anuario estadístico 1995.*

Consulta: 7 de mayo de 2019.

<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>

1994 *Anuario estadístico 1994.*

Consulta: 7 de mayo de 2019.

<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>

1993 *Anuario estadístico 1993.*

Consulta: 7 de mayo de 2019.

<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>

MOTA PINTO, Paulo

1995 “Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico”.
Coimbra: Livraria Almedina,

MORALES HERVIAS, Rómulo

2007 “Nuevas perspectivas del negocio jurídico”. *Derecho & Sociedad*. Lima,
número 29, 2007.

MORENO CRUZ, Rodolfo

2007 “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales.”
Boletín mexicano de Derecho Comparado. México D.F., número 120,
2007.

MOREYRA SAYAN, Francisco

2005 “El acto jurídico según el código civil peruano: Curso teórico, histórico
y comparativo”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad
Católica del Perú.

NIKISCH Arthur

1961 "La incorporación y su significación para el derecho del trabajo"

Consulta: 14 de enero de 2019

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2494060.pdf>

OJEDA AVILÉS, Antonio

2009 "Derechos Fundamentales de los Trabajadores y Libertades Fundamentales de los Mercados: ¿La Ecuación Imposible?" *Tribunal Social, Revista De Seguridad Social y Laboral*. Madrid, N° 217.

OPPENHEIMER. Walter

2012 "Un despido fácil y barato al estilo de EEUU"

Consulta: 25 de abril de 2020

https://elpais.com/economia/2012/02/17/actualidad/1329511279_548596.html

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEI TRABAJO

1982 Convenio 158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2017 Employment Protection Legislation Database – Dinamarca- Plataforma Eplex.

Consulta: 24 de agosto de 2020.

<https://eplex.ilo.org/country-detail/?code=DNK&yr=2017>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2017 Employment Protection Legislation Database –Suecia Plataforma Eplex.

Consulta: 24 de agosto de 2020.

<https://eplex.ilo.org/country-detail/?code=SWE&yr=2017>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

2019 Employment Protection Legislation Database - Holanda. Plataforma Eplex.

Consulta: 25 de agosto de 2020.

<https://eplex.ilo.org/country-detail/?code=NLD&yr=2019>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

2019 Employment Protection Legislation Database - Reino Unido. Plataforma EPLex.

Consulta: 25 de agosto de 2020.

<https://eplex.ilo.org/country-detail/?code=GBR&yr=2019>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

2019 Employment Protection Legislation Database - Chile. Plataforma EPLex.
Consulta: 25 de agosto de 2020.

<https://eplex.ilo.org/country-detail/?code=CHL&yr=2019>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

2019 Employment Protection Legislation Database - México. Plataforma EPLex.

Consulta: 25 de agosto de 2020.

<https://eplex.ilo.org/country-detail/?code=MEX&yr=2019>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS -OCDE-

2019a “Estudio Multidimensional del Perú. Volumen 1. Evaluación Inicial – Mensajes Principales” En *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*.

Consulta: 29 de mayo de 2019.

https://www.oecd.org/dev/MDCR%20PERU%20Principales%20mensajes_FINAL.pdf

2019b “Estudio Multidimensional del Perú. Volumen 2: Análisis detallado y recomendaciones – Mensajes principales”. En *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*.

Consulta: 14 de junio de 2019.

http://www.oecd.org/dev/americas/RESUMEN_EJECUTIVO_MDCR_Peru.pdf

PATIÑO ARANGO, Alejandro

1998 “Pragmática del lenguaje moral y jurídico en Austin”. En *Paideia*.
Consulta: 27 de mayo de 2019.

<https://www.bu.edu/wcp/Papers/Lang/LangPati.htm>

PONS, S. G. (s.f.).

1994 “Las relaciones laborales en Italia”.

Consulta: 11 de marzo 2020

<https://media.iese.edu/research/pdfs/DI-0280.pdf>

PERALTA PERALTA, Félix.

2017 “La discrecionalidad judicial y la sanción”. *Revista Jurídica Derecho*.

Consulta: 15 de julio de 2021

http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102017000100003&lng=es&tlng=es.

PÉREZ JÁRABA, María Dolores

2010 “Principios y reglas: Examen del debate entre Dworkin y H.L.A Hart”. En CIJUREP. *Revista de Estudios Jurídicos*. Jaén: Universidad de Jaén.

PIZARRO, Sebastián

2017 “La terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa y el despido colectivo: análisis comparado de la legislación chilena y alemana” en *Estabilidad en el empleo, Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Walker Errázuriz*.

PLA RODRIGUEZ, Américo

1978 “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

PODETTI, Humberto

1997 “Los Principios del Derecho del Trabajo”. En De Buen, Néstor y Emilio Morgado (editores). *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México Distrito Federal: Fondo Universidad Nacional Autónoma de México.

ROJAS AMANDI, Victor Manuel

2006 “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*. México Distrito Federal.

Consulta: 26 de julio de 2014.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdemx/cont/246/art./art16.pdf>

ROMANO, Santi.

1983 “Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Milano: Dott. A. Giuffré Editore,.

ROMEO, Carmelo.

2014 “Las controversias de la Ley Fornero en Italia entre especialidad y ámbito de competencia”.

Consulta: 25 de agosto de 2020

<http://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/103522>

ROYO MARTINEZ, Miguel

1945 “Transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, año 40, número 2.

THAYER ARTEAGA, William y Patricio NOVOA FUENZALIDA

1997 “Manual de Derecho del Trabajo”. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

TORRAZZA, R. M. (s.f.).

1997 “Los Despidos Colectivos por Fuerza Mayor”

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Consulta: 27 de setiembre de 2020

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

TORRES VASQUEZ, Aníbal

2001 “Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho”. Lima: IDEMSA.

VON HAUFF, Michael y Beate KRUSE

1998 “Política de Mercado Laboral. Economía Social de Mercado: su dimensión social”. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, p. 190.

WEB, Richard

2016 “Productividad del agro en Perú crece a tasas similares a China”. Diario *Gestión*. Lima, 24 de noviembre.
Consulta: 6 de julio de 2017.
<https://gestion.pe/economia/richard-webb-productividad-agro-peru-crece-tasas-similares-china-121564-noticia/>

WORLD ECONOMIC FORUM

2019 “The Global Competitiveness Report”. En *World Economic Forum*.
Consulta: 9 de diciembre de 2019.
http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf

YAMADA FUKUSAKI, Gustavo

2012 “Patrones de migración interna en el Perú reciente”. En: *Garavito, Cecilia e Ismael Muñoz. Empleo y protección social*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

YSÁS MOLINERO, Elena

2013 “Aproximación al despido colectivo en Europa: una breve comparación de los casos español, francés, alemán e italiano”.
Consulta: 5 de agosto de 2020
<https://raco.cat/index.php/anuarioiet/article/view/286759>

ZAMORANO VALENZUELA, Paulina

2016 “El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Derecho y Justicia*. Lima, número 7.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana

1993 “Teoría de la invalidez y la ineficacia”. *Ius et veritas*. Lima, número 7.