

El cese individual por necesidades empresariales como aspecto rescatable de la Ley General del Trabajo



GERMÁN LORA ÁLVAREZ

Abogado por la Universidad de Lima,
Post-Grado en Derecho de Trabajo por la Universidad de Salamanca, España,
Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Navarra, España.



SUMARIO:

- I. Antecedentes.
- II. Marco jurídico.
- III. Naturaleza jurídica del cese por causas objetivas.
- IV. Despido por causa justa y cese objetivo por necesidad empresarial.
- V. Normativa nacional: cese colectivo por necesidades empresariales.
- VI. Nuestra propuesta: cese individual por necesidades empresariales.
- VII. El cese individual en la legislación comparada.
- VIII. A manera de conclusión.

"Entre el despido por fuerza mayor y el disciplinario, el ET coloca bajo la rúbrica eufemística (pues nos hallamos en efecto ante despidos) "Extinción del contrato por causas objetivas" la serie heterogénea de supuestos – de despido, se insiste – que se pasa a estudiar".

MANUEL ALONSO OLEA Y MARÍA EMILIA CASAS BARRONDE.

I. ANTECEDENTES

A mediados del año 2010, me encontraba reunido con un cliente para discutir temas de orden laboral relacionados con el personal de su planilla. Dentro de los puntos que se trataron en la mencionada reunión, los representantes de la empresa (cliente) pusieron "sobre la mesa" la necesidad de cerrar el rubro de fabricación de zapatos de niños, puesto que no le había ido de la forma planificada hace 5 años. Con ello, me comentaron, que se dedicarían exclusivamente a la fabricación de zapatos de hombres y mujeres adultos. Cabe mencionar que para la fabricación de zapatos de niños, la empresa cliente tenía asignado directamente a siete trabajadores, de los ciento diez que tenía en toda la fábrica.

Frente a la situación planteada se analizaron una serie de alternativas. En primer término, se verificó que el número de trabajadores que

se necesitaba desvincular no alcanzaba para el inicio del trámite de cese colectivo, conforme a lo establecido por el artículo 48 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 —Ley de Productividad y Competitividad Laboral ("LPCL") pues no llegábamos al 10% del total de trabajadores de la planilla de la empresa para calificar al cese objetivo como colectivo.¹

Luego de las (escasas) medidas colectivas, pasamos a revisar las medidas individuales y evidentemente nos encontramos ante la imposibilidad de despedir al trabajador por causa justa que evite la contingencia de caer en despido injustificado o arbitrario, pues la situación económica u organización de la empresa no constituye causa que justifique la extinción unilateral de la relación laboral, por lo menos conforme a la legislación laboral peruana.

Siguiendo con el análisis, arribamos a la posibilidad de extinguir el vínculo laboral de los trabajadores a través de la figura del despido arbitrario² y generarles el beneficio de la indemnización como reparación de la extinción unilateral de la relación laboral.³ Sin embargo, frente a esta alternativa encontramos una corriente jurisprudencial del Tribunal Constitucional que data desde el año 2001, en el sentido que frente a este tipo de despidos cabe la reposición del trabajador⁴ y es este quien decide entre la reparación económica o la restitución en su puesto de trabajo; salvo que se tratasen de trabajadores que

1 Artículo 48 de la LPCL: "La extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en el inciso b) del Artículo 45, sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez (10) por ciento del total del personal de la empresa (...)"

2 Artículo 34 de la LPCL: "El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente".

3 Artículo 38 de la LPCL: "La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dízimos y treintaésimos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba".

4 De forma resumida, el Tribunal Constitucional señala que el artículo 34 de la LPCL —que indica que frente al despido arbitrario la única reparación es la indemnización— importa una protección incompatible con la Constitución. Siendo ello así establece lo siguiente:

"El artículo 34 de la LPCL vicia de contenido al derecho constitucional al trabajo, en tanto permite despidos incusados o arbitrarios y con ello se vicia totalmente el contenido de este derecho constitucional."

desempeñaban cargos de dirección o puestos de confianza, donde la reposición no cabría por las condiciones y características especiales de la prestación de servicios de estos trabajadores. Esta situación no sucedía en el caso planteado por la empresa cliente.

Finalmente, conversamos sobre la alternativa de celebrar un acuerdo con el trabajador para la extinción de su vínculo laboral o para la presentación de su carta de renuncia y vimos que ello generaría un costo mayor para la empresa, puesto que el trabajador siempre exigirá montos mayores a los fijados por la legislación laboral peruana (i.e. indemnización por despido arbitrario). Sobre el particular, algunos doctrinarios han señalado —considero que con mucha razón por lo que vemos en la práctica diaria— que la figura de la reposición constituye en muchos casos un medio de extinguir la relación de trabajo con el otorgamiento de montos indemnizatorios superiores a los fijados por ley.

La reunión terminó con el pedido expreso del cliente que analizara las alternativas de solución a la situación planteada y que le remitiera un informe al respecto.

Creemos que los antecedentes presentados justifican largamente la necesidad de elaborar el presente artículo, no solamente para plantear el problema de la ausencia de flexibilidad para la salida de los trabajadores que hoy presenta el ordenamiento jurídico laboral y la jurisprudencia laboral, sino también para proponer soluciones frente a ello. En este sentido, consideramos importante proponer la necesidad de regular la figura del cese individual por causas objetivas —o también denominado procedimiento de "amortización" de los puestos de trabajo— conforme a las consideraciones previstas en el presente artículo.

II. MARCO JURÍDICO

En el ordenamiento laboral peruano existen diversas formas de extinción de la relación laboral, encontrándose estas contempladas en la LPCL. En efecto, el artículo 16 de la norma en referencia recoge los supuestos válidos en los cuales es posible extinguir una relación laboral. Entre ellos tenemos: (i) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural; (ii) la renuncia o retiro voluntario del trabajador; (iii) la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; (iv) el mutuo disenso entre trabajador y empleador; (v) la invalidez absoluta permanente; (vi) la jubilación; (vii) el despido, en los casos y forma permitidos por la ley; y, (viii) la terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente ley.

Así, para efectos de la propuesta de implementar el cese individual por necesidades empresariales corresponde necesariamente analizar la causal correspondiente a la "terminación de la relación laboral por causa objetiva", la misma que en nuestro ordenamiento está permitida para casos de cese colectivo, mas no para supuestos de cese individual, tal y como señalaremos más adelante. Por lo tanto, la norma peruana es clara en fijar que los ceses o la terminación de la relación laboral sustentados en causas objetivas solo serán procedentes en los casos y formas permitidos por la legislación laboral peruana; es decir, hoy solo con alcances colectivos.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CESE POR CAUSAS OBJETIVAS

Como es sabido, el cese por causas objetivas (sea colectivo o individual) es una forma de extinción de la relación de trabajo a través de

El pago de la indemnización ante el despido no supone una restitución propia del derecho civil laboral. Debido a la disparidad entre el empleador y el trabajador, la Constitución reconoce una serie de derechos y principios laborales, de tal suerte que la indemnización por despido importa una disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

La prohibición ante el despido no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo.⁶

la cual el cese se produce como consecuencia de la existencia —sobrevvenida al inicio de la relación laboral— de causas objetivas ajenas a la voluntad de las partes que conllevan al empleador a tomar la decisión de extinguir la relación de trabajo que mantiene con uno(s) de su(s) trabajador(es).

En ese sentido, Sala Franco y Pedrajas han señalado que:

"[E]l despido objetivo viene caracterizado a grandes rasgos por responder a causas que tratan de mantener el equilibrio de las contraprestaciones derivadas de la relación laboral en aquellos supuestos en que (...) por necesidades empresariales, se estima que la continuidad del negocio resulta extremadamente gravosa, dando primacía, entre el principio de estabilidad en el empleo y la libertad de empresa, a esta última".⁵

Desde ese punto de vista, se puede afirmar válidamente que el cese por causas objetivas tiene por objeto directo privilegiar a la empresa, concretamente asegurando su supervivencia e inclusive garantizando su viabilidad y de forma indirecta asegurar el puesto de trabajo del resto de los trabajadores, con mayor énfasis en los procesos colectivos.

En efecto, en la misma línea Arce Ortiz ha señalado que lo que está tras el inciso b) del artículo 46 de la LPCL (cese por necesidad empresarial) se introduce en el entendido de proteger la productividad, como una causa para realizar ajustes numéricos a la planilla de trabajadores.⁶

En este sentido, una parte de la doctrina laboral considera que los despidos objetivos constituyen en esencia despidos "libres" o "cuasi libres".

De otro lado, hay quienes señalan la necesidad de la existencia de este tipo de herramientas dentro de la actividad a fin de defender la subsistencia de las empresas como unidades económicas dentro de una sociedad, las mismas que requieren de mecanismos legales necesarios para garantizar su viabilidad, buscando el mantenimiento de puestos de trabajo a través —aunque resulte paradójico— de la extinción objetiva de otras relaciones laborales.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debemos precisar que no se trata de que el sistema de ceses objetivos por necesidades empresariales otorgue un privilegio ilimitado a los empleadores por sobre el derecho de los trabajadores a no ser despedidos arbitrariamente (estabilidad laboral) al brindarle mayores mecanismos de extinción unilateral del vínculo laboral, toda vez que para la procedencia del cese por necesidades empresariales es requisito la comprobación objetiva de una causa real que sustente la medida, así como también el cumplimiento de un procedimiento especial para tal efecto. Es decir, no basta que existan las causas objetivas fijadas por la legislación, sino que las mismas justifiquen la amortización de los puestos de trabajo y que —en algunos casos— se cumplan con el procedimiento de ley. En este punto coincidimos plenamente con el profesor Olea y la profesora María Emilia Casas Baamonde en el sentido que ni el Juez ni la Administración Laboral, *"pueden sustituir por la suya propia la decisión del empresario, de forma que el control (administrativo o judicial, en sus respectivos campos) no pueden ir más allá de verificar la razonabilidad de la medida (...) excluyendo cualquier valoración de la gestión del empresario"*⁷

Será de suma importancia que lo mencionado con tanta claridad por los profesores españoles

- 5 SEMPERE NAVARRO, Antonio (Director). *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*. Editorial Thomson Aranzadi, Primera Edición, Navarra, 2009, pp. 235 - 236.
- 6 ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del trabajo: desarrollos y referencias*. Palestra, Lima 2008, pp. 562.
- 7 OLEA, Manuel Alonso y CASAS BAAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Thomson Civitas, Madrid 2004, Vigésimo Segunda Edición, p. 467

sea tomado en cuenta siempre por los encargados de evaluar y resolver (administrativa o judicialmente) los temas laborales y en especial en los casos de ceses por causas objetivas, sean individuales o colectivos.

Por lo expuesto, debemos dejar claramente establecido que la terminación de un vínculo laboral por causas objetivas se materializa a través de la decisión del empleador de extinguir la relación de trabajo como consecuencia de la existencia de elementos objetivos —ajenos a la actuación de las partes— que hacen insostenible la continuidad de la relación laboral. Lo relevante es determinar la existencia de elementos objetivos, pues éstos permitirán la extinción del vínculo; es decir, la comprobación de los requisitos formales (causa objetiva y procedimiento legal) es indispensable, toda vez que los mismos acompañarán necesariamente la decisión empresarial de extinguir el vínculo laboral.

IV. DESPIDO POR CAUSA JUSTA Y CESE OBJETIVO POR NECESIDAD EMPRESARIAL

Ahora bien, una vez definido el concepto del cese objetivo por necesidades empresariales es preciso delimitar el mismo y establecer sus principales diferencias con el despido.

De acuerdo a la normativa laboral nacional, el despido es la decisión del empleador de extinguir el vínculo laboral, la misma que se encuentra sustentada en una causa justa objetiva establecida en la ley. Ello es así toda vez que

el despido es una institución causal, situación que limita al empleador el uso discrecional de la facultad de extinguir el vínculo laboral de manera unilateral. Así, una vez establecido que el artículo 22 de la LPCL precisa que "la causa justa puede estar relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador", tenemos que, en cada caso, los artículos 23 y 24^o del mismo cuerpo normativo establecen las causales taxativas que facultan al empleador a iniciar un procedimiento de despido en contra del trabajador que haya incurrido en alguna de las causales allí contenidas.

En tal sentido, para que proceda el despido por causas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador es necesario que el empleador cumpla con acreditar objetivamente la existencia de alguna causal de despido atribuibles al trabajador, tales como las referidas anteriormente. Así, puede afirmarse que el despido por las causas referidas anteriormente es un despido "objetivo", toda vez que tiene sustento en hechos reales y fundamentalmente sustentados en el trabajador —en su capacidad o conducta— y no sobre la base de la voluntad del empleador ni de sus necesidades empresariales.

No obstante lo señalado, consideramos que las causas "objetivas" del despido relacionado con la capacidad o conducta del trabajador tienen esta calidad por la razón de que requieren una comprobación adicional a la sola voluntad del empleador, pero siempre dicha causa será atribuible al trabajador. Este hecho origina que el empleador evalúe la posibilidad de extinguir el

8 BLANCIAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA, Lima, 2006, pp.139.

9 Artículo 23.- "Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

El deterioro de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;

La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley; determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes?

Artículo 24.- "Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador?

vínculo laboral si considera que la capacidad o conducta del trabajador hace insostenible la continuidad de la relación laboral.

Por su parte, el cese objetivo por necesidades empresariales tiene sustento en una circunstancia coyuntural independiente a un hecho atribuible al trabajador o al empleador, el mismo que origina que este último prácticamente se vea en la necesidad de extinguir el vínculo laboral. Como puede apreciarse, este tipo de extinción de la relación laboral tiene el objeto de mitigar o evitar un daño a la empresa y no sancionar (despido disciplinario) o evitar que el trabajador incumpla con prestar sus servicios en los términos para el cual fue contratado (despido por incapacidad).

En efecto, de acuerdo a lo señalado por Alameda Castillo las causas objetivas por necesidades empresariales encuentran sustento en evitar futuras y graves crisis económicas, así como también debe señalarse que las decisiones empresariales extintivas están ligadas a la superación de una situación negativa futura.¹⁰ Como se ha señalado anteriormente, el cese objetivo por causas económicas debe estar debidamente sustentado en una causa económica demostrable, no sobre la base de meras presunciones.

En ese orden de ideas, en el segundo supuesto —cese por necesidades empresariales— las causas de la extinción son "objetivas" porque no derivan de la voluntad del empleador, sino que la decisión extintiva ha sido adoptada por el empresario en base a unas circunstancias valorables "objetivamente". No tienen su origen en un incumplimiento contractual del trabajador.¹¹

De lo expuesto, tenemos que la si bien el cese objetivo por necesidades empresariales respon-

de a causas coyunturales ajenas a la voluntad de las partes y el despido por capacidad o conducta del trabajador responde a hechos atribuibles a los propios trabajadores, es evidente que en ambos casos la extinción de la relación laboral se da como consecuencia de la voluntad del empleador de extinguir el vínculo sobre la base de un sustento objetivo; no obstante, la causa que los motiva es sustancialmente distinta. Es por ello que debemos dejar claramente establecido que no estamos ante extinciones "automáticas" del contrato de trabajo (i.e. la extinción de la relación de trabajo por jubilación obligatoria), sino ante verdaderos despidos; es decir, actos unilaterales del empleador sustentados en causas objetivas empresariales.

En tal sentido, sea por necesidades empresariales, o por capacidad o conducta del trabajador, en ambos casos se evidencia la existencia de una causa objetiva que válidamente debería permitir la extinción del vínculo laboral. No obstante lo señalado, la normativa laboral vigente no permite el cese individual por necesidades empresariales, dejando de lado la posibilidad de extinguir el vínculo laboral individualmente cuando exista una causa que responda objetivamente a una necesidad empresarial.

V. NORMATIVA NACIONAL: CESE COLECTIVO POR NECESIDADES EMPRESARIALES

Actualmente, el cese objetivo por necesidades empresariales se encuentra contemplado en nuestra legislación únicamente para los casos de cese colectivo. En efecto, de acuerdo a lo establecido por el artículo 48 de la LPCL la extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas correspondientes a motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos previstas en el inciso b) del Artículo 46¹²

10 ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial: conservación frente a la liquidación de empresa en crisis*. Madrid, CES, 2001, p. 164.

11 SEMPERE NAVARRO, Antonio (Director). *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*, Editorial Thomson Aranzadi, Primera Edición, Navarra, 2009, p. 270.

12 Artículo 46.- "Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:
(...)
b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;"

de la misma norma, solo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al 10% del total del personal de la empresa.

De acuerdo a la referida norma, el cese por causas objetivas solo procederá cuando concurren los elementos objetivos establecidos en la LPCL junto con la voluntad extintiva del empleador, la misma que tendrá fundamento en las pérdidas económicas que sufra la empresa.

Tal como se puede apreciar, la norma establece dos requisitos para la procedencia del cese colectivo, a saber: (i) la causa económica, tecnológica, estructural o análoga que evidencia necesidad empresarial; y (ii) un elemento cuantitativo que exige un mínimo de trabajadores para la procedencia del cese.

Respecto de la necesidad empresarial debemos precisar que consideramos que las causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas no necesariamente deben representar un peligro de quiebra o inminente crisis para la empresa, basta con que la productividad o competitividad de la misma sea vea reducida en comparación con sus resultados anteriores y que dicha circunstancia se mantenga para poder alegar la existencia de alguna de las causas objetivas antes señaladas. Ello en razón de que lo que se busca es la continuidad de la empresa dentro de un marco de competitividad y productividad promedio dentro del mercado.

Por su parte, en relación al elemento cuantitativo solo queda reiterar que la norma señalada establece un mínimo del 10% de trabajadores para la procedencia de la medida del cese colectivo.

Este último requisito es exigido supuestamente para efectos de que las entidades empleadoras no abusen de la facultad de cesar trabajadores individualmente. No obstante, cabe preguntarse si ello es válido. ¿Acaso con una adecuada regulación que implique un efectivo control sobre la real existencia de las necesidades empresariales

no podría evitarse el abuso del mecanismo de cese en referencia? Particularmente consideramos que un adecuado tratamiento de la figura del cese individual por causas económicas permitiría evitar los eventuales abusos que podrían cometer las entidades empleadoras.

A lo señalado anteriormente habría que agregar dos temas. En primer término, no vemos impedimento constitucional ni legal alguno para que nuestra legislación laboral pueda considerar —a través de una modificación legislativa— la posibilidad de que entre esos "casos y formas permitidos por ley" se agregue la facultad de utilizar esas mismas razones objetivas para la extinción unilateral (despido) pero en números inferiores a los fijados actualmente (10%), y sobre la base de procedimientos distintos a los fijados para los ceses colectivos, conforme lo mencionaremos más adelante. En segundo término, consideramos importante brindarle a la legislación laboral peruana una medida de "oxigenación" frente al endurecimiento en la estabilidad laboral de los trabajadores, gratificado en el ejemplo que dio inicio al presente artículo. Medida desde todo punto de vista necesaria.

VI. NUESTRA PROPUESTA: CESE INDIVIDUAL POR NECESIDADES EMPRESARIALES

Una vez analizada la figura de cese colectivo por necesidades empresariales, es necesario evaluar la posibilidad de implementar dicha medida para los ceses individuales. En ese sentido, en relación al despido colectivo Blancas Bustamante ha señalado que "*jurídicamente se trata, en realidad, de una pluralidad de despidos individuales, pero vinculados por su causalidad y coetaneidad, en cuanto se fundamentan en el mismo acto.*"¹³ Partiendo de la premisa planteada por Blancas Bustamante, en el sentido de señalar que realmente estamos frente a despidos individuales, el facultar a realizarlos en los supuestos en el que número de trabajadores sea inferior al 10% —es decir en caso precisamente de ceses individuales adquiere mayor fundamento— pues se llega a la conclusión que el mínimo exigido por

13 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit. p. 473.

la legislación peruana es arbitrario, como sucede en casi todos los casos en que se establecen porcentajes mínimos o máximos. Así, resulta controvertido el porcentaje establecido al ser a todas luces subjetivo y carente de un sustento válido; es decir, ¿por qué no cinco por 5% o 8%?

En efecto, lo señalado en el párrafo precedente tiene sustento si es que se considera que la causa objetiva afecta en las mismas proporciones a cualquiera de los trabajadores que potencialmente podrían ser cesados. Siendo ello así, sin necesidad de atender al elemento cuantitativo ya tendríamos una causa objetiva que permitiría extinguir la relación laboral de cada uno de los trabajadores.

Desde dicha perspectiva, el despido individual por necesidades empresariales sería completamente válido, toda vez que la causa objetiva (*i.e.* disminución de la productividad y competitividad de la empresa) se encuentra presente y afecta a todos los trabajadores.

Por otro lado, existen áreas o dependencias de la Empresa que por necesidades empresariales deberían ser eliminadas, contando con el sustento objetivo y real para ello; sin embargo al no encontrarse dentro del número mínimo establecido en la norma (10%), no procedería el cese objetivo.

Queda claro, entonces, que el elemento cuantitativo no debería ser un límite para la aplicación de la medida si consideramos que la situación "negativa" de la empresa puede superarse con la extinción del vínculo de una, dos o tres personas; no necesariamente con el despido del 10% de la planilla de trabajadores.

A manera de ejemplo, piénsese en una empresa de cien trabajadores que produce una utilidad anual de S/. 1'000,000.00 y que por cuestiones organizacionales disminuye el 20% de su utilidad —durante un período de 3 años consecutivos— por la implementación de un área de *marketing* compuesta por tres personas. ¿Acaso no es válido que se permita al empleador reestructurar su empresa cesando a los tres trabajadores del área de *marketing* por razones estructurales-económicas? Consideramos que sí, teniendo en consideración que existe una causa objetiva que facultaría la extinción de dichos vínculos.

Ahora bien, si es que lo que se busca es evitar el abuso de dicha figura, la exigencia de requisitos "formales" adicionales a la existencia de una necesidad empresarial constituye una salida válida para no limitar la posibilidad de los empleadores de extinguir la relación laboral con sus trabajadores únicamente por necesidades de la empresa. Sin embargo, consideramos que esos requisitos formales no deben ser tales que haga burocrática y tardía la medida que requiere implementar la empresa.

Algunos podrían pensar que, en relación a los "requisitos formales" antes señalados, los siguientes constituirían un límite razonable al eventual abuso que podría presentarse por parte de las entidades empleadoras:

- Acreditar a través de una auditoría la situación de pérdida económica permanente de la empresa que justifique la necesidad de la medida.
- Demostrar mediante estudios la necesidad de cesar personal de la empresa a efectos de mitigar la situación "negativa" o regresar a la anterior situación económica de la empresa.
- Solicitar a una entidad imparcial (*i.e.* Poder Judicial o Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) que evalúe la documentación antes referida para efectos de autorizar el cese del personal.
- Establecer un derecho preferencial en favor de los trabajadores cesados por una de las causales de necesidad empresarial en caso se requiera contratar personal en el cargo del ex trabajador.

De esta manera, algunos entenderían que podría verse reducida la posibilidad de un abuso por parte de las entidades empleadoras, toda vez que sus decisiones estarían sujetas a diversos controles y el cumplimiento de formalidades destinadas a evitar el fraude en la aplicación de dicha medida. Sin embargo, nosotros consideramos que, a diferencia del procedimiento para la extinción colectiva de los contratos de trabajo por razones objetivas, el procedimiento para la desvincula-

ción individual por las razones objetivas debería ser muy ejecutivo y simple.

Así, somos de la opinión que cuando la empresa se encuentre en alguna de las causas objetivas para la desvinculación individual de trabajadores, podrá comunicar al trabajador la decisión de extinguir la relación de trabajo, sustentando claramente y de forma precisa las razones para ello, para lo cual deberá contar con un informe de terceros que le permita justificar la medida, sin que en ningún caso se tenga que acudir a un procedimiento administrativo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

En cualquier caso, si el trabajador afectado considerase que la decisión adoptada por la empresa no se encuentra ajustada a ley o que no existen las razones objetivas planteadas por la entidad empleadora o el informe no sustenta las mismas; él podría iniciar un proceso judicial para impugnar el despido, buscando la reposición en su centro de labores o el pago de la indemnización por despido arbitrario.

Con el objeto de "compensar" la practicidad de la medida, muchas legislaciones prevén que si la entidad empleadora opta por la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas deberá indemnizar al trabajador, pero en montos menores a los que se regulan para el caso de un despido arbitrario, lo cual tiene lógica. Es decir, por ejemplo que la indemnización en el caso de una desvinculación individual objetiva sea de media remuneración ordinaria mensual por cada año de servicios con un tope de cuatro sueldos para las grandes empresas y hacerlo proporcional para el caso de las micro y pequeñas empresas.

En efecto, en muchas legislaciones el cese individual por necesidades empresariales se aplica junto con el pago de una indemnización; ello en razón de que el trabajador se ve perjudicado con la adopción de dicha medida, la misma que si bien es objetiva, no es imputable al comportamiento o capacidad del trabajador. En efecto, a

diferencia del despido disciplinario o aquel fundamentado en el detrimento de las capacidades del trabajador, la causa objetiva que sustenta el despido por necesidades empresariales no es imputable a ninguna de las partes.

No obstante lo señalado, es evidente que el riesgo empresarial se ve trasladado en cierta medida al trabajador cesado pese a que se haya empleado una causa objetiva para el cese de la relación laboral. Por tal motivo, es válido pensar en realizar el pago de una indemnización a los trabajadores cesados en aplicación de esta modalidad, para efectos de resarcir el daño que ha sufrido el trabajador al haber perdido su empleo.

Cabe recordar que en los sistemas de extinción de los contratos de trabajo de alcance colectivo por razones objetivas, la figura de la reparación o indemnización económica no ha sido pensada y tampoco regulada en nuestra legislación.

En cualquiera de los casos, y siempre que la causa objetiva realmente exista y se encuentre fehacientemente demostrada y sustentada, deberá ser descartada la posibilidad de la reposición, salvo fraude.

VII. EL CESE INDIVIDUAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Adicionalmente a lo señalado es preciso hacer referencia a la legislación de países que han implementado el cese individual por necesidades empresariales en su respectiva normatividad laboral.

A manera de ejemplo, citamos el artículo 52 del Estatuto de Trabajadores (Ley laboral española) que regula el cese individual por necesidades empresariales, el mismo que señala que el despido individual por necesidades empresariales podrá ser empleado aduciendo causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.¹⁴

Naturalmente, el Estatuto de Trabajadores prevé el pago de una indemnización para

14. El artículo 52 regula la extinción del contrato por causas objetivas haciendo remisión al artículo 51 del mismo cuerpo normativo para presentar las causales de extinción.

aquellos trabajadores cesados bajo la aplicación de dicha causal de extinción. Así, el artículo 53 de dicho cuerpo normativo señala que las entidades empleadoras que apliquen dicha causal de extinción deberán “poner a disposición del trabajador, (...) la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.¹⁵ Como se podrá observar la “indemnización” por este tipo de despidos es inferior a la que corresponde a un despido improcedente (arbitrario).

De la misma manera, el Código de Trabajo chileno regula la extinción del contrato de trabajo por necesidades empresariales, señalando lo siguiente:

Artículo 161.-

“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.

Asimismo, dicha norma establece el pago de una indemnización para aquellos trabajadores cuyo vínculo laboral se extingue como consecuencia de la aplicación de dicha modalidad de

cese. No obstante ello, dicha indemnización no se aplica para todos los supuestos, sino simplemente cuando el vínculo laboral se extingue sin efectuar un preaviso al trabajador:

Artículo 163.-

“Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161 —cese por necesidades empresariales—, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración”.

Finalmente, cabe hacer referencia al proyecto de la Ley General del Trabajo peruana, la misma que recoge y regula el instituto materia del presente artículo. En efecto, en el subcapítulo referido al despido por causas relativas al funcionamiento de la empresa, el artículo 182 establece lo siguiente:

15 Es preciso recordar que la “indemnización por despido arbitrario” en la legislación española se encuentra regulada en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores:

“1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquella:

a) Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probare por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

"Son causas relativas a las necesidades de funcionamiento de la empresa, que justifican el despido:

- 1) *La económica, técnica o estructural;*
- 2) *El caso fortuito o fuerza mayor (...)."*

Asimismo, el artículo 192 del mismo proyecto establece que *"por las causas señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo 182 el empleador puede despedir directamente al trabajador, mediante carta que precise el motivo específico que invoca para el despido así como la fecha de cese"*.

Por su parte, el referido proyecto prevé el pago de una indemnización para los trabajadores cesados bajo esta modalidad. Dicha indemnización será pagada de acuerdo a los siguientes criterios:

Artículo 194.-

"(...)

El trabajador despedido (...) tiene derecho a percibir una indemnización equivalente a treinta (30) días de remuneración ordinaria por cada año completo de servicios, con un mínimo de sesenta (60), hasta un máximo de ocho (8) años; a veinte (20) días de remuneración por cada año adicional hasta un máximo de ocho (8) años, y a diez (10) días por cada año adicional hasta un máximo de ocho (8) años."

Como se puede apreciar, tanto las legislaciones mencionadas como el proyecto de ley citado prevén las mismas —o similares— causas para la extinción de la relación de trabajo por causas objetivas (i.e. económicas, estructurales, técnicas, entre otras). Asimismo, todas aquellas prevén el pago de una indemnización por el daño que el trabajador sufre como consecuencia del cese por necesidades empresariales.

Un tema importante que deberá ser tomado en cuenta en el momento que se legisle sobre la materia del cese objetivo individual, es la situación de los dirigentes sindicales que gozan del fuero sindical y que de alguna forma los protege contra los despidos de su entidad empleadora.

Somos de la opinión que en dichos casos se deberá ser más cuidadoso en la fundamentación de las razones objetivas que justifiquen la extinción de la relación de trabajo.

Otro tema que necesitará de mucha discusión y análisis es la carga de la prueba del despido objetivo. Somos de la opinión que el empleador deberá llevar —como en todos los despidos— el peso de la carga de la prueba, a fin de que se acredite fehacientemente la existencia de una auténtica causa objetiva. Por ejemplo, en cuanto a las causas objetivas, consideramos que el empleador además de demostrar la existencia de una situación económica desfavorable deberá probar que los despidos contribuirán a su superación.

En lo que respecta a las causas técnicas, de organización o productivas deberá ser necesaria la prueba relacionada a la mejor o más eficiente utilización o administración de los recursos por parte de la entidad empleadora. Es decir, que en vista de que la empresa ha visto por conveniente una utilización más adecuada de su "recursos humanos" y organizaciones requiere cesar a cierto número de trabajadores. Ante ello, nos preguntamos ¿es suficiente ello? o se requiere que de forma adicional la empresa demuestre que esa utilización más adecuada garantizará la viabilidad de la empresa, o que responda a exigencias de mercado, de competencia, de lineamientos remitidos por la matriz o por la corporación. Situaciones que deberán ser resueltas —consideramos nosotros— por la doctrina jurisprudencial que se generará con el tiempo.

En este sentido, nos genera un gran expectativa conocer si, con la regulación planteada, situaciones como pérdidas económicas de la empresa arrastrada hace algunos años, la resolución de contrato de importantes clientes, la caída de importantes pedidos de producción que sustenta la actividad económica de la empresa, las restricciones de los contratos, la eliminación del puesto de trabajo en el nuevo organigrama de la empresa, el pago de indemnizaciones importantes o de multas impuestas por las autoridades administrativas, entre otras; puedan constituir situaciones que nos lleven

a utilizar la figura analizada a lo largo del presente artículo.

VIII.A MANERA DE CONCLUSIÓN

Lo señalado en líneas anteriores tiene por objeto sostener la factibilidad de implementar la figura del despido individual por necesidades de la empresa, brindando así una alternativa para el mejoramiento de la productividad y competitividad de las empresas cuando éstas enfrenten crisis o pérdidas.

Como lo señalamos a lo largo del presente artículo, el cese individual por necesidades empresariales obedece a causas objetivas no atribuibles a ninguno de los sujetos parte de la relación laboral que permite estabilizar las situaciones negativas que atraviesen las empresas en determinadas oportunidades. Asimismo, dichas situaciones adversas deberán ser reales, continuadas y debidamente sustentadas, a efectos de evitar el fraude y el abuso de dicha figura.