

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Consideraciones Jurídicas

sobre la

Compensación por Tiempo de Servicios

en el Derecho del Trabajo

por

FERNANDO ALVAREZ RAMIREZ DE PIEROLA

1956

Consideraciones Jurídicas sobre la Compensación por Tiempo de Servicios en el Derecho del Trabajo

A mis padres: nobleza y austeridad.

Al Doctor Enrique East Alvarez-Calderón,

mi maestro de práctica.

Señor Decano:

Tengo el honor de someter a consideración de la Facultad, la tesis que, para optar el título de Bachiller en Derecho, he titulado "Consideraciones Jurídicas sobre la Compensación por Tiempo de Servicios en el Derecho del Trabajo".

La tesis en mención, consta de tres capítulos. El primero versa sobre las nociones de orden teórico y doctrinario. El segundo y tercero abarcan el estudio crítico de nuestra legislación vigente en lo tocante a la Compensación por Tiempo de Servicios, habiéndome limitado a comentar aquellos dispositivos legales que estimo de mayor importancia dados los graves defectos de que adolecen y a los cuales urge reformar.

Quiero aprovechar la oportunidad para expresar mi sentido y sincero agradecimiento a los señores catedráticos de la Facultad de Derecho, bajo cuya sabia y esclarecida enseñanza, me he forjado en los principios de la Justicia y del Derecho; y por la especial deferencia que, en todo momento, han tenido para conmigo.

Fernando Alvarez Ramírez de Piérola.

INTRODUCCION

El Derecho del Trabajo, conceptualizado como el conjunto de doctrinas o teorías, normas e instituciones reguladoras de la relación jurídico-laboral, ofrece dos caracteres fundamentales: es un Derecho de Excepción y un Derecho de Previsión (1).

En efecto, dentro de la ordenación jurídica común, lo que prevalece es la voluntad de las partes que actúan libremente en el juego contractual; en cambio, dentro del Derecho del Trabajo, el querer de las partes contratantes no puede predominar sobre la justicia social, que se realiza y cautela en base a la intervención estatal. Esta justicia social, constituye la orientación específica del Derecho del Trabajo.

Es claro que todo derecho persigue y debe realizar la justicia, empero aquella hacia la cual tiende el Derecho del Trabajo, no es taxativamente esa perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo, lo que le pertenece, fórmula defensiva de pertenencias y eminentemente patrimonial. Se trata de una justicia que, por ser social, exige que cada individuo dé y obtenga, dentro de la convivencia y en el seno de la comunidad, todo cuanto debe y todo cuanto necesita; todo cuanto le corresponde cumplir y demandar conforme a la plena y cabal integridad de su ser. Más que una justicia patrimonial, es una justicia vital. Ella representa el común denominador de este derecho, encaminado a elevar el destino humano a un nivel cada vez más alto de bienestar compatible con el desenvolvimiento industrial y las posibilidades económicas de cada Estado.

Como se trata de un derecho de clase, el Estado actúa a fin de amparar a quienes son proclives a ser víctimas de la expoliación. La razón es obvia. Un régimen de prestaciones y contraprestaciones recíprocas, librado a la voluntad exclusiva y excluyente de las partes contratantes, es fácilmente explicable cuando ambas se encuentran en el mismo plano de igualdad. Empero, cuando la relación jurídica debe conjugarse en base a elementos que se encuentran en niveles distintos, como son el empleador, que, por tenerlo todo, es orgánicamente fuerte, y el trabajador que, por no poseer nada, es constitucionalmente débil, entonces sería irónico pretender hablar de libertad contractual. En la ordenación jurídica del trabajo, el equilibrio se restablece mediante la fuerza organizada del Estado puesta al servicio de la parte más débil, en aras de la plena actuación de la Justicia Social.

La segunda característica del Derecho del Trabajo, es la de ser un Derecho de Previsión. El trabajo lleva, necesariamente, inherentes determinados riesgos. No sólo el que deriva del empleo universalizado de la máquina. Le son consubstanciales muchos otros, máxime dentro de la compleja estructura que modernamente ha adquirido. Tales son la enfermedad, la gravedad, la desocupación, la senectud y la muerte.

Así han surgido y se han organizado diversas instituciones de previsión, conducentes a prever los riesgos anotados y el estado de indigencia en que pueda quedar el trabajador cuando una adversidad lo prive, temporal o definitivamente, del diario sustento. Tales son las leyes de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, el Seguro de Vida, los Seguros Sociales, las Mutualistas, las Cooperativas, etc.

(1) Rodríguez Pastor, Carlos.—Derecho del Trabajo. Lima, Perú, 1946.

CAPITULO I

DENOMINACION

La compensación por tiempo de servicios es conocida, dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, con diversas expresiones.

En Italia, se le denomina "Indemnización por licenciamiento". En Chile, el Código de Trabajo de 1931, la llama "Indemnización por tiempo o años servidos". La legislación argentina, a través de la ley 11729, la denomina "Indemnización por despido". En Méjico, el Código de Trabajo de 1931, la identifica con el nombre de "Indemnización de Cesantía". Por último, en Brasil, Costa Rica y Ecuador, se le denomina "Indemnización por tiempo servido".

En el Perú, se le conoce, indistintamente, con los términos "Compensación e Indemnización" por tiempo de servicios.

Considero que el legislador no ha tenido buen cuidado en el empleo de la terminología, dándole al Instituto diversas denominaciones. No obstante que la doctrina y la jurisprudencia aceptan, indistintamente y como sinónimos, los términos Compensación e Indemnización, estimo que, este último, se ajusta con mayor propiedad a la naturaleza jurídica del beneficio social de que venimos tratando.

En efecto, la denominación "compensación", resulta a todas luces inapropiada, desde que, jurídicamente, constituye un medio extintivo de las obligaciones, consistente en el descuento de una deuda por otra entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras. Considerada así, la compensación es una forma de pago, por cuanto una deuda sirve para el pago de la otra.

En cambio, la denominación "indemnización" es más apropiada, por cuanto, dicho vocablo, importa, conceptualmente, los términos resarcimiento, reparación, y, precisamente, el fundamento jurídico de la institución, es el resarcimiento a que tiene derecho el trabajador por el desgáste de energías experimentado durante la vigencia del vínculo jurídico-laboral. Además, armoniza mejor con la nomenclatura empleada por las principales y más avanzadas legislaciones laborales del orbe.

CONCEPTO

La indemnización por tiempo de servicios, puede conceptuarse diciendo que es una remuneración diferida, vale decir, un imaginario total de partes adicionales a la remuneración, que se acumulan durante la relación de trabajo y que se entregan al servidor en el momento de la rescisión del respectivo contrato de trabajo.

Tal concepto es el que ha adoptado nuestra legislación. Así, el artículo 2º de la Ley 6871, preceptúa que "El abono de que trata el artículo 1º (Compensación por tiempo de servicios), en el concepto legal, es una remuneración que el principal hace al trabajo del empleado sea el empeño

por tiempo indeterminado o a plazo fijo, y conste o no de instrumento público”.

Por Ejecutoria Suprema de 17 de octubre de 1931 (2), se ha confirmado el criterio expuesto, expresándose que: “Las indemnizaciones que acuerda la ley 4916^o, son verdaderas remuneraciones al empleado”.

De las citas precedentes, arribamos a la conclusión de que lo que llamamos Indemnización por Tiempo de Servicios, tiene el carácter de remuneraciones retenidas y diferidas, y no es sino la cantidad de dinero que recibe el servidor cuando cesa en su empeño, sea por despedida o por renuncia, sin pérdida de los beneficios sociales.

En consecuencia, la indemnización por tiempo de servicios constituye una retribución adicional a la remuneración, a que tiene derecho el servidor, anualmente, por el desgaste de energías experimentado en dicho período; remuneración que no es abonada al término de cada año, sino diferida al momento de la rescisión del contrato de trabajo, y cuyo monto se determina en función a la cuantía del sueldo o salario y al tiempo servido.

NATURALEZA JURIDICA

Existen, en doctrina, diversas teorías que tratan de desentrañar los fundamentos jurídicos de la indemnización por tiempo de servicios. A continuación expondré, sucintamente, las principales opiniones sobre el particular.

1.—Teoría que sostiene que la indemnización por tiempo de servicios, constituye un salario diferido, vale decir, una parte adicional a éste, que se descuenta durante la relación de trabajo y se entrega en el momento de la resolución del contrato de trabajo.

Esta teoría no explica, en verdad, la naturaleza jurídica de la institución, limitándose solamente a expresar su concepto. De otro lado, presenta el inconveniente de emplear el término salario, denominación aplicable propiamente a la remuneración obrera, lo cual implicaría su otorgamiento exclusivo a los obreros con prescindencia de los empleados.

2.—Teoría que sostiene que es un premio a la fidelidad, a la colaboración y a la antigüedad en el trabajo, debido al que lo realiza (3).

Esta opinión tampoco satisface plenamente, por cuanto la indemnización por tiempo de servicios no constituye, en realidad, un premio o liberalidad del principal, sino un derecho que la ley otorga al servidor, aparte de que, en la teoría expuesta, correspondería únicamente a los trabajadores que han permanecido mucho tiempo al servicio de un empleador.

3.—Teoría que propugna la tesis de que constituye una participación en el mayor valor de la empresa, que es consecuencia del trabajo y colaboración de sus servidores.

Esta corriente tuvo gran auge en los albores de la institución, empero, hoy día, ha perdido valor y ha caído en desuso. En efecto, la indemnización por tiempo de servicios no puede fundamentarse en las utilidades

(2) Revista de los Tribunales, página 304.

(3) Gallart y Folch.—Derecho Español del Trabajo.

de la empresa, desde que procede a favor de los trabajadores que sirven en entidades sin fines de lucro, y aun en los casos en que la empresa pierde valor en lugar de ganarlo.

De otro lado, el artículo 45° de nuestra Carta Política y la Ley 10908°, consagran el derecho de los servidores a participar en las utilidades de la empresa, independientemente del derecho a la indemnización por tiempo de servicios.

4.—Teoría que invoca como fundamento, el resarcimiento de daños que el empleador está obligado a pagar al trabajador en caso de resolver el vínculo jurídico-laboral sin que medie justa causa. Viene a ser una penalidad impuesta al principal.

Esta teoría puede objetarse, diciendo que el importe de la indemnización por tiempo de servicios, tal como está fijado por nuestra legislación, no toma en consideración, ni siquiera presuntivamente, la magnitud del daño sufrido por el servidor despedido, por cuanto su monto se relaciona con una situación pasada, la antigüedad, y no futura; y el pasado no sólo no permite presumir el daño emergente, sino tampoco el lucro cesante que, en este caso, está igualmente en función del futuro, la duración del paro.

De otro lado, de conformidad con la teoría expuesta, la indemnización por tiempo de servicios sólo procedería en los casos de despedida sin justa causa, siendo así, que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico-laboral, tanto los servidores que son despedidos sin justa causa como aquellos que se retiran voluntariamente, con justa causa o sin élla, tienen derecho al beneficio en cuestión; y, lo que es más, procede en los contratos de trabajo a plazo fijo, cuya resolución, en última instancia, es consecuencia directa de un consenso bilateral entre empleador y servidor, puesto de manifiesto al tiempo de fijar el plazo de extinción del respectivo contrato.

Por último, la teoría precedente confunde la indemnización por tiempo de servicios con la indemnización por falta de aviso de despedida, llamada, también, por despedida intempestiva. Esta última, tiene por objeto resarcir el daño que el empleador irroga al servidor, al resolver el vínculo contractual súbitamente sin otorgarle el correspondiente pre-aviso de ley. Con éllo se evita que el trabajador pueda encontrarse, inesperadamente, sin trabajo y sin una remuneración que le permita hacer frente a sus necesidades vitales. Nuestra legislación, prescribe que, en el caso de que el principal omitiera dar al empleado, para la cesación del empeño, un plazo anticipado de noventa días, éste percibirá los sueldos correspondientes a dicho trimestre. En consecuencia, de acuerdo a la forma en que aparece legislada la indemnización por despedida intempestiva, arribamos a la conclusión de que constituye una indemnización sustitutiva del pre-aviso, vale decir, repara el daño emergente causado al servidor, independientemente de la indemnización por tiempo de servicios.

5.—Teoría que sostiene que se trata de un preventivo del paro forzoso, desde que pone un freno económico al deseo del empleador de desprenderse del personal, remediando, al menos en parte y durante algún tiempo, la situación del servidor despedido, permitiéndole hacer frente a las necesidades de la vida.

Viene a ser una especie de seguro contra la desocupación, dado que, frente al hecho de la resolución del contrato de trabajo, la situación del trabajador se presenta, generalmente, mucho más difícil que la del empleador, puesto que, normalmente, es mucho más fácil para el principal encontrar un nuevo servidor que reemplace al renunciante, que para el servidor despedido encontrar una nueva ocupación (4).

La teoría expuesta, fundamenta la indemnización por tiempo de servicios en una especie de apercibimiento o amenaza económica dirigida a aquellos empleadores que tienen por costumbre cambiar el personal sin motivo alguno que lo justifique, incluido el puramente arbitrario. Empero, tal concepción, no satisface doctrinariamente en forma alguna, desde que la indemnización por tiempo de servicios constituye un derecho que no puede encontrar su razón de ser, su esencia misma, en medidas de carácter coercitivo. No obstante ello, conceptúo que, tales principios, pueden ser de aplicación en aquellos sistemas que otorgan la indemnización en cuestión, solamente en los casos de despedida injustificada, pero no dentro de nuestro ordenamiento jurídico-laboral que la concede, como he puntualizado anteriormente, sea en los casos de despedida sin justa causa, como en los de renuncia voluntaria, justificada o injustificada, del servidor.

6.—Teoría que invoca, como fundamento, el hecho de que el servidor, en el curso de la relación de trabajo, adquiere un crédito sobre la empresa, cuyos fondos ha ayudado a formar y engrandecer (5).

Esta teoría es objetable, por cuanto la retribución que recibe el trabajador, es solamente aquella que es pactada y pagada en relación al trabajo prestado. Por consiguiente, no puede quedar pendiente ningún crédito en favor del servidor. Además, como ya se ha expuesto en líneas precedentes, la labor desarrollada por el trabajador en pro del engrandecimiento y prosperidad de la empresa, encuentra su justa y adecuada retribución en el régimen de participación en las utilidades.

7.—Teoría que propugna que la indemnización por tiempo de servicios tiene un fundamento de justicia social, basado en el derecho que asiste al trabajador para que sus energías, gastadas por el esfuerzo productor, tengan una retribución específica proporcionada al tiempo en que han trabajado por cuenta ajena.

Esta teoría expresa, con auténtica propiedad, la verdadera naturaleza jurídica de la indemnización por tiempo de servicios.

En efecto, constituye un hecho incuestionable, que la remuneración no retribuye totalmente el esfuerzo del trabajador. Con el correr de los años sufre un desgaste en sus energías que, en realidad, no es remunerado por el empleador; desgaste que se traduce en la disminución de su capacidad para el trabajo y que debe ser resarcido, al tiempo de la extinción del respectivo contrato de trabajo, en función a su antigüedad en el servicio, sin que, tal indemnización, sea ajena a otros objetivos de carácter social y moral como la de otorgar al trabajador seguridad económica durante el período de la desocupación o cesantía en el trabajo.

(4) M. de Unsain.—"Empleados de Comercio", página 157.

(5) Adamastor Lima. "Despedida Injusta", página 167.

ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL PERU

La indemnización por tiempo de servicios, aparece en nuestra legislación laboral con la dación de la Ley 4916°. Hasta su promulgación, la relación contractual entre los empleados particulares y sus principales, se regía por los dispositivos contenidos en el Título Segundo de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código de Comercio, cuyo artículo 296° prescribía que, en los casos en que el empeño no tuviese tiempo señalado, cualquiera de las partes podía darlo por fenecido avisando a la otra con un mes de anticipación, sin más derecho, en cuanto al despido, que el sueldo correspondiente a dicha mesada.

En lo que respecta a los obreros, no existía disposición legal alguna que les concediese el beneficio de la indemnización por tiempo de servicios, situación que subsistió aún con la dación de la Ley 4916°, por cuanto ésta sólo comprendió dentro de sus alcances a los empleados de comercio.

El inciso b) del artículo 1° de la Ley 4916°, abrogando el artículo 296° del Código de Comercio, instauró, dentro de nuestra legislación del trabajo, el beneficio de la indemnización por tiempo de servicios, estableciendo que en el caso de que la cesación del empeño o locación de servicio se realizara porque el principal o patrón lo determinara así, notificando de despedida al dependiente o empleado, éste tendría derecho a la compensación de sueldos según la escala siguiente:

Hasta 2 años:	1 sueldo
De 2 a 5 años:	2 sueldos
De 5 a 10 años:	4 sueldos
De 10 a 20 años:	8 sueldos
De 20 a 25 años:	10 sueldos
De 25 a 30 años:	12 sueldos

Si bien es cierto que la regla contenida en la Ley 4916°, significó un avance encomiable al introducir, dentro de la incipiente legislación laboral de aquella época, el beneficio de la indemnización por tiempo de servicios, no es menos cierto que adoleció de serias deficiencias.

En primer lugar, no se ajustó a los principios informantes de la institución, desde que no resarcía el desgaste anual de energías del trabajador, con la correspondiente remuneración diferida. Así, por ejemplo, un empleado que había trabajado 10 años consecutivos, tenía derecho a 4 sueldos, siendo así que, de conformidad con los fundamentos jurídicos de la indemnización por tiempo de servicios, debería haberle correspondido un sueldo anual, vale decir, 10 sueldos al término del respectivo contrato de trabajo.

En segundo lugar, estableció una injusta equiparidad entre empleados que habían laborado un gran número de años, con otros que, en la mayoría de los casos, habían acumulado solamente el 50% de los años servidos por los primeros. Así, un empleado cuyo record de servicios era de 20 años, se encontraba en igualdad de derechos con respecto a otro que sólo había laborado 10 años. En tal virtud, el mérito de la antigüedad, del esfuerzo a

través de casi una vida de trabajo por cuenta ajena, no encontraban, dentro del precepto comentado, la debida y equitativa retribución.

Los defectos anotados obedecieron al concepto que, de la indemnización por tiempo de servicios, tuvo el legislador de aquella época.

Ante este estado de cosas, con fecha 2 de Mayo de 1930, se promulgó la Ley 6871, la misma que, modificando el inciso b) del artículo 1º de la Ley 4916, dispuso, en su artículo 1º, que el abono que debe hacer el principal a su empleado, en los casos de despedida previstos por las leyes 4916 y 5119, se computaría a razón de medio sueldo por cada año de servicios o fracción de año no menor de tres meses; añadiendo que, dicho medio sueldo, se computaría sobre la base del haber de que disfruta el empleado en la fecha en que se pone término a sus servicios.

La Ley 6871 superó, ampliamente, a su predecesora 4916. En efecto, en primer término abolió las categorías o escalas, integradas por períodos de años, establecidas por la segunda, estatuyendo, en su lugar, el pago de la indemnización considerando cada año de servicios prestados. En segundo término, consideró, para el cómputo de la indemnización, las fracciones de año no menores de tres meses, a diferencia de la ley 4916 que solamente contemplaba los años completos.

El 20 de Agosto de 1936 se promulgó la Ley 8439, la misma que, ampliando las leyes 4916 y 6871, estableció que las empresas comerciales, agrícolas, mineras, instituciones de crédito, de seguros y todas aquellas cuyo capital fuera mayor de quinientos mil soles oro, abonarían indemnización por tiempo de servicios a sus empleados, la misma que sería computada a razón de un sueldo por año de servicios, además de los sueldos fijados por las leyes para los casos de retiro o despedida.

El artículo 3º de la misma ley, determinó que, en las empresas mencionadas en el párrafo anterior, los obreros tendrían derecho a una indemnización de quince días de salario por año de servicio, en caso de despedida del trabajo; añadiendo, en su artículo 2º, que, en el caso de muerte del empleado u obrero, la indemnización correspondería a sus herederos y, en defecto de éstos, a la persona o personas que económicamente dependen de aquéllos.

La ley 8439, dejó subsistente el artículo 1º de la Ley 6371, en la parte referente al cómputo de las fracciones de año no menores de tres meses.

Anteriormente, con fecha 19 de Mayo de 1931, se había expedido una Resolución Ministerial, la misma que, solucionando un reclamo colectivo de los trabajadores de los asientos petrolíferos, incorporó a los obreros dentro del beneficio legal de la indemnización por tiempo de servicios, disponiendo que las compañías abonarían una indemnización de 6 ó 7 jornales si trabajan los domingos, por cada año de servicios al obrero que sea despedido del trabajo.

La ley 8439, estableció una criticable división entre el elemento trabajador. De un lado, los empleados fueron clasificados en dos categorías: 1) Aquellos que, sirviendo a empresas con un capital superior a los quinientos mil soles, recibían, en concepto de indemnización por tiempo de servicios, un sueldo por año; y 2) Aquellos que sirviendo a empresas con un capital social inferior a quinientos mil soles, recibían, por igual concepto, medio sueldo

mensual por año servido. De otro lado, los obreros fueron, igualmente, divididos en dos categorías: 1) Aquellos que, sirviendo para empresas con un capital social superior a los quinientos mil soles, recibían 15 días de salario por año de servicio; y 2) Aquellos que, sirviendo para empresas con un capital menor de quinientos mil soles, recibían 6 ó 7 jornales, por igual concepto.

De esta suerte, la Ley 8439, sólo cubrió bajo su luz benéfica a los empleados y obreros que prestaran servicios para empresas con capital superior a los quinientos mil soles, permaneciendo el resto de los trabajadores sujetos al régimen establecido por la Ley 6871, en el caso de los empleados, y a la Resolución Ministerial de 19 de Mayo de 1931, en el caso de los obreros.

Ello originó la promulgación de la Ley 10239, la misma que, modificando las compensaciones que deben pagarse a los empleados de comercio, en los casos de retiro o despedida, se computarán a razón de un sueldo por cada año de servicios, dejando subsistente la segunda parte del artículo 1º de la Ley 6871, referente al cómputo de las fracciones de año no menores de tres meses.

La Ley 10239, de plena vigencia, constituyó, incontrovertiblemente, un avance notable en materia de indemnización por tiempo de servicios, superando ampliamente a sus predecesoras 4916, 6871 y 8439.

En primer lugar, otorga la indemnización tanto en los casos de despedida como en los de retiro voluntario, a diferencia de las modificadas que sólo la concedían en los casos de despedida. En segundo lugar, paga la indemnización de tipo más alto: un sueldo mensual por cada año de servicios. En tercer lugar, no establece tope o máximo remunerativo alguno. Por último, prescinde del capital de la empresa.

Sin embargo, como todo producto humano, adolece de serias deficiencias. Así, al establecer que, para los efectos indemnizatorios, se computarán las fracciones de año no menores de tres meses, origina serios conflictos en la práctica, por cuanto sucede que, con frecuencia, los servidores que han cumplido un record de servicios de tres meses, aducen, infundadamente, que les corresponde un año para los efectos indemnizatorios, desde que, dicha fracción, no es menor de tres meses. Digo que la posición de los servidores mencionados es infundada, porque el artículo 4º de la Ley 6871 y el 6º del Reglamento de la Ley 4916, establecen que los derechos y beneficios que dichas leyes acuerdan a los empleados, rigen solamente después de tres meses consecutivos de servicios, los cuales se reputan como período de prueba. En consecuencia, es necesario modificar tal dispositivo, estableciéndose, en su lugar, que la indemnización por tiempo de servicios se computaría a razón de un sueldo por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, con lo cual se evitaría toda duda al respecto.

De otro lado, la Ley 10239 ha preterido a la clase obrera, colocándola, injustificadamente, al margen de sus alcances y dejándola bajo el imperio del anacrónico sistema de considerar el capital de la empresa que estableció la Ley 8439.

Tal es, en sucinta y apretada síntesis, la metamorfosis de la indemnización por tiempo de servicios en nuestra legislación del trabajo, sin que ello quiera significar que, la precedente exposición, constituye y abarca la totalidad de las normas que reglamentan el instituto materia del presente estudio.

Sólo se han consignado aquellos dispositivos vinculados estrechamente con la evolución de las tasas, desde que la indemnización por tiempo de servicios se encuentra integrada, en nuestro país, por innumerables y complejas normas reglamentarias de sus tasas, forma de abono, reducción y pérdida de aquella. Durante el desarrollo de la presente tesis, tendré oportunidad de mencionar las principales normas al respecto.

CAPITULO II

CRITICA DE LA LEGISLACION VIGENTE

Una gran variedad de disposiciones, constituidas por leyes, decretos, resoluciones y ejecutorias de los tribunales, integran nuestra legislación del trabajo, así como la institución de la indemnización por tiempo de servicios.

La legislación laboral peruana ha venido desarrollándose por simple adición de normas desconexas y mal concordadas, situación originada por la actitud del legislador y de los organismos gubernamentales, de contemplar, aisladamente y de modo circunstancial, las diferentes instituciones que la integran, al calor del deseo vehemente de mejorar la protección social o de dar paso a alguna iniciativa de carácter político.

La codificación del Derecho del Trabajo constituye una necesidad largamente sentida, cuya hondura corre paralela con su gran latitud, desde que urge recoger en un todo orgánico la frondosa y compleja legislación vigente, en forma tal que permita orientar las mejoras sociales que sea menester dictar en el venidero, sin quebrantar ni desnaturalizar los principios y fines de cada institución.

Desgraciadamente, existen numerosas y poderosas razones que demuestran, justificadamente, que aún no ha llegado la hora histórica de su codificación. En efecto, las leyes de cualquier rama del derecho requieren, para ser codificadas, del transcurso de un largo período de años, que permita recoger de su aplicación la experiencia de sus bondades y sus defectos. Un código es un molde en que se vierten disposiciones legales que han recibido del tiempo el sello de lo permanente y definitivo. Son los años y los siglos los que revelan lo que hay de esencial, vale decir, de universal y duradero, en una legislación.

La existencia milenaria del Derecho Civil, del Comercial, del Minero, del Penal y del Procesal, les confiere título suficiente para reclamar su codificación. El Derecho del Trabajo, en cambio, es un derecho de ayer, nacido, apenas, a fines del siglo XIX al impulso de la gran industria originada por el maquinismo. Codificarlo significaría pretender detenerlo en la primera etapa de su desarrollo e impedirle que crezca y que siga por el camino de su natural desarrollo hasta alcanzar la plenitud de su desenvolvimiento.

Si bien es cierto que la mayoría de los países latinoamericanos tienen vigentes códigos de trabajo, no lo es menos que la mayoría de las instituciones y preceptos, en ellos contenidos, han sido objeto de continuas reformas y reglamentaciones, desvirtuándose, así, el objetivo primordial de todo código, cual es el de estabilizar la legislación de una determinada rama del derecho, condensando sus normas en fórmulas definitivas.

Mucho queda por discutir acerca del problema de la codificación de nuestra legislación del trabajo, empero, deplorablemente, ello escapa de los linderos de la presente tesis. Réstame, tan sólo, decir que en el Perú se han realizado múltiples esfuerzos conducentes a la codificación de la legislación del trabajo, esfuerzos que han sido vanos frente al obstáculo de la

multiplicidad y falta de coordinación del conjunto de preceptos que la componen, y, principalmente, por la desidia e indolencia de los miembros de las comisiones nombradas al efecto.

Así, el artículo 13 de la Ley 6871, encargó a una comisión compuesta por un senador y un diputado, elegidos por sus respectivas cámaras, y de un tercer miembro que designaría el gobierno, la misión de formular un proyecto de Código del Trabajo. Posteriormente, la Ley 10808 de 4 de Marzo de 1947, constituyó para la preparación de un anteproyecto de codificación, ampliación y modificación de las leyes sobre el trabajo y previsión social, una comisión integrada por dos senadores y dos diputados, el Director General de Trabajo, el Fiscal del Tribunal del Trabajo, el Juez de Trabajo más antiguo, un delegado de la Cámara de Comercio de Lima, un delegado de la Sociedad Nacional de Industrias, un delegado de la Sociedad Nacional Agraria y tres delegados de la Confederación de Trabajadores del Perú, concediéndoles un plazo de 180 días para la ejecución de su cometido. Esta comisión ni siquiera fue constituida y las comisiones que se designaron por Decreto Supremo de 22 de Diciembre de 1930 y por Resoluciones Supremas de 5 de Setiembre de 1932, de 10 de Agosto de 1934, de 15 de Setiembre de 1941 y de 26 de Marzo de 1946, no realizaron labor alguna al respecto.

Volviendo al estudio crítico de nuestra legislación vigente, referente a la indemnización por tiempo de servicios, cabe puntualizar que son muchas las disposiciones que ofrecen un tentador atractivo para hacerlas objeto de una crítica razonada. Empero, por razones de método y de espacio, me concretaré a aquellas que estimo de mayor importancia, a las cuales urge reformar dadas las graves anomalías de que adolecen y que, en forma sucesiva, paso a exponer.

A.—DISTINCION ENTRE EMPLEADOS Y OBREROS

La ley 10239 preceptúa que la indemnización por tiempo de servicios que debe pagarse a los empleados de comercio, en los casos de retiro o despedida, se computará a razón de un sueldo por cada año de servicios o fracción de año no menor de tres meses.

La ley 8439 prescribe que los obreros que sean despedidos tendrán derecho a una indemnización equivalente a quince días de salario por año de servicios, cuando trabajen en empresas cuyo capital social sea superior a los quinientos mil soles oro. Dicha indemnización se reduce, de conformidad con la Resolución Ministerial de 19 de Mayo de 1931, a 6 días de salario por año de servicios, cuando el capital de la empresa sea menor de quinientos mil soles.

La ley 10211 estatuye que los obreros que se retiren voluntariamente del trabajo, tienen derecho a la indemnización por tiempo de servicios prevista por la ley 8439, siempre y cuando hayan prestado servicios por más de un año o cuando, sin haber alcanzado dicho período, queden inhabilitados para continuar trabajando por enfermedad o incapacidad. En ambos casos, será requisito indispensable dar aviso de retiro con una anticipación de 15 días. Además, las indemnizaciones que corresponden a fracciones de año, se pagarán por doceavas partes.

Vemos, pues, como nuestra legislación ha establecido una injusta e injustificada distinción entre empleados y obreros; distinción que se agudiza con el otorgamiento de la mayoría de los beneficios sociales a los primeros con prescindencia de los segundos, como si éstos integraran una clase proscribita y despreciable.

Ello se ha debido, principalmente, al olvido y falta de coordinación en el legislador, al dictar las normas que regulan la indemnización por tiempo de servicios. En efecto, la ley 8439, dispuso que las empresas, en ella enumeradas, y todas aquellas cuyo capital social fuese mayor de S/. 500,000, pagarían a sus empleados un sueldo por cada año de servicios o fracción de año no menor de tres meses, añadiendo que, en las mismas empresas, los obreros tendrían derecho a una indemnización de 15 días de salario, en caso de despedida del trabajo. En esta forma, los obreros al servicio de empresas con capital inferior a los S/. 500,000 quedaron sujetos al régimen establecido por la Resolución Ministerial de 19 de Mayo de 1931, computándose la indemnización, en los casos de despedida, a razón de seis o siete salarios por cada año de servicios.

Posteriormente, la ley 10239, modificando el artículo 1º de la ley 8439, estableció que la indemnización por tiempo de servicios correspondiente a los empleados, sea en los casos de despedida o de retiro voluntario, se computaría a razón de un sueldo por cada año de servicios, con prescindencia del capital de la empresa. El citado dispositivo legal, dejó subsistente el artículo 3º de la ley 8439, de tal manera que los obreros continúan bajo el régimen de calcular la indemnización a razón de 15 o 6 jornales atendiendo al capital de la empresa.

No alcanza a comprenderse cual ha sido el criterio del legislador para establecer tal distinción; distingo que repugna a toda crítica serena, por cuanto se aparta de los fines de justicia social que persigue el Derecho de Trabajo. Se ha olvidado, o se ha querido ignorar, que, para que el Derecho de Trabajo logre plénamente sus objetivos, las normas que lo integran deben atender, simultáneamente, todos sus aspectos, atribuyendo a cada uno la importancia que le corresponde dentro del conjunto, para, en esta forma, evitar lo que ha sucedido, es decir, que un aspecto haya recibido preferente atención, en tanto que otro la ha recibido insuficientemente, como consecuencia del sistema imperante en nuestro país, consistente en la simple adición de normas dispersas sin conexión alguna, y sin consideración a la concordancia normativa que debe tener todo sistema.

No existe ninguna razón jurídica, social o humana que justifique el derecho de los empleados a percibir un sueldo por cada año de servicios con prescindencia del capital del empleador, en tanto que los obreros deben atenerse a percibir 6 o 15 salarios en atención al capital de este último. No existe ningún principio de razón suficiente que pueda justificar el derecho del empleado a percibir la indemnización por tiempo de servicios una vez cumplido con el período que se reputa de prueba, en tanto que el obrero, en los casos de retiro voluntario, debe haber laborado por más de un año para adquirir el mismo derecho. A todo ello, hay que añadir el hecho de que el empleado goza del íntegro de la indemnización cuando se trata de fracciones de año mayores de tres meses, sea en los casos de despedida

o de retiro voluntario, en tanto que al obrero, en los casos de retiro voluntario, se le computan por doceavos las fracciones de año.

La indemnización por tiempo de servicios, como ha quedado puntualizado, tiene un fundamento de justicia social, basado en el derecho que asiste al trabajador a solicitar que sus energías gastadas en el esfuerzo productor, tengan una retribución específica proporcionada al tiempo en que ha trabajado por cuenta de un tercero, con ellas beneficiado. Además, los derechos indemnizatorios emanan de la propia naturaleza del trabajo, y no del nombre con que se designe al trabajador.

Si bien la distinción entre empleados y obreros, en lo que a la indemnización por tiempo de servicios se refiere, resulta notoriamente injusta, ella deviene trivial si la comparamos con los beneficios del Seguro de Vida, Pensión por Inhabilitación, Jubilación, Vacaciones anuales durante 30 días consecutivos, Indemnización por falta de preaviso de despedida, Bonificación del 30% al cumplir 30 años de servicios y otros más que la ley otorga a los empleados con prescindencia de los obreros.

Por lo demás, la referida distinción contradice el artículo 23 de la Constitución del Estado, el mismo que prescribe que "La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República. Podrán expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas".

La solución del problema en cuestión, no se encuentra en la reforma particular de las diferentes instituciones que integran nuestra legislación del trabajo, sino en la abolición radical de la distinción entre empleados y obreros, sometiéndolos a un régimen idéntico de derechos y beneficios.

En el Perú, el elemento trabajador ha sido clasificado en tres grandes grupos o sectores: empleados públicos, empleados particulares y obreros. La legislación nacional no ha precisado en que radica la diferencia entre los trabajadores pertenecientes a las dos últimas categorías; ha sido la jurisprudencia, la que tomando el criterio de la doctrina francesa, ha establecido que es empleado aquel en cuya labor predomina el esfuerzo intelectual sobre el físico; y, por el contrario, es obrero aquel en cuya labor el esfuerzo físico predomina sobre el intelectual o presta un servicio material determinado, vulgarmente denominado "mano de obra".

Aparte de que esta distinción produce dificultades de aplicación práctica en casos dudosos, implica una clasificación innecesaria e inútil de uno de los sujetos de la relación jurídico-laboral, ya que crea una división de clases dentro del elemento laborante que realiza sus funciones en situación de dependencia, lo cual no coincide con el criterio de igualdad jurídica que debe predominar en la materia, originando odiosidades y resentimientos en la clase obrera injustamente preterida. Además, la diferencia puntualizada no es absoluta, por cuanto el trabajo humano se caracteriza por ser inteligente y creador, por lo que no cabe pensar que en el trabajo manual no intervenga la inteligencia.

El tratadista Juan Domingo Pozzo, pronunciándose sobre el particular, sostiene que: "El Derecho del Trabajo regula relaciones que derivan de la prestación de actividades humanas, y entonces no corresponde mantener distinciones fundadas en la forma en que esas funciones se realizan o en

los medios de que el trabajador se vale para ello; pueden ser manuales o intelectuales, todo ello implica trabajo y, al fin, tanto depende del empleador quien realiza trabajos materiales, el llamado obrero, por ejemplo, como el químico que estudia fórmulas para el perfeccionamiento de un producto, o el contador que estudia los problemas económicos del establecimiento del empleador, en forma subordinada y retribuida. Es verdad que la subordinación puede ser menos intensa en ciertos casos que en otros, y que la retribución del químico y del contador es, generalmente, mayor que la de quien realiza solo trabajos materiales, pero estas notas no suprimen ni le quitan eficacia a la relación de trabajo existente entre trabajador y empleador" (6).

Hoy en día, ha cobrado gran auge, la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, que generaliza y aplica sus instituciones a todos los que prestan su actividad al servicio de terceros a cambio de una retribución y en forma subordinada, continua, exclusiva y profesional, sin distinguir categorías. Comprendido así, el Derecho del Trabajo contribuirá de un modo eficaz a borrar distinciones sociales y a evitar enconos de clase. Conviene anotar, sin embargo, que esta igualdad jurídica no importa, en forma alguna, la supresión de la jerarquía en el trabajo, la cual es indispensable para su desarrollo, como tampoco eliminará la jerarquía de los valores morales, porque ellos se imponen por sobre todas las regulaciones de la sociedad.

Cualesquiera que sea la denominación que se adopte para identificar al sujeto de la relación de trabajo, bien sea trabajador, servidor, locatario, empleado, obrero, etc., los alcances y espíritu de la misma deben abarcar a todos aquellos que realizan una labor subordinada y remunerativa por cuenta ajena, atribuyéndoles los mismos derechos y beneficios, sin más distinción que la retribución proporcionada a la jerarquía del sujeto en el trabajo.

"En la multiplicidad del quehacer humano, dice Lotmar, (7) no cabe distinguir el trabajo en material o inmaterial. Poco importa que prepare, transforme, o transporte materias o que haya de hablar, cantar, enseñar, mandar, dirigir, contar, vigilar o cuidar, que sea productivo o improductivo, cualificado o no cualificado. El trabajo es obra del hombre y nada significa que en su exteriorización intervenga la cabeza, las manos, el cuerpo o el espíritu. Incluso en casos que parece más separables del ser su prestación laboral, resulta implicada toda la personalidad del trabajador".

Considero, apoyado tan sólo en mi gran inquietud y preocupación por el imperio de la justicia social, que el Derecho del Trabajo debe unificarse como común denominador de empleados y obreros, porque todos son trabajadores, porque la justicia social es única y porque, unos y otros, los trabajadores del músculo y los de la inteligencia; los de la materia y los del espíritu en las fábricas y en las oficinas; en el campo y en la ciudad, están forjando, tal vez humilde y anónimamente, el futuro y la grandeza del país.

Podrá aducirse que tal empeño es difícil y remoto, pero no imposible o irrealizable. Día llegará en que el Derecho del Trabajo, rompiendo y

(6) Juan Domingo Pozzo.—"Derecho del Trabajo", página 448.

(7) Eugenio Pérez Botija.—"El Contrato de Trabajo", página 103.

avasallando los obstáculos que se le opongan, unificará a todos los trabajadores, cualesquiera que sea la naturaleza de su labor, bajo el haz luminoso de una legislación que les otorgue y reconozca idénticos derechos y beneficios.

Así lo ha reconocido la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Río de Janeiro en Abril de 1952, declarando que no debe existir clases de trabajadores, que todos los que trabajan deben estar sujetos al mismo régimen de derechos y beneficios.

En el Perú, el artículo 1º de la Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928 comprendió dentro de la categoría de empleados, para los efectos de la ley 4916, ampliatorias, modificatorias y conexas, a todos los que presten sus servicios en oficinas o escritorios de entidades individuales o colectivas dedicadas al comercio, la industria o la manufactura, haciendo una amplia enumeración ilustrativa de dichas entidades.

Por ulteriores dispositivos legislativos, gubernamentales y judiciales, se ha incorporado dentro de la categoría de empleados, y, por consiguiente, dentro del campo de acción de las leyes aplicables a dichos servidores, a numerosos trabajadores que antaño estuvieron comprendidos en la categoría de obreros, por predominar en su labor el esfuerzo material sobre el intelectual.

Así tenemos:

Resolución Suprema de 18 de Enero de 1929, que confiere la calidad de empleados a los conductores e inspectores de trenes de pasajeros.

Ley 8540º, que otorga la calidad de empleados a los maquinistas y conductores de los ferrocarriles, así como a los brequeros y fogoneros que tengan 10 años de servicios consecutivos.

Ley 9169º, que considera dentro de los beneficios de la ley del empleado a los Capitanes, Patrones, Pilotos, Ingenieros, Radiotelegrafistas, Médicos, Contadores, y Sobrecargos de las naves pertenecientes a la Marina Mercante Nacional y a la Marina Mercante Extranjera que hayan contratado a sus servidores en territorio nacional.

Ley 9386º, que confiere la calidad de empleados a los primeros y segundos mayordomos de los buques de la Marina Mercante Nacional.

Ley 9572º, que comprende dentro de la legislación del empleado a los inspectores de omnibuses.

Ley 9848º, que otorga la calidad de empleados a los Contramaestres de la Marina Mercante Nacional.

Ley 9861º, que comprende a los Tarjadores Marítimos como empleados de comercio incursos en la ley 4916º para los efectos de la percepción del importe de sus indemnizaciones, vacaciones y demás beneficios.

Ley 9997º, que incluye a los técnicos electricistas que trabajan en las empresas industriales y comerciales, y a los técnicos tableristas que presten sus servicios en las empresas de teléfonos.

Leyes 10235º y 10280º, que comprenden a los conductores y motoristas de ferrocarriles a tracción eléctrica de toda la República.

Ley 10370º, que incluye a los maquinistas, motoristas y conductores de ferrocarriles y tranvías.

Ley 10391º, que comprende a los inspectores de tranvías eléctricos de toda la República.

Ley 10400º, que incluye a los perforadores de pozos de petróleo, a los servidores que están a cargo de los análisis químicos en los laboratorios, a los encargados de llevar los informes o reporters en las refinerías de las empresas petrolíferas y a los vigilantes de grifo o guardianes de los mismos.

Ley 12487º, que comprende dentro de los beneficios de la ley 4916º y sus ampliatorias, a los mensajeros, portapliegos, conserjes y guardianes de los Bancos, Compañías de Seguros, Compañías de Capitalización y Caja de Depósitos y Consignaciones, que tienen bajo su responsabilidad la conducción o custodia de documentos y valores.

Ley 12527º, que comprende dentro de los beneficios de la ley 4916º y sus ampliatorias, a los capataces, sobrestantes, caporales, mayordomos de campo y regentes de talleres de imprenta, que tengan a su cargo secciones y talleres bajo su control y responsabilidad.

Ejecutoria Suprema de 8 de Noviembre de 1935, que incluye dentro de la categoría de empleados a los cantineros de negocios en Clubs Sociales.

Ejecutoria Suprema de 20 de Agosto de 1943, que incluye a los vendedores-repartidores de aguas gaseosas como vendedores a comisión, aún cuando desempeñan la labor de chofer del camión de reparto.

Ejecutoria Suprema de 8 de Enero de 1951, que incluye a las boleteras y receptoras de boletos de los cinemas, dentro de la categoría de empleadas.

Ejecutoria Suprema de 10 de Agosto de 1951, que comprende dentro de la categoría de empleados, a los choferes que, además de manejar un vehículo, reparten mercaderías y cobran facturas.

Ejecutoria Suprema de 25 de Setiembre de 1951, que incluye a los administradores y choferes de omnibuses.

Ejecutoria Suprema de 12 de Setiembre de 1952, que incluye a los ayudantes de almacén encargados de llevar el control de las herramientas y materiales.

Vemos, pues, como gran cantidad de los trabajadores que fueron excluidos de la condición de empleados por la Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928, han visto reconocida su calidad de tales, gozando de todos los derechos y beneficios que confieren las leyes sociales al empleado particular, merced a la corriente de expansión del Derecho del Trabajo.

Nos hallamos en la era del derecho social, etapa de socialización del derecho que hace de los intereses colectivos eje y objetivo de toda ordenación jurídica, en contraposición al clásico sistema individualista para el cual no existen sino individuos.

La vieja corriente individualista que, tomando como base el liberalismo económico de Adam Smith, hizo de la libertad contractual, fundada en la ley económica de la oferta y la demanda, la fuente primera y única del Derecho del Trabajo, ha quedado tan sólo como un recuerdo histórico, en virtud del avance incontenible de la corriente moderna de socialización del derecho, que confiere al Estado la función tuitiva de proteger a la clase menos favorecida por la fortuna, a la clase asalariada, a los trabajadores

en general, sin distinción ni limitación alguna que obedezca a la diferente naturaleza de las labores.

El Derecho del Trabajo vino a la vida como un derecho de clase, como el estatuto del trabajador asalariado y manual, de allí que se le conociera, en sus orígenes, bajo la denominación de Derecho Obrero, término impropio y falto de cabida dentro de la actual concepción. Posteriormente, amplió el sector personal que tutela, cobijando bajo su manto protector a otras clases laborales: empleados, artesanos, etc. De allí, que las primeras normas fueron las tendentes a proteger a la clase obrera, a la sazón víctima de la explotación originada por el maquinismo, extendiéndose, después, a la empleocracia. Tales fueron la ley de 1802, en Inglaterra, que redujo a 8 horas la jornada de trabajo para los jóvenes en las fábricas, y la ley de 1824, en Francia, prohibiendo el trabajo de los niños en las industrias.

En armonía con la declaración de Filadelfia, acordada por la Organización Internacional del Trabajo, todos los seres humanos, cualquiera que sea su raza, creencia o sexo, tienen derecho a perseguir su progreso material y su desarrollo espiritual con libertad y dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades.

Todos los seres humanos somos, por naturaleza, esencialmente iguales. Si bien es cierto que algunos han tenido la fortuna de recibir una adecuada educación que les ha permitido ocupar una mejor posición que aquellos que no tuvieron la oportunidad de recibirla o de adquirir una profesión u oficio, no es menos cierto que, tal vicisitud, no ha debido reflejarse en la injusta distinción practicada entre unos y otros; distingo que se ha traducido en la especial protección brindada a los empleados con prescindencia de la clase obrera, mayormente expuesta a los riesgos ocupacionales.

Si alguna distinción ha querido hacerse, élla no ha debido ser otra que la referente a la jerarquía en el trabajo y al monto de las remuneraciones, desde que constituye un hecho incontrovertible que aquellos que gozan de una mayor capacidad para el trabajo que, por ende, les permite desempeñar cargos de mayor responsabilidad, deben, a su vez, gozar de una mejor retribución que aquellos que, por diversas circunstancias, no han podido alcanzarla.

En síntesis, conceptúo que debe abolirse la distinción imperante entre obreros y empleados, comprendiéndose a ambas categorías de trabajadores, dentro de un régimen de derechos y beneficios idénticos. Sólo así, nuestro ordenamiento jurídico-laboral podrá lograr los objetivos de equidad y justicia social que inspiraron la gestación del Derecho del Trabajo.

Igualmente considero, que debe comprenderse a ambas categorías de trabajadores, bajo una denominación genérica, bien sea la de "Trabajador", "Servidor" o "Empleado". Dentro de dicha denominación, se comprendería a todas aquellas personas que se obligan a prestar un servicio, por tiempo determinado o indeterminado, a cambio de una retribución en dinero, bajo los requisitos de subordinación jurídica, exclusividad, continuidad y profesionalidad, caracteres que tipifican el contrato de trabajo.

Esta directiva es la que ha seguido el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, norma reglamentaria de la situación jurídica de los empleados públicos. En su artículo 6º, distingue cuatro clases o categorías de empleados públicos:

a) Empleados de Carrera, aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación está expresamente indicada en dicho estatuto.

b) Empleados a Contrata, los que desempeñan cargos con carácter transitorio.

c) Empleados Adscritos, los que desempeñan cargos de Secretario, Asesor u otro de confianza, técnico o político, cerca de altos funcionarios públicos.

d) Personal del Servicio Interno, constituido por los porteros, portaplegos, ascensoristas, choferes y demás servidores manuales que realizan labores de naturaleza análoga con plaza de presupuesto en una reparación del Estado.

El artículo 45º del citado Estatuto, prescribe que todos los empleados comprendidos en el artículo 6º, están amparados por las disposiciones sobre cesantía, jubilación y montepío.

Así, pues, todos los empleados públicos, cualesquiera que sea la naturaleza de su labor, gozan de los mismos derechos y beneficios, distinguiéndose solamente en lo concerniente al monto de las remuneraciones, consecuencia lógica de la jerarquía establecida.

B.—SISTEMA DE CALCULARLA

El artículo 20º de la Ley 6871º, estatuye que la indemnización por tiempo de servicios se calculará sobre la base del haber de que disfruta el empleado en la fecha en que se pone término a sus servicios.

Conceptúo que la indemnización por tiempo de servicios, calculada sobre la base del promedio de las remuneraciones percibidas en cada año de servicios o en todo el récord de servicios, resulta más ajustada a los principios de justicia social.

En efecto, constituyendo el fundamento jurídico de la indemnización por tiempo de servicios la retribución que hace el empleador al desgaste de energías del servidor, resulta manifiestamente inadecuado el que se calcule sobre la base del haber vigente al tiempo de la extinción del respectivo contrato de trabajo.

El beneficio en cuestión resarce, como queda dicho, el desgaste anual de energías; de allí que la mayoría de las actuales legislaciones del trabajo, retribuyan la labor realizada en base a la remuneración promedio percibida durante cada año de servicios. Cada una de estas remuneraciones promediales, resarce el desgaste anual de energías y la suma de todas ellas la labor desplegada durante el récord de servicios.

Examinemos, escuetamente, algunas de las legislaciones extranjeras actualmente vigentes.

En Argentina, la Ley N° 11729°, prescribe que, en caso de despedida injustificada, el servidor recibe el importe de un mes de remuneración por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, tomándose por base el promedio mensual de los últimos cinco años. Esta indemnización no puede ser inferior a dos meses de remuneración, ni exceder de mil pesos por año de servicios. En el cómputo del promedio, se incluyen, también, las comisiones u otros estipendios en dinero o en especie.

En Chile, la Ley N° 6686°, estipula que la indemnización por años servidos se calculará sobre la base del promedio de los sueldos o salarios percibidos en los últimos dos años.

En Méjico, el Código de Trabajo de 1931, concede derecho a una indemnización, cuyo monto varía de conformidad con el tiempo de servicios.

Conviene anotar el hecho de que la mayoría de las legislaciones extranjeras otorgan la indemnización por tiempo de servicios, solamente en los casos de despedida injustificada, con excepción de Méjico, Colombia y Brasil que la conceden, además, en los casos de retiro justificado. En este aspecto, nuestra legislación se encuentra más avanzada, por cuanto la concede tanto en los casos de despedida injustificada como en los de retiro voluntario, justificado o injustificado, con la sola condición de que el servidor haya superado el período de tres meses que se reputan de prueba.

Conceptúo que nuestra legislación se encuentra, en este aspecto, más avanzada que las extranjeras, por cuanto la indemnización por tiempo de servicios resarce el desgaste anual de energías, independientemente de la causal que motive la rescisión del contrato de trabajo, salvo, naturalmente, los casos de despedida justificada que acarrear la pérdida de todo derecho a los beneficios sociales, desde que constituyen una sanción establecida por la ley aplicable a los servidores que incurran en las causales por élla previstas.

El Dr. Antolín Zelenka, Actuario-Jefe de la Oficina Internacional del Trabajo, nombrado por el gobierno peruano para preparar el proyecto del Estatuto Definitivo del Seguro Social del Empleado, acompañó, adjunto al proyecto mencionado, una relación, debidamente sustentada en estudios actuariales, de las modificaciones que deben introducirse en nuestra actual legislación del trabajo, como requisito previo a la vigencia del Estatuto señalado.

Con respecto a la indemnización por tiempo de servicios, propone la siguiente reforma:

a) La compensación por el período anterior a la vigencia del Estatuto, será igual a la que reconocen las disposiciones actuales.

b) Por los períodos posteriores, el monto de la compensación por cada año de servicios será igual al 8.3333% del total de los sueldos del año respectivo, con un máximo de S/o. 6,500.00 para dicha cuota anual.

Esta modificación persigue evitar la duplicidad de cargas sociales que resultaría del establecimiento del nuevo sistema de Seguro Social, manteniéndose vigente el actual régimen de la indemnización por tiempo

de servicios, duplicación que perjudicaría la economía del país y dificultaría el aumento de las remuneraciones a los servidores.

En la actualidad, los mismos empleados se encuentran perjudicados, desde que los dispositivos sobre indemnización por tiempo de servicios calculada sobre la base del último haber; el aumento obligatorio del 30% al cumplir 30 años de servicios, fijados por la ley 11725^o, la póliza de seguro de vida, a cargo del empleador, al cumplir el servidor cuatro años de servicios; y la pensión de jubilación a los 35 años de servicios, aparte de los numerosos y exorbitantes impuestos, contribuciones y tasas que debe abonar el empleador en proporción a la remuneración de sus servidores, constituyen una tremenda carga que dificulta mucho los aumentos a los empleados antiguos, debido a las fuertes reservas que deben constituirse para hacer frente a esos beneficios futuros de pago diferido. También el peso de estas cargas que benefician a un sector reducido de empleados, dificulta mejorar los sueldos de los demás.

Como sostiene M. de Unsain "Las leyes sociales tienen un límite en las posibilidades económicas de la industria, del comercio y de los pueblos, ya que toda ley laboral significa un costo, aún cuando sea de índole social y se traduzca, mediata o inmediatamente, en un beneficio de índole general" (8).

Al respecto, los doctores Raúl Ferrero y Carlos Scudellari arguyen lo siguiente:

"Si se continuara legislando en forma inorgánica y sin sujeción a la doctrina, se corre el riesgo de hacer gravitar sobre la economía del país cargas desproporcionadas a su capacidad de absorción, lo que resultará contraproducente para los mismos trabajadores a quienes se pretende favorecer. Es obvio, a pesar de que con frecuencia se olvida, que los beneficios sociales no pueden tener un crecimiento frondoso si el desarrollo económico del país no guarda proporción con las cargas que la ley impone. Nada más loable que el anhelo de mejoramiento social, sobre todo cuando se inspira en sentimientos de fraternidad humana y de justa retribución del trabajo, pero debe tenerse presente que la promoción de los niveles de vida sólo puede alcanzarse en la medida en que aumenta la producción de bienes y siempre que se logre, por efecto de la elevación cultural, que las mejoras sociales no se traduzcan en ausentismo y en baja de los rendimientos".

"Por muy justificadas e imperiosas que sean las disposiciones que forman el conjunto de la legislación de un país, es necesario que guarden relación con su capacidad económica. Cuando se sobrepasa dicha capacidad, se siguen consecuencias perjudiciales para los propios beneficiarios de tales disposiciones, así como para la economía del país".

"En efecto, todos los beneficios sociales constituyen una parte del coste del factor trabajo, que es elemento principal del coste de producción de los bienes y servicios. Para que pueda mantenerse la actividad económica, es necesario que el precio de venta de los bienes y servicios cubra

(8) M. de Unsain.—"Legislación del Trabajo" y "Empleados de Comercio".

el coste de producción y dejen un margen remunerativo que estimule al productor a continuar sus actividades. Todo aumento de beneficios sociales conduce a un aumento del coste de producción, lo que obliga a elevar los precios de venta de los bienes y servicios, o bien a disminuir las remuneraciones básicas sobre las que inciden dichos beneficios”.

“Es un error creer que el coste de los beneficios sociales sale siempre del margen de las utilidades. En primer lugar, en toda rama de la actividad económica hay productores marginales que no obtienen utilidades, así como hay rubros marginales en la actividad múltiple de algunos productores. Por tanto, no siempre existe margen para el aumento de los beneficios sociales. En segundo lugar, toda actividad económica se realiza para obtener un beneficio, por lo que el empresario tiene que considerar el coste íntegro del factor trabajo; si este coste aumenta, solo puede escoger uno de los siguientes caminos: a) elevar sus precios de venta; b) reducir la remuneración directa en los nuevos servidores; y c) disminuir la producción, lo que provoca el desempleo. Aunque en un primer momento los beneficios sociales incidan sobre las utilidades, a la larga determinan los efectos que se acaba de anotar, con evidente perjuicio para la masa de los trabajadores”.

“Por tanto, el exceso de cargas sociales conduce a la elevación del nivel general de precios, lo que equivale a una disminución del poder adquisitivo de la moneda, o bien a la reducción de las remuneraciones directas de los trabajadores. En cualquiera de estas dos formas el resultado es el mismo: desmejorar el nivel de vida de los asalariados”.

“Debe insistirse en que todos los beneficios sociales, forman parte del coste del factor trabajo, en la misma forma que la remuneración directa inmediata. Dentro de la producción económica, el coste de este factor no puede sobrepasar cierto límite sin que se produzcan los efectos anotados. Dicho límite está determinado, fundamentalmente, por la productividad del trabajo, esto es, por el valor económico derivado de su empleo en la producción. Es obvio que la remuneración real y total, o sea incluyendo los beneficios sociales de toda clase, está determinada en última instancia por dicho productividad. En consecuencia, si la legislación social excede de los límites que la productividad permite, el resultado inevitable es una inflación de precios o bien una disminución de la remuneración directa. La experiencia contemporánea está mostrando que ya se ha presentado este fenómeno en varios países y que el aumento inmoderado de las cargas sociales, constituye un factor inflacionista notable”.

“En conclusión, la legislación social debe constituir un conjunto orgánico, en el cual se atiende a las necesidades de acuerdo con la importancia que corresponde a cada una y de modo tal que la suma de las cargas derivadas de los beneficios sociales no exceda de los límites impuestos por la capacidad de la economía nacional, en el interés común de aumentar la producción para poder elevar los niveles de vida y evitar efectos inflacionistas” (9).

(9) R. Ferrero R., y Carlos Scudellari.—“Legislación Social del Perú y otros Países de América Latina”, pág. 66.

Las aseveraciones de los doctores Ferrero y Scudellari, se han visto corroboradas con la experiencia mundial. Basta citar el caso del país vecino Chile, en el cual el exceso de cargas sociales ha sido señalado por todos los informes de comisiones técnicas, Ministros de Hacienda y por el propio Presidente de la República, como una de las más poderosas causas de la aguda inflación que agobia a ese país.

Volviendo al problema de la forma de calcular la indemnización por tiempo de servicios, cabe anotar que el sistema impuesto por nuestra legislación, aparte de ser notoriamente inadecuado, otorga efectos retroactivos a la última remuneración, extendiéndola a todo el récord de servicios, lo cual está en desacuerdo con la técnica mundial, según hemos podido comprobarlo con el examen de las principales legislaciones extranjeras.

En lo que respecta al proyecto del Dr. Antolín Zelenka, considero que beneficiaría a la empleocracia, por cuanto, sin alterar en forma alguna los beneficios adquiridos, otorgaría, en lo sucesivo, una serie de beneficios no comprendidos en la legislación vigente.

Así, el Seguro Social proporcionaría prestaciones asistenciales y subsidios diarios de enfermedad o maternidad; pensiones de desempleo durante el período de cesantía en el trabajo; pensiones de viudedad, orfandad, invalidez y vejez.

El proyecto en referencia presupone, necesariamente, la modificación de los actuales dispositivos sobre indemnización por tiempo de servicios, jubilación y seguro de vida, a fin de evitar una duplicidad de cargas para los empleadores, desde que, dicho proyecto, ha sido concebido como sustitutivo de similares prestaciones sociales que existen en vigor, aunque en diferente forma y modo y con cargo exclusivo a los empleadores.

Además, el proyecto de Estatuto fija una contribución, a cargo del empleador, del 8.5% sobre el monto total de las remuneraciones que se abonen mensualmente a los empleados, para financiar el seguro de pensiones, lo que sumado a las actuales cargas sociales, significaría un desembolso mensual promedio de 51% del monto del sueldo de cada empleado, sin incluir la actual jubilación a los 35 años de servicios, cuyo costo es de 13.66% que hay que agregar, en el caso de las empresas con capital mayor de dos millones de soles, lo cual aumentaría fuertemente las cargas sociales, a tal punto que ningún empleador podría soportarlas.

En resumen, conceptúo que, si se quiere proceder con verdadero espíritu de justicia y equidad para empleados y empleadores, debe abrogarse el artículo 20° de la Ley 6871°, estableciéndose que la indemnización por tiempo de servicios se calculará sobre la base del promedio de las remuneraciones anuales percibidas por el empleado u obrero durante su récord de servicios.

C.—LEY 11772°

La ley 11772° prescribe que las compensaciones que se paguen o que se hayan pagado a los empleados de comercio, en los casos de retiro o despedida, se considerarán solo como anticipo de los beneficios socia-

les, en el caso de que el empleado celebre nuevo contrato con su principal, subsistiendo la antigüedad de su tiempo de servicios para el cómputo final de las indemnizaciones y los efectos de la jubilación.

El citado dispositivo legal atribuye, contra todo principio de derecho, efectos ultractivos a un contrato de locación de servicios legalmente rescindido. En efecto, el artículo 1º de la Ley 4916º dispone que, en el caso de que el empeño o locación del servicio no tuviera tiempo de duración determinado, podrá cualquiera de las partes darlo por fenecido, dando aviso de noventa días el patrón al empleado y de cuarenta días el empleado al patrón, no siendo necesario, consecuentemente, el aviso previo para su terminación en los contratos a plazo determinado.

Ahora bien, resulta incongruente el hecho de que un contrato de trabajo rescindido por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pueda surtir efectos venideros, máxime si consideramos que, al tiempo de cesar el empleado en su cargo, se le han liquidado y abonado las indemnizaciones que le corresponden con arreglo a la ley.

Al respecto el tratadista Ramírez Gronda (10) sostiene lo siguiente: "En caso de reingreso de un empleado, existe un nuevo contrato de trabajo distinto al anterior. No existe continuidad en el vínculo, desde que son dos convenios separados e independientes el uno del otro aunque el trabajador reingrese al mismo puesto, con las mismas tareas y en condiciones análogas. Es que, al abonársele las indemnizaciones por tiempo de servicios por la forma primitiva, se ha extinguido aquella relación. En consecuencia, para calcular la indemnización, que se mide según antigüedad, al empleado que reingresa debe considerársele como si recién hubiese ingresado a la empresa".

La ley 11772º fue dada con el objeto de reprimir la transgresión que, ciertos empleadores, venían haciendo de la regla contenida en el artículo 20º de la ley 6871º. Disponiendo, ésta, que la indemnización por tiempo de servicios se computará sobre la base de la remuneración vigente al tiempo de la cesación de servicios, optaron, aquéllos, por seguir la siguiente política. Toda vez que algún servidor solicitaba aumento de remuneración, o cuando el empleador consideraba, unilateralmente, la procedencia del aumento, lo despedían con el correspondiente pre-aviso de noventa días, procediendo, luego, a abonarle la indemnización por tiempo de servicios.

El empleado coactado por el temor de perder su colocación, con las consiguientes dificultades para la obtención de una similar, y acicateado por el aumento de remuneración que, tal proceder, le significaba, veíase obligado a aceptar la imposición del empleador. Al cabo de un cierto período, reingresaba al servicio de su principal, el cual repetía el procedimiento señalado toda vez que se presentaba el evento de aumentos de remuneración.

En esta forma, el empleador infringía, impunemente, la regla del artículo 20º de la Ley 6871º, enriqueciéndose indebidamente a base del menoscabo que sufrían los empleados en sus derechos indemnizatorios. Así,

(10) Ramírez Gronda.—"El Contrato de Trabajo", página 558.

por ejemplo, un empleado que habiendo laborado durante cinco años consecutivos percibiendo una remuneración mensual alzada anualmente de S/. 1,000.—, 1,500.— 2,000.— 2,500.— y 3,000.— respectivamente, recibía, al tiempo de cesar definitivamente en el trabajo y de conformidad con el método empleado por su principal, la suma promedio de S/. 10,000.—, cuando, en realidad, debía haberle correspondido la cantidad de S/. 15,000.—, computada sobre la base del último haber mensual de S/. 3,000.—.

Si bien es cierto que la Ley 11772º puso coto a las arbitrariedades expresadas, no lo es menos que, por otro lado, ha constituido un instrumento del cual se han valido y se valen no pocos empleados inescrupulosos para sustraer la buena fe de sus principales.

A fin de apreciar objetivamente, la gravedad de la regla contenida en la Ley 11772º, expondré, a continuación, un caso concreto presentado en la práctica.

Un empleado ingresó a prestar servicios a una empresa determinada, laborando durante siete años consecutivos, al cabo de los cuales renunció al empleo. Siendo su última remuneración mensual S/. 5,000.00, percibió en concepto de indemnización por tiempo de servicios la suma de S/. 35,000.00. Transcurrido el plazo de un año, fue requerido por la empresa a fin de que retornara a su antigua labor, dada la circunstancia de haber sido un servidor eficiente, petición que fue aceptada por éste reingresando al servicio de su ex-principal con una remuneración de S/. 8,000.00. Mas, al cabo de cuatro meses, renunció, nuevamente, a su cargo solicitando se le abonara en aplicación de la ley 11772º la suma de S/. 64,000.00, previa deducción de los S/. 35,000.00 percibidos al vencimiento del primer período, lo cual arrojaba un saldo a su favor de 29,000.00.

La empresa negóse a acceder a tal petición aduciendo que sólo estaba obligada al pago de S/. 8,000.00 correspondientes a la indemnización por tiempo de servicios del segundo período, y que no era procedente acumular los siete años servidos anteriormente, por cuanto el primitivo contrato de locación de servicios había sido rescindido por voluntad unilateral del servidor, al cual se le habían abonado íntegramente los beneficios que le correspondían no siendo admisible atribuir efectos jurídicos a un contrato de trabajo legalmente extinguido.

El caso fue llevado ante los tribunales los cuales ampararon la pretensión del empleado en aplicación de la ley 11772º. Así, el empleado resultó injustamente favorecido, acumulando, en un corto plazo, una apreciable suma de dinero proveniente de las indemnizaciones abonadas por sus dos últimos principales.

Indudablemente que el fallo de los tribunales fue esencialmente legal, por cuanto se ajustó, estrictamente, a lo prescrito por la ley 11772º. Empero si bien ello es cierto no lo es menos que el citado dispositivo legal constituye una aberración jurídica contraventoria de los más elementales principios de derecho contractual desde que atribuye efectos jurídicos ulteriores a un convenio, a todas luces, fenecido. De otro lado, permite encubrir la malicia de los servidores que, como en el caso expuesto, se amparan en ella para sorprender la buena fe de sus principales y percibir, en concepto

de indemnizaciones, cantidades inmoderadas que, indudablemente, los enriquecen indebidamente.

En síntesis, conceptúo que debe abrogarse la Ley 11772º, restableciéndose, en su lugar, la vigencia del artículo 47º del Reglamento de la Ley 4916º que dispone el cómputo de los años de servicios prestados en forma ininterrumpida, para los efectos de la indemnización por tiempo de servicios.

Cabe hacer presente que la dación de la Ley 11772º no hubiera sido necesaria, si en nuestro ordenamiento jurídico-laboral rigiera el sistema de calcular la indemnización por tiempo de servicios, sobre la base del promedio de las remuneraciones percibidas en cada año de servicios.

JURISPRUDENCIA

"El pago de compensaciones efectuado durante el tiempo de servicios, se considera a cuenta de las compensaciones que corresponda al empleado al cesar definitivamente en el empleo".—(Ejecutoria Suprema de 21 de Mayo de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 88, pág. 549).

"Si el servidor reingresa al servicio de su anterior principal, los pagos hechos al finalizar su primer contrato son simples anticipos de los beneficios sociales, acumulándose los records de servicios".—(Ejecutoria Suprema de 27 de Abril de 1954. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 124, pág. 641).

"La Ley 11772º, que dispuso la acumulación de tiempo de servicios, es aplicable para aquellos que se hubiesen prestado antes de su promulgación".—(Ejecutoria Suprema de 6 de Agosto de 1954. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 131, pág. 1519).

D.—ENTREGA AL TERMINO DE LA PRESTACION DE SERVICIOS

Mucho se ha discutido y se discute aún, acerca de la conveniencia o inconveniencia de la entrega del monto total de la indemnización por tiempo de servicios, al término de la prestación de servicios.

Nuestra legislación, estatuye el pago de la indemnización por tiempo de servicios y demás beneficios sociales, a la expiración del respectivo contrato de trabajo. La paga directamente el empleador al término de los servicios del empleado u obrero.

La experiencia ha demostrado, ostensiblemente, los defectos del sistema expresado, especialmente en lo que al elemento obrero se refiere. Ocurre, generalmente, que los trabajadores que ven acumularse una apreciable cantidad de dinero en su cuenta de indemnizaciones, se sienten inclinados a abandonar su ocupación y a permanecer en la ociosidad hasta el total agotamiento de las sumas percibidas. Otras veces las dilapidan en actos de prodigalidad o por incapacidad para administrarlas e invertir las convenientemente, y, en la mayoría de los casos, las consumen fugazmente en actos de crápula, sin provecho ni beneficio alguno para las personas que, económicamente, dependen de ellos.

De otro lado, el pago imprevisto de indemnizaciones crecidas convierte, muchas veces, en letra muerta para los trabajadores la percepción

de aquéllas, debido a la insolvencia de las pequeñas empresas o negocios. En esta forma, la indemnización representa un beneficio para el servidor cuando la percibe al término de su contrato, y ninguno cuando la dilapida en las formas indicadas.

Constituye una realidad evidente y a la vez deplorable, el hecho de que nuestra gran masa obrera adolece del más mínimo sentido del ahorro. Para ellos el ansia de mejoramiento no existe, la participación en los beneficios de la civilización constituye una quimera, la estabilidad y el bienestar de sus hogares no es problema que requiera inmediata solución. Indudablemente que todo ello es fruto de su propia ignorancia y del medio en que viven y desarrollan sus actividades.

Las lecciones de esta experiencia deben considerarse sobremanera, a fin de eliminar la modalidad de la entrega del monto de las indemnizaciones a la terminación de los servicios a cada empleador.

Considero que debe instaurarse un sistema que preceptúe el pago de la indemnización por tiempo de servicios y demás beneficios sociales, con cargo a un fondo administrado por una Caja de Pensiones. El empleador depositaría mensualmente una imposición, fijada proporcionalmente al haber del servidor, para la formación del fondo. Dichos aportes devengarían intereses capitalizables periódicamente, con lo cual el derecho del trabajador resultaría notoriamente aumentado, compensándose en esta forma los pagos diferidos.

Con cargo a dicho fondo, se otorgarían préstamos personales a los trabajadores, a fin de que pudieran atender sus necesidades de apremio, así como créditos hipotecarios para adquirir, construir o mejorar casas-habitación, o para pagar dividendos o saldos de precio de éstas.

El fondo sería inembargable, exceptuados los casos de derechos por alimentos y los de defraudación, robo o apropiación ilícita cometidos por el servidor en agravio de su principal, y gozaría de privilegio legal el crédito contra el empleador por los aportes respectivos. Podría, también, establecerse la obligación patronal de depositar las imposiciones mensuales, bajo pena de aplicársele una multa proporcional al aporte, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación. Dicha multa aumentaría la cuenta del servidor en el fondo indicado.

En caso de fallecimiento del servidor, correspondería el fondo de indemnización a sus herederos legales.

El trabajador tendría derecho a la entrega de una pensión mensual, equivalente al monto de su remuneración mensual, al término de la prestación de servicios a cada empleador.

Tales serían los puntos cardinales que debería considerar un proyecto de esta índole.

Los detractores del sistema de pago de la indemnización por tiempo de servicios y demás beneficios sociales a través de un fondo administrado por una Caja de Pensiones, arguyen que los trabajadores tienen un innegable derecho de propiedad sobre los beneficios sociales que la ley les otorga, y que, en virtud de las facultades que tal derecho les confiere, pueden usar, disfrutar y disponer libremente de las cantidades que les corresponda, sin reserva ni limitación alguna.

Aducen, igualmente, que los servidores que han gastado sus energías durante largos años de servicios por cuenta ajena, tienen un incuestionable derecho a perseguir su independencia económica y bienestar personal, invirtiendo libremente las sumas que perciban, en aquellas gestiones que puedan proporcionarles los fines perseguidos.

Si bien es cierto que todos tenemos derecho a buscar nuestro progreso material e intelectual con libertad y dignidad, y que existe un verdadero derecho de propiedad sobre los beneficios sociales, no lo es menos que, hoy día, nos encontramos en la era de socialización del derecho, cuya concepción entraña una completa subordinación del interés particular al interés colectivo. La propiedad desempeña un rol social que subordina su propio concepto a la función social que realiza.

Al respecto, el Dr. Manuel Augusto Olaechea expresó, en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, "Que el concepto de la propiedad es evolutivo y marcha de acuerdo con el proceso de las ideas jurídicas y sociales. El derecho de propiedad es relativo y limitado, con limitaciones impuestas por el interés público. Los códigos modernos han abandonado la doctrina individualista del derecho romano, que consideraba como facultad esencial del dominio el *jus abutendi* y admitía el abuso del derecho. Esta antigua manera de entender la propiedad como un hecho ilimitado y absoluto no se concibe hoy; y buena prueba de ello es que los códigos tienden a condicionar la propiedad con las restricciones de la ley, dictadas al influjo de motivos sociales y económicos".

Al Estado, en virtud de la función tuitiva que ejerce en favor de los trabajadores, le compete discriminar detenidamente las bondades o defectos del actual sistema, introduciendo las reformas convenientes a fin de dar eficaz aplicación a los principios de justicia social y seguridad económica, objetivos primordiales del Derecho del Trabajo.

No hay que olvidar, igualmente, que uno de los objetivos de la indemnización por tiempo de servicios, es el de otorgar al trabajador seguridad económica durante el período de la desocupación o cesantía en el trabajo.

La Ley 11594^o, de 27 de Febrero de 1951, encargó a una comisión la elaboración de un proyecto de Estatuto de la Caja de Pensiones para los empleados particulares, con el objeto de otorgarles los beneficios de cesantía, jubilación y montepío. Como todas las comisiones que se constituyen en nuestro país, no ha realizado labor alguna.

CAPITULO III

CRITICA DEL ARTICULO 10º DEL REGLAMENTO DE LA LEY 4916º Y LEY 12015º

El artículo 10º de la Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928, reglamentaria de la Ley 4916º, y el Artículo Unico de la Ley 12015º, preceptúan que las indemnizaciones de los empleados, a las cuales se refieren la ley 4916º, modificatorias y ampliatorias, se computarán sobre la base del sueldo y de toda otra cantidad que, por cualquier concepto, perciban de modo permanente y fijo, salvo aquellas que tengan aplicación a determinado gasto y no sean de libre disposición del empleado, exceptuándose de estas últimas las que se refieren a gastos de alimentación que sí se acumularán al sueldo cuando se perciban en forma permanente y fija.

De otro lado, el artículo 50º de la citada disposición reglamentaria, prescribe que los derechos o beneficios concedidos por la ley 4916º, se computarán teniendo en cuenta, únicamente, el sueldo o cantidad fija de dinero que, mensualmente, reciba el empleado, con prescindencia de toda otra renta, gratificación, beneficio o interés que perciba, salvo en los casos a que se refieren los artículos 1º, inciso h, (comisionistas), y 10º de dicho Reglamento.

Así, pues, la remuneración del empleado juega un papel preponderante dentro de nuestra legislación laboral. Como se ha expuesto en líneas precedentes, la indemnización por tiempo de servicios se regula y mide en función de la antigüedad y de la remuneración del servidor. También se toma en consideración en la indemnización sustitutiva del pre-aviso de despedida. Todo esto revela la imperiosa necesidad de determinar con exactitud, el concepto de remuneración que debe considerarse, como tal, para los efectos del cómputo de la indemnización por tiempo de servicios, o lo que es lo mismo, precisar con certeza legal aquellas cantidades que deben incluirse dentro del sueldo básico para el cálculo de la indemnización en cuestión.

La ley 4916º estableció, en su artículo 1º, el derecho de los empleados a percibir uno o más sueldos en función de su antigüedad, en concepto de indemnización por tiempo de servicios, según la escala señalada en el inciso b) del expresado artículo; escala que, posteriormente, fuera modificada por las leyes 6871º, 8439º y 10239º, según hemos visto al tratar de los antecedentes históricos de la institución en el Perú.

El otorgamiento de este beneficio, ocasionó dudas y confusiones en relación con el término "sueldo", dando lugar a que ciertos empleadores, poco versados, entendieran que sólo la suma consignada como sueldo en los recibos o planillas, era la que debía servir de base para el cómputo de las indemnizaciones, sin considerar otras sumas provenientes de aumentos, o cantidades percibidas en forma permanente y fija por razón de modalidades especiales de trabajo.

A efecto de evitar los conflictos que, sobre este particular, surgían, se expidió la norma contenida en el artículo 10º de la Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928, que fijó el concepto de sueldo como toda cantidad percibida por el empleado de modo permanente y fijo.

La aplicación de la citada norma reglamentaria no ocasionó dificultad ni duda alguna sobre las sumas que debían computarse para los efectos de las indemnizaciones. Eran, pues, todas aquellas que constituían un "sueldo suplementario", un aumento indirecto del mismo.

La Ley 12015º, de 2 de Diciembre de 1953, reproduce, en términos generales, la disposición que ya contenía el artículo 10º del Reglamento tantas veces mencionado. La mente del legislador no ha sido otra que la de dar fuerza legal a la citada norma reglamentaria, restableciendo el imperio de la misma. En tal virtud, es el concepto de sueldo que fijó el artículo 10º del Reglamento de la Ley 4916º, el que debe prevalecer.

En consecuencia, la indemnización por tiempo de servicios debe calcularse sobre la base del sueldo y otras formas de remuneración permanentes y fijas, sin considerar las sumas que no tienen carácter de sueldo y que constituyen pagos de índole especial que no fluyen del contrato de trabajo.

El legislador no ha precisado el concepto de los términos "permanente y fijo", así como, tampoco, ha determinado expresamente las cantidades provenientes de que beneficios sociales, son las que deben incluirse dentro del sueldo para los efectos indemnizatorios, lo cual ha dado margen para que nuestros tribunales, interpretando el sentir de la ley, hayan precisado sus alcances, aplicándolos a los variados y numerosos casos concretos que en la vida judicial se han suscitado.

Desgraciadamente, la jurisprudencia de nuestras Cortes de Justicia no ha mantenido un criterio uniforme y constante, incluyendo dentro del ámbito de la ley cantidades que, por la naturaleza del beneficio que las originan, no se ajustan al espíritu y letra de aquélla; y, lo que es más, ha dado solución diferente a casos análogos.

Ello ha dado lugar a que en la práctica se hayan originado dudas acerca de la aplicación del artículo 10º de la Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928 y Ley 12015º, existiendo, en la actualidad, un verdadero estado de incertidumbre acerca de las sumas que deben computarse para el cálculo indemnizatorio; situación que se ha reflejado en la proliferación incesante de acciones judiciales nacidas a la sombra de normas oscuras y diversamente interpretadas.

Conviene, pues, examinar de cerca el verdadero alcance de la voluntad legislativa, vale decir, analizar los diferentes beneficios cuya inclusión o exclusión dentro del cómputo indemnizatorio se discute, no sin antes aclarar que el concepto de lo permanente implica lo que es estable, duradero, constante e incesante; y que la idea de lo fijo entraña lo que es invariable, inalterable, inmutable y continuo.

CASO DE LOS COMISIONISTAS

Bajo la denominación de empleados comisionistas, nuestra legislación comprende a los agentes vendedores, agentes de seguros, cobradores y,

en general, a todas aquellas personas que laboran por cuenta de un principal, a cambio de una remuneración consistente, primordialmente, en un porcentaje del producto de las ventas o cobranzas que realicen; o de un sueldo fijo y un porcentaje. Este porcentaje se denomina corrientemente "comisión" o "tanto por ciento".

El inciso h) del artículo 1º del Reglamento de la Ley 4916º, establece que, para que los comisionistas tengan la calidad de empleados de comercio, deben prestar sus servicios exclusivamente a una sola persona natural o jurídica. La ley exige, en forma expresa y terminante, el requisito de la exclusividad, por considerar que aquellos que laboran simultáneamente al servicio de varios empleadores, son empresarios de sí mismos, gestores de sus propios negocios; aparte de que, en tales circunstancias, no puede hablarse de la existencia de un verdadero contrato de trabajo, por cuanto inexistente la condición "sine qua non" de la exclusividad, carácter, éste, que tipifica el contrato de trabajo.

En lo que respecta a la indemnización por tiempo de servicios, la situación de los empleados comisionistas no ofrece mayor dificultad.

El inciso h) del artículo 1º de la Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928, dispuso que a los vendedores y cobradores que reciban sueldo fijo y comisión, se les computaría las indemnizaciones solamente a base del sueldo fijo, y cuando sólo percibieran comisión se tomaría como base el monto de la comisión percibida durante el último año.

Dicho inciso fué modificado por el artículo 12º de la Ley 6871º, el cual establece que, en los contratos a comisión, el principal y el comisionista fijarán el promedio mínimo, sólo para el efecto de señalar la base sobre la cual debe regularse la remuneración para los efectos indemnizatorios; y en el caso de que no exista dicho acuerdo, el promedio mínimo lo fijará el prudente arbitrio del juez, sin perjuicio de la participación que corresponde al empleado por el sueldo que percibe en caso de ser remunerados sus servicios con sueldo y comisión.

Este artículo derogó, igualmente, el 5º de la Ley 5066º, que prescribía que cuando un empleado, además del sueldo, percibía comisión o beneficio de otra especie, la indemnización se computaría teniendo en cuenta, únicamente, el sueldo o cantidad fija que, mensualmente, percibía.

En la práctica se ha venido empleando el sistema que estableció el inciso h) del artículo 1º de la Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928, liquidando la indemnización por tiempo de servicios de los empleados comisionistas, sobre la base del promedio de las comisiones obtenidas en los últimos 12 meses anteriores a la cesación de servicios, en defecto de convenio entre empleado y empleador para fijar el promedio mínimo.

En consecuencia, para los efectos del cómputo de la indemnización por tiempo de servicios de los empleados comisionistas, debe acumularse al sueldo básico el monto del promedio de las comisiones percibidas.

En realidad, los empleados comisionistas se encuentran al margen de los alcances de la regla contenida en el artículo 10º del Reglamento de la Ley 4916º y Ley 12015º, por cuanto su situación se encuentra estatuida, según hemos visto, por dispositivos legales especiales. Ello, por supuesto, en lo tocante a los porcentajes o comisiones.

Así, las reglas precedentes exigen los requisitos de la permanencia y fijeza, para que una determinada cantidad percibida por el empleado durante la relación de trabajo, pueda acumularse al sueldo para los efectos indemnizatorios; en tanto que el artículo 12º de la Ley 6871º establece el sistema de tomar el promedio de las comisiones percibidas durante un determinado lapso. Existe, pues, un verdadero antagonismo en los dos sistemas expuestos

Así, por ejemplo, un empleado comisionista puede percibir, en un mes, una determinada suma, en concepto del porcentaje correspondiente a las ventas o cobranzas realizadas en dicho período, en tanto que puede suceder que, por diversas circunstancias, en un mes subsiguiente no perciba cantidad alguna en tal concepto. Ahora bien, las comisiones que normalmente percibe mes a mes, tienen, por regla general, montos variables, desde que es muy difícil, por no decir imposible, que desarrolle una actividad tan uniforme y sincronizada que le permita idénticas comisiones mensuales, máxime si consideramos que todo comisionista trata de elevar su rendimiento cada mes, a fin de obtener una mayor remuneración proveniente de las ventas o cobranzas efectuadas.

En el ejemplo propuesto, faltarían los requisitos de la permanencia y fijeza, y, por consiguiente, las sumas percibidas en concepto de comisiones no serían computables para los efectos de la indemnización por tiempo de servicios, lo que en buena cuenta equivaldría a negar dicho beneficio a los empleados comisionistas, desde que la mayoría de ellos perciben tan sólo comisión por las operaciones que realizan, y los que, además, gozan de sueldo perciben, generalmente, sumas exiguas que, por lo demás, son aplicadas a gastos de movilidad no computables para los efectos indemnizatorios, por tratarse de sumas aplicadas a un gasto determinado que no es de libre disposición del empleado.

En conclusión, el sistema que exige los requisitos de la permanencia y fijeza en las cantidades que deben acumularse al sueldo para los efectos indemnizatorios, no rige para los empleados comisionistas, a quienes, por la modalidad especial de la labor que realizan, les es aplicable el sistema de establecer el promedio de las comisiones percibidas durante un determinado período.

JURISPRUDENCIA

"Los comisionistas al servicio exclusivo del principal, gozan también de los beneficios de empleado". (Ejecutoria Suprema de 26 de Mayo de 1937. Revista de los Tribunales, Nº 257", pág. 238).

"Los cobradores a comisión sólo tienen derecho a los beneficios de empleado, si trabajan para una sola entidad o persona". (Ejecutoria Suprema de 26 de Junio de 1948. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 54, pág. 573).

"Para los efectos de las indemnizaciones a los empleados comisionistas, cabe acumular al sueldo las comisiones percibidas". (Ejecutoria Suprema de 13 de Junio de 1947. Revista de los Tribunales, 1947, pág. 241).

"El año a que se refiere la ley para computar las indemnizaciones sobre la base de las comisiones percibidas, es el de los doce meses ante-

riores a la fecha de la cesación en el empleo". (Ejecutoria Suprema de 17 de agosto de 1944. Revista de los Tribunales, 1944, pág. 317).

"Establecido por convenio celebrado entre principal y empleado comisionista, que las indemnizaciones se fijarán sobre el monto integral de las comisiones ganadas durante todo el tiempo de servicios, debe respetarse el acuerdo. Sólo en defecto de pacto, corresponde al Juez fijar el promedio mínimo con arreglo al artículo 12º de la Ley 6871º.—(Ejecutoria Suprema de 15 de Diciembre de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 98, pág. 1886).

CASO DE LAS GRATIFICACIONES

Denominanse gratificaciones a aquellas sumas, generalmente un sueldo o medio sueldo, que los empleadores otorgan a sus servidores en ciertas épocas del año, en especial con ocasión de las Fiestas Patrias y Navidad o Año Nuevo. Ellas obedecen a actos de liberalidad o de generosidad unilateral del principal, en consideración a las circunstancias especiales que rodean a las festividades señaladas.

Nuestros tribunales se han pronunciado contradictoriamente, en lo que respecta a la inclusión o exclusión de las gratificaciones en el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios.

Considero que las gratificaciones no deben incluirse en el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

En efecto, constituyendo su otorgamiento un acto de liberalidad del principal, no es procedente considerarlas como sueldo suplementario o como aumento indirecto del mismo, ni mucho menos como parte de aquél, por cuanto desde el momento en que sólo se otorgan en una o dos oportunidades al año, sería lírico pretender identificarlas con el sueldo que se percibe mensualmente.

De otro lado, adolecen del requisito de la permanencia, pues, como queda dicho, sólo se otorgan en una o dos oportunidades al año, siendo su naturaleza, con respecto a la remuneración mensual, el ser cantidades eventuales.

Por consiguiente, no constituyendo sueldo ni cantidades percibidas en forma permanente, no es procedente su acumulación al sueldo básico para los efectos indemnizatorios, desde que no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 10º del Reglamento de la Ley 4916º y por el Artículo Único de la Ley 12015".

Conviene hacer presente que el Decreto Supremo de 27 de Diciembre de 1950, reglamentario del Decreto-Ley 10908º, que creó el régimen de participación de los empleados y obreros en las utilidades de las empresas, prescribe, en su artículo 6º, que los empleadores que otorguen gratificaciones por Navidad y Año Nuevo en forma permanente y regular o por mandato de pacto o contrato, deben continuar abonándolas sin excluir la percepción de la retribución por utilidades. La Dirección General de Trabajo ha interpretado que las gratificaciones son permanentes, cuando se han concedido durante dos años consecutivos, siendo independientes, para que funcione su pago, que existan o no utilidades en la empresa,

de tal modo que procede su abono aún en el caso de que el empleador experimente pérdidas, exigiéndose, solamente, que sean permanentes o contractuales.

Por su parte, el Decreto Supremo de 24 de Diciembre de 1948, prohíbe la suspensión de las gratificaciones expresadas, estableciendo que los casos de suspensión serán denunciados a la Dirección General de Trabajo, la que, previa audiencia del principal, dispondrá su otorgamiento.

Conceptúo que los dispositivos legales precitados, entrañan una verdadera injusticia, desde que los empleadores conceden, por regla general, las gratificaciones con ocasión de las Fiestas Patrias y Navidad o Año Nuevo, por actos de voluntad unilateral, en atención a los gastos extraordinarios que los servidores realizan en dichas épocas del año. Además, como es lógico suponer, las gratificaciones son otorgadas siempre y cuando las posibilidades económicas del empleador lo permitan, vale decir, cuando el ejercicio económico del año respectivo arroje un porcentaje de utilidades que den margen al empleador para concederlas sin menoscabar los rubros a que, dichas utilidades, deben afectarse.

No alcanza a intelegirse cuál ha sido el criterio gubernativo para compeler a los empleadores al otorgamiento perenne de gratificaciones, por el sólo hecho de haberlas concedido durante dos años consecutivos. Cabría preguntarse: ¿Qué fuerza o poder legal puede tener el transcurso de dos años. Acaso no habría sido igual estipular que fueran cuatro, seis, u ocho años? Indudablemente que el plazo de dos años, no encuentra otra justificación que la de la simple arbitrariedad gubernamental.

De otro lado, resulta mayormente arbitrario, el que se obligue a los empleadores a abonar las gratificaciones expresadas, en los casos en que el ejercicio económico anual arroje pérdidas, por la sola circunstancia de existir pacto o contrato al respecto, o de haberlas otorgado durante el lapso de dos años consecutivos. Indudablemente que la presencia de pérdidas, constituye razón legal suficiente para que el empleador quede eximido del cumplimiento de la obligación de otorgar gratificaciones, que la existencia de un pacto o contrato pudiera imponerle, por cuanto, tal evento, constituye un caso fortuito o de fuerza mayor que le impide cumplir con la obligación a que se hubiere comprometido.

En el fondo, los perjudicados con los dispositivos legales mencionados, resultan ser, a la postre, los propios servidores, por cuanto el empleador, concedor de aquéllos, se abstiene de otorgar gratificaciones a fin de evitar las consecuencias que, de ellas, puedan derivarse.

JURISPRUDENCIA

"La gratificación no puede considerarse como sueldo complementario". — (Ejecutoria de 13 de Abril de 1925. Fallo Arbitral).

"No son acumulables al sueldo para los efectos de la percepción de indemnizaciones conforme a la ley 4916°, las gratificaciones, sino cuando se prueba su generalidad y permanencia".—(Ejecutoria Suprema de 20 de Diciembre de 1947. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nos. 58-59, pág. 829).

"Las gratificaciones que abonon los principales por Pascua y Fiestas Patrias, no son acumulables al sueldo para el cálculo de las indemnizaciones".—(Ejecutoria Suprema de 1º de Abril de 1949. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nos. 66-67, pág. 590).

"Las gratificaciones de montos variables, otorgadas voluntariamente por el principal a sus servidores, no forman parte del sueldo; no pueden, por lo tanto, acumularse a éste para el cómputo de las indemnizaciones por años de servicios".—(Ejecutoria Suprema de 13 de Setiembre de 1949. Boletín Mensual de la Cámara de Comercio de Lima, N° 219, pág. 525).

"Las gratificaciones abonadas en forma fija y permanente conforme a lo establecido en los artículos 10º y 50º del Reglamento de la Ley 4916º, forman parte del sueldo promedio que debe servir para el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios".—(Ejecutoria Suprema de 2 de Agosto de 1950, Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 82, pág. 1418).

"En el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios de un empleado, no deben considerarse las gratificaciones por Navidad y Fiestas Patrias".—(Ejecutoria Suprema de 9 de Mayo de 1953. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 113, pág. 731).

CASO DE LAS BONIFICACIONES

El Decreto Supremo de 11 de Octubre de 1950, concede una bonificación de 25% sobre los primeros S/. 400.00 de remuneración a los empleados y obreros de toda la República.

Por su parte, la Ley 11725º otorga una bonificación de 30% a los empleados al servicio de entidades particulares con 30 años de servicios prestados a una misma entidad.

La Corte Suprema, por reiteradas ejecutorias, ha dispuesto que las bonificaciones expresadas forman parte del sueldo para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, en atención a las siguientes razones:

1.—Que la primera parte del artículo 12º de la Resolución Suprema de 18 de Noviembre de 1950, prescribe que la bonificación acordada por el Decreto Supremo de 11 de Octubre de 1950 es computable para el abono de la compensación vacacional. Disponiendo el artículo 1º de la Ley 9049º que los empleados tienen derecho, anualmente, a treinta días consecutivos de descanso con goce de sueldo, es indudable que la bonificación de 25% sobre los primeros S/. 400.00 de remuneración, forma parte del sueldo del empleado, desde el momento en que el artículo 12º de la Resolución Suprema de 18 de Noviembre de 1950 la considera computable para el abono de la compensación vacacional.

2.—La Ley 11725º exceptúa la bonificación de 30% del cómputo de la pensión de jubilación, pero no del de la indemnización por tiempo de servicios, por cuanto se trata de un aumento de sueldo impuesto por la ley.

3.—Habiéndose promulgado la Ley 12015º que manda agregar al sueldo, para el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios, toda cantidad que, por cualquier concepto, perciba el empleado de modo permanente y fijo, quedan comprendidas las bonificaciones de 25% y 30% dentro de dicho cómputo.

Mi punto de vista es de franca discrepancia con las razones argüidas por la Corte Suprema, por cuanto considero que las bonificaciones expresadas no deben incluirse dentro del cómputo indemnizatorio por los siguientes fundamentos:

1.—La segunda parte del artículo 12º de la Resolución Suprema de 18 de Octubre de 1950, dispone que la bonificación de 25%, por ella acordada, no es aplicable para los casos a que se refieren los artículos 2º de la Ley 9049º y 22º del Decreto Supremo de 31 de Agosto de 1933, ni para los demás beneficios sociales. Estas últimas palabras la excluyen, expresamente, de su cómputo para los efectos indemnizatorios.

2.—La última parte del artículo 1º de la Ley 11725º, estatuye que la bonificación de 30% no se computará al otorgarse la pensión de jubilación. Por su parte, las leyes 10624º y 11013º preceptúan que las empresas con más de dos millones de soles de capital, jubilarán, con sueldo íntegro, a sus empleados que tengan prestados o reconocidos, por el principal, 35 ó más años de servicios. A su vez el artículo 7º del Decreto Supremo de 7 de Abril de 1947, dispone que la pensión de jubilación se fijará de acuerdo con el sueldo que el empleado gane al vencerse el plazo de 35 años.

Por consiguiente, si, de conformidad con la ley 11725º, la bonificación de 30% no se computa para los efectos de la pensión de jubilación, es incuestionable que no forma parte del sueldo del empleado, por cuanto, según hemos visto, la pensión de jubilación comprende el sueldo íntegro del empleado. No procede, en consecuencia, computarla para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

3.—La Dirección General de Trabajo, por Oficio Nº 768º—8—, de 7 de Mayo de 1952, dirigido a la Sociedad Nacional de Industrias, ha precisado la aplicación de la Ley 11725º en los términos siguientes:

a.—La bonificación de 30% no debe agregarse al sueldo para los efectos de la Póliza de Seguro de Vida a que se refiere el artículo 3º de la Ley 4916º, por cuanto este beneficio se refiere, exclusivamente, al sueldo.

b.—No debe agregarse al sueldo la bonificación de 30%, para los efectos de computar la indemnización por tiempo de servicios.

4.—Lo dispuesto por la primera parte del artículo 12º de la Resolución Suprema de 18 de Noviembre de 1950, constituye una excepción a la regla general, por cuanto sólo se refiere a su cómputo para los efectos de la remuneración vacacional, cuando los empleados gozan de descanso durante 30 días consecutivos. No se considera, en cambio, según lo dispuesto por la segunda parte de la mencionada Resolución Suprema, cuando el descanso vacacional se varía, por acuerdo entre principal y empleado, a 15 días con una remuneración de medio sueldo, ni tampoco cuando se abona triple remuneración, en defecto del goce vacacional, a los empleados técnicos que los centros de trabajo ocupen por las necesidades de la industria.

5.—La bonificación de 30% adolece del requisito de la permanencia, desde que su otorgamiento sólo es procedente a partir de los 30 años de servicios, estando excluida su percepción durante el lapso de los primeros 30 años. En consecuencia, si al tiempo de cumplir 35 años de servicios, base para la jubilación, el empleado cesa en el desempeño de sus labores, la bonificación de 30% habrá sido percibida solamente durante 5 años den-

tro de un record de servicios de 35 años, careciendo, pues, del requisito de la permanencia que importa la percepción de una determinada cantidad durante todo el record de servicios.

6.—La Dirección General de Trabajo, pronunciándose sobre una consulta formulada acerca de la aplicación de la Ley 11725°, ha expresado que: "No debe agregarse la bonificación de 30% al sueldo para liquidar la indemnización por tiempo de servicios, por excluirla su carácter de bonificación, otorgada a quien, por reunir la antigüedad exigida, continúa trabajando, y en atención a que la ley, por igual razón, la excluye de la pensión de jubilación que, con arreglo a la ley, debe representar igual suma del sueldo mensual del beneficiario".

En resumen, no constituyendo las bonificaciones de 25% y 30% sueldo, ni cantidades percibidas en forma permanente, no procede su acumulación al sueldo para los efectos del cómputo de la indemnización por tiempo de servicios, aparte de que, según hemos visto, dispositivos legales las excluyen expresamente.

JURISPRUDENCIA

"La bonificación acordada por la Ley 11725° y la establecida por el Decreto Supremo de 11 de Octubre de 1950, forman parte del sueldo para el cálculo de las compensaciones por tiempo de servicios".—(Ejecutoria Suprema de 22 de Octubre de 1954 y 23 de Octubre de 1954).

"Si bien es cierto que el artículo 12° de la Resolución Suprema de 18 de Noviembre de 1950, establece que la bonificación de S/. 100.00 no es acumulable al sueldo para los efectos del pago de las indemnizaciones, en cambio la Ley 12015° ha derogado dicha disposición".—(Ejecutoria Suprema de 27 de Julio de 1955. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 147, pág. 484).

"La Ley 11725° exceptúa la bonificación del 30% para el cómputo de la pensión de jubilación, pero no para el de las indemnizaciones, por cuyo motivo debe formar parte del sueldo para tal efecto, ya que es un aumento de sueldo dictado por la Ley".—(Ejecutoria Suprema de 23 de Julio de 1954. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 126, pág. 882).

"La bonificación del Decreto Supremo de 11 de Octubre de 1950, es acumulable al sueldo para el cómputo de las indemnizaciones".—(Ejecutoria Suprema de 19 de Julio de 1955. Boletín Semanal de la Cámara de Comercio de Lima, N° 380-56, pág. 252).

"Las bonificaciones creadas por los Decretos Supremos ampliatorios de la Ley 4916°, importan cantidades que el servidor percibe de modo permanente y fijo, debiendo acumularse al sueldo para los efectos del cómputo de la compensación por tiempo de servicios".—(Ejecutoria Suprema de 19 de Julio de 1955. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 144, pág. 111).

CASO DE LA PARTICIPACION EN LAS UTILIDADES

De conformidad con la ley 11672° y Decreto Supremo de 27 de Diciembre de 1950, los empleadores cuya utilidad neta exceda del 10% de sus

recursos sociales, o sea del capital y las reservas libres, deben abonar a sus empleados y obreros con más de tres meses de servicios, una asignación anual proporcionada al tiempo de servicios y a la remuneración mensual de aquellos.

Conviene precisar si, dichas asignaciones, deben o no acumularse al sueldo para los efectos indemnizatorios.

La Dirección General de Trabajo, por Resolución de 17 de Mayo de 1955, absolviendo una consulta, ha determinado que: "la asignación anual por utilidades, está supeditada a la obtención de las mismas en el ejercicio anual en proporción mayor del 10% del capital de la empresa, caso que puede no darse. De tal manera que, aun cuando el monto de tal asignación, esté predeterminado por el Decreto Supremo de 27 de Diciembre de 1950, carece, sin embargo, del requisito de permanencia que exige la ley 12015°, y, por lo tanto, no se incluye en el cómputo de los beneficios sociales"

La asignación anual por participación en las utilidades, no es computable para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, por cuanto no puede considerarse como un sueldo suplementario o como un aumento indirecto del mismo, desde que sólo se otorga una vez al año, en tanto que el sueldo se percibe mes a mes.

De otro lado, adolece del requisito de la permanencia que exigen el artículo 10° del Reglamento de la Ley 4916° y el Artículo Unico de la Ley 12015°, pues, como queda dicho, sólo se otorgan una vez al año, aparte de que pueden no otorgarse en determinado año o años, en el supuesto de no obtención, por parte de la empresa, de utilidades superiores al 10% de sus recursos sociales, siendo, por consiguiente, su carácter, con respecto al sueldo mensual, el de ser cantidades eventuales e inestables

En consecuencia, no constituyendo sueldo ni cantidades percibidas en forma permanente, no es procedente su asimilación al sueldo para los efectos del cómputo de la indemnización por tiempo de servicios.

JURISPRUDENCIA

"Si el empleado ha percibido de modo fijo y permanente pagos anuales, bajo el nombre de comisiones o participación en el beneficio bruto, debe considerárseles para el cómputo de los beneficios sociales".—(Ejecutoria Suprema de 23 de Junio de 1955. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 146, pág. 353).

"La bonificación por balance y utilidades de fin de año, es acumulable al sueldo para el cálculo de las indemnizaciones".—(Ejecutoria Suprema de 26 de Agosto de 1946. Revista de los Tribunales, N° 692, pág. 231).

CASO DE LAS HORAS EXTRAS

Denominanse horas extras o sobretiempos, a las labores desarrolladas después de la jornada legal, es decir, del horario de trabajo establecido en el respectivo centro de trabajo. Su prestación es voluntaria, no pudiendo exceder de siete horas diarias. Se abonan en la forma que se haya

estipulado por pacto, convenio o contrato, y, en su defecto, con una sobretasa o bonificación que no puede ser inferior a la remuneración por hora ordinaria aumentada en un 25%.

En lo concerniente al cómputo de las cantidades correspondientes a la labor realizada en horas extras, para los efectos indemnizatorios, nuestros tribunales se han pronunciado en forma implicante. Así, mientras en muchos casos han exigido estrictamente los requisitos de la permanencia y fijeza disponiendo que, en los casos en que los sobretiempos sean permanentes pero no fijos, esto es, cuando todos los días no se trabaje el mismo número de horas extras, no es procedente su cómputo para el cálculo indemnizatorio, recientes ejecutorias han preceptuado que, en los casos expresados, es operante su cómputo, bastando que se trate de cantidades permanentes aun cuando no sean fijas, y que, como en estos casos, lo ganado por horas extras es variable, debe buscarse el promedio del último semestre para determinar la remuneración por horas extraordinarias.

Considero que para que sea procedente la acumulación al sueldo de las cantidades provenientes del trabajo en horas extras, éstas deben ser permanentes y fijas, vale decir, deben prestarse diariamente y tener siempre la misma duración, aun cuando las cantidades percibidas, en tal concepto, sean diferentes, siempre y cuando representen una proporción fija con respecto a la remuneración correspondiente a una hora diaria. Así, por ejemplo, a un empleado se le pueden abonar las horas extras a razón de tiempo simple durante un cierto período de su record de servicios, y a razón de tiempo y medio o tiempo doble durante otro. En este caso, si bien es cierto que las sumas percibidas por horas extras en el primer y segundo período serán desiguales, no lo es menos que ellas representarán siempre una proporción fija de la remuneración común por hora ordinaria.

Discrepo de la tendencia de tomar el promedio del último semestre en los casos en que las horas extras sean permanentes pero no fijas, no sólo por no reunir el requisito de la fijeza, cuanto por pretender aplicar el sistema imperante para los empleados comisionistas, quienes, como hemos visto, se rigen por dispositivos legales independientes de los que venimos comentando.

JURISPRUDENCIA

"Tratándose de sumas que no son ni fijas ni permanentes, como los sobretiempos, no procede su acumulación para el cómputo indemnizatorio".—(Ejecutoria Suprema de 23 de Diciembre de 1948. Revista de Jurisprudencia Peruana, año 1949, pág. 414).

"El pago de horas extraordinarias en forma fija, es computable para las indemnizaciones del empleado".—Ejecutoria Suprema de 13 de Junio de 1945. Expediente seguido por Miguel Arévalo con Pedro P. Díaz).

"En el cómputo de la compensación por tiempo de servicios, se tomará en cuenta el promedio de los salarios por sobretiempos, agregándose al salario ordinario, si eran percibidos en forma regular y permanente".—(Ejecutoria de 28 de Marzo de 1952. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 99, pág. 2033).

"Las remuneraciones recibidas por el empleado por servicios extraordinarios y cuyo monto varíe de mes a mes, no son asimilables al sueldo ni tienen esta calidad".—(Ejecutoria Suprema de 12 de Setiembre de 1953. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 122, pág. 357).

CASO DE LA ALIMENTACION

Nuestra legislación laboral prescribe que las sumas que se apliquen a sufragar los gastos de alimentación de los empleados, son computables para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, siempre y cuando reúnan los requisitos de permanencia y fijeza.

Ello constituye una excepción a la regla general de no considerar aquellas cantidades que tengan aplicación a determinado gasto y no sean de libre disposición del empleado. Tal excepción encuentra su justificación, en la concepción que considera la alimentación como una forma de remuneración denominada "retribución o pago en especie", que puede recibir el empleado además de la remuneración en dinero.

Los gastos de alimentación pueden sufragarse de diversas maneras. Una primera forma, consiste en entregar al empleado una suma mensual adicional al sueldo, para que, éste, abone directamente dichos gastos. Otra forma, consiste en que el empleador abone directamente las sumas que representen los gastos de alimentación del servidor. Una última forma, está constituida por la prestación gratuita de alimentos a cargo del empleador. En este último caso, la fijación del valor de la alimentación, para los efectos del pago de los derechos indemnizatorios, deberá valorizarse justipreciadamente.

El Decreto Supremo de 27 de Setiembre de 1949, establece que, en defecto de norma, pacto o contrato que establezca un mayor justiprecio, el valor de la alimentación no podrá ser inferior a S/. 3.00 diarios para Lima, Callao y Distritos; S/. 2.00 para Arequipa y demás ciudades de la Costa; y S/. 1.50 para los demás lugares de la República.

Las sumas indicadas resultan, a todas luces, irrisorias y gregarias, debido al alza inmoderada del costo de vida en nuestro país desde la fecha de su promulgación. Ello revela su anacronismo y la necesidad de su modificación, aunque cabe hacer presente que los jueces toman dichas cantidades solamente como punto de referencia, fijando el valor promedial de la alimentación en armonía con su real valor, por lo que el Decreto Supremo de 27 de Setiembre de 1949 carece, en última instancia, de aplicación práctica.

Recientes ejecutorias de la Corte Suprema, han precisado que la alimentación comprende, además, los gastos de lavado y planchado, y que, por consiguiente, las cantidades que representen dichos gastos, deben acumularse al sueldo para los efectos indemnizatorios, siempre y cuando reúnan los requisitos de permanencia y fijeza.

JURISPRUDENCIA

"La asignación para gastos de alimentación que no se pague al empleado en forma permanente y fija, no forma parte del sueldo y no está

comprendida en las indemnizaciones de la Ley 4916".—(Ejecutoria Suprema de 12 de Setiembre de 1935. Boletín Mensual de la Cámara de Comercio de Lima, N° 75, pág. 449).

"La pensión alimenticia otorgada al empleado mientras está en viaje, tiene carácter eventual, y, por consiguiente, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 10° del Reglamento de la Ley 4916°, que estatuye la percepción de suma fija y permanente, no es acumulable al sueldo para los efectos de las indemnizaciones".—(Ejecutoria Suprema de 31 de Marzo de 1949. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1949, pág. 419).

"Los gastos de alimentación son acumulables al sueldo para los efectos del cómputo de la indemnización".—(Ejecutoria Suprema de 2 de Julio de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 90, pág. 811).

OTROS CASOS

Las cantidades que reciben los empleados para gastos de movilidad, habitación, viáticos o gastos de viaje, así como el importe de la casa amoblada que se le proporcione y los gastos de servicio que, por pacto, se les suministre, no son acumulables al sueldo para el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios, por cuanto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 10° del Reglamento de la Ley 4916° y Artículo Unico de la Ley 12015°, constituyen cantidades que tienen aplicación a determinado gasto y no son de libre disposición del empleado. La ley las excluye expresamente.

JURISPRUDENCIA

"Las sumas recibidas por un empleado para gastos de viaje, no forman parte propiamente del sueldo y no deben computarse para fijar la cuantía de él".—(Ejecutoria Suprema de 25 de Enero de 1933. Boletín de la Cámara de Comercio de Lima, Año V, pág. 22).

"Lo que importe la casa amoblada y los gastos de servicio que, por pacto, se suministre al empleado, no se acumulará al sueldo para calcular las indemnizaciones".—(Ejecutoria Suprema de 27 de Julio de 1937. Revista de los Tribunales, N° 265, pág. 225).

CONCLUSIONES

1.—La denominación "Compensación por Tiempo de Servicios", es, a todas luces, inapropiada, desde que, jurídicamente, "compensación" constituye un medio extintivo de las obligaciones.

En cambio, la denominación "Indemnización por Tiempo de Servicios", se ajusta con mayor propiedad a la naturaleza jurídica de la institución, por cuanto el vocablo "indemnización" importa, conceptualmente, los términos resarcimiento, reparación, y, precisamente, el fundamento jurídico de aquélla, es el resarcimiento a que tiene derecho el trabajador por el desgaste de energías experimentado en el diario laborar. Además, armoniza mejor con la nomenclatura empleada por las principales y más avanzadas legislaciones laborales del orbe.

2.—La Indemnización por Tiempo de Servicios constituye una retribución adicional a la remuneración a que tiene derecho el trabajador, anualmente, por el desgaste de energías experimentado en dicho período, remuneración que no es abonada al término de cada año, sino diferida al momento de la rescisión del respectivo contrato de trabajo, y cuyo monto se determina en función a la cuantía del sueldo o salario y al tiempo servido.

3.—La Indemnización por Tiempo de Servicios tiene un fundamento de justicia social, basado en el derecho que asiste al trabajador para que sus energías gastadas en el esfuerzo productor, tengan una retribución específica proporcionada al tiempo en que ha trabajado por cuenta ajena; sin que sea extraña a otros objetivos de carácter social y moral, como el de otorgar al trabajador seguridad económica durante el período de la desocupación o cesantía en el trabajo.

4.—Debe abolirse la distinción imperante entre empleados y obreros y comprender, a ambas clases de trabajadores, dentro de un régimen de derechos y beneficios idénticos. Sólo, así, nuestro ordenamiento jurídico-laboral podrá lograr los fines de equidad y justicia social que forjaron la gestación del Derecho del Trabajo.

Cualesquiera que sea la denominación que se adopte para identificar al sujeto de la relación de trabajo, bien sea locatario, trabajador, servidor, empleado, obrero, etc., los alcances y espíritu de las normas e instituciones laborales, deben abarcar a todos aquellos que realizan una actividad, por cuenta ajena, en forma subordinada, continua, exclusiva y profesional; sin que esta igualdad jurídica, importe la supresión de la jerarquía en el trabajo, la cual es indispensable para su normal desarrollo.

5.—Debe abrogarse el artículo 20º de la Ley 6871º, estableciéndose, en su lugar, que la indemnización por tiempo de servicios se calculará sobre la base del promedio de las remuneraciones anuales, percibidas por el empleado u obrero durante el récord de servicios respectivo.

6.—Debe abrogarse la Ley 11772º, reestableciéndose la vigencia del artículo 47º del Reglamento de la Ley 4916º que prescribe, para los efectos de la indemnización por tiempo de servicios, el cómputo de los años de servicios prestados en forma ininterrumpida, salvo los casos de licencia concedida por enfermedad o incapacidad para el trabajo.

7.—Debe instaurarse un sistema que preceptúe el pago de la indemnización por tiempo de servicios, con cargo a un fondo administrado por una Caja de Pensiones. Para la formación del fondo, el empleador depositaría, mensualmente, una imposición fijada proporcionalmente al haber del servidor. Dichos aportes devengarían intereses capitalizables periódicamente, con lo cual el derecho del trabajador resultaría notoriamente aumentado.

El trabajador tendría derecho, al término de la prestación de servicios a cada empleador, a la entrega de una pensión mensual, equivalente al monto de su remuneración.

8.—La Indemnización por Tiempo de Servicios, debe calcularse sobre la base del sueldo y otras formas de remuneración permanentes y fijas, sin considerar las sumas que no tienen calidad de sueldo y que constituyen pagos de índole especial, tales como las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad o Año Nuevo; las bonificaciones de 25% sobre los primeros S/. 400.00 establecida por el Decreto Supremo de 11 de Octubre de 1950 y la de 30% establecida por la Ley 11725^o; las asignaciones por participación en las utilidades; las cantidades que reciben los empleados para gastos de movilidad, habitación, viáticos o gastos de viaje; y el importe de la casa amoblada y gastos de servicio que, por pacto, se les proporcione.

B I B L I O G R A F I A

- ANGULO, JORGE M.—"Manual de Legislación del Trabajo y Previsión Social del Perú".—Trujillo, Perú, 1954.
- ESCRIBAR MANDIOLA, HECTOR.—"Tratado de Derecho del Trabajo".—Biblioteca Zig-Zag. Santiago de Chile, 1944.
- FERRERO, RAUL; SCUDELLARI, CARLOS.—"Legislación Social del Perú y otros países de América Latina".—Lima, Perú, 1954.
- GARCIA OVIEDO, CARLOS.—"Tratado Elemental de Derecho Social" E.P.E.S.A. Alcalá 20 Madrid. Tercera Edición.
- HERNAINZ MARQUEZ, MIGUEL.—"Tratado Elemental de Derecho del Trabajo".—Imprenta J. Cossano, Madrid, 1947. Tercera Edición.
- POZZO, JUAN D.—"Derecho del Trabajo".—EDIAR S. A. Editores, Buenos Aires, 1948.
- RAMIREZ GRONDA, JUAN D.—"El Contrato de Trabajo" Editorial La Ley, Buenos Aires, 1945.
- RAMIREZ OTAROLA, JORGE.—"Codificación de la Legislación del Trabajo y de Previsión Social del Perú".—Lima, 1956.
- RODRIGUEZ PASTOR, CARLOS.—"Derecho del Trabajo". Lima, Perú, 1946.
- UNSAIN, M.—"Legislación del Trabajo y Empleados de Comercio".
- VIGIL, MANUEL A.—"Legislación del Trabajo".—Lima, Perú, 1951.

Boletín Mensual de la Cámara de Comercio de Lima.
 Prontuario de la Legislación del Trabajo.
 Revista de los Tribunales.
 Revista de Jurisprudencia Peruana.
 Revista del Foro.
 Revista Peruana del Trabajo.
 Boletín Semanal de la Cámara de Comercio de Lima.
 Circulares de la Sociedad Nacional de Industrias.
 Circulares de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo.