

El derecho del trabajo ante las nuevas formas de organización de la empresa. La descentralización productiva: ¿es causa objetiva de cese colectivo?

Iván Paredes Neyra

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Estudios de Maestría en Relaciones Laborales – PUCP

Post grado en Relaciones Laborales en la Universidad Complutense de Madrid -España

Sumario

Introducción. I. Descentralización Productiva. 1. Concepto. 2. Clases. 3. Causas y Consecuencias. II. Cese Colectivo por Causas Objetivas. III. La descentralización productiva: ¿puede ser considerada como causa objetiva de cese colectivo?. IV. A modo de conclusión

En los últimos años han venido surgiendo diversos cambios y tendencias en el actuar de las empresas debido a la búsqueda de la mayor competitividad y productividad que el mundo globalizado nos hace afrontar. Uno de estos fenómenos o tendencias que el empresario ha venido asumiendo con el fin de ser más competitivos es la descentralización productiva, tendencia mediante la cual - y adelantándonos a su definición - la empresa opta por desprenderse de ciertas actividades o fases de su producción o gestión que no forma parte de su actividad principal y lo deriva o lo transfiere a un tercero especializado, logrando con ello dedicarse casi en exclusividad a su actividad principal, a su núcleo de producción (su core business). Así, dentro de este contexto de globalización de mercados donde el empresario busca la constante innovación y, para ello, una concentración de sus recursos en la actividad principal, es que la descentralización productiva sería la solución.

Sin embargo, la descentralización productiva no sólo trae consigo una serie de consecuencias positivas, sino también negativas, ya sea para el propio empresario como para los trabajadores de éste y, además, al ser una nueva forma de organización de la empresa también trae consigo nuevas interrogantes al derecho del trabajo, entre las cuales, nos formulamos la siguiente: ¿Si el empresario decide externalizar cierta actividad o fase de producción o de gestión, lo que conllevaría prescindir de los trabajadores involucrados en la actividad externalizada, podría ser toma-

da la figura de la descentralización productiva como una causa objetiva de cese colectivos de trabajadores?. Para arribar a una conclusión, mediante el presente trabajo nos proponemos dar una revisión panorámica de este fenómeno, su concepto, sus clases, sus consecuencias, para luego, abordar directamente sobre nuestra interrogante planteada.

I. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Concepto

La descentralización productiva, como nueva forma de organización de la empresa, también es conocida bajo otras denominaciones en la doctrina, así, se le puede denominar indistintamente: outsourcing, externalización o tercerización.

Ahora bien, entendemos por descentralización productiva a la decisión del empresario de desprenderse de alguna actividad o fase de producción o gestión que no forma parte de su actividad principal y derivarla o encargarla a un tercero especializado con la finalidad de que el empresario oriente sus esfuerzos a las necesidades neurálgicas de la empresa, es decir, a su actividad principal, manteniendo una relación de coordinación y de control sobre sus actividades tercerizadas.

Siguiendo a Cruz Villalón, la descentralización productiva es:

“aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa – que denominaremos empresa principal – decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales – que llamaremos empresas auxiliares-, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo. Vía descentralización productiva, la empresa principal opta por no realizar el conjunto del ciclo productivo con sus trabajadores, pues deriva parte de su actividad para que

la lleve a cabo otras empresas o profesionales autónomos con su organización, personalmente o con asalariados a su servicio.”¹

Al respecto, Del Rey Guanter y Luque Parra definen a la descentralización productiva como toda externalización hacia empresas autónomas o independientes (empresas contratistas) de actividades o funciones directa o indirectamente relacionadas con el ciclo productivo o de servicios que previamente eran desarrollados por la propia empresa (empresa principal).²

Asimismo, Sanguinetti expresa que “la descentralización productiva constituye una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de tres elementos: a) la fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de contratistas y proveedores externos en vez de trabajadores dependientes para su atención; y c) la coordinación global de la actividad de éstos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación”³

Finalmente, coincidimos con el profesor Valdés Dal Ré cuando señala que:

“la descentralización productiva se caracteriza por dos rasgos, que constituyen sus notas de identidad: la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo. Desde una perspectiva macro, la descentralización productiva lleva asociadas, por tanto, dos consecuencias esenciales. La primera, de carácter económico, consiste en la introducción de un principio de división del trabajo entre las organizaciones empresariales (...). La segunda consecuencia, ya de impronta jurídica, reside en el tipo de relaciones Inter-empresariales que la descentralización pro-

¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Derecho del Trabajo y Descentralización productiva en España” (Informe nacional español para el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo celebrado en setiembre de 2006 en París-Francia)

² DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, M. “Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas”. En: AA.VV.: Manual Práctico Laboral, Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, Madrid, 1999, p. 521

³ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La descentralización productiva: ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?” En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004. p. 410 - 411

ductiva pide, sustentadas en vínculos de cooperación, de coordinación o de dependencia”⁴.

2. Clases

Pla Rodríguez nos muestra los diversos caminos por los que puede llegarse a la descentralización productiva y así nos muestra cuatro clasificaciones⁵:

La primera clasificación es entre actividades secundarias o accesorias y las actividades centrales o nucleares; siendo las actividades secundarias -como lo dice su propio nombre - las ajenas a la actividad principal de la empresa y las actividades centrales aquellas esenciales para cumplir el ciclo productivo que constituye el objetivo del funcionamiento de la empresa.

La segunda clasificación es entre variedades tradicionales y recientes, entendiéndose por éstas a aquellas descentralizaciones que fueron surgiendo espontáneamente en la práctica y aquellos que han sido fruto de una tendencia moderna o actual.

La tercera clasificación distingue entre las formas normales y las patológicas; siendo las normales las que resultan de las razones productivas provenientes de la misma índole de las tareas que deban cumplirse y que pueden requerir una mayor especialidad; y, las patológicas, son las que buscan eludir responsabilidades y bajar costos.

La cuarta clasificación distingue las formas reales de las ficticias, siendo las reales aquellas en las que existen motivos justificados para recurrir a la especialización de técnicos particularmente capacitados para producir una obra técnicamente superior o económicamente más favorable y, las ficticias son las que ni siquiera

⁴ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo. En: La Externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria. Editorial Lex Nova. 2002, p. 30.

⁵ PLA RODRÍGUEZ, Américo. “La Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”. En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000, p. 16-17.

buscan mejorar o abaratar las operaciones sino que lo que se busca a través del fraude o la maniobra, es eludir obligaciones.

Ahora bien, habiendo establecido doctrinariamente la clasificación de la descentralización productiva, para efecto de nuestro trabajo, clasificaremos a la descentralización productiva en dos clases:

- i) Descentralización productiva originaria
- ii) Descentralización productiva sobrevenida

Entenderemos como descentralización productiva originaria cuando el empresario establece desde un principio cuál es el núcleo de su empresa (su actividad principal, su core business) y cuáles van a ser las actividades que va a tercerizar.

Así, desde el inicio de sus actividades, el empresario tiene decidido qué áreas estarán a su cargo (casi siempre las actividades nucleares), y qué áreas van a ser tercerizadas (usualmente actividades secundarias de la empresa), por lo que este empresario (como empresa principal) tendrá la necesidad de contratar a otras empresas (empresas contratistas) para que realicen sus actividades secundarias. Cabe recordar que un aspecto importante a tomar en cuenta es que las relaciones o vinculaciones que existen entre la empresa principal y la empresa contratista son de coordinación y no de subordinación, pues en la descentralización productiva la empresa principal compromete la cooperación de las empresas contratistas para llevar a cabo su propio proyecto empresarial.

En ese sentido, Sanguinetti refiere que:

“...la prestación de los terceros no se desarrolla aquí de manera singular y aislada, sino como un componente más de la actividad de la empresa acreedora (...). Esto significa que, pese a la transferencia al exterior de tareas o funciones concretas, el empresario principal retiene el control global del proceso de producción por la vía coordinación de actividades y el establecimiento de unas pautas precisas de actuación, a las que debe ceñirse las empresas colaboradoras.”⁶

⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, op. cit., p. 411.

Por otro lado, la descentralización productiva sobrevenida se da cuando la empresa desde su constitución cuenta con toda una plantilla de trabajadores cubriendo todas las etapas de producción y todas las actividades que se realizan dentro de la empresa. Sin embargo, en algún momento decide tercerizar parte de su producción.

3. Causas y Consecuencias

Si nos referimos a las causas que han promovido el uso de la figura de la descentralización productiva, ésta se debe al dinamismo y al afán que tiene toda empresa de irse adaptando, dándose ajustes necesarios en la organización empresarial para adecuarse a la economía internacional, a la globalización, que trajo consigo la preocupación por alcanzar la competitividad y, a ello se suma los cambios tecnológicos que avanzan a un ritmo acelerado, fomentando éstos (la configuración económica mundial y el crecimiento acelerado de la tecnología) la productividad, el comercio internacional y sobre todo la flexibilidad de las relaciones laborales para dar preferencias a procesos de descentralización productiva y, de esta manera, poder abaratar los costos de producción para hacer más competitiva la empresa en todo ámbito.⁷

Al respecto, Arce señala que “es la globalización, a través de las tecnologías de la información, la que ha transformado los presupuestos tradicionales del mercado, volviéndolo más competitivo y obligando a los sujetos que actúan en él a cambiar sus procedimientos de gestión. Así, el nuevo sistema productivo de corte “flexible”, basado en la descentralización productiva, no parece ser el resultado de un cambio coyuntural o temporal de la realidad, sino, por el contrario, habría que

⁷ Para un detenido análisis sobre este punto y sobre las causas y consecuencias que trajo consigo la globalización, entre ellas la informalidad en la relaciones de trabajo, nos remitimos a un anterior estudio. Ver: PARÉDEZ NEYRA, Magno Ivan y MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. “La informalidad en las relaciones de trabajo en el Perú y en el marco de la Unión Europea”. *Aranzadi Social*. N° 4, España Junio, 2005. p.75-95.

entender que la descentralización productiva ha llegado esta vez, para “clavar” bandera y quedarse entre nosotros”⁸

A mayor abundamiento sobre las causas que originan la descentralización productiva, Raso señala que son básicamente cuatro causas para que se de la externalización del trabajo⁹: i) la reducción de los costos, que se vuelve un objetivo central de toda política de gestión empresarial, ii) la mayor flexibilidad, pues el modelo económico global obliga a estrategias empresariales mucho más dinámicas; iii) la mayor productividad, donde la externalización promueve la competencia de los trabajadores independientes y de los subcontratistas para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo y, finalmente, iv) la disminución o anulación del control sindical, pues se comprueba en toda empresa que terceriza sus servicios un debilitamiento de la influencia sindical, que es en definitiva un objetivo inconcesado, pero real de muchos empleadores.

Habiendo establecido las causas que promueven la descentralización productiva, ahora podemos referirnos a las variadas y complejas consecuencias, que se desprenden de una aplicación práctica en el sistema de las relaciones de trabajo y sus nuevas tendencias.

La consecuencia más resaltante (positiva) de la descentralización productiva es que las empresas serán más eficaces en su rubro, al concentrar sus recursos en su actividad principal, reduciendo los costos empresariales (incluyendo los costos laborales), la flexibilización en la gestión de su empresa, mayor adaptación a los cambios del mercado y de las nuevas tecnologías. Además, externalizan tareas o funciones complementarias que pueden ser relevantes a otras empresas dedicadas a la tercerización de servicios.

Ahora bien, como datos relevantes debemos señalar que el mercado de multi-servicios tercerizados representa una facturación cercana a los S/. 1,000 millones

⁸ ARCE ORTIZ, Elmer. “El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo” En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004. p. 427.

⁹ RASO DELGUE, Juan. “Outsourcing”. En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000, p. 39-40.

anuales (US\$ 330 millones) y que esta facturación corresponde a un estimado de 1,200 entidades, entre principales empresas, instituciones educativas, de salud, centros mineros y de hidrocarburos. Otro dato relevante es que el Ejecutivo indicó que la demanda de tercerización por sectores se subdivide de la siguiente manera, tomando como parámetros a empresas que facturen más de US\$ 1 millón anualmente:

- 65% para el sector Educación, que congrega a universidades privadas y 50 colegios más destacados de Lima
- 55 % dirigido al sector Salud
- 60% involucrado en el sector Industrial ¹⁰

Sin embargo, la descentralización productiva también ha traído consigo consecuencias negativas tales como la precarización en el empleo, pues el salario y las condiciones de trabajo otorgados por la empresa principal – casi siempre – son mayores y de mayor calidad que las otorgadas por las empresas contratistas, generándose en los trabajadores de éstas últimas un descontento y un negativo clima laboral repercutiendo en su productividad frente a los trabajadores de las empresas principales que tienen mayores beneficios, incluso – y ello es más discutible – cuando realizan las mismas labores.

Asimismo, la tercerización indirectamente también puede afectar el derecho de los trabajadores a conformar un sindicato, en la medida que al descentralizarse parte de la producción, se reduciría el número de los trabajadores de la empresa principal y, por ende, de no quedar un mínimo de 20 trabajadores, no podrían constituir un sindicato. El mismo efecto indirecto ocurriría con la obligación de la empresa de repartir utilidades en el caso de quedar menos de 20 trabajadores en la empresa principal luego de tercerizar parte de las actividades de la empresa.

Fruto de las consecuencias negativas que acarrea la descentralización productiva, en el año 2004, el Congreso del República del Perú aprobó un proyecto de ley, (elaborado por la Comisión de Trabajo quién aprobó por unanimidad los dic-

¹⁰ Todos estos datos fueron obtenidos del Diario Gestión (Sección Negocios) de la edición del 18 de octubre de 2005.

támenes de los proyectos – inicialmente presentados por los apistas Luis Negreiros y Ángel Velásquez Quezquén – que derogaban los artículos 4° y 5° del Reglamento de la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley 27626, que regula la intermediación laboral) donde proscibía la tercerización en nuestro sistema legal por considerarla atentatoria contra la dignidad del trabajador. Este fue observado por el Ejecutivo.

Por otro lado, también se venía discutiendo judicialmente mediante una acción popular la ilegalidad del artículo 4° del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral¹¹, donde se señalaba que este artículo del Reglamento pretendía regular la figura de la tercerización, cuando la ley no lo contemplaba, excediendo de esa manera el Ejecutivo sus facultades constitucionales de reglamentación de las leyes. Este tema ha sido resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, ejecutoria de fecha 26 de mayo de 2005, recaída en el Expediente N° 1949-2004, publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 21 de noviembre de 2005, que declaró infundada la acción popular, estableciendo la legalidad del artículo 4° del Reglamento de la Ley de intermediación Laboral, concluyendo que el espíritu y sentido de la norma reglamentaria ha sido establecer criterios de identificación y diferenciación entre tercerización y la intermediación laboral (supuesto distinto), considerando la Sala Suprema que la denominada tercerización de mano de obra no califica como intermediación laboral, dado que el tercero, presta un servicio integral bajo su propia cuenta, costo y riesgo, por ende, no existiría relación laboral subordinada.

¹¹ Decreto Supremo N° 003-2002-TR, “Establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes N° 27626 y 27696, que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores”.

(...)

Artículo 4°.- De la tercerización de servicios: “No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.”

De esa manera, no se debe confundir cuando nos encontramos ante supuestos de tercerización con supuestos de intermediación laboral, pues ambas figuras jurídicas son de distinta naturaleza y objeto y, acarrearán distintas consecuencias, tales como por ejemplo la responsabilidad de asumir el riesgo del trabajo, dependiendo de que figura se utilice. En ese sentido, Toyama señala que:

“De este modo, los trabajadores de las entidades de intermediación laboral prestan servicios por cuenta ajena a favor de la usuaria, y el vínculo de ajenidad importa que el riesgo de los servicios laborales serán asumidos por la usuaria; de otro lado, los trabajadores del outsourcing ejecutan sus servicios por cuenta ajena del contratista, y ello genera que el riesgo de los servicios laborales recaerá en el propio contratista.

Dado que la Intermediación laboral supone un simple destaque de mano de obra, está regulada por el Derecho Laboral (...). De otro lado, la tercerización no está mayormente regulada por las normas legales (...)”¹²

II. CESE COLECTIVO POR CAUSAS OBJETIVAS

El cese colectivo no es otra cosa que un despido masivo de trabajadores, sin embargo, se debe distinguir el concepto de despido con el de cese colectivo, dado que si bien en los dos casos implica extinción del contrato de trabajo, para que se configure el despido es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la Ley y que esté debidamente comprobada, mientras que el cese colectivo obedece a causas objetivas.

En nuestro ordenamiento jurídico el cese colectivo por causas objetivas está regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR del 27 de marzo de 1997 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) en su capítulo VII, “de la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas”.

Así, el artículo 46° de la LPCL establece que:

“Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

¹² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004. p. 364 – 365.

El caso fortuito y la fuerza mayor;
Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos,
La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845”

Para el presente trabajo, resulta pertinente analizar únicamente el numeral b) del artículo 46° de la LPCL, es decir, de los “despidos por causas empresariales”¹³, pues nos interesa responder si la decisión del empresario de descentralizar alguna actividad, fase de producción o de gestión constituye en sí misma una causa objetiva que justifique la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Para ello, cabe recordar que el artículo 48° de la LPCL señala que la extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en el numeral b) del artículo 46°, sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez por ciento (10%) del total del personal de la empresa. Y, además, se requerirá de la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo a fin de que proceda la solicitud de cese colectivo. Se entenderá por aprobada si es que la Autoridad Administrativa de Trabajo no emite resolución alguna dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes vencidos los plazos establecidos en el procedimiento regulado en el artículo 48° de la LPCL.

Ahora bien, cabe señalar que ni la LPCL ni su reglamento refieren a qué se debe entender por motivos económicos, tecnológicos o estructurales, por lo que procederemos a dar un alcance de ellas.

Los *motivos económicos*, como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, refieren a aquellas situaciones en donde la empresa, sin alterar la tecnología ni la organización del proceso de producción, se encuentra en una situación de inviabilidad y de crisis financiera, por lo que de no tomar decisiones firmes y drásticas, en su debido momento (incluso durante el cese colectivo) podrá no subsistir.

¹³ Se denomina en un sector de la doctrina “despido por causas empresariales” al despido o cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, en tanto que la causalidad está referida a circunstancias relacionadas con la empresa.

Los *motivos tecnológicos*, como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, refieren a las causas técnicas o de producción, a los avances tecnológicos que hacen que en el proceso productivo se requiera cada vez menos la intervención de la mano de obra humana, por ende, ante estas circunstancias específicas es posible una reducción del personal *excedente*.

Los *motivos estructurales*, como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, refieren a situaciones en donde la empresa decide realizar cambios o innovaciones en la organización de la producción lo que involucra racionalización de personal. Estos cambios o innovaciones en la organización de la producción se llevan a cabo con la finalidad de garantizar la viabilidad futura de la empresa, así como de mantenerse competitiva en este mundo globalizado.

Para que se proceda a realizar un cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, se debe seguir un procedimiento preestablecido. Éste se encuentra regulado en el artículo 48° de la LPCL y consiste en las siguientes etapas:

- 1) La empresa deberá proporcionar al Sindicato o a los representantes de los trabajadores el motivo por el cual se procede al cese colectivo y además deberá presentar la nómina de los trabajadores afectados por la decisión. Esta decisión se debe poner en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- 2) La empresa con el Sindicato o con los representantes de los trabajadores deberán entablar negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o negociarán para adoptar medidas que eviten o limiten el cese del personal. Cabe recordar que entre esas medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, revisión de las condiciones colectivas vigentes y, en suma, cualquier otra medida que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa.

Si se llegase a un acuerdo entre las partes, éste tendrá fuerza vinculante.

- 3) La empresa deberá presentar – en forma simultánea o sucesiva - a la Autoridad Administrativa de Trabajo, una declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada, a la cual deberá acompa-

ñar una pericia de parte que acredite su procedencia, la misma que deberá ser realizada por una empresa auditora, autorizada por la Contraloría General de la República. Esta pericia será puesta en conocimiento de los trabajadores por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los cuales también podrán presentar sus pericias.

- 4) La Autoridad Administrativa de Trabajo convocará a las dos partes involucradas (empresa y representante de los trabajadores) a reuniones de conciliación
- 5) Finalmente, la última etapa de este procedimiento es que la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a emitir resolución. De no emitirse resolución dentro de los plazos previstos por Ley, se entenderá por aprobado la solicitud de cese colectivo.

III. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: ¿PUEDE SER CONSIDERADA COMO CAUSA OBJETIVA DE CESE COLECTIVO?

Sin duda, ante este planteamiento nos encontramos ante una descentralización productiva sobrevenida, donde el empresario en algún momento toma la decisión de desprenderse de alguna actividad, fase de producción o de gestión y, si se trata de conocer si la descentralización productiva es una causa objetiva de cese colectivo, debemos relacionarla principalmente como una causa estructural. Por ello, específicamente, lo que interesa dilucidar es si la decisión del empresario de tercerizar parte del proceso productivo, constituye en sí misma una causa estructural que justifique o legitime el cese colectivo de los trabajadores involucrados con el área a desligar.

Este cuestionamiento ha sido planteado anteriormente por el Ministerio de Trabajo del Perú al resolver la solicitud del 28 de mayo de 2004 presentada por la Embotelladora Latinoamericana S.A. (ELSA) sobre terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos estructurales.

En este procedimiento, ELSA señalaba que se encontraba atravesando por un proceso de reorganización de su estructura empresarial, por lo que decidió modificar el área de comercialización y distribución, siendo prescindible el personal que trabajaba en dicha área, al tercerizar dichas funciones.

Ante esta solicitud presentada por ELSA, el Ministerio de Trabajo señaló que para que la causa estructural que alega sea válida, debe tener incidencia en la viabilidad económica de la empresa o que se trate de circunstancias que, de no ponerles remedio, amenacen la continuación, viable y competitiva de la empresa, la misma que hace imposible continuar con el mismo número de trabajadores.

Por ello, señaló el Ministerio de Trabajo que la mera voluntad del empresario de reestructurar su organización productiva no es una causa para el cese colectivo, a no ser que, ésta sea la medida adecuada para hacer frente a una situación económica crítica.

Así, ha sido establecido por el Ministerio de Trabajo al señalar que “si se invoca una causa “objetiva” para justificar un cese colectivo, ésta debe obedecer a circunstancias de hecho que se producen sobre la voluntad del empresario y en contra de ella, como un hecho sobrevenido, no previsto ni buscado intencionadamente por aquél; consecuentemente, cuando el artículo 46° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala que sólo las causas objetivas habilitan el cese colectivo de los trabajadores, está aludiendo a que el motivo que justifica dicho cese, necesariamente debe aparecer como no querido o buscado por el empleador, ya sea que provenga del exterior o interior de la empresa”¹⁴

Como bien hemos podido apreciar, el Ministerio de Trabajo –a raíz del caso en comentario – es de la opinión de que la mera voluntad del empresario de reestructurar su organización productiva (descentralización productiva) no habilita por sí misma la causal de cese colectivo por motivo estructural estipulada en el literal b) del artículo 46° de la LPCL, sino que se requiere que ésta se presente como la medida adecuada para hacer frente a una situación económica crítica.

Por ello, según el criterio del Ministerio de Trabajo ante la interrogante de si la descentralización productiva puede ser considerada como causa objetiva de cese colectivo, la respuesta es negativa; en tanto, sostiene que “para que proceda un cese colectivo por motivos estructurales, debe acreditarse lo siguiente:

¹⁴ Argumentos esbozados en el octavo considerando de la Resolución Directoral N° 015-2004-MTPE/DVMT/DRTPELC del 24 de setiembre de 2004, que declara infundado el recurso de apelación interpuesto por ELSA contra la Resolución Directoral N° 096-2004-DRTPELC-DPSC del 02 de setiembre de 2004, sobre terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos estructurales.

- i) que, existen factores ajenos a la voluntad del empresario que colocan a la empresa en una situación de dificultad económica;
- ii) que, con el objeto de hacer frente a la misma, se ha previsto una reorganización empresarial; y,
- iii) que, esta medida es adecuada para revertir esa situación deficitaria.”¹⁵

Ahora bien, coincidimos con el criterio del Ministerio del Trabajo cuando señala que la descentralización productiva por sí sola no es causa objetiva de ceses colectivos, pues, somos de la opinión que ésta no debe ser entendida como si fuera por sí sola otra causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo y, ello, debido a su propia naturaleza, pues por definición la descentralización productiva sólo comprende el traslado hacia terceros de actividades o fases de producción o de gestión que la propia empresa desarrollaba. Sin embargo – a diferencia del criterio del Ministerio – somos de la opinión que la descentralización productiva “como causa estructural” sí procedería y, por lo tanto, estaría habilitada para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Como se podrá apreciar, nuestro legislador en el mismo numeral b) del artículo 46° de la LPCL ha establecido supuestos distintos y ha separado los motivos económicos de los tecnológicos, de los estructurales y de los análogos. Así, se puede denotar que el legislador fue de la idea de que la causa económica por sí sola (sin concurrir con las otras causas del numeral b) del artículo 46° de la LPCL) era suficiente y justificaba una terminación colectiva de contratos de trabajo con el fin de superar una situación económica negativa por la que esté atravesando la empresa y, no necesariamente debe acudir a este motivo económico cuando ya prácticamente esté casi totalmente quebrada, sino por el contrario lo que se pretende es que se acuda a ella a fin de evitar el cierre total de la empresa.

Asimismo, al haber el legislador separado el motivo estructural del motivo económico, se puede inferir que la causa estructural por sí sola (sin concurrir con las otras causas del numeral b) del artículo 46° de la LPCL) puede justificar un cese colectivo, con tal de garantizar la viabilidad futura de la empresa, pues el empresa-

¹⁵ Argumentos esbozados en el octavo considerando de la Resolución Directoral N° 015-2004-MTPE/DVMT/DRTPELC del 24 de setiembre de 2004.

rio (por su derecho a libertad de empresa) ve la forma de adecuar su organización de acuerdo a los recursos que maneja, con el fin de mantenerse competitiva en este mundo globalizado.

Al respecto Fernández-Lomana García señala que las causas económicas sólo justificarán la extinción cuando mediante la misma se contribuya a *«la superación de situaciones económicas negativas»*; y en cuanto a las causas técnicas, organizativas o de producción, la medida extintiva sólo estará justificada si contribuye a *«superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos»*¹⁶.

Ahora bien, he mencionado que el empresario al decidir descentralizar alguna actividad o fase de producción o gestión ejerce su derecho de libertad de empresa, pues éste tiene libertad para establecer inicialmente y modificar posteriormente su organización productiva, en el sentido de que puede decidir excluir ciertas actividades o funciones quedando de lado de su ámbito de producción y, cederlas o externalizarlas a un tercero especializado.

Cabe agregar que el ejercicio del derecho de libertad de empresa tiene reconocimiento constitucional, el mismo que es garantizado por el Estado, tal como se puede apreciar del artículo 59° de la Constitución Política de 1993.¹⁷

Del Rey Guanter, respecto a esta libertad del empresario, señala que:

“Es importante subrayar que esta libertad no se ve alterada sustancialmente por el hecho de que una determinada subactividad pueda ser calificable tanto de inherente como indispensable o incluso accesorias, a lo que se une, como ya hemos

¹⁶ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Manuel. “La extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38. 2002. p. 287

¹⁷ El artículo 59° de la Constitución Política del Perú señala textualmente que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

señalado y ahora debemos reiterar, que no por la opción descentralizadora se altera, de por sí, dicha calificación.”¹⁸

No obstante, ese derecho de libertad del empresario, no lo faculta automáticamente a cesar colectivamente a los trabajadores. Así, el ya citado autor Del Rey Guanter precisa que:

“No obstante, la libertad que pueda tener el empresario para redefinir su propia actividad no se traslada al plano estricto de los efectos laborales de dicha decisión descentralizadora, en el sentido de que, como también nos indica la doctrina del TS, ello no se puede traducir automáticamente, por sí mismo, en medidas modificativas o extintivas de las relaciones laborales”¹⁹

Por otro lado, siguiendo con el análisis de si la decisión del empresario de descentralizar una parte de su producción es causal estructural de cese colectivo, debemos señalar que – a nuestro parecer - no es necesario que se configure una situación económica crítica para que recién proceda o, sea viable o, se justifique el motivo estructural como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, pues como hemos mencionado anteriormente, de darse esa situación – en caso el empresario decida cesar colectivamente al personal del área que pretende descentralizar – el motivo económico por sí solo ya estaría justificando dicha decisión de cese colectivo. Obviamente, antes de tomar estas drásticas situaciones para los trabajadores, el empresario debe haber buscado alguna medida a fin de evitar o limitar el cese de personal, de acuerdo al procedimiento establecido en el numeral b) del artículo 48º de la LPCL.

De esa manera, se ha establecido que no es necesario que se configure una situación económica crítica para que el empresario decida tercerizar alguna actividad o fase de producción, sino que exista una causa estructural, es decir, la decisión de reestructurar la empresa con el fin de hacerla más competitiva, pues de no hacerlo podría llegar a ser inviable el manejo de la empresa. Además cuando se decide por la descentralización productiva es porque existe un tercero especializado que se puede encargar de dichas funciones y, con ello, la empresa principal sería maneja-

¹⁸ DEL REY GUANTER, Salvador. “Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. En: Descentralización productiva y relaciones laborales: Problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001, p. 44.

¹⁹ Ibidem, p. 44.

ble en mejor medida, en tanto que se dedicaría a efectuar sus labores de “core business”; además, tercerizando labores la organización productiva podría llegar a ser más eficaz.

Sin embargo, debemos tener siempre presente que el empresario con la externalización busca reestructurar su organización productiva con el fin de hacerla viable y no debe buscar con ella (la descentralización productiva) sólo un afán de que le reditúen mayores beneficios económicos a cambio de la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Fernández-Lomana García refiriéndose a una jurisprudencia del Tribunal español aborda este tema y señala que:

“Habiendo sostenido el Tribunal que la descentralización productiva de la empresa a través de contrata, puede justificar la extinción de la relación laboral «únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad»; añadiendo el Tribunal que es necesario que la «descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial»²⁰

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Podemos señalar que la decisión del empresario, referente a descentralizar alguna actividad o fase de producción, no es en sí misma una causal para la terminación de los contratos de trabajo, pues como señala Del Rey Guanter, “las causas que pueden impulsar a la opción descentralizadora, no van a servir automáticamente como causa modificativa o extintiva”.²¹

Asimismo, coincidimos con Solá cuando señala que:

“la adopción de medidas extintivas en el seno de un proceso de descentralización productiva exige la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o

²⁰ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Manuel. Op. Cit. p. 287

²¹ DEL REY GUANTER, Salvador. Op. Cit. p. 44.

de producción y éstas no pueden entenderse cumplidas con el simple desplazamiento a otra entidad empresarial de funciones o actividades que con anterioridad se desarrollaban en la propia empresa, aunque ello vacíe de contenido uno o varios puestos de trabajo. Dicho en otras palabras, la descentralización productiva no constituye, en sí misma, causa de despido, lo cual no implica negar la posibilidad de adoptar válidamente decisiones extintivas que vengan forzadas por aquélla, sino tan sólo que la justificación de tales decisiones residirá, no en la propia descentralización, sino en las circunstancias que la envuelven”²²

Por ello, no es que se deba entender a la descentralización productiva – en sí misma – como otra causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, sino que es la causa estructural la que permite al empresario reestructurar su empresa a fin de que sea más competitiva su organización productiva y con ello su viabilidad no se vea afectada, evitando caer en situaciones negativas económicas o financieras que conlleven a la crisis de la empresa. Por ello, la descentralización productiva como causa estructural, está habilitada para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer. “El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo” En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Derecho del Trabajo y Descentralización productiva en España” (Informe Nacional Español para el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo celebrado en setiembre de 2006 en París)
- DEL REY GUANTER, Salvador. “Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. En: Descentralización productiva y relaciones laborales: Problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001

²² SOLÁ MONELL, Xavier. “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”. En: Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001, p. 175.

- DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, M. “Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas”. En: AA.VV.: Manual Práctico Laboral, Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Manuel. “La extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 38. 2002.
- PARÉDEZ NEYRA, Magno Ivan y MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. “La informalidad en las relaciones de trabajo en el Perú y en el marco de la Unión Europea”. Aranzadi Social. Nº 4, España Junio, 2005.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo. “La Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”. En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000.
- RASO DELGUE, Juan. “Outsourcing”. En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La descentralización productiva: ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?” En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.
- SOLÁ MONELL, Xavier. “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”. En: Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización”. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo. En: La Externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria. Editorial Lex Nova. 2002.