

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

**Escuela de Posgrado - Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

Seminario de Trabajo Académico 2

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

Shirley Charlotte Quino Cancino

San Miguel, 05 de diciembre de 2015

Los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en el Perú: algunas propuestas para su viabilidad

1. Resumen

El presente trabajo analiza la regulación específica para los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas; con la finalidad de analizar cuáles son las principales deficiencias de la legislación en torno al tema y proponer criterios a tener en cuenta para una eventual reforma que implique la modificación de la normativa sobre despidos colectivos.

2. Introducción

Los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas se encuentran regulados desde inicios de los años noventa como una modalidad para concluir relaciones de trabajo por “causas objetivas”¹. No obstante, los estudios sobre los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en el Perú no son profusos; pese a que, desde hace más de treinta años, se cuenta con regulación específica para esta modalidad de terminación de contratos de trabajo. Pese a que la regulación de este tipo de extinción laboral no es una novedad, en la práctica, como veremos más adelante, las empresas se encuentran ante la imposibilidad fáctica de cesar a los trabajadores en virtud de los procedimientos regulados ante la existencia de causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas.

Como veremos más adelante, en el presente artículo sostenemos que la inviabilidad de los ceses colectivos se debe a varias razones que confluyen unas con otras. En primer lugar, la legislación vigente resulta insuficiente para responder ante un problema de esta

¹ Sin embargo, la habilitación legal del despido como consecuencia de una situación económica empresarial que hace inviable su funcionamiento se encuentra regulado desde la década de los setenta. En efecto, tanto el Decreto Ley No. 18471 (que regulaba las causales de despedida de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada) y, posteriormente, el Decreto Ley No. 22126 (que amparaba el derecho a mantener el vínculo laboral y señalaba las causales de su rescisión), así como la Ley No. 24514 (que regulaba el derecho a la estabilidad en el trabajo) introdujeron al ordenamiento legal laboral los “motivos económicos o técnicos” como una causa válida y excepcional del “despido” total o parcial de los trabajadores.

magnitud y, a su vez, la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, “AAT”), probablemente por temas políticos o por temor a la responsabilidad funcional, se cuida de emitir pronunciamientos que determinen la procedencia del cese colectivo o que establezcan criterios a tener en cuenta para determinar la procedencia del mismo ante la ineficiencia de la normativa vigente.

3. Estado de la cuestión: los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas

Dada la ubicación de las normas vinculadas al cese colectivo en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL)², Cortés Carcelén reflexionó sobre el alcance del término “despido” a fin de determinar si este abarcaba al “cese colectivo por causas objetivas” y si tenía base constitucional o infraconstitucional. Así, concluyó que el “despido” está estrictamente vinculado a la decisión del empleador de extinguir el vínculo laboral, con prescindencia de la existencia de una causa (válida u objetiva) que motive tal decisión; por tanto, la terminación de las relaciones laborales por causas objetivas son una modalidad de despido. Y es que por la década de los años noventa e incluso a inicios de los años 2000 era trascendente discutir sobre la naturaleza del “cese colectivo por causas objetivas”, dado que tanto el marco legal como la jurisprudencia ocasionaban que el operador de derecho establezca diferencias conceptuales que desprotegían a los trabajadores afectados por esta modalidad de cese. Por aquella época, el Tribunal Constitucional señalaba que los trabajadores cesados por causas objetivas no habían sido, en estricto, “despedidos”; y, por tanto, las acciones de amparo que buscaban la reposición eran declaradas infundadas por considerar que no había violación constitucional alguna³.

Sin embargo, dicha discusión ha quedado posteriormente zanjada, dado que la doctrina entiende que la “terminación colectiva de los contratos de trabajo” es una

²Aprobado mediante Decreto Supremo No. 03-97-TR.

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

de las especies del género “despido”. Se trata así de un despido colectivo por causas objetivas, de una

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

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

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

La causa objetiva que ha generado mayor discusión es aquella vinculada a los “motivos económicos” y, como se verá más adelante, es sobre esta causa objetiva sobre la cual se ha buscado establecer una definición de carácter legal a través de algunos proyectos normativos. En la doctrina nacional ha sido Arce quien ha dado

mayores luces sobre las características que debe presentar la “causa económica” para que válidamente devenga en un despido colectivo. Así, señala la necesidad de que esta causa impida a la empresa cumplir con sus obligaciones principales, como consecuencia de una crisis real, actual y suficiente (Arce Ortiz, 2008). Por su parte, citando a Paredes Neyra, De las Casas y Cavalié señalaron que por causas económicas podría entenderse a aquellas situaciones empresariales se encuentran en una situación de inviabilidad y crisis financiera tal, que podrían ocasionar la insubsistencia de la empresa si no se toman decisiones firmes y drásticas (Cavalié Cabrera & De las Casas de la Torre Ugarte, 2009).

Sobre la base de lo señalado por Arce, es recién en el 2013 que la AAT define las características de la crisis económica de las empresas que soliciten a dicho ente la aprobación del cese colectivo. Sin embargo, como veremos más adelante, un año después el Ministerio de Trabajo emitiría una norma que brinda una definición distinta. Así, las discusiones se han generado en torno a la causa económica; sin embargo, hasta la fecha no existe en la doctrina un criterio claro que permita dar luces sobre aquellas características que deban presentar las causas tecnológicas, estructurales o “análogas” para declarar la procedencia del cese.

1.1. Intervención de un ente estatal

La terminación del vínculo laboral por causas económicas sólo es posible si es que, tras seguir el procedimiento establecido en la norma, se emite un acto administrativo de tipo constitutivo que así lo autorice⁴, el cual debe implicar una valoración previa de determinados eventos que fundamenten la afectación del derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores involucrados (Quino Cancino, 2014). La doctrina laboral ha señalado la necesidad de la participación de un ente estatal en los procedimientos, coincidiendo en que esta medida se sustenta en un interés social y en la finalidad de proteger la estabilidad de los trabajadores involucrados (Blancas Bustamante, 2013).

⁴ Según la incidencia en el contenido de situaciones jurídicas, los actos administrativos pueden ser constitutivos o declarativos. Los actos constitutivos son los que crean, modifican o extinguen relaciones o situaciones jurídicas, mientras que los actos declarativos se limitan a acreditar relaciones o situaciones preexistentes (Urbina Morón, 2009).

La intervención de la AAT es particularmente trascendente, pues se ha verificado que dicho ente estatal considera que el análisis de fondo sobre las causas invocadas tiene como requisito preliminar el cumplimiento de los requisitos de forma, conforme observa Zavala Costa en los pronunciamientos que la AAT ha emitido (Zavala Costa, 2004).

Por su parte, Blancas señala que esta medida es frecuente en otros ordenamientos legales, sin embargo, resalta que la legislación española ha efectuado una modificación radical al reemplazar el control *ex ante* por el control *a posteriori*, admitiendo así la impugnación judicial del despido. No obstante, cabe indicar que en nuestro ordenamiento el control *ex ante* efectuado por la AAT no enerva la posibilidad de los trabajadores de impugnar una eventual aprobación de la medida⁵. Del mismo modo, se ha discutido la pertinencia del establecimiento de un porcentaje mínimo de trabajadores que deben encontrarse involucrados a efectos de declarar procedente el cese colectivo, señalándose en algunos casos la rigidez de la norma en tanto fomenta la afectación de un número mayor de trabajadores en los casos en los que se requiera cesar a un porcentaje inferior (Cortés Carcelén, 2000).

Se observa entonces que los estudios en torno a los ceses colectivos se han centrado, principalmente, en efectuar un análisis legal del procedimiento; sin embargo, se deja

⁵ Los trabajadores se encontrarán en la posibilidad de impugnar judicialmente la procedencia del cese colectivo. Será posible la impugnación de la resolución que autoriza el cese colectivo, mediante la acción contenciosa administrativa, regulada por la Ley N° 25784, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, que se tramitará ante un juez especializado de trabajo. De otro lado, el despido deberá ser reputado como arbitrario cuando la empresa hace efectiva la medida sin haber obtenido resolución favorable por parte de la AAT, lo que implicaría la inexistencia de causa justa, por no haber seguido el procedimiento establecido en la norma o que, habiéndolo iniciado, la AAT denegó la solicitud de cese; sin que ello implique la imposibilidad de que, en algunos casos, el despido sea calificado como nulo, cuando concurra alguno de los supuestos regulados en el artículo 29° del TUO de la LPCL. De cualquier forma, en el despido incausado los trabajadores podrán optar, alternativamente, por solicitar la reposición en vía ordinaria laboral o la indemnización por despido arbitrario. Si concurriera algún supuesto de despido nulo, los trabajadores afectados podrán solicitar sólo la reposición. Por otro lado, si el despido colectivo ha sido autorizado, pero este afecta derechos laborales individuales y/o colectivo de rango constitucional, o afectaciones al debido procedimiento, podrá iniciarse una acción de amparo impugnando la medida autorizada por la AAT (Quino Cancino, 2014).

de lado un hecho importante en torno a los mismos. Y es que, pese a que se trata de un procedimiento regulado por nuestro ordenamiento desde hace más de treinta años, su regulación no permite la viabilidad de los mismos cuando los empleadores solicitan a la AAT la aprobación del despido colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas.

Si entendemos al cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos como necesarios para la continuación de las relaciones de trabajo, por no serle posible a la empresa cumplir con la totalidad de los contratos de trabajo por devenir en excesivamente onerosos, el cese colectivo se convierte entonces en una necesidad empresarial que, de no adoptarse, generaría graves consecuencias para la empresa o su posterior salida del mercado. Pese a la urgencia que esta necesidad pueda representar en cada caso, las limitaciones o imprecisiones normativas, sumadas a poca voluntad política, han ocasionado que, en los últimos años, ninguno de los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas haya sido declarado procedente.

Siendo así, resulta importante generar efectuar un análisis respecto de los motivos que originan su improcedencia en el Perú, partiendo del presupuesto inicial de que ello es consecuencia de las deficiencias normativas que regulan la institución del despido colectivo en nuestro ordenamiento laboral, ya sea porque hay aspectos deficientemente regulados o porque hay otros no previstos normativamente. En los últimos años se han propuesto modificaciones al procedimiento vigente; sin embargo, el tema no ha sido profundamente discutido y, por el contrario, se han visto impregnados de intereses políticos que ocasionaron que dichas propuestas de modificación sean dejadas de lado.

En el presente trabajo, en primer lugar, brindaremos las nociones básicas en torno a los procedimientos de cese colectivo, lo que nos llevará a efectuar un análisis del procedimiento establecido en la normativa vigente, a efectos de determinar cuáles

son las deficiencias o vacíos en el procedimiento que impiden o dificultan que sean viables.

4. Regulación laboral vigente de los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas

El despido colectivo por motivos económicos se encuentra regulado en los artículos 46° y 48° del TUO de la LPCL, sin que se brinde una definición legal de “causas objetivas” ni de “causas económicas”, “causas tecnológicas”, “causas estructurales” o “causas análogas”.

Tampoco ha precisado cómo deben ser estas causas, ni ha dado luces sobre las características que deberían presentarse. En la presente sección daremos luces sobre aquellas características que deberían considerarse para la definición de cada una de dichas causas, sobre la base de la doctrina nacional y extranjera o normas vigentes.

2.1. Sobre el aspecto objetivo: definición de la “causa objetiva” en la normativa laboral

Como se ha precisado, la normativa laboral no ha establecido una definición de “causa objetiva”, a nivel jurisprudencial tampoco se han establecido criterios para determinar cómo debe ser esta. Sin embargo, como lo ha reconocido la jurisprudencia chilena, es importante que las circunstancias que determinan la necesidad del cese no emanen de la sola voluntad o responsabilidad de la empresa, sino que sean objetivas, graves y permanentes (Organización Internacional del Trabajo, 2011).

2.1.1. Definición de causa económica

Dada la inexistencia de una definición legal, durante los últimos quince (15) años, la AAT ha venido considerando que no es suficiente acreditar que la

empresa afronta dificultades económicas o pérdidas, sino que debe demostrar que los costos laborales son determinantes en la generación de tales dificultades; o, en todo caso, que la extinción de los contratos de trabajo del personal involucrado es determinante para superar la crisis económica que se atraviesa (Blancas Bustamante, 2013)⁶.

Cabe mencionar que mediante la Resolución Directoral General N° 003-2013/MTPE/2.14, se han establecido algunos criterios que deberían tenerse en cuenta para la acreditación de la causa económica, precisándose que la crisis debe ser real, actual y suficiente para que funja como causa que habilite el despido colectivo, con miras a la reversión de la crisis. De esta forma, citando a Arce Ortiz, la AAT señaló que el análisis de la existencia de la causa económica invocada debe evaluar lo siguiente (Arce Ortiz, 2008):

- La presencia del elemento objetivo, que implica, por un lado, la disminución sustantiva de la producción que impida a la empresa continuar con el desarrollo normal de sus actividades empresariales; y, por otro lado, la crisis económica o financiera que imposibilite a la empresa atender a sus obligaciones principales o secundarias.
- La realidad de la crisis, dado que no es suficiente alegar que el sector al que la empresa pertenece se encuentra en crisis, sino que se debe justificar cómo es que esta crisis afecta y esto debe reflejarse en la situación económica de la empresa.
- La suficiencia de la crisis, pues esta deberá ser permanente, definitiva e insuperable y no meramente coyuntural; de tal forma que mantener el vínculo laboral ocasione más pérdidas que ganancias, lo que deberá evaluarse a partir de la comparación de más de dos ejercicios contables.

⁶ Blancas Bustamante señala que este criterio se desprende de las Resoluciones Directorales N° 021-2002-DRTPSL-DPSC, 038-2000-TR/DRTPSL, 133-2000-DRTPSL-DPSC, 053-2004-DRTPSL-DPSC, 111-2003-DRTPSL-DPSC, 113-2002-DRTPSL-DPSC y 011-2004-DRTPSL-DPSC.

- La crisis debe ocurrir en el mismo momento en el que se solicita la admisión del cese colectivo, no deberá tratarse de un hecho futuro o “pronosticado”.

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

Sin embargo, es recién mediante Decreto Supremo N° 013-2014-TR que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo estableció el criterio legal a tener en cuenta para reconocer la existencia de una causa objetiva económica que permita la viabilidad de un cese colectivo. En este sentido, el artículo 1 de dicha norma precisó lo siguiente:

“Artículo 1.- Situación económica de la empresa

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

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

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

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

1. Registro de resultados negativos durante nueve (9) meses consecutivos. Sin embargo, en nuestra opinión, la inexistencia de un parámetro comparativo podría ocasionar distorsiones en la acreditación de la causa objetiva.
2. Posibilidad de pérdidas si mantiene la continuidad laboral de todos los trabajadores pues ello le implicaría pérdidas; sin embargo, ello implicaría que el empleador esté en la facultad de alegar causas económicas incluso cuando la crisis económica no sea actual, sino futura.

Al respecto, Aguinaga ha considerado que la definición prevista por el referido decreto supremo infringe la normativa legal y constitucional, en la medida que toma como punto de referencia el inexistente derecho empresarial a ganar – o a no perder -, desconociendo el valor constitucional de “creación de riqueza y bienestar general”, regulados en los artículos 44 y 59 de la Constitución (Aguinaga Meza, 2014). Asimismo, coincidimos con Aguinaga cuando señala que el Decreto Supremo N° 013-2014-TR no cumple con los requisitos formales previstos en la Constitución para regular o establecer una definición de “causas económicas”, en la medida que el TUO de la LPCL *“no ha remitido expresamente al Ejecutivo la tarea de precisar la causa del motivo económico a ser invocado en el marco de un procedimiento colectivo”* (Aguinaga Meza, 2014).

2.1.2. Definición de causa tecnológica

No existe una definición legal para esta causa objetiva. Sin embargo, de distintos pronunciamientos de la AAT, es posible deducir que esta causa se presenta como consecuencia de innovaciones informáticas o de la modernización de sus procesos productivos en respuesta a las nuevas necesidades del mercado, lo que ocasiona una reducción sustancial de actividades realizadas por un grupo de trabajadores y que, por tanto, los puestos de trabajo que ellos ocupan terminen siendo innecesarios. La AAT ha venido exigiendo que se demuestre una relación de causa-efecto entre la implementación nuevos sistemas tecnológicos en los procesos productivos y la supresión de los puestos de trabajo que se solicita (Blancas Bustamante, 2013)⁷.

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

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

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

2.1.3. Definición de causa estructural o análoga

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

⁷ Blancas Bustamante señala que este criterio se desprende de las Resoluciones Directorales N° 156-96-DRTPSL-DPSC, 030-97-TR/DRTPSL, 140-96-DRTPSL-DPSC, 66-2001-DRTPSL-DPSC.

sobre el análisis de cada caso en específico. Así, se ha considerado que se presenta esta causal en reorganizaciones empresariales que implican una fusión por absorción que origine cambios radicales en la estructura y funciones de la absorbente⁸; y, que no se presenta la causal cuando la empresa efectúa reorganizaciones internas como consecuencia de la externalización o descentralización de ciertas actividades productivas⁹ (Blancas Bustamante, 2013). Sin embargo, el criterio no es uniforme, pues se han presentado casos en los que la AAT ha considerado que la descentralización de una actividad productiva sí es una causa objetiva estructural o análoga que habilita el cese colectivo¹⁰ (Blancas Bustamante, 2013).

Sobre el particular, se ha señalado que la empresa puede manifestar su poder de organización desde una perspectiva dinámica (como cuando se organizan los procesos de producción, la toma de decisiones, la asignación de tareas entre los trabajadores, etc.) y desde una perspectiva estática o estructural (tal es el caso de las decisiones que implican la creación, eliminación o modificación de los órganos de la empresa). En la fase estática o estructural, el poder de organización puede ser consecuencia de aspectos externos, cuando los cambios en la estructura organizacional se producen por supuestos de fusión o escisión (Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2001). Por tanto, se ha considerado que el motivo “estructural” al que hace referencia la ley implica el ejercicio de la facultad de organización en la fase estática interna, mientras que la referencia a supuestos “análogos” haría alusión a la fase estática externa del poder de organización empresarial (Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2001).

Evidentemente, a fin de que esta causa justifique objetiva y adecuadamente la eliminación de puestos de trabajo o la variación de los perfiles de dichos puestos, el empleador deberá estar en posición de acreditar no sólo las

⁸ Resolución Directoral N° 718-97-DRTPSL-DPSC

⁹ Resolución Directoral N° 096-2004-DRTPELC-DPSC y RD 056-2001-DRTPSL-DPSC-SDNC.

¹⁰ Resolución Directoral N° 096-96-DRTPSL-DPSC.

modificaciones estructurales, sino como es que ello determina la necesidad de prescindir de los puestos de trabajo.

2.2.Sobre el aspecto subjetivo: trabajadores involucrados

Se ha establecido que el cese colectivo por causas económicas debe abarcar a un número no menor del 10% de los trabajadores de la empresa, lo cual evidentemente se deriva de la naturaleza colectiva del tipo de cese analizado¹¹. Sin embargo, la exigencia de que el cese colectivo involucre a un número no menor del 10% del total de trabajadores podría fomentar la afectación de un número mayor de trabajadores del necesario; o que, las empresas busquen reconducir el cese colectivo a despidos incausados con el pago de la indemnización regulada en el artículo 34° del TUO de la LPCL, cuando los involucrados no constituyen el 10% de la totalidad de los trabajadores¹² (Cortés Carcelén, 2000). Sin perjuicio de ello, es preciso indicar que el procedimiento tampoco habilita la posibilidad de cesar a todos los trabajadores de la empresa, ya que el cese colectivo por causas económicas está orientado a revertir la crisis empresarial; por lo que el cese de la totalidad de los trabajadores “*no guarda correspondencia con la naturaleza jurídica de la causa invocada*”. Así lo ha indicado la Resolución Directoral N° 003-2013-MTPE, cuyos fundamentos 11.8 y 11.9 constituyen precedente vinculante de observancia obligatoria.

A diferencia de otras legislaciones, la nuestra no establece criterios de prelación que el empleador deba considerar al momento de seleccionar al personal comprendido en el cese colectivo, (tal es el caso de Alemania, Argelia, México, Panamá, Lituania, etc.) (Muller, 2011). La única alusión al personal involucrado en el cese colectivo la efectúa el artículo 63° del Reglamento de la Ley al Fomento al

¹¹Mediante Resolución Directoral N° 0025-2011/MTPE/2/14 se ha establecido que la regulación prevista para los ceses colectivos contempla un supuesto que supone la existencia de relaciones colectivas de trabajo entre empresario y sindicatos, representantes de trabajadores o trabajadores colectivamente considerados.

¹² Como sucedió en el conocido caso FETRATEL (Exp. 1124-2001-AA/TC)

Empleo¹³, que ha establecido que en el cese colectivo por causas económicas, el empleador deberá brindar a la AAT la justificación específica de la inclusión de los trabajadores protegidos por el fuero sindical, al momento de presentar la solicitud para la apertura del expediente¹⁴.

Cabe preguntarse entonces si un dirigente protegido por el fuero sindical¹⁵ podrá o no ser incluido en un cese colectivo y cuáles serían las consecuencias de su inclusión en la medida. Al respecto, el artículo 28° de la Constitución reconoce el derecho de sindicación y garantiza la libertad sindical, siendo el fuero sindical una institución vinculada a dicho derecho¹⁶. De esta forma se protege la actividad sindical que desarrollen los dirigentes sindicales para que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos, pues sin dicha protección no sería posible que ejerzan la representación respectiva en procedimientos administrativos y judiciales, entre otras funciones¹⁷. De acuerdo a lo establecido en la redacción original del artículo 30° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo (TUO de la LRCT), “*el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores a no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación*”. Sobre el particular, se ha considerado que el artículo 30° del TUO de la LRCT parecería enfocarse en resguardar a los dirigentes protegidos con el fuero sindical contra actos de carácter individual, es decir, los que se dirigen contra *un trabajador específicamente protegido*, mas no brindaría una protección adecuada cuando este se encuentra

¹³ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR.

¹⁴ Resulta evidente que son los dirigentes sindicales quienes se encuentran más expuestos a los actos antisindicales que puedan sufrir por su actuación, con la finalidad de imposibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical. Por este motivo, los dirigentes sindicales gozan de un mecanismo específico de protección regulado en el artículo 30° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo (en adelante, TUO de la LRCT), para evitar que sean despedidos sin causa debidamente demostrada. Evidentemente, ello no implica la negación del mecanismo general de protección a la libertad sindical de los trabajadores sindicalizados que no son dirigentes, como se observa del artículo 4 del TUO de la LRCT.

¹⁵ No todos los dirigentes cuentan con este plus de protección.

¹⁶ Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de Embotelladora Latinoamericana, STC. 5474-2006-PA/TC, Fundamento 4.

¹⁷ Caso Baylón Flores, STC. N° 0206-2005-PA/TC, Fundamento 12.

comprendido en un procedimiento de cese colectivo; lo que, bajo argumentos discutibles, podría generar la posibilidad de que no se cuestione el hecho de que estos actos devengan o no en antisindicales, por no ser tan evidente, encontrando así una protección insuficiente en el fuero sindical (Atahuamán, 2013).

Sin embargo, consideramos que el fuero sindical regulado en el artículo 30° del TUO de la LRCT también opera en ceses de naturaleza colectiva, dado que la norma no hace diferencia entre despidos individuales o colectivos, bastando que se produzca “sin justa causa debidamente demostrada” y que afecte a un dirigente protegido por el fuero sindical. Por lo que, en caso que se incluya en esta medida de reducción de personal, a un dirigente que cuenta con este *plus* especial de protección, sin que se haya probado la existencia de la causa justa (crisis real, actual y suficiente), este encontrará el mismo nivel de protección que gozaría ante un despido individual (Quino Cancino, 2014). Además, el artículo 63° del Reglamento de la Ley al Fomento al Empleo¹⁸ ha establecido que en el cese colectivo por causas económicas, el empleador deberá brindar a la AAT la justificación específica de la inclusión de los trabajadores protegidos por el fuero sindical, al momento de presentar la solicitud para la apertura del expediente. Por lo que, los trabajadores protegidos por el fuero sindical sí contarían con mecanismos de protección *ex ante* (la justificación específica en sede administrativa) y *ex post* (tras el cese colectivo, en sede judicial)¹⁹. Dado que esta protección sólo será de aplicación a quienes se encuentren dentro del fuero sindical, uno o más dirigentes sindicales no protegidos por el fuero sindical podrían ver afectado su derecho a la estabilidad laboral en los procedimientos de cese colectivo, sin que se exija en sus casos la justificación específica del motivo que origina su inclusión en la medida.

Cabe indicar que si bien la normativa laboral no precisa que los criterios de selección deben ser definidos mediante negociación colectiva (como sucede en las

¹⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR.

¹⁹ Los dirigentes sindicales protegidos por el fuero sindical que sean incluidos en la medida de cese colectivo tienen a su disposición el uso de la vía del fuero sindical o el proceso de nulidad de despido, en los casos en los que la necesidad de su inclusión en la medida no haya sido acreditada fehacientemente en sede administrativa.

legislaciones de Austria, Bélgica, Reino Unido, etc.), consideramos que resulta evidente que ello es posible en nuestra legislación vigente, ya sea mediante la suscripción de los convenios colectivos ordinarios, o mediante los acuerdos a los que pueda llegar el empleador con los distintos sindicatos - o representantes de los trabajadores - en vía de trato directo durante el procedimiento de cese colectivo. De esta forma, podrían pactarse criterios de prelación en virtud de la edad, mayor antigüedad en la empresa, cantidad de dependientes económicamente en función de sus derechohabientes, discapacidad, resultados de evaluaciones de rendimiento y/o productividad, etc.

2.3.Sobre el procedimiento

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

2.1.4. Etapa pre administrativa

2.1.4.1. Información a los trabajadores sobre la medida a implementar

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

Consideramos que el cumplimiento del deber de información resulta trascendental para la consecución del procedimiento de cese colectivo y

la emisión de un resultado que respete el debido procedimiento; pues es sobre la base de la información proporcionada por la empresa, que los trabajadores o sus representantes podrán proponer medidas alternativas al cese y/o contradecir la viabilidad del cese colectivo ante la AAT mediante la presentación de sus pericias (Quino Cancino, 2014).

Sin embargo, no se ha regulado cuál es la información que deberá proporcionar la empresa al sindicato o a los representantes de los trabajadores, dejándose un amplio margen al empleador para el ejercicio de este deber de informar.

2.1.4.2. Negociaciones con miras a reducir el impacto o evitar la medida

La empresa tiene la obligación de entablar negociaciones directas con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, a efectos de acordar las condiciones de terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre estas medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; así como cualquier otra medida que pueda coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa.

Cabe recalcar que el literal b) del artículo 48° del TUO de la LPCL regula el mandato legal de dar preferencia a la negociación en trato directo con el sujeto laboral colectivo, en desmedro del sujeto individual, negociándose con éste sólo en aquellos casos en los que no sea posible hacerlo con el primero, conforme se ha establecido con carácter vinculante en la Resolución Directoral N° 015-2011-MTPE/2/14. Consideramos que la empresa no se encuentra en la facultad de decidir

por sí sola si negociará o no las medidas que puedan limitar o evitar el cese, pues dado que el cese colectivo deberá proceder siempre en última instancia, es necesario que se entablen negociaciones con miras a reducir o evitar el impacto del mismo (Quino Cancino, 2014).

Evidentemente, cualquier modificación a las condiciones de trabajo adoptada en el marco de estas negociaciones deberá respetar el principio de irrenunciabilidad de derechos, no siendo posible que – en aras de preservar la continuidad de la empresa – se renuncie al ejercicio de derechos regulados en normas de naturaleza imperativa. Asimismo, en el marco de la negociación que se entabla dentro del procedimiento de cese colectivo es posible la revisión de convenios colectivos vigentes, sin que los trabajadores involucrados puedan oponerse a estas medidas.

2.1.5. Etapa administrativa

2.1.5.1. Solicitud de aprobación de la medida

El empleador debe solicitar formalmente y por escrito, a la AAT, la aprobación de la terminación de los contratos de trabajo, acompañando a dicha solicitud la declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada, así como una pericia de parte que acredite su procedencia, la cual debe ser realizada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República²⁰. Al respecto, es preciso anotar que la adopción del mecanismo vinculado a la presentación de un dictamen técnico ha tenido una evolución interesante, pues inicialmente este se encontraba a cargo de organismos estatales y luego se estableció la posibilidad de que el dictamen sea elaborado por

²⁰ La normativa laboral que regula el procedimiento de solicitud de cese colectivo no establece diferencias procedimentales en virtud del tipo de causa objetiva alegada, por tanto, de una interpretación literal de la norma, se entiende que la exigencia respecto de la pericia corresponde sólo para las causas económicas.

cualquier entidad particular (Cortés Carcelén, 2000). Posteriormente, en la Tercera Disposición Transitoria y Final mediante Decreto Supremo N° 137-96-EF se estableció que la pericia contable a que hace referencia el artículo 82, literal c) del Decreto Legislativo N° 728 será realizada por una Sociedad de Auditoría hábil en el RUNSA²¹, según la calificación que corresponda. En virtud de ello, los Lineamientos de Acción N° 007-99-TR/DNRT²² establecieron que al momento de elaboración de la pericia de parte, se debía adjuntar la constancia que acredite que la Sociedad de Auditoría se encontraba inscrita en el RUNSA de la Contraloría General de la República. Al día de hoy, la presentación de la constancia de acreditación no resulta exigible.

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

2.1.5.2. Solicitud de suspensión perfecta de labores

²¹ El RUNSA fue el Registro Único de Sociedades de Auditoría, administrado por la Contraloría General de la República, en el que debían estar inscritas todas las sociedades de auditoría a efectos de prestar sus servicios de auditoría –aunque no brinden servicios a entidades estatales-, conforme lo establecía el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 850 (artículo que posteriormente fue declarado inconstitucional, en el Expediente N° 003-97-I-TC). Sin embargo, dicho Decreto Legislativo fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, el 24 de julio de 2002, norma aplicable a las sociedades de auditoría que brindarían sus servicios a entidades sujetas a control por parte de la Contraloría General de la República.

²² Los Lineamientos de Acción N° 007-99-TR/DNRT fueron emitidos en setiembre de 1999 por el Ministerio de Trabajo, con la finalidad establecer lineamientos que permitieran mantener un criterio uniforme en la aplicación de las normas en el procedimiento a seguir sobre terminación colectiva de los contratos de trabajo por causas objetivas, por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, a nivel nacional. En virtud de las disposiciones establecidas en este documento, el Ministerio de Trabajo ha evaluado distintos procedimientos de cese colectivo a inicio de los años 2000.

La empresa podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el periodo que dure el procedimiento, solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación, sin perjuicio de que la AAT realice la verificación posterior. Al respecto, mediante Directiva Nacional N° 01-2009-MTPE/2/11.1, Directiva sobre verificación de cumplimiento del sustento de la suspensión en el caso de las solicitudes de cese colectivo, se estableció que es deber de la AAT verificar en el día el cumplimiento de los hechos que sustentan la solicitud de suspensión, es decir, el inicio del procedimiento de cese colectivo. En este sentido, los inspectores deben evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de los criterios utilizados en la solicitud de suspensión perfecta de labores, verificando, por ejemplo, si los puestos que venían ocupando los trabajadores afectados han sido cubiertos por personal distinto.

De verificarse que la suspensión carece de fundamento, se ordenará la revocatoria de la autorización automática y se dispondrá la reanudación de las labores, lo cual no evita que la solicitud de cese colectivo siga su curso o que esta sea posteriormente aprobada.

2.1.5.3. Conciliaciones

Vencido el plazo para que los trabajadores presenten su pericia de parte, la AAT debe convocar a reuniones de conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador, reuniones que deben llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres días hábiles siguientes. Si bien hay quienes podrían considerar que este plazo es insuficiente, no debemos perder de vista que con anterioridad a esta etapa, la empresa y los representantes de los trabajadores han tenido la oportunidad de negociar de forma directa.

2.1.5.4. Aprobación del cese colectivo

Concluida la etapa de conciliación, la AAT está obligada a emitir pronunciamiento dentro de los cinco días hábiles siguientes, al término de los cuales la solicitud se entenderá por aprobada si no se hubiese emitido la resolución. De esta forma, se ha establecido que operará el silencio administrativo positivo en los procedimientos de cese colectivo, privilegiándose la posición del empleador que se encuentra inmerso en crisis, en desmedro de los trabajadores que se verían perjudicados por el incumplimiento de los plazos por parte de la AAT, sin que se hubiera acreditado la existencia de causa justa que habilite el despido. Asimismo se afecta el derecho de contradicción de la parte laboral, quien se verá en la paradoja de impugnar una resolución que no fue emitida y de contradecir argumentos inexistentes, dada la ausencia de motivación para la procedencia del cese.

Coincidimos con Blancas Bustamante, cuando considera que el establecimiento del silencio administrativo positivo en el procedimiento de cese colectivo constituye una ruptura de la igualdad que deben tener tanto la parte empleadora como la parte laboral en este procedimiento; quien además recalca la imposibilidad jurídica de que el silencio administrativo positivo sea de aplicación en procedimientos trilaterales, en tanto la decisión final repercute directamente en los administrados distintos al peticionario, conforme lo precisa el artículo 1° de la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060 (norma posterior al TUO del LPCL) (Blancas Bustamante, 2013).

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

los trabajadores involucrados en el procedimiento, cesar sólo a algunos o a ninguno. Por ello, consideramos que en este caso deberá observarse también el principio de inmediatez, con lo que no sería posible que, una vez notificada la autorización de cese colectivo, la empresa notifique de la procedencia del cese tras haber transcurrido un lapso de tiempo excesivo (Quino Cancino, 2014). Siendo así, en caso de demora entre la fecha de notificación que autorizó el cese colectivo y la notificación efectuada al trabajador, podría entenderse que la empresa reconsideró su decisión de extinguir el vínculo laboral.

Notificada la procedencia del cese colectivo, la empresa deberá poner a disposición de los trabajadores despidos, los beneficios sociales que por ley puedan corresponderles, conforme lo indica el artículo 50° del TUO de la LPCL.

5. Principales deficiencias normativas

En el Cuadro 1 se puede observar que en los últimos años ninguno de los ceses colectivos por causas económicas ha sido autorizado por el Ministerio de Trabajo; por lo que, consideramos interesante analizar cuáles son los motivos que originan su improcedencia en el Perú, dado que consideramos que las principales causas de ello se encuentran en las deficiencias normativas que regulan la institución del despido colectivo en nuestro ordenamiento laboral, ya sea porque hay aspectos deficientemente regulados o porque hay otros no previstos normativamente.

Cuadro 1. Solicitudes de ceses colectivos ingresadas al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2008 – 2014)

Año	Nº De solicitudes	Causa	Procedencia
2008	1	Fuerza mayor	No se precisa
2009	2	Económicos	Ninguno
2010	2	Económicos	Ninguno
2011	3	Económicos	Ninguno

2012	0	-	-
2013	3	No se precisa	No se precisa
2014	2	Fuerza mayor	No se precisa

Elaboración propia.

Fuente: Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo

Si bien el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula las causales de cese colectivo, así como el procedimiento aplicable para cada uno de ellos, es posible apreciar que en lo que respecta al cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales y análogos viene siendo insuficiente, como veremos a continuación.

5.1.Limitaciones normativas

Por un lado, las limitaciones normativas se encuentran vinculadas a las insuficientes nociones legislativas o de carácter administrativo que permitan dar luces a los empleadores respecto de aquello que corresponde la “causa objetiva”, por ejemplo, en el caso del cese por motivos económicos, tecnológicos, estructurales y análogos. Si bien a fines del 2014, mediante Decreto Supremo N° 013-2014-TR se establecieron definiciones respecto de la “causa económica” y, un año antes se hizo lo mismo en sede administrativa mediante Resolución Directoral General N° 03-2013/MTPE/2/14, lo cierto es que durante más de 15 años ha sido a partir de la doctrina laboral nacional que se han ensayado definiciones de lo que podría o debería ser entendido como causas económicas. Además, es posible apreciar que tanto la definición de “causa económica” que estableció la referida Resolución Directoral, así como el indicado Decreto Supremo regulan características específicas que deberá presentar la crisis económica, con prescindencia del tipo de empresa y de la actividad a la que se dedique; por lo que, corresponde preguntarse si no resultaría más adecuado que las características de las causas económicas se establezcan en virtud de las particularidades de cada sector económico.

5.1.1. Limitaciones vinculadas a la “causa objetiva”

La ausencia de un marco conceptual previsto por la misma norma o criterios normativamente establecidos para la acreditación de los motivos que podrían habilitar un cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas constituye una de las principales dificultades para las empresas que han buscado obtener la aprobación por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, respecto del cese colectivo solicitado. Consideramos que esta dificultad también se traslada a los funcionarios que deben resolver cada una de las solicitudes, quienes deben actuar conforme al principio de legalidad, es decir, ceñir sus actos estrictamente a lo que prevea la ley. Ello ocasiona que, en la práctica, las resoluciones que se pronuncian sobre la improcedencia de los ceses colectivos no analicen la existencia o inexistencia de la causa alegada, sino que simplemente se restrinjan a analizar si la empresa cumplió o no el procedimiento en la fase formal del mismo y, dado el procedimiento regulado en la norma presenta también deficiencias, es usual que las empresas tengan un entendimiento distinto de lo que precisa el artículo 48° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

5.1.2. Limitaciones vinculadas al aspecto subjetivo

El establecimiento de un criterio meramente cuantitativo, donde la cantidad de trabajadores a cesar se calcule en función del momento en el que se presenta la solicitud de cese es evidentemente una opción legislativa arbitraria que no es consecuencia de un análisis específico. Sin embargo, consideramos que establecer el criterio cuantitativo del 10% de trabajadores necesariamente involucrados en el procedimiento, desprovisto de un análisis de temporalidad, evidencia la insuficiencia de las disposiciones normativas para prever consecuencias jurídicas a los supuestos que impliquen la extinción de vínculos laborales de forma previa o posterior al inicio del procedimiento. Ello ocasiona que en el caso de los mutuos disensos suscritos como consecuencia de las negociaciones previas o posteriores al inicio del procedimiento, pero que

básicamente responden a la misma causa objetiva, los trabajadores cesados en virtud de dichos mutuos disensos no formen parte también del 10% previsto por ley.

De otro lado, si bien sólo el empleador conoce la necesidad de contar o prescindir de ciertos servicios dentro de su organización, encontrándose en mejor posición que la AAT para determinar el personal necesario con el que requiere contar la empresa para revertir la crisis, sería importante que se fijen criterios metodológicos para la determinación del ámbito subjetivo del cese colectivo por causas económicas y la preferencia en la inclusión de ciertos trabajadores en la medida o que, en todo caso, se establezca que estos criterios sean acordados con la organización sindical. Y es que, ante la inexistencia de dichos criterios metodológicos, hay quienes podrían considerar que la selección de los trabajadores involucrados en la medida forma parte del poder de dirección y organización empresarial, siendo innecesaria la participación de los representantes de los trabajadores en dicha selección, obviándose así la aplicación de las normas laborales en torno a la negociación colectiva que matizaría dicha postura. Evidentemente, el establecimiento de criterios metodológicos de selección o prelación de personal involucrado en la medida dotaría de mayor predictibilidad a esta modalidad de cese pocas veces autorizada por la AAT, evitando discusiones respecto de la idoneidad de la inclusión – o no – de personal contratado a plazo fijo, plazo indeterminado, sindicalizado no sindicalizado²³.

Asimismo, no cabe duda de que la determinación del personal que será involucrado en el cese colectivo deberá basarse en criterios objetivos que tengan como parámetros generales el respeto por el derecho a la no discriminación, de tal forma que la medida de cese no tenga como objetivo reducir el número de

²³ Estos criterios de metodología sí han sido establecidos y aplicados por la Autoridad Administrativa de Trabajo para procedimientos de suspensión temporal perfecta de labores por motivos de fuerza mayor (Resoluciones Directorales Generales Nos. 010-2012-MTPE/2/14, 012-2012-MTPE/2/14).

trabajadores contratados a plazo indeterminado y/o sindicalizados, lo que evidentemente no impide que estén involucrados en la medida de cese si es que se demuestra que su incorporación obedece a criterios objetivos. Sin embargo, consideramos que la línea que podría diferenciar un criterio objetivo de uno discriminatorio puede ser muy difusa y deberá analizarse caso por caso.

5.1.3. Limitaciones procedimentales

3.1.3.1. Deber de información

Como se ha señalado, no se han establecido criterios adicionales respecto de la información que deberá proporcionar la empresa; sin embargo, entendemos que esta consistirá en documentación financiera, económica y laboral que demuestren por sí sola la existencia de la crisis y la posibilidad de revertirla mediante el cese colectivo. Lamentablemente, nuestro ordenamiento legal no ha regulado disposiciones vinculadas al deber de información por parte del empleador, sea para determinar la información que la empresa se encuentra obligada a proporcionar, para contemplar los supuestos en los que no procede comunicar a los representantes de los trabajadores información que pudiese perjudicar a la empresa o que, encontrándose la empresa obligada a proporcionarla, se imponga a los representantes de los trabajadores el compromiso de mantener en reserva información confidencial proporcionada (Boza Pro, 1997).

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

procedimiento de cese colectivo y la posterior negociación que deberá llevarse a cabo.

Por tanto, la ausencia de regulación de criterios para determinar la información “necesaria” que debe ser proporcionada a los trabajadores evita que se cumpla con dos objetivos: el primero, acreditar frente a los trabajadores las causas que motivan la medida y, el segundo, la posibilidad de acreditar la justificación de las medidas a adoptar para evitar o reducir el cese colectivo.

3.1.3.2. Negociaciones con miras a revertir o disminuir el impacto de la medida

La inexistencia de un plazo en el cual el empleador deba entablar las negociaciones de forma previa al inicio del procedimiento en sede administrativa, ocasiona que no se cumpla adecuadamente con esta etapa, dado que su cumplimiento se considera una mera formalidad, sin que exista un verdadero ánimo, tanto por la parte patronal como la laboral, de buscar las salidas más idóneas para revertir o reducir la medida. Por ello, resulta relevante la importancia de contar con documentación que acredite que el procedimiento de negociación se vea reflejado en actas donde conste la posición de las partes y el contenido de la negociación, con una reseña suficiente de la documentación e informes sobre los cuales se realizó la negociación (Navarro Nieto & Sáez Lara, 1998).

Adicionalmente, cabe preguntarse si la suscripción de mutuos disensos pueden ser considerados como una de las medidas destinadas a revertir o disminuir el impacto del cese. Consideramos que, al respecto, podrían esbozarse dos posturas. La primera, inclinada por señalar que la suscripción de acuerdos de terminación de la relación laboral por mutuo disenso no puede ser considerada como una alternativa más para evitar o reducir su impacto, dado que ello no sólo altera uno de los requisitos

esenciales que debe ser evaluado por la AAT (vinculado al porcentaje mínimo de inclusión de trabajadores); sino que, además, constituye una forma más de terminación de la relación laboral, excluyente –por su propia naturaleza- del procedimiento de cese colectivo en el que la Empresa se encuentra incurso. Una segunda postura implicaría inclinarse por la aceptación de esta forma consensuada de terminación laboral como uno de los mecanismos que buscan reducir el impacto del cese, aunque no revertirlo, siempre que suponga el otorgamiento de beneficios extralegales de naturaleza laboral y vinculada a la seguridad social, que el trabajador no recibiría en caso de que el procedimiento sea autorizado por la AAT; considerándose así que ello implicaría un beneficio para el trabajador que no sería posible alcanzar en caso de la no suscripción del mismo y que, a la vez, coadyuvaría a la continuidad de las actividades económicas de la empresa, en los términos establecidos por el artículo 48, b) del TUO de la LPCL.

5.2. Vacíos normativos

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

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

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

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

6. Ideas que permitirían la viabilidad de los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas

Con miras a modificar el procedimiento de cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, recientemente se han establecido diversas propuestas modificatorias, las cuales han pretendido –sin éxito- establecer modificaciones procedimentales, como se observa del cuadro 2.

Cuadro 2. Cuadro comparativo. Regulación vigente y proyectos normativos sobre ceses colectivos

Aspecto	Normativa vigente TUO LPCL D.S. N° 013-2014-TR	Proyecto de la Ley General del Trabajo	Proyecto de Ley N° 4008/2014-PE ²⁴	Proyecto de Ley No. 4239/2014-CR ²⁵
a. Despido colectivo por causas objetivas	Este es el tipo de despido regulado	Se precisa. (Ver punto f)	No se precisa	No se precisa
b. Despido individualizado por causas objetivas	No se regula	Se precisa (Ver punto f)	No se precisa	No se precisa
c. Definición de causa económica	La causa económica implica un deterioro de los ingresos, entendido como tal registrar tres trimestres consecutivos de resultados negativos en la utilidad operativa, o en una situación en la que de mantener la continuidad laboral del total de trabajadores implique pérdidas	La causa económica procede cuando se acredite que el despido es necesario para superar una situación económica negativa de la empresa o amortizar un puesto de trabajo.	No se precisa	Se entiende por motivos económicos el déficit de activos mensuales durante doce (12) meses consecutivos
d. Definición de causa tecnológica	No se regula	La causa es técnica debe demostrar que el despido es necesario para garantizar la viabilidad de la empresa.	No se precisa	No se precisa
e. Definición de causa estructural o análoga	No se regula	La causa estructural debe demostrar que el despido es necesario para garantizar la viabilidad de la empresa.		No se precisa
f. Cantidad de trabajadores	Al menos el 10% del total de trabajadores	1. Despido colectivo ²⁶ : - Empresas de 50 trabajadores:	Al menos el 5% del total de los trabajadores	No se precisa

²⁴ Con dictamen Conjunto en mayoría – favorable, de las Comisiones de Economía y Trabajo. Sin embargo, desde febrero 2015 el proyecto dejó de ser impulsado.

²⁵ Se encuentra en la Comisión del Trabajo desde marzo de 2015.

²⁶ Esta propuesta tiene como referencia la normativa española, que en su Estatuto de trabajadores que hace una diferencia entre el despido “plural” y el “despido colectivo”, estableciendo una cantidad mínima de trabajadores afectados en virtud de la cantidad total de trabajadores registrados en la planilla.

involucrados	<p>5 trabajadores involucrados</p> <ul style="list-style-type: none"> - Empresas de 51 a 500 trabajadores: 10% de trabajadores involucrados - Empresas con más de 500 trabajadores: más de 50 trabajadores involucrados <p>2. Despido individualizado si afecta a un número inferior de trabajadores en cada caso</p>	
g. Deber de información	<p>La empresa proporcionará al sindicato, o a falta de éste a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no existir aquel, la información pertinente indicando con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados.</p>	<p>La empresa está obligada a proporcionar la información o documentación adicional que el sindicato o los representantes de los trabajadores le soliciten, siempre que esté directamente relacionada a la propuesta de despido. En caso de negativa del empleador, la AAT resuelve sobre la procedencia de su entrega.</p> <p>La empresa proporciona al sindicato y a los trabajadores, o sus representantes autorizados, la información pertinente.</p> <p>No se precisa</p>
h. Negociaciones previas al inicio del procedimiento	<p>La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal.</p>	<p>El empleador entabla negociaciones con el sindicato o, a falta de éste, con los representantes de los trabajadores para acordar las condiciones del despido o las medidas que puedan adoptarse para evitarlo o limitarlo.</p> <p>A decisión del trabajador, la empresa entablará, con el propio trabajador afectado, o su representante, o el sindicato, las negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal, así como su plazo.</p> <p>No se precisa</p>
i. Inicio del procedimiento en	<p>En forma simultánea o sucesiva, el empleador presentará ante la AAT, una</p>	<p>De no llegarse a un acuerdo en negociación directa, el empleador</p> <p>En forma simultánea o sucesiva, el empleador</p> <p>No se precisa</p>

sede administrativa	declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada.	comunica este hecho a la AAT, y solicita la aprobación de su propuesta.	presentará una declaración jurada virtual de encontrarse incurso en la causa objetiva invocada	
j. Etapa de conciliación en sede administrativa	La AAT, dentro de las 24 horas siguientes, convocará a reuniones de conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador, reuniones que deberán llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.	La AAT, dentro de los tres (3) días siguientes, pone el dictamen en conocimiento del sindicato o los representantes de los trabajadores y convoca a reuniones de conciliación, que deben llevarse a cabo dentro de los siguientes diez (10) días.	La AAT, dentro de las 24 horas siguientes, convocará a reuniones de conciliación, según corresponda, al trabajador, a los representantes de los trabajadores y del empleador, reuniones que deberán llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres días hábiles siguientes.	No se precisa
k. Pericia de parte	Debe ser elaborada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República.	Dictamen técnico independiente	Debe ser elaborada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República	No se precisa
l. Silencio administrativo	Negativo	Negativo	Positivo	No se precisa

Sin embargo, consideramos que dichos proyectos normativos dejan de lado aspectos clave que podrían no sólo hacer más dinámico el procedimiento de cese colectivo, sino también procurar su viabilidad y una coherente protección en favor de los trabajadores cesados. En efecto, habiendo mencionado las principales deficiencias de la normativa laboral en torno al procedimiento establecido para los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, consideramos que resulta necesaria la modificación del artículo 48 del TUO de la LPCL y el establecimiento de nuevas disposiciones a fin de que el trabajador cesado en virtud de estas causas no se encuentre en una situación total de desprotección como consecuencia del despido.

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

6.1. En torno al aspecto objetivo

Si bien podría considerarse que la ausencia de una definición exacta de cada una de las causas objetivas no determinan en sí misma la existencia de una laguna normativa de rango legal (Aguinaga Meza, 2014); y que, por ende, no resulta necesario que se establezca – a nivel normativo – una definición de cada causa objetiva o las características que deberían presentar, a fin de determinar la existencia de la misma; somos de la opinión que ello sí es necesario y, en cierto modo, determina la inviabilidad de los ceses colectivos bajo la normativa actual. En efecto, debe tenerse en cuenta que el deber de pronunciarse sobre la procedencia del cese colectivo recae en una entidad estatal, la que, como tal, es representada por funcionarios que se encuentran sometidos a diversas obligaciones funcionales y, por tanto, a la responsabilidad funcional también. Dichas obligaciones encuentran sustento, básicamente, en los principios que rigen el procedimiento administrativo. Al respecto, debe tenerse presente que el

proceder de todo funcionario público debe someterse al principio de legalidad, en virtud del cual *“las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”* y que, este principio es entendido como un límite a la actividad del funcionario público, en contraste con el principio general de libertad, considerándose así que la administración pública (y, por tanto, todo aquél que actúe en su representación) está prohibida de hacer lo que la ley no señala y obligada a hacer lo que la ley manda. Por tanto, consideramos que la ausencia de una definición adecuada para cada una de las causas objetivas (sin perjuicio de que, recientemente se haya regulado una definición para la causa económica) es – además de la poca voluntad política y las posibles sanciones por responsabilidad funcional que podría afrontar un funcionario público que forme parte de la AAT– uno de los principales factores que podrían haber estado determinando la inviabilidad de los ceses colectivos y que las resoluciones emitidas por la AAT se restrinjan al análisis de los aspectos formales a fin de denegar las solicitudes de cese, sin pronunciamientos sobre el fondo.

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

Con relación a las causas económicas, se ha señalado ya que el Decreto Supremo N° 013-2014-TR no cumple con los requisitos formales de validez previstos en la Constitución ni se adecúa a los valores constitucionales de “creación de riqueza y bienestar general”. Por tanto, es importante que se establezca una nueva regulación, que no infrinja el ordenamiento legal ni constitucional en su aspecto formal ni de fondo, sobre la base del deber patronal de acreditar una “disminución persistente”, que debería ser analizada sobre la base de la comparación de los ingresos o ventas en años previos, de tal forma que se

acredite la existencia de esta causa objetiva cuando la disminución de los ingresos o ventas sea persistente e ininterrumpida (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013). Un aspecto importante a tener en cuenta en la determinación de la procedencia del cese por causas económicas es analizar la responsabilidad del empleador en el acontecimiento de la crisis económica, bajo el juicio de razonabilidad que se aplica en tribunales españoles²⁷, que consiste en determinar qué tan adecuada es la medida de cese para lograr sus objetivos, considerando para ello *“el criterio rector estándar de conducta del buen comerciante y que se extiende a la conexión funcional entre el despido y su finalidad”* (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013).

Asimismo, es importante regular las características que deben presentar las causas “tecnológicas” y “estructurales o análogas”, considerando que dentro de estas últimas se encuentran tanto las causas organizativas (vinculadas al organigrama funcional de la empresa) y las de producción (vinculadas a descentralización productiva y el término o no renovación de los contratos de suministro de servicios con las contratistas).

En nuestra opinión, una nueva regulación legislativa que comprenda la definición de las causas económicas, tecnológicas, estructurales y análogas, así como sus características, sería de gran importancia en los casos en los que sea necesaria la disminución del personal con miras a procurar la continuidad de la empresa. Del mismo modo, debería regularse la necesidad de que el empleador acredite que la causa objetiva alegada es inimputable al empleador (Munne, 1992).

6.2. En torno al aspecto subjetivo

La mayoría de legislaciones proporcionan una definición cuantitativa a los despidos colectivos (sobre todo por causas económicas), haciendo referencia al número de trabajadores afectados (a partir de cinco, diez o veinte personas) o a

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Asturias del 15 de julio de 2011.

un porcentaje del personal en función del tamaño de la empresa y, en estos casos, es usual que el despido colectivo se produzca escalonadamente en un periodo determinado (dos o tres meses) (Muller, 2011). Con relación al primer aspecto, consideramos que establecer una cantidad mínima de trabajadores para que se determine la procedencia del cese es importante, en la medida que ello nos permitirá determinar en qué casos nos encontramos ante un cese colectivo o una pluralidad de despidos individuales; sin embargo, como se ha precisado anteriormente, consideramos que el establecimiento de un porcentaje equivalente al 10% puede ocasionar que los empleadores terminen incluyendo en la medida a trabajadores que no deberían ser cesados, con la finalidad de cumplir con el requisito mínimo cuantitativo; por lo que, en nuestra opinión, la cantidad mínima de trabajadores involucrados debería ser de diez (10) cuando los trabajadores y, cualquier cese que involucre a dicha cantidad – con prescindencia del número total de trabajadores en la empresa – se considere un “cese colectivo”. Con relación al segundo punto, en la medida que la sola aprobación de la solicitud del cese no determina la extinción del vínculo laboral, si bien nuestra legislación no lo señala explícitamente, por las disposiciones que regulan el procedimiento de cese colectivo y las distintas etapas del mismo, es posible concluir que una vez aprobada la solicitud, la comunicación del despido debe efectuarse de forma inmediata a cada uno de los trabajadores, a fin de que opere la extinción de los respectivos vínculos laborales y no se cuestione tal voluntad patronal, alegando vulneración al principio de inmediatez, por el solo transcurso del tiempo. Sin embargo, consideramos que el despido de los trabajadores involucrados en la medida podría deberse a poder realizarse también de forma escalonada, dentro de un plazo determinado, a fin de que el impacto en el colectivo de trabajadores sea menor.

Con relación a la prelación de trabajadores consideramos importante que, a falta de regulación vía convenio colectivo, las disposiciones legales establezcan los criterios de preferencia del personal que deba mantener sus puestos de trabajo, sobre la base de: (i) la capacidad y productividad de los trabajadores, siempre que ello pueda ser objetivamente verificable a partir de más de dos evaluaciones

que el empleador hubiera efectuado de forma previa a la generación de la causa objetiva; y, (ii) la carga familiar (especialmente cuando se cuenta con hijos en edad escolar) de los trabajadores. Adicionalmente, podrían señalarse criterios de prelación sobre la base de antigüedad, afiliación sindical, conducta adecuada (lo que implica contar con un récord laboral libre de amonestaciones y sanciones). Finalmente, dado que el cese colectivo afecta un puesto de trabajo, este no debería ser posteriormente ocupado por otro trabajador; sin embargo, ello no implica que las *“las funciones propias del mismo desaparezcan pues éstas pueden seguir formando parte de la actividad si bien desarrolladas por un menor número de trabajadores (...) dado que puesto de trabajo y funciones son perfectamente separables y la desaparición del primero no debe conllevar necesariamente a la eliminación de las tareas del puesto que se puedan integrar en otro u otros puestos de trabajo. Se trata, en definitiva, de una medida razonable que permite aprovechar mejor los recursos humanos”* (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013).

6.3. En torno al aspecto procedimental

Con relación al procedimiento vigente para obtener la aprobación de un cese colectivo, consideramos que la etapa de negociación es clave para determinar la procedencia del cese y procurar que sus efectos sean los mínimos posibles. Cualquier modificación normativa vinculada a esta etapa deberá considerar tres aspectos: el primero, vinculado al sujeto legitimado para entablar las negociaciones y para recibir la información necesaria; segundo, vinculado a la información que debería poner a disposición el empleador; y, el tercero, vinculado a la legalidad y el impacto de la suscripción los acuerdos de mutuo disenso una vez iniciado el procedimiento ante la AAT.

Sobre el primer punto, nos parece importante tener en cuenta que el carácter colectivo del cese justifica la participación de la organización sindical existente en la empresa; de tal forma que, en la medida que es función de la organización sindical representar a sus afiliados (o a la totalidad de trabajadores, en caso se

trate de sindicatos mayoritarios), es la organización sindical el sujeto legitimado para recibir la información laboral pertinente en torno a las medidas que determinan la necesidad del cese colectivo; y, en ese sentido, es también el sujeto legitimado para negociar – en una primera etapa – sobre las medidas que puedan evitar o limitar el cese colectivo. Evidentemente, en esta primera etapa de negociaciones, deberá observarse una actitud adecuada por parte del empleador, la cual debe encontrarse acorde al principio de buena fe, lo cual evidentemente implica un deber de medios y no de resultados. Es decir, el empleador no se encuentra obligado a llegar a un acuerdo que evite o limite el cese de personal en tanto ello no sea posible, pero sí se encuentra obligado a analizar conjuntamente con la organización sindical el efecto de las posibles medidas, a fin de determinar la suficiencia o no de ellas para lograr evitar o limitar el cese. Con relación a estos aspectos, consideramos necesario que se establezca una regulación específica sobre las medidas mínimas cuya implementación deberían ser evaluadas obligatoriamente a fin de evitar o reducir el impacto de cese colectivo, sobre la base de las siguientes opciones (Alfonso Mellado, Rodríguez Pastor, & Salcedo Beltrán, 2013):

- 1) Posibilidad de otorgar vacaciones adelantadas y/o aplicar una suspensión perfecta de labores durante un periodo máximo de seis (6) meses, a fin de procurar el restablecimiento financiero de la empresa, en los casos en los que se presente la causa económica.
- 2) Posibilidad de ubicar al trabajador en un puesto distinto dentro de la misma empresa o, en su lugar, en otra empresa del grupo empresarial.
- 3) Posibilidad de trasladar a los trabajadores a establecimientos o sedes ubicadas en zonas geográficas distintas.
- 4) Modificaciones sustanciales y temporales de condiciones de trabajo, incluyendo la inaplicación temporal del convenio colectivo vigente, en los casos donde se presente la causa económica.
- 5) Posibilidad de recolocar a los trabajadores mediante agencias de recolocación laboral autorizada para estos efectos en caso se apruebe el cese

colectivo. Como veremos en la sección 6.4, el Estado podría intervenir brindando este servicio.

- 6) Posibilidad de promover el empleo por cuenta propia, siempre que ello no implique la prestación de servicios de los trabajadores cesados a la empresa que solicitó el cese colectivo, dado que ello implicaría un fraude a la ley. En este punto, es preciso indicar que nuestra legislación tributaria establece la inafectación del Impuesto a la Renta de Quinta Categoría a las sumas que el sindicato o los trabajadores pacten con el empleador dentro de las negociaciones de cese colectivo, así como en los casos en los que se otorgue a los trabajadores incentivos para la constitución de nueva empresa.

Ahora bien, consideramos que de no ser posible arribar a un acuerdo con la organización sindical que tenga alguno de los efectos señalados, el empleador debería estar en facultad de negociar unilateralmente con los trabajadores involucrados y representados por la organización sindical a fin de establecer cualquier otra medida que coadyuve a la continuidad de las actividades económicas, lo cual resulta coherente con la regulación específica si tenemos en cuenta que este tipo de procedimientos tiene como finalidad procurar que la empresa mantenga su competitividad en el mercado. Sin embargo, consideramos necesario que para determinar la conclusión de la primera etapa (negociación con el sindicato) debería establecerse un plazo máximo y la necesidad de que el empleador acredite que se llevó a cabo la negociación el sindicato – lo que no se reduce únicamente a la exhibición de información o comunicación del inicio del procedimiento de cese colectivo.

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

Así, en la medida que la negociación con la organización sindical constituye en sí misma una negociación colectiva, debería ser posible que en caso se demuestre la existencia de mala fe negociadora por parte del empleador en la etapa de negociaciones, la organización sindical pueda solicitar que mediante arbitraje potestativo y expeditivo, se defina tanto la información que deberá entregar la empresa y la posibilidad de implementar medidas que eviten o reduzcan el impacto del cese colectivo. Sin embargo, el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, que modificó el reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo, regula que el arbitraje potestativo como consecuencia de la mala fe sería posible sólo si dicho comportamiento se presenta en el marco de la negociación del pliego de reclamos, quedando descartada – bajo el ordenamiento legal vigente - cualquier posibilidad de intervención arbitral en el procedimiento analizado.

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

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

Sin embargo, consideramos que en la medida que nuestro TUO de la LPCL regula la suscripción de mutuos disensos como una forma adicional de extinción

del vínculo laboral, siempre que esta no adolezca de vicios de la voluntad y que dichos acuerdos sean firmados por los trabajadores individualmente considerados en la segunda fase de las negociaciones, la suscripción de estos mutuos disensos no constituyen fraude a la ley y se encuentran acordes con nuestro ordenamiento legal, más aún si consideramos que con tal suscripción se coadyuvaría con la continuidad de la empresa. Asimismo, consideramos que la suscripción de este tipo de acuerdos no deberá incidir en el pronunciamiento final de la AAT ni considerarse que la disminución de la cantidad de trabajadores involucrados ocasiona el incumplimiento del requisito cuantitativo que debe cumplirse para la procedencia del cese, dado que tal requisito deberá ser evaluado teniendo en cuenta la cantidad de trabajadores afectados al momento de presentar la solicitud de cese colectivo ante la AAT.

6.4.Rol estatal

De acuerdo con nuestra Constitución Política de 1993, la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana; fórmula que, al igual que la Constitución de 1979, expresa su adhesión al modelo del “Estado Social”. Se ha señalado la contradicción que encerraría la Constitución de 1993 al establecer en su artículo 43° un Estado o República Social y, a la vez, regular un régimen económico neoliberal, en su Título III (Blancas Bustamante, La cláusula del Estado Social en la Constitución, 2011). Dicha aparente contradicción ocasionó que nuestro Tribunal Constitucional se pronunciara en la Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, armonizando ambos conceptos sobre la base de la finalidad que buscan conseguir un Estado Social y una Economía Social de Mercado. En efecto, en los fundamentos 12 y 13 de dicha sentencia se señaló que la Economía Social de Mercado es una condición importante del Estado Social y democrático de derecho. Así, se señala que las nuevas funciones del Estado moderno se encuentran vinculadas a los siguientes aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos:

“ a) *Supuestos económicos*

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

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

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

b) Supuestos sociales

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

c) Supuestos políticos

El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de

identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De este forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

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

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

d) Supuestos jurídicos

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

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

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

El evidente reconocimiento constitucional del derecho al trabajo y a la seguridad social²⁸ ocasiona que estos formen parte de un conjunto de derechos sociales que deben ser promovidos activamente por el Estado, tanto en sentido material como en fuentes de acceso a los mismos. Así, cuando hacemos alusión a la promoción del sentido material del derecho al trabajo y del derecho a la seguridad social en el marco de un procedimiento de cese colectivo, nos referimos al conjunto de normas, preceptos o pautas que deben ser establecidas y reguladas por el Estado, a fin de determinar las conductas a seguir por los actores sociales (Estado, empleador y trabajadores) dentro de tales procedimientos. En efecto, partamos del hecho que el derecho al trabajo comprende, por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo (en cuyo caso, supone que el Estado adopte una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo); mientras que, por otro, el derecho a no ser despedido por causa justa (es decir, una proscripción para cualquier empleador y un deber Estatal de fijar las medidas restitutorias o indemnizatorias en casos de despidos que no sean consecuencia de una causa justa)²⁹; y que, en ese sentido, el derecho al trabajo es un bien jurídico tutelado constitucionalmente. Dado que el derecho a acceder a un puesto de trabajo supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población se encuentre en posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, progresivamente acorde con las posibilidades del Estado; consideramos que debería formar parte de la política estatal la promoción de la recolocación laboral del personal cesado en procedimientos de

²⁸ **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 10°.- Derecho a la Seguridad Social

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

Artículo 22°.- Protección y fomento del empleo

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

Artículo 23°.- El Estado y el Trabajo

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

²⁹ Sentencia recaída en el Exp. 1124-2001-AA/TC.

ceses colectivos, sobre todo en los casos que sean consecuencia de causas económicas y tecnológicas, asumiendo así la corresponsabilidad de las falencias del mercado que ocasionaron la necesidad de reducir la planilla laboral. De esta manera, es deber estatal establecer una legislación especial que le permita cumplir con su rol de ser fuente de acceso al derecho al trabajo en situaciones particulares, lo cual evidentemente no implicará un deber de conseguirle un puesto laboral para el trabajador cesado; pero sí de regular, implementar y realizar los planes, acciones y medidas necesarias que permitan su reinserción en el mercado laboral en el plazo más corto, a través de organismos estatales que funcionen como agencias de recolocación laboral en estas circunstancias especiales.

Por su parte, el derecho a la seguridad social es una garantía constitucional sobre el cual se accede al derecho a la pensión y a prestaciones de salud (sean preventivas, reparadoras o recuperadoras), sobre la base del principio de solidaridad, siendo la alteración de la salud y la vejez (o, su desmedro) las contingencias protegidas, buscando con ello que la calidad de vida se mantenga³⁰. Para ello, se establecen las disposiciones legales que determinan las condiciones de pertenencia a cada régimen y de obtención de las prestaciones correspondientes ante determinada situación. Al respecto, el artículo 10º de la Constitución Política reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental, lo que implica que este derecho *“asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos”*, de tal forma que pueda tener una existencia en armonía con la dignidad³¹. En lo que respecta a la seguridad social en pensiones, la normativa previsional establece una regulación especial para acceder a una pensión de jubilación en casos de cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas; para lo cual el trabajador deberá contar con quince (15) o trece (13) años de aportación, según se sean hombres o mujeres, y el cálculo de la pensión

³⁰ Sentencia recaída en el Expediente 4091-2001-AA/TC

³¹ Sentencia recaída en el Expediente 08-96-PI/TC y Expediente 4091-2001-AA/TC

implicará una reducción de la que le hubiera correspondido, por adelanto de la pensión como consecuencia del cese colectivo. Sin embargo, en lo que respecta a la seguridad social en salud el Estado no ha previsto una regulación laboral específica que permita a los trabajadores afectados por un eventual cese colectivo puedan gozar de una regulación especial que les permita acceder a las prestaciones de salud. En efecto, si bien la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, establece una cobertura especial por desempleo a los afiliados regulares y sus derechohabientes por un periodo de latencia no menor de seis (6) meses ni mayor de doce (12), siempre que cuenten con un periodo mínimo de aportación de treinta (30) meses durante los tres (3) años precedentes al cese; este requisito bastante alto podría resultar una traba para que el trabajador cesado en virtud de un procedimiento de cese colectivo o sus derechohabientes accedan a las prestaciones de salud una vez concluido el vínculo. Por tanto, consideramos necesario que se establezcan disposiciones especiales para que los trabajadores cesados en virtud de procedimientos de ceses colectivos aprobados puedan acceder temporalmente a las prestaciones de seguridad social en salud por la sola aprobación de la AAT y que, en ese sentido, se establezca una regulación articulada que no sólo procure la viabilidad del cese colectivo en las situaciones donde las causas objetivas así lo amerite, sino que no deje desprotegido al trabajador cesado en virtud de estas causas.

En conclusión, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social dentro de un Estado social de derecho impone el deber estatal de tener un rol activo (a través de las entidades y funcionarios que ejercen la representación estatal), que no se reduce a la elaboración de un conjunto de normas, preceptos o pautas que pretendan evitar o resarcir el despido sin causa justa; pues, adicionalmente, supone el establecimiento de medidas que permitan conjugar estos derechos con el bienestar social. Y es que el adecuado ejercicio del derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, así como el deber estatal de promoverlos, procurar su acceso, su conservación y su restablecimiento procedimientos de cese colectivo cuyas causas fueron verificadas de forma objetiva, son de vital importancia en cualquier sociedad, a fin de mantener o mejorar los niveles de

vida para las personas que la integran; y lo es aún más en el caso de los trabajadores afectados por los despidos que fueron aprobados acorde al ordenamiento legal en virtud de causas objetivas.

7. Conclusiones

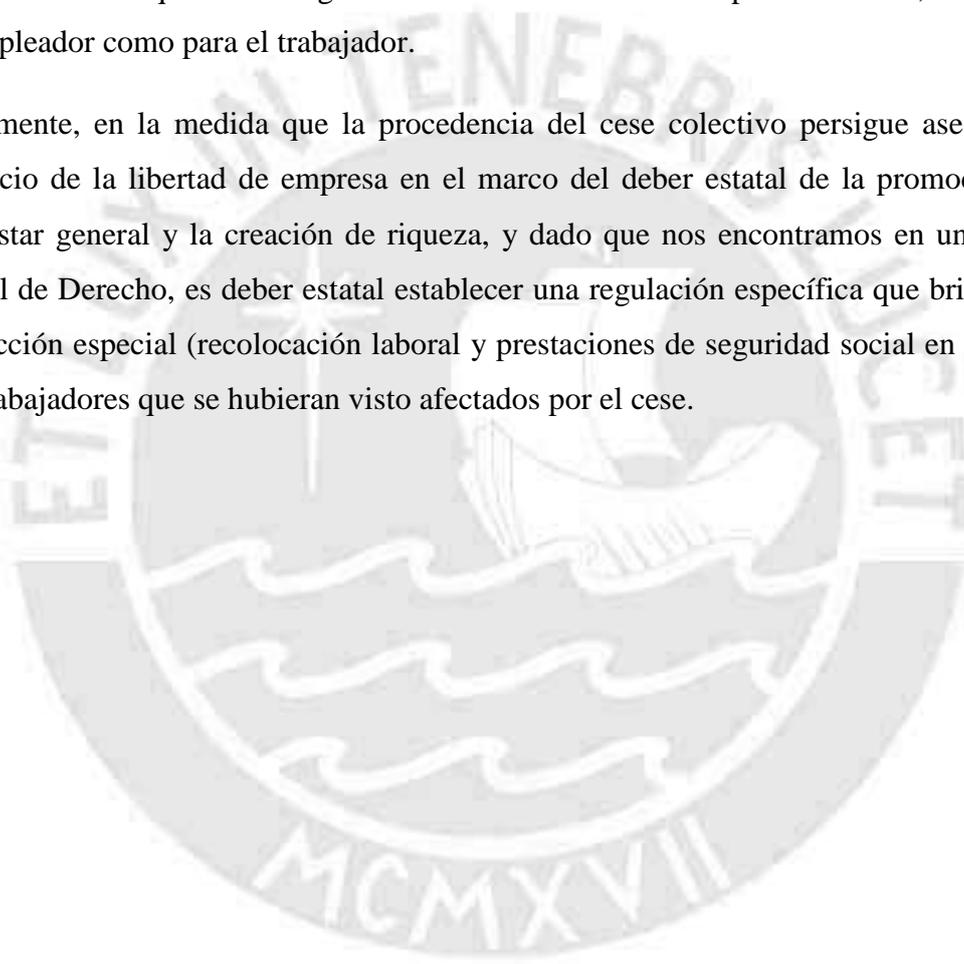
La regulación laboral de los ceses colectivos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas se encuentra expuesta a tendencias políticas, en tanto se ha encargado al Ministerio de Trabajo el trámite y pronunciamiento sobre las solicitudes presentadas por los empleadores y, dado que dicha entidad debe también promover el empleo, puede encontrar dificultades al momento de resolver las solicitudes de cese colectivo, lo que evidencia una contradicción (AELE, 2009). Si bien ya hemos visto que, en caso el empleador no negocie de buena fe no sería posible recurrir a un arbitraje, cabe igualmente preguntarnos si no sería adecuado que el pronunciamiento sobre la procedencia de los ceses colectivos recaiga en un tribunal arbitral u órgano especialmente creado para estos efectos, que no se encuentre con la contradicción señalada y que, en ese sentido, pueda emitir un pronunciamiento objetivo sobre la base de la documentación presentada en el procedimiento.

Es evidente la necesidad de una reforma en torno a las disposiciones que regulan los despidos colectivos por causas económicas, estructurales o análogas, las cuales deberán estar orientadas no sólo a la supervivencia de la empresa, sino también orientadas a procurar una mayor competitividad en el mercado y a una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (Briones González, 1995), así como la protección de los trabajadores que se vean afectados por estas medidas. De allí la urgencia de establecer una regulación que, si bien sea menos complicada y contemple una cantidad mínima de trabajadores involucrado, contenga – a su vez- “candados” que no permitan que el empleador use indiscriminadamente los procedimientos de cese colectivo. Las principales modificaciones deberían establecer una nueva regulación que, principalmente, establezca una delimitación clara de la causa objetiva en cada caso, pues sólo así: (i) el empleador se encontrará en posición de acreditar que se encuentra inmerso en una causa objetiva que determina la reducción de personal, (ii) los trabajadores se encontrarán en posición de entablar negociaciones sobre la base de la

confianza en la existencia real de la causa invocada y (iii) la AAT – que actualmente es quien debe pronunciarse sobre las solicitudes de cese colectivo – podrá tener lineamientos claros que les permitan emitir una resolución fundada en derecho sobre la base del principio de legalidad que rige el actuar de todo funcionario público, en los casos en los que se verifique la existencia real de la causa invocada.

Adicionalmente, es importante establecer una regulación específica en torno al personal involucrado en la medida (criterios de preferencia y prelación), así como procedimentales que brinden garantías adecuadas durante el procedimiento, tanto para el empleador como para el trabajador.

Finalmente, en la medida que la procedencia del cese colectivo persigue asegurar el ejercicio de la libertad de empresa en el marco del deber estatal de la promoción del bienestar general y la creación de riqueza, y dado que nos encontramos en un Estado Social de Derecho, es deber estatal establecer una regulación específica que brinde una protección especial (recolocación laboral y prestaciones de seguridad social en salud) a los trabajadores que se hubieran visto afectados por el cese.



Bibliografía

- AELE. (Febrero de 2009). Carta del Editor. (L. Aparicio Valdez, Ed.) *Análisis laboral*.
- Aguinaga Meza, E. (6 de Diciembre de 2014). *IUS 360*. Obtenido de Las pérdidas acumuladas o futuras como causal de cese colectivo: ¿Es ilegal el Decreto Supremo N° 013-2014-TR?: <http://www.ius360.com/privado/laboral/las-perdidas-acumuladas-o-futuras-como-causal-de-cese-colectivo-es-ilegal-el-decreto-supremo-n-013-2014-tr/>
- Alfonso Mellado, C., Rodríguez Pastor, G., & Salcedo Beltrán, M. (2013). Extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: individual y colectivo. Aspectos sustantivos. En M. Llobera Vila, *Extinción del contrato de trabajo* (pág. 359). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Palestra.
- Atahumán, C. (30 de Febrero de 2013). El despido colectivo por causas económicas: una herramienta legal ante la crisis económica-financiera de las empresas (Parte I). *Actualidad Empresarial*(273).
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula del Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral Peruano* (Tercera Edición ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Boza Pro, G. (1997). *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Briones González, C. (1995). *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Un estudio del artículo 52 del Estatuto de los trabajadores*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España.
- Cavalié Cabrera, P., & De las Casas de la Torre Ugarte, O. (2009). Ceses colectivos de los contratos de trabajo por razones estructurales: análisis de las decisiones de la Autoridad Administrativa de Trabajo. En S. P. Social, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro Homenaje a Javier Neves Mujica* (págs. 233 - 258). Lima: Grijley.

- Cortés Carcelén, J. C. (2000). Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador. En O. I. Trabajo, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú* (págs. 161 - 189). Lima: Flaviográfica E.I.R.L.
- Ministerio de Trabajo y Promoción Social. (Febrero de 2001). Las causas objetivas de terminación colectiva de los contratos de trabajo. *Revista de trabajo*(9).
- Muller, A. (3 de Setiembre de 2011). *Nota de Información de Dialogue de la Oficina Internacional del Trabajo*. Recuperado el 24 de Octubre de 2015, de ILO: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_172297.pdf
- Munne, G. (1992). *Suspensiones y despidos por causas económicas*. Santa Fe: Editorial Panamericana.
- Navarro Nieto, F., & Sáez Lara, F. (1998). *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Organización Internacional del Trabajo. (Abril de 2011). *OIT*. Obtenido de Oficina Internacional del Trabajo : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_153218.pdf
- Quino Cancino, S. (2014). La reducción de personal en situaciones de crisis: principales consideraciones y cuestionamientos. En S. P. Social, *Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva* (págs. 379 - 392). Lima: SPDTSS.
- Ramírez Bosco, L. (1986). *Manual del despido* (Segunda Edición ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
- Urbina Morón, J. C. (2009). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Zavala Costa, J. (2004). El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo. En S. P. Social, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (págs. 239 - 256). Lima: SPDTSS.