

COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS

Fernando Alvarez Ramírez de Piérola

INTRODUCCION

La compensación por Tiempo de Servicios es una de las instituciones más antiguas y arraigadas en el ordenamiento jurídico-laboral peruano.

Sabido es que el Contrato de Trabajo puede terminar por causas imputables a la voluntad conjunta de las partes; por decisión unilateral del empleador o del trabajador; y por causas ajenas a la voluntad de las partes. En la legislación laboral del Perú, cualquiera que fuere la causa de terminación de la relación de trabajo, procede el pago de la Compensación por Tiempo de Servicios a cargo del empleador. Sin embargo, no todas las legislaciones laborales del orbe consagran este derecho a favor del trabajador. Algunas no la otorgan y otras la conceden, solamente, en los casos de ruptura del vínculo laboral por causas imputables al empleador, negándola en el caso de retiro voluntario del trabajador o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del empleador.

La presente exposición está, pues, destinada al estudio y análisis de Compensación por Tiempo de Servicios y sus consecuencias jurídicas, tanto desde el punto de vista doctrinario, legislativo, jurisprudencial y convencional.

DENOMINACION

La Compensación por Tiempo de Servicios es conocida con diversas expresiones. No todas las legislaciones emplean el mismo nombre para denominarla. En Italia, donde tuvo su origen, la nueva ley la llama "Indemnización de Antigüedad". La legislación argentina, a través de las leyes Nos. 11729 y 17391, usa el nombre de "Indemnización por Despido o Antigüedad". En Chile, el Código de Trabajo de 1931, la llama "Indemnización por Tiempo o Años Servidos". En México, el Código de Trabajo de 1931, la identifica con el nombre de "Indemnización de Cesantía". El Código

de Trabajo del Ecuador usa el nombre de “Fondo de Reserva”. En Colombia se le conoce con el nombre de “Auxilio de Cesantía”. En Venezuela “Indemnización por Antigüedad”. En Bolivia se le conoce como “Indemnización por Tiempo de Servicios”. Otras legislaciones latinoamericanas emplean las denominaciones de “Indemnización por Tiempo Servido”, “Indemnización por Antigüedad en el Trabajo” (1).

En el Perú, se le conoce, indistintamente, con los vocablos “Compensación e Indemnización” por Tiempo de Servicios. Así, las leyes 4916, 6871, 10239, 13842, 23707, Decretos Leyes 14218, 21116 y 21396, así como el Artículo 44o. de la Constitución Política, emplean la palabra “Compensación”; en tanto que las leyes 8439, 9463, 12015, Decretos Leyes 22653 y 22658, así como los Decretos Supremos de 12 de mayo de 1950 y de 26 de mayo de 1962 usan el término “Indemnización”.

No obstante que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia aceptan, indistintamente y como sinónimos, los vocablos compensación e indemnización, estimamos que este último se ajusta, con mayor propiedad, a la naturaleza jurídica del beneficio social que venimos examinando.

En efecto, la denominación “compensación”, 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.

Por su parte, el término “Indemnización” está ligado a la idea de reparación o resarcimiento de un daño causado.

Adelantando nuestro criterio sobre el particular, creemos que la denominación “Indemnización” es más apropiada, por cuanto dicho vocablo importa, conceptualmente, la idea de resarcimiento o reparación y, precisamente, a nuestro entender, el fundamento jurídico de esta institución, es el resarcimiento a que tiene derecho

(1) Mario Deveali - Lineamientos de Derecho del Trabajo, pág. 349. Rafael Caldera - Derecho del Trabajo, pág. 395. Unsain - Empleados de Comercio, pág. 156.

el trabajador por el desgaste de energías experimentado durante la vigencia del vínculo laboral. Además, armoniza mejor con la nomenclatura empleada por las más avanzadas legislaciones laborales del orbe, conforme se ha expuesto líneas arriba.

Probablemente, la diferente terminología usada para denominar a esta institución, sea consecuencia del distinto concepto que cada legislación tenga sobre su exacta naturaleza jurídica. La experiencia nos demuestra que, muchas veces, la denominación de una institución, ejerce gran influencia sobre la determinación de su contenido jurídico, aplicación y solución de los casos prácticos que se presentan ante los Juzgados y Tribunales de Justicia.

CONCEPTO

Cabanellas la define diciendo “que se trata de la compensación económica que el empresario le abona al trabajador por el lapso de servicios prestados y por los perjuicios que le causa la ruptura del contrato sin motivo imputable al obrero o empleado” (2).

Para Barassi, la indemnización de antigüedad se puede considerar como una segunda garantía integrativa de la indemnización de pre-aviso, a favor del trabajador que se encuentra expuesto a los daños del despido (3).

Cabe advertir que la legislación argentina concede la indemnización por antigüedad o despido en favor del trabajador, sólo en el caso de ruptura injustificada del contrato de trabajo por iniciativa patronal.

En nuestro concepto, la indemnización por tiempo de servicios constituye una retribución independiente de la remuneración, a que tiene derecho el servidor anualmente por el desgaste de energías experimentado en dicho período, retribución que no les es pagada al término de cada año, sino diferida al momento de la terminación del contrato de trabajo y cuya cuantía se determina en función al monto del sueldo o salario y al tiempo servido por el trabajador.

(2) Guillermo Cabanellas - Compendio de Derecho Laboral, pág. 815.

(3) L. Barassi - Tratado de Derecho de Trabajo - Tercer Tomo, pág. 381.

Este beneficio, tiene una razón de justicia social en favor del trabajador y, en el Perú, se aplica en todos los casos de terminación del Contrato de Trabajo, cualquiera que fuera su causa, diferenciándose, sustancialmente, de la indemnización por despedido intempestivo o falta de pre-aviso; de la indemnización por despido injustificado de las mujeres, menores y trabajadores estables; y de la indemnización por lucro cesante en el caso de rescisión unilateral por el empleador del contrato de trabajo a plazo fijo.

NATURALEZA JURIDICA

Existen diversas teorías que tratan de explicar los fundamentos jurídicos de la Indemnización por Tiempo de Servicios. A continuación, exponemos, suscintamente, las principales opiniones sobre el particular.

1. Teoría que sostiene que este beneficio constituye un salario diferido, es decir, una parte adicional a éste que se descuenta durante la relación de trabajo y se entrega al trabajador en el momento de la resolución del Contrato de Trabajo. Se afirma que el trabajador percibe por su trabajo una remuneración y que, además, tiene derecho a una remuneración indemnizatoria por cada año de servicios, que queda en poder del principal para serle entregada al término de la relación laboral. Al respecto, el profesor Ernesto Krotoschin sostiene que “el pago llena, así, la función de remunerar, de modo adicional, los servicios prestados en el pasado, teniendo en consideración el desgaste producido, normalmente no compensado por la remuneración corriente. El hecho de que el monto de la indemnización se calcule por años de servicios, da apoyo a este concepto” (4).

Se objeta esta teoría con el argumento de que, teniendo el carácter de remuneración, debería ser percibida por el trabajador en todos los casos de terminación del vínculo laboral, incluso por causa de falta grave. Sin embargo, no pocas legislaciones, la reconocen solamente en el caso de despido injustificado del trabajador, negándola en cualquier otra circunstancia en que no medie un hecho imputable al patrono.

(4) Ernesto Krotoschin - Tratado Práctico de Derecho de Trabajo, pág. 530.

De otro lado, se afirma que siendo el Contrato de Trabajo un vínculo jurídico de carácter oneroso y conmutativo, vale decir, que cada parte recibe de la otra prestaciones proporcionales no sujetas a ninguna eventualidad, no se justifica la tesis que otorga al trabajador un salario adicional o complementario.

Finalmente, se aduce que si la indemnización por tiempo de servicios fuese un salario diferido, debería considerársele como tal para los efectos tributarios y jubilatorios, situación que no se presenta en la práctica por estar exenta del pago de tributos y no ser computable para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores.

2. Teoría que sostiene que es un premio a la fidelidad, colaboración y antigüedad en el trabajo, debido a quien lo realiza (5). Su fundamento estriba en considerar a la indemnización por tiempo de servicios, como una recompensa al trabajador que ha laborado para un principal lealmente durante un tiempo apreciable (6).

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 reconocido en favor del trabajador, aparte de que, según la teoría expuesta, este beneficio correspondería únicamente a los trabajadores que han permanecido mucho tiempo al servicio de un empleador y que le hayan prestado sus servicios lealmente.

Además, esta tesis presupone, por parte del trabajador, un comportamiento honesto durante toda la relación de trabajo y un récord de servicios más o menos largo, siendo así que, casi todas las legislaciones, la otorgan independientemente de la conducta observada por el trabajador y de la duración del tiempo servido.

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

(5) Gallart y Folch - Derecho Español de Trabajo.

(6) Mario Deveali - Lineamientos de Derecho del Trabajo, pág. 355.

Sostiene que la remuneración cubre el trabajo directo o inmediato del trabajador, en tanto que la indemnización por tiempo de servicios constituye el derecho del trabajador a participar, proporcionalmente, en el engrandecimiento económico de la empresa.

Esta corriente, propugnada por Anastasi (7), 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 encuentra su razón de ser o fundamento jurídico en las utilidades de la empresa, ya que su otorgamiento procede incluso, a favor de los trabajadores que sirven en empresas que pierden valor en lugar de ganarlo o quiebran y aún en el caso de aquéllos que trabajan para entidades sin fines de lucro.

De otro lado, las legislaciones consagran el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas, independientemente del derecho a percibir la indemnización por tiempo de servicios.

Teoría que invoca como fundamento el hecho del 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 (8). Similar a la anterior.

Esta teoría es objetable, por cuanto la remuneración que recibe el trabajador, es solamente aquélla que es pactada y pagada en relación al trabajo prestado. Por consiguiente, no existe ningún crédito pendiente 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.

5. Teoría que sostiene, como fundamento de la indemnización por tiempo de servicios, el daño a la antigüedad; o sea que el trabajador debe ser compensado por los beneficios acumulados que pierde al dejar el trabajo.

Se objeta esta teoría con el argumento que el pago de una so-

(7) Anastasi - La ley, Tomo 4, pág. 101.

(8) Adamastor Lima - Despedida Injusta, pág. 167.

la suma de dinero, no compensa el valor de los beneficios económicos o condiciones de trabajo que el servidor podría dejar de percibir al dejar el trabajo después de muchos años de servicios.

De otro lado, no procedería su pago en el caso que el servidor se retirara voluntariamente del trabajo, por cuanto es principio de Derecho que nadie puede invocar un hecho propio para responsabilizar a tercera persona.

6. Teoría que invoca como fundamento, el resarcimiento de daños que el empleador está obligado a pagar al trabajador en caso de resolver el vínculo laboral sin que medie justa causa. Viene a ser una sanción o penalidad al despido impuesta al principal. Tesis propugnada por Ramírez Gronda y Unsain. Se critica con los siguientes argumentos. En primer lugar, la indemnización por tiempo de servicios no toma en consideración la magnitud del daño que pueda sufrir el trabajador despedido, por cuanto su monto se relaciona con una situación pasada (la antigüedad) y no futura, siendo, así, que el pasado no permite determinar el daño emergente ni, tampoco, el lucro cesante. Además, el trabajador despedido puede encontrar nueva colocación inmediatamente, incluso mejor remunerada que la anterior, o demorar un largo tiempo para ello.

De otro lado, de conformidad con la teoría expuesta, la indemnización por tiempo de servicios solo procedería en los casos de despedida sin justa causa, siendo así que, la mayoría de las legislaciones, la otorgan tanto a los servidores que son despedidos sin justa causa, como a aquellos que lo son con justa causa y a los que se retiran voluntariamente por jubilación o enfermedad. 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 trabajador expresado al fijar el plazo de extinción del contrato.

7. Teoría que invoca como fundamento una razón de previsión y asistencia social, en el sentido que el trabajador despedido tiene derecho a percibir una suma de dinero que le permita subsistir sus necesidades mientras encuentra nueva colocación. Tesis seguida por Riva Sanseverino – De Litala y Deveali. La teoría en cuestión, 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 trabajador al resolver el vínculo laboral súbitamente y sin otorgarle el correspondiente pre-aviso de ley. Con ello, se evita que el trabajador pueda encontrarse, inesperadamente, sin trabajo y sin una remuneración que le permita hacer frente a sus necesidades vitales.

La indemnización por despedida intempestiva, repara el daño emergente causado al servidor a quien no se dió el pre-aviso de despedida, independientemente de la indemnización por tiempo de servicios que está relacionada directamente con la antigüedad del trabajador en la empresa.

8. Teoría que sostiene que se trata de un preventivo del paro forzoso o desocupación, desde que pone un freno económico al deseo del empleador de desprenderse del personal.

La tesis 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 a menudo, sin motivo alguno que lo justifique, incluido el puramento arbitrario.

Tal concepción no satisface doctrinariamente, 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, aparte de que no encuadra en aquellas legislaciones que la conceden no sólo en caso de despedida injustificada, sino, también, en caso de despedida justificada, retiro voluntario, término del contrato a plazo fijo, mutuo disenso, etc.

9. 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, en favor del empleador, tengan una retribución específica proporcionada al tiempo en que han trabajado por cuenta ajena.

A nuestro juicio, 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 terminación del 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. En el Perú, ni la legislación ni la jurisprudencia ni la doctrina, han precisado, en forma clara y definitiva, cual de las teorías que explican la naturaleza jurídica de la Compensación por Tiempo de Servicios, es la que ha inspirado el derecho del trabajador a un pago por los años servidos a un empleador.

Resulta bastante difícil concluir cual de las teorías expuestas explica, con mayor propiedad, la real naturaleza jurídica de esta institución laboral. Sin embargo, podemos encontrar en ellas ciertos elementos predominantes que forman su común denominador, como son la reparación o resarcimiento del daño sufrido por el trabajador y la previsión social, lo cual nos lleva a pensar que la última de las tesis expuestas es la que se acerca más al verdadero fundamento jurídico de la indemnización por tiempo de servicios, ya que el resarcimiento o reparación de las energías perdidas por el trabajador en el diario laborar subordinado, a favor del empleador, constituye una verdadera indemnización en el estricto sentido de la palabra, cuya naturaleza jurídica es muy distinta a la del salario que es una contraprestación al trabajo realizado por cuenta ajena.

En efecto, la Ley 4916 creó la Compensación por Tiempo de Servicios pero no la definió, lo que sí hizo la Ley 6871, cuyo artículo 2º precisó su concepto al expresar que “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”

Del concepto enunciado por la Ley 6871, se pensó que nuestra legislación seguía la tesis del salario diferido. Sin embargo, tal apreciación no fue unánime ni definitiva, objetándosele que, tanto la Ley 4916 como la 6871, sólo otorgaban la compensación por Tiempo de Servicios en caso de despedida del trabajador siendo así que, de tener carácter remunerativo, su otorgamiento hubiera procedido en todo caso de terminación de la relación de trabajo y no solamente en el de despido.

Por tal razón, ulteriores disposiciones legales y reglamentarias,

adoptaron la denominación de “Indemnización por Tiempo de Servicios”, acercándose a la teoría de la reparación o resarcimiento del desgaste de energías sufrido por el trabajador durante su vida laboral, atendiendo a que el esfuerzo desplegado por los servidores subordinados es irrecuperable.

Finalmente, no han faltado en nuestro país algunos seguidores de la teoría que pretende justificar la Compensación por Tiempo de Servicios, en el derecho que asiste al trabajador a participar en el mayor valor de la empresa o de aquella otra similar que invoca como fundamento el crédito sobre la empresa que adquiere el trabajador en el curso de la relación de trabajo.

Así, el Dictamen de la Comisión de Legislación de Trabajo de la Cámara de Diputados, al informar el proyecto de la Ley 10239, expresó lo siguiente: “El derecho que tiene el empleado que se retira del trabajo o que es despedido de éste a que se le abone cierta cantidad de dinero, está basado en un concepto esencialmente económico y de justicia social. La compensación por tiempo de servicios, no significa otra cosa que la devolución, en parte, que hace el patrono al esfuerzo prestado por el servidor en el acrecentamiento del capital, o sea la co-participación del empleado en las utilidades del empleador” (9).

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 trabajadores 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.

(9) Napoleón Valdez Tudela - Legislación del Empleado, pág. 53.

El inciso b) del Artículo 1º de la Ley 4916, abrogando el Artículo 296 del Código de Comercio, instauró, dentro de nuestra legislación de 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 10 a 20 años	: 8 sueldos
De 2 a 5 años	: 2 sueldos	De 20 a 25 años	: 10 sueldos
De 5 a 10 años	: 4 sueldos	De 25 a 30 años	: 12 sueldos

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 primero 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 disfrutaba el empleado en la fecha en que ponía término a sus servicios.

Con fecha 19 de mayo de 1931, se expidió 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 trabajaban los domingos, por cada año de servicio al obrero que fuera despedido del trabajo.

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 seguro 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 Ley 8439, 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 servicios, 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 6871, en la parte referente al cómputo de las fracciones de año no menores de tres meses.

El 27 de diciembre de 1945, se promulgó la Ley No. 10239, la misma que, modificando las Leyes Nos. 6871 y 8439, dispuso que 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 cada año no menores de tres meses.

Por Ley No. 14069 de 1962 el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para promulgar la ley sobre Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. En cumplimiento de dicha autorización, el Decreto Supremo de 11 de julio de 1962, en su VII Disposición General y Transitoria, dispuso que el régimen indemnizatorio establecido por la Ley 4916, ampliatorias, complementarias y conexas, seguiría rigiendo sin modificación alguna para los empleados particulares que estuvieran prestando servicios a la fecha de promulgación de la referida Ley y que el régimen indemnizatorio para los empleados particulares que ingresen a prestar servicios con posterioridad a la fecha de promulgación de la misma ley, será de un sueldo por año de servicios en las condiciones siguientes:

- a) Cuando el sueldo que perciba el empleado sea inferior al sueldo mínimo asegurable que rija a la fecha de terminación del contrato de trabajo, la indemnización se calculará sobre dicho sueldo mínimo asegurable
- b) Cuando el sueldo que perciba el empleado sea superior al sueldo asegurable que rija a la fecha de terminación del contrato de trabajo, la indemnización se calculará sobre dicho sueldo máximo asegurable, pero sin incluir en este límite el monto de la bonificación establecida por la Ley Nº 13023.

A la fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo de 11 de julio de 1962, el sueldo máximo asegurable ascendía a S/. 7,000.00 mensuales.

El régimen indemnizatorio implantado por el Decreto Supremo de 11 de julio de 1962, modificó por delegación y mediante disposición administrativa, un sistema regulado por normas legales, atentando contra el principio jurídico de jerarquía de las normas legales. Esta situación anormal, se convalidó posteriormente con la dación del Decreto Ley No. 19990. Aparte de ello, significó un recorte al derecho de los empleados que ingresaron a trabajar a partir del 12 de julio de 1962, situación que se ha ido agudizando a medida que el proceso inflacionario se ha ido acrecentando en el país.

La décimo novena Disposición Transitoria del Decreto Ley No. 19990, dispuso que la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados que hubieran ingresado a prestar servicios con posterioridad al 11 de julio de 1962, seguiría siendo computada hasta un máximo de S/. 12,000.00, en tanto se legislara específicamente sobre la materia, cantidad que no incluiría el 30o/o a que se refiere la Ley 11725.

El Decreto Ley 21116 de 11 de marzo de 1975, dispuso que la compensación por tiempo de servicios no se pierde en caso de despedida por falta grave de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, estableció el cómputo de la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados y obreros, a razón de un sueldo o 30 jornales, según el caso, por año o fracción de año mayor de tres meses, salvo en los casos de despedida por falta grave en que el período menor de un año será abonado de una dozavo por mes laborado.

El Decreto Ley 21396, reglamentado por Decreto Supremo No 09-77-TR de 15 de julio de 1977, elevó del 1o de enero de 1976, la compensación por tiempo de servicios para los trabajadores empleados ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962, hasta un tope de S/.300,000.00 por cada año legal de servicios. Asimismo, dispuso que la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros, se calculará a razón de 30 jornales o su equivalente por año de servicios, con sujeción a la tasa pre-

vista en la Ley 13842, debiendo considerarse como un año más la fracción mayor de tres meses.

Por Ley 13842, reglamentada por Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962, se elevó a 30 jornales por cada año de trabajo, a partir del 12 de enero de 1962, la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros.

El Decreto Ley No. 22658, elevó a S/. 60,000.00 por cada año legal de servicios a partir del 1º de octubre de 1979, la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962.

Por Ley N° 23707, ratificada por la Ley 23766 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 013-84-TR de 11 de abril de 1984, se han derogado todas las disposiciones legales anteriores sobre topes indemnizatorios para los empleados de la actividad privada ingresados después del 11 de julio de 1962. En sustitución, se han puesto en vigencia dos sistemas:

- a) Por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, prestados entre el 11 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979, una compensación que, sumada con los montos indemnizatorios anteriores, no exceda al sueldo mínimo vital de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que se produzca la terminación de la relación de trabajo.
- b) Por los servicios prestados a partir del 1º de octubre de 1979 una compensación de acuerdo a la última remuneración que perciban los empleados por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, con un máximo mensual de diez sueldos mínimos vitales de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que produzca la terminación de la relación laboral.

Tanto la Ley 23707 como su Reglamento, recibieron críticas de los sectores Gubernamental y Empresarial, especialmente en lo concerniente a la formación de reservas indemnizatorias para el ejercicio económico de 1983 y su consecuente influencia sobre el Impuesto a la Renta de Tercera Categoría, así como por su efecto inflacionario por significar una mayor carga para las empresas.

Tal es, en suscita y apretada síntesis, el desarrollo de la indemnización por tiempo de servicios en la legislación laboral peruana, sin que ello signifique que la exposición precedente abarca la totalidad de las disposiciones legales y reglamentarias que norman el instituto materia del presente estudio. Sólo se han consignado aquellos dispositivos vinculados estrechamente con la evolución de sus tasas, dejando los demás aspectos para ser comentados más adelante.

SERVICIOS COMPUTABLES

El Artículo 46 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916) dispone que “Gozarán de todas las indemnizaciones y beneficios establecidos por la Ley, todos los empleados que presten servicios en el Perú, cualquiera que sea su nacionalidad o el lugar de celebración del contrato”.

Del texto de esta norma, podemos extraer las siguientes consideraciones:

- a) Reitera el principio que, ante la Ley, todos los trabajadores tienen iguales derechos y obligaciones cualquiera sea su nacionalidad, principio que ha sido consignado en el Artículo 42 de la actual Constitución Política del Perú.
Sin embargo, este dispositivo constitucional de carácter general, incluye, en su último párrafo, una excepción preferencial en favor del trabajador peruano, al disponer que la ley señalará una proporción preferente para los trabajadores nacionales, tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa. Consecuentemente, en el Perú, la contratación de servicios extranjeros, está sujeta a limitaciones originadas por la protección que la legislación otorga a los trabajadores peruanos.
- b) Menciona a los trabajadores empleados sin referirse a los obreros, motivo por el cual podría pensarse que estos últimos están excluidos de sus alcances. Sin embargo, tal exclusión es sólo aparente, ya que el principio constitucional de igualdad ante la ley es de carácter general.
- c) Debe entenderse que no sólo se refiere a las indemnizaciones y beneficios establecidos por la ley, sino, también, a aquellos

que se otorgan por pacto, convenio o contrato individual o colectivo.

El artículo 47 del Reglamento de la Ley 4916, señala que “sólo se computarán, para efectos de la ley, los años de servicios prestados en el Perú en forma ininterrumpida, salvo los casos de licencia concedida. También se computarán los servicios prestados en el extranjero cuando hayan sido contratados en el Perú”.

Esta norma ratifica el principio jurídico de la territorialidad de las leyes, como expresión de la soberanía de cada país. De su enunciado, podemos derivar los siguientes aspectos:

- a) Las leyes de trabajo, por ser de orden público, son esencialmente de aplicación territorial. Por consiguiente, la legislación laboral peruana es de aplicación a todo trabajador que preste servicios en el Perú, cualquiera que sea su nacionalidad y el lugar de su contratación.
- b) Expresa que sólo se computarán los años de servicios prestados en forma “ininterrumpida”. Sobre el particular, es necesario considerar que el Reglamento de la Ley 4916 fue expedido en el año 1928, vale decir, cuando aún no se había promulgado la Ley Nº 11772 de 20 de febrero de 1952, la misma que establece la acumulación de los períodos de servicios prestados por los empleados a un mismo empleador en caso que el empleado celebre nuevo contrato con su principal, subsistiendo su antigüedad para el cómputo final de la compensación por tiempo de servicios. Por lo tanto, los servicios pueden prestarse en forma interrumpida.
- c) Los trabajadores contratados en el exterior para trabajar en el Perú, tienen derecho a los beneficios de las leyes laborales peruanas, aún en el caso que se hubiera pactado que le corresponderán los beneficios sociales del país de su contratación, en virtud de los principios de territorialidad de las leyes y de irrenunciabilidad de los beneficios sociales. En tal supuesto, podrían válidamente, reclamar los beneficios sociales que conceden las leyes peruanas, en sustitución de los beneficios que otorgan las leyes extranjeras, por cuanto no sería dable el cobro de doble beneficio. Los tratadistas Mario de la Cueva y Guillermo

Cabanellas, admiten que la territorialidad constituye la regla general, pero que, sin embargo, pueden darse casos excepcionales dentro de los cuales se admita la aplicación de la ley extranjera, sobre todo cuando para el trabajador constituya la norma más favorable. En todo caso, el problema estará en que pueda invocarse la ley extranjera cuando ella ofrezca mayores ventajas para el trabajador. El juez respectivo, entonces, difícilmente podrá rehusarla (10).

- d) Aplica extraterritorialmente la ley peruana a los servicios prestados en el extranjero por trabajadores peruanos o extranjeros, siempre y cuando hayan sido contratados en el Perú. Conforme expresa el Dr. Fernando Elías Mantero, “este dispositivo permite asegurar la continuidad de los servicios y su protección por la legislación nacional de los trabajadores de las empresas que realizan sus actividades en el territorio de varios países, como sería el caso de las empresas de transporte aéreo o marítimo que deben desplazar continuamente a su personal de un país a otro para el control de sus actividades (11). A las empresas citadas por el Dr. Elías, habría que añadir aquellas entidades transnacionales petroleras, mineras, industriales, pesqueras, bancarias, financieras, aseguradoras, etc. que, constantemente, trasladan o rotan personal técnico y/o administrativo de sus centros de trabajo ubicados en el Perú a otros centros de trabajo de las mismas empresas ubicados en otros países. Conviene precisar que, para que proceda el cómputo de los servicios prestados en el extranjero por trabajadores contratados en el Perú, es necesario que el empleador tenga domicilio en este país, pues, de lo contrario, se aplicaría la legislación laboral del país extranjero en virtud del principio de territorialidad de las leyes, aparte que el derecho del trabajador en el Perú carecería de eficacia.

En relación con el tema de la territorialidad de la ley laboral, cabe hacer mención a los siguientes documentos de carácter internacional:

(10) Caldera Rafael - Derecho del Trabajo, pág. 198.

(11) Elías Mantero Fernando - Revista Actualidad Laboral - Octubre 1984, pág. 11.

- a) El Código de Derecho Internacional Privado Americano (Código Bustamante) aprobado por la Sexta Conferencia Panamericana en La Habana el año 1928, declaró territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y protección social del trabajador.
- b) La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá el año 1948, en su Artículo 2o., inciso e) dispone que los Derechos consagrados en favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que lo reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.
- c) El Convenio No. 19 de la Organización Internacional de Trabajo, en su Artículo 1o., expresa que “todo miembro de la Organización Internacional de Trabajo que ratifique el presente Convenio, se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél o a sus derechos habientes, el mismo trato que otorga a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo”.

En materia de jurisprudencia nacional, debemos citar las siguientes ejecutorias:

- a) “La condición de extranjero que ostenta el trabajador, no lo priva de sus derechos, siempre que haya sido contratado en el Perú o habiendo sido contratado en el extranjero preste servicios en el Perú” (Resolución del Tribunal de Trabajo de 08 de setiembre de 1981 - Expediente No. 2323-81-MEF, pág. 551).
- b) “Para alcanzar el beneficio de la jubilación, sólo debe computarse el tiempo de servicios prestados en el Perú” (Resolución de la Corte Suprema de 11 de Octubre de 1981 - Expediente No. 93/951).
- c) “Los beneficios sociales de un contrato celebrado en el Perú, no prescriben si el servidor, no obstante haber dejado de trabajar para su principal dentro del territorio nacional, continuó

al servicio de la misma empresa en sus filiales en el extranjero” (Resolución de la Corte Suprema de 23 de Abril de 1954 - Expediente No. 1303/54).

- d) “El tiempo de servicios prestados en virtud de un contrato celebrado y ejecutado en país extranjero, no es computable en el Perú para los efectos del pago de indemnizaciones por los servicios prestados en el país a la misma empresa” (Resolución de la Corte Suprema de 1947 - Expediente No. 2789). *

A los representantes diplomáticos y/o consulares acreditados en el Perú, así como a los trabajadores nacionales y/o extranjeros que presten servicios en las sedes de las embajadas y/o consulados de países extranjeros, no les son aplicables las leyes laborales peruanas sino las de sus países, por cuanto, de conformidad con los principios del Derecho Internacional Público, existe la ficción de considerar tales sedes como territorio extranjero. Aparte de ello, los agentes diplomáticos y/o consulares gozan de ciertas prerrogativas e inmunidades propias de sus cargos, entre las cuales se encuentra la exención a la jurisdicción nacional del país ante el cual se encuentran acreditados, ya que su sometimiento a ésta podría afectar la independencia que tienen en el ejercicio de sus funciones.

Caso distinto es el de aquellos trabajadores, nacionales o extranjeros, que presten sus servicios en los domicilios u oficinas particulares de los agentes diplomáticos y/o consulares extranjeros, sea como trabajadores del hogar o como servidores privados, en el supuesto de que tales agentes realicen actividades económicas en beneficio propio y aparte de las funciones propias de sus cargos, celebrando los contratos de trabajo directamente y a título profesional.

Los artículos 335 y 337 del Código Bustamante, prescriben que si el Jefe de Estado extranjero o sus representantes han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes los Jueces o Tribunales para conocer de los asuntos en que se ejercitan acciones reales o mixtas, si esta competencia les corresponde conforme a este Código”.

* Citadas por Fernando Elías Mantero en la Revista Actualidad Laboral, Octubre de 1984, pág. 11.

Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales peruanos se ha pronunciado en el sentido de que no cabe ninguna acción judicial contra los agentes diplomáticos y/o consulares, por considerar que gozan de la excención de jurisdicción. Así lo ha considerado la Resolución del Tribunal de Menores y de Trabajo de fecha 14 de noviembre de 1967, añadiendo que la excención de jurisdicción civil está reconocida por el Perú en la Resolución Suprema de 16 de octubre de 1843, indirectamente confirmada por la R.S. de 21 de febrero de 1891, por Decreto Supremo de 19 de abril de 1932 y por el Artículo 1o. del Decreto Supremo de 20 de agosto de 1932.

- Período de prueba

El Decreto Ley No. 14218, perceptúa que el empleado u obreiro que continúe prestando servicios a su empleador una vez superado el período de prueba de tres meses, gozará del régimen indemnizatorio y compensatorio que las leyes respectivas le acuerdan, a partir del primer día de su ingreso al trabajo. Ello quiere decir que, para los efectos del pago de la indemnización por tiempo de servicios, el cómputo del récord se inicia desde la fecha de ingreso del servidor al centro de trabajo y no desde la fecha en que supera el período de prueba.

El mismo Decreto Ley 14218, dispone que los empleados u obreros despedidos dentro del período de prueba, percibirán, por concepto de compensación por tiempo de servicios, un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor. Ello significa que sólo en caso de despido dentro del período de prueba, los trabajadores tienen derecho al pago de un dozavo de su remuneración por cada mes completo de labor. No se computan las fracciones de mes ni funciona su pago en caso de que el vínculo laboral termine por cualquier otra causa diferente al despido.

Al respecto, la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Trabajo se ha pronunciado en el sentido que los trabajadores despedidos dentro del período de prueba, tienen derecho a percibir dozavos de sueldo por compensación por tiempo de servicios y por remuneración vacacional correspondiente al récord truncado.

- Despido por falta grave

Hasta el 11 de marzo de 1975, los trabajadores despedidos por

haber cometido falta grave laboral, eran sancionados, además de la rescisión del vínculo laboral, con la pérdida de la compensación por tiempo de servicios. Con la dación del Decreto Ley No. 21116, esta compensación ya no se pierde por ningún motivo. Sin embargo, el artículo segundo del citado Decreto Ley, permite pagarla en mensualidades consecutivas, iguales a la remuneración que estaba percibiendo el trabajador a la fecha de su despido por falta grave, hasta cubrir su importe. A su vez, el artículo tercero del mismo Decreto Ley, dispone que, en los casos en que la comisión de la falta grave hubiera ocasionado daños y perjuicios al empleador, el monto de la compensación por tiempo de servicios que corresponda al despido, será consignado por el principal en el Banco de la Nación en entregas mensuales y quedará a las resultas del juicio correspondiente, para responder por la indemnización o reparación a que hubiere lugar.

Finalmente, la segunda parte del Artículo Quinto del Decreto Ley 21116, establece que en los casos de despedida por falta grave, la compensación por tiempo de servicios, por período menor de un año completo de servicios, será abonada a razón de un doavo por mes laborado.

- *Reingreso al servicio del mismo empleador*

El artículo 1o. de la Ley No. 11772, dispone que las compensaciones que se paguen o que se hayan pagado a los empleados de comercio, en los casos de retiro o despedida de acuerdo con lo dispuesto por la Ley No. 10239, se considerarán solo como anticipos de los beneficios sociales, en el caso de que el empleado celebre nuevo contrato con su principal y subsistirá la antigüedad de su tiempo de servicios para el cómputo final de las indemnizaciones y los efectos de la jubilación que le acuerda la Ley No. 10624.

Esta norma legal establece el principio que el reingreso del empleado al servicio de su anterior principal, produce la renovación automática del contrato de trabajo, sin que para ello se requiera de contrato expreso, retrotrayéndose la fecha de inicio de los servicios al primer período trabajado. Al momento del cese definitivo, se acumulará al nuevo período de servicios el prestado anteriormente para el efecto del cálculo final de la indemnización por tiempo de servicios, considerándose como anticipo de ésta lo pagado por el primer período de servicios.

El citado dispositivo legal, atribuye efectos ultractivos a un contrato de trabajo terminado, resultando incongruente el hecho de que un contrato 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 pagado las indemnizaciones que le correspondan con arreglo a ley.

Al respecto, el tratadista Ramírez Gronda (12) 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 11772 fue dada con el objeto de reprimir la transgresión que, ciertos empleadores, venían haciendo de la regla contenida en el artículo 20 de la Ley 6871. Disponiendo ésta que la indemnización por tiempo de servicios se computaría sobre la base de la remuneración vigente al tiempo de la cesación de servicios, optaron por seguir la política de despedir a cualquier empleado dándole el pre-aviso de noventa días, señalado en el artículo 1o. de la Ley 4916, procediendo, luego, a pagarle la indemnización por tiempo de servicios. Al cabo de un tiempo, el empleado reingresaba al servicio del mismo principal, el cual repetía el mismo procedimiento del despido cada vez que se presentaba el evento de aumentos de remuneración.

En esta forma, el empleador infringía la regla del artículo 20 de la Ley 6871, enriqueciéndose indebidamente a base del menos-cabo que sufrían los empleados en sus derechos indemnizatorios, pagándoles la compensación por tiempo de servicios en base al pro-

(12) Ramírez Gronda - El Contrato de Trabajo, pág. 558.

medio de las remuneraciones percibidas durante todo el récord de servicios y no sobre el último haber mensual.

La Ley 11772 modificó la norma contenida en el artículo 47 del Reglamento de la Ley 4916, que disponía el cómputo de los años de servicios prestados en forma ininterrumpida, para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

Cabe tener presente que el empleado ingresado al servicio de un principal con anterioridad al 12 de julio de 1962, que cese por cualquier causa y que, posteriormente, reingrese al servicio del mismo empleador, no está sujeto a la limitación del sueldo máximo para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios, debiendo computarse los períodos trabajados y efectuar el cálculo final sobre la base del último sueldo percibido sin tope alguno, con deducción de la suma pagada en la primera liquidación.

La acumulación de los períodos de servicios prestados por los empleados a un mismo principal, para los efectos del cómputo de las indemnizaciones a que se contrae la Ley No. 11772, procede cualquiera que sea el plazo de interrupción que medie entre uno y otro período de trabajo.

De otro lado, el Decreto Supremo de 15 de octubre de 1960, reglamentario de la Ley No. 11772, dispone que la acumulación de los períodos de servicios prestados por el empleado a un mismo empleador, procede cuando la interrupción entre uno y otro período no sea mayor de tres años. Sin embargo, la Corte Suprema de la República, por ejecutoria de fecha 23 de setiembre de 1971, ratificada por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, ha resuelto, definitivamente, que el citado Decreto Supremo reglamentario no señala un plazo de prescripción, sino que introduce una condición para el ejercicio del derecho que no exige la Ley No. 11772, con infracción de la norma contenida en el inciso 8) del Artículo 154 de la Constitución del Estado de 1933 que ratificó el principio jurídico de la jerarquía de las normas legales, norma constitucionales que ha sido reiterada por el inciso 11 del Artículo 211 de la Constitución Política de 1979.

Asimismo, añade que el derecho de acumular los períodos de servicios prestados, surge por expreso mandato de la ley al producirse el reingreso del servidor, por lo que es inaplicable el inciso 11

del Artículo 1168 del Código Civil que señalaba en tres años el plazo de la prescripción extintiva para reclamar el pago de los beneficios sociales que quedaron sin satisfacer al término de la relación de trabajo.

A su vez, el inciso a) del artículo 5o. del Decreto Supremo No. 013-84-TR de 11 de abril de 1984, reglamentario de la Ley No. 23707, contempla el caso de los empleados que reingresan al servicio de un principal, para el cual hubieren trabajado bajo el régimen de topes indemnizatorios, estableciendo dos situaciones:

- 1) Los empleados que se encontraren en condición de reingresantes a la fecha de promulgación de la Ley No. 23707 (06 de diciembre de 1983), acumularán ambos períodos de servicios, considerándose como pago a cuenta de la compensación, el monto que, por tal concepto, hubieran percibido al cese del primer período.
- 2) Si el cese del empleado se produce con posterioridad al 06 de diciembre de 1983 y reingresare posteriormente, el pago por concepto de compensación por tiempo de servicios, calculado de acuerdo a lo dispuesto en la Ley No. 23707 y su Reglamento, tiene carácter cancelatorio.

Cabe advertir que la regla contenida en la Ley 11772, sobre acumulación de tiempo de servicios para los efectos del cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, es de aplicación solamente al caso de los trabajadores empleados y no al de los obreros, por tener éstos un régimen laboral y un estatuto legal distinto al de aquellos, rigiéndose por las disposiciones de la Ley No. 13842 y su reglamento el Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962, dispositivos que no contienen referencia expresa al caso de acumulación de tiempos de servicios por reingreso de obreros al servicio del mismo empleador. Por consiguiente, en caso de presentarse tal eventualidad, la compensación por el tiempo de servicios del obrero reingresante deberá liquidarse separadamente por cada período trabajado, sin que sea procedente la acumulación de ambos.

Sin embargo, podría sostenerse, fundamentalmente, que, al no existir norma expresa en contrario, las disposiciones de la Ley 11772 y su Reglamento son de aplicación a los trabajadores obre-

ros por interpretación analógica y en virtud del principio “indubio pro-operario” consagrado en el Art. 57, *in fine* de la Constitución Política de 1979, el mismo que, en caso de interpretación o duda, sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, dispone estar a lo que sea más favorable al trabajador.

– *Obreros promovidos a empleados*

La Ley No. 24083 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 006-85-TR de 12 de febrero de 1985, regulan la forma de calcular la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros que hayan pasado o pasen a la condición de empleados en una misma empresa sin rescindir el contrato de trabajo.

De acuerdo a las mencionadas disposiciones, los trabajadores obreros que, en una misma empresa, pasaron o pasen a la categoría de empleado, tienen derecho a que, al término de su relación laboral, la compensación por tiempo de servicios como obrero les sea pagada sobre la base de la última remuneración percibida como empleado, vale decir, que si el obrero que pasó a la condición de empleado recibió el importe de su compensación por tiempo de servicios al momento de su promoción a empleado y continuó trabajando al servicio del mismo empleador sin solución de continuidad, el pago recibido no tiene efecto cancelatorio por el tiempo trabajado como obrero, debiéndose considerar solamente como pago a cuenta del monto total que le corresponda recibir al momento de cesar definitivamente al servicio de su principal.

Ahora bien, para la correcta aplicación de las disposiciones que comentamos, es necesario tener en cuenta las siguientes normas de aplicación:

- a.- Al momento del cese definitivo de un obrero promovido a empleado, la liquidación final debe efectuarse considerando por separado el tiempo trabajado como obrero y el período servido como empleado.
- b.- La compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros que hubieran ingresado al trabajo antes del 11 de julio de 1962 y que hubieren pasado o pasen a la condición de empleados sin rescisión del vínculo laboral, se calculará en base a la última remuneración percibida como empleado al mo-

mento del cese definitivo, es decir, sin topes indemnizatorios por los períodos trabajados como obrero y como empleado. El importe de la compensación por tiempo de servicios, percibido por el trabajador obrero al pasar a la condición de empleado sin rescisión del vínculo laboral, será considerado como pago a cuenta del que pueda resultar al final de la relación laboral.

No obstante lo expuesto, hay quienes piensan que la liquidación correspondiente al período trabajado como obrero, debe efectuarse sobre la base de la última remuneración percibida como empleado, pero subsistiendo la equivalencia de 15 días de remuneración por cada año de servicios cumplidos hasta el 11 de enero de 1962 y 30 días de remuneración por cada año posterior a dicha fecha, es decir, aplicando la forma establecida por la Ley No. 13842 y su Reglamento el Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962.

c.- Tratándose de trabajadores obreros ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962 y que hubieran pasado o pasen a la categoría de empleados después de la indicada fecha, la compensación por tiempo de servicios se calculará en la forma siguiente:

– Si la remuneración percibida en condición de empleado fuere igual o inferior al tope indemnizatorio previsto en la Ley No. 23707 (S/. 720,000.00 por año), la compensación por tiempo de servicios se calculará en base a la última remuneración percibida en la condición de empleado.

– Si la remuneración percibida en condición de empleado fuere superior al tope indemnizatorio establecido por la Ley No. 23707 (S/. 720,000.00 por año), deberá practicarse doble liquidación:

La primera por el tiempo de servicios prestados como obrero, en base a la última remuneración que estuviere percibiendo al momento del cese definitivo, vale decir, sin tomar en cuenta la forma establecida por la Ley No. 13842.

La segunda liquidación, por el tiempo de servicios prestados como empleado, en base a la última remuneración percibida al momento del cese definitivo, con sujeción al tope indemnizatorio establecido en la Ley No. 23707 (S/. 720,000.00).

- d.- Los préstamos o adelantos que obtuvieren los trabajadores ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962, con cargo a su compensación por tiempo de servicios correspondiente al período prestado en condición de empleado, se rigen por las normas contenidas en la Ley No. 23707 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 013-84-TR de 11 de abril de 1984.
- e.- No están comprendidos en los alcances de la Ley No. 24083, los trabajadores obreros promovidos a empleados pero que hayan cesado en el trabajo con anterioridad al 24 de enero de 1985, no obstante haber estado comprendidos en ambos regímenes, tanto en el de obrero como en el de empleado. Ello por cuanto la Ley No. 24083, ha entrado en vigencia a partir del 24 de enero de 1985, día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", por así disponerlo, expresamente el artículo 5o. de la misma.

CALCULO DE LA COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS.

Para determinar el monto de la indemnización por tiempo de servicios de los trabajadores de la actividad privada, es necesario distinguir el caso de los empleados del de los obreros.

En el caso de los empleados, se presentan dos situaciones: la de los ingresados al trabajo antes del 12 de julio de 1962 y la de los ingresados después de dicha fecha.

En la primera situación, el monto de la indemnización por tiempo de servicios se calcula sobre la base del último sueldo básico percibido por el empleado sin límite o tope alguno, multiplicándolo por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, sea en caso de retiro o de despido. Así lo dispone la Ley No. 10239.

En cambio, la indemnización por tiempo de servicios de los empleados ingresados al servicio del empleador a partir del 12 de julio de 1962, se calcula con arreglo a las normas contenidas en la Ley No. 23707 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 013-84-TR de 11 de abril de 1984, las mismas que disponen lo siguiente:

- a.- Por el período comprendido entre el 12 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979, percibirán, por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, una compensación que no exceda al sueldo mínimo vital de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que se produzca la terminación de la relación de trabajo. Actualmente, el sueldo mínimo vital de la provincia de Lima, es de S/. 72,000.00 mensuales.
- b.- Por el período comprendido entre el 1o. de octubre de 1979 y la fecha de cesación en el trabajo, percibirán, por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, una compensación de acuerdo a la última remuneración con el máximo mensual de diez sueldos mínimos vitales de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que se produzca la terminación de la relación laboral. Considerando que el sueldo mínimo vital de la Provincia de Lima, asciende, actualmente, a S/. 72.000.00 mensuales, el máximo de la remuneración mensual indemnizable es de S/. 720,000.00 por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses.

En el caso en que, por la antigüedad del empleado, deba practicarse doble liquidación, para el cálculo de las fracciones por tiempo de servicios se observarán las siguientes reglas:

- a.- Cuando en cada período a liquidarse existan fracciones mayores de tres meses, sólo se considerará como un año legal de servicios las fracciones correspondientes al segundo período.
- b.- Cuando la fracción sea mayor de tres meses en el primer período y menor de tres meses en el segundo período, la compensación se calculará con el tope previsto para el primer período.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 4 y 5 de la Ley No. 23707 y 8 de su Reglamento, el trabajador sólo podrá cobrar el importe de la compensación por tiempo de servicios, al término de la relación laboral.

Los empleados que, por convenio individual o colectivo, hubiesen pactado el cobro anticipado del importe de la compensación por tiempo de servicios o recibido adelanto de sueldo o cualquier otro tipo de préstamo con cargo a dicha compensación, sal-

vo el caso de los convenios sobre adelantos para vivienda previstos por ley o pactos colectivos de trabajo, podrán optar, en forma excluyente, entre:

- a.- Cobrar los mayores beneficios resultantes de la aplicación de la Ley 23707 antes del término de su relación laboral, en cuyo caso el pago tendrá efecto cancelatorio; o
- b.- Percibir la compensación por tiempo de servicios al término de la relación laboral.

En el primer caso, el pago total o parcial de la compensación por tiempo de servicios durante la vigencia de la relación laboral, tendrá efecto cancelatorio pero no pone término al vínculo de trabajo, manteniendo el trabajador su antigüedad para otros derechos y beneficios que pudieren corresponderle.

La indemnización por tiempo de servicios de los obreros, se rige por las normas contenidas en las Leyes No. 8439 y 13842 y en el Decreto Ley No. 21396. Como en el caso de los empleados, se presentan dos situaciones: la de los ingresados al trabajo antes del 12 de enero de 1962 y la de los ingresados después de dicha fecha.

En la primera situación, la indemnización por tiempo de servicios se calculará en dos períodos: el primero comprendido entre la fecha de ingreso al trabajo y el 11 de enero de 1962, a razón de 15 jornales o su equivalente por año de servicios, con sujeción a la tasa indemnizatoria prevista por la Ley No. 8439 y sin tener en cuenta el capital de la empresa, compensándose por dozavos la fracción de año existente a dicha fecha. El segundo período comprendido entre el 12 de enero de 1962 y la fecha de cese en el trabajo, a razón de 30 jornales o su equivalente por año de servicios, con sujeción a la tasa prevista en la Ley No. 13842, debiendo considerarse como un año más la fracción de año mayor de tres meses.

La indemnización por tiempo de servicios de los obreros ingresados al servicio del empleador a partir del 12 de enero de 1962, se computa a razón de 30 jornales por año o fracción de año mayor de tres meses, sin límite o tope alguno.

Es de desear que la forma de calcular la indemnización por tiempo de servicios de los empleados y obreros, se unifique bajo un régimen general común aplicable a todos los trabajadores, sin distinción por la naturaleza intelectual o manual de los servicios que prestan.

DETERMINACION DE LA REMUNERACION INDEMNIZABLE

El artículo 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, reglamentaria de la Ley 4916, y el Artículo Unico de la Ley 12015, perceptúan que las indemnizaciones de los empleados, a los cuales se refieren la Ley 4916, 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 aquéllas 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 50 de la citada disposición reglamentaria, prescribe que los derechos o beneficios concedidos por la Ley 4916, 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 10., inciso h), (comisionistas) y 10 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 sustitutoria del pre-aviso de despedida. Ello revela la imperiosa necesidad de determinar con exactitud, el concepto de remuneración que debe considerarse 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.

Según hemos visto al tratar de los antecedentes históricos de la

institución en el Perú, el otorgamiento de la indemnización por tiempo de servicios 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 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, la misma que fijó el concepto de sueldo como cantidad percibida por el empleado de modo permanente y fijo.

La Ley 12015 de 2 de diciembre de 1953, reproduce, en términos generales, la disposición que ya contenía el artículo 10 del Reglamento mencionado. La mente del legislador no fue otra que la de darle fuerza legal, restableciendo su imperio. Por consiguiente, es el concepto de sueldo que señaló el artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916, el que debe prevalecer.

En consecuencia, la indemnización por tiempo de servicios debe calcularse sobre la base del sueldo y otras formas de remuneración percibidas por el empleado durante la prestación de sus servicios, en forma permanente y fija y que, además, sean de su libre disposición, vale decir, todas aquellas cantidades que constituyen un sueldo suplementario, un aumento indirecto del mismo.

Sin embargo, el legislador no ha precisado el concepto de los términos “permanente y fijo”, así como, tampoco, ha determinado, expresamente, las cantidades provenientes de qué beneficios sociales, son las que deben incluirse dentro del sueldo para los efectos indemnizatorios, lo cual ha dado margen para que nuestros jueces, 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 nuestros Tribunales de Justicia, no ha mantenido un criterio uniforme y constante respecto de los conceptos de permanencia y fijeza ni de los beneficios que deben adicionarse al sueldo básico para los efectos indemniza-

torios, incluyendo, dentro del ámbito de la Ley 12015, cantidades que, por la naturaleza del beneficio que la originan, no se ajustan al espíritu y letra de aquella y, lo que es más, ha dado solución diferente a casos análogos. Incluso la jurisprudencia ha sustituido los conceptos de permanencia y fijeza por los de periodicidad y regularidad.

Ello ha dado lugar a que, en la práctica, se hayan originado dudas acerca de la aplicación del artículo 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 y la de la Ley 12015, existiendo, en la actualidad, incertidumbre acerca de las sumas que deben computarse para el cálculo indemnizatorio.

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

Gratificaciones

Son aquellas sumas de dinero que los empleadores otorgan a sus servidores en ciertas épocas del año como Fiestas Patrias (28 de julio) y Navidad (25 de diciembre), en consideración a los gastos extraordinarios que los trabajadores realizan en dichas épocas del año. Generalmente, obedecen a actos voluntarios de liberalidad o generosidad del empleador. También pueden ser originadas por Contratos de Trabajo, colectivos o individuales.

En principio, las gratificaciones tienen carácter voluntario, pero se convierten en obligatorias si emanan de Contratos de Trabajo o si se otorgan durante dos años consecutivos, existan o no utilidades en la empresa.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, se ha pronunciado en el sentido de que, siendo obligatorio el pago de las gratificaciones ordinarias, éstas tienen carácter remunerativo o de sueldo complementario y su percepción es exigible en caso de terminación de la relación laboral, cualquiera sea la causal, en la proporción que

corresponda a los servicios prestados hasta el momento del cese, calidad que no tienen las gratificaciones extraordinarias por ser su otorgamiento esporádico.

Las gratificaciones ordinarias se incluyen en el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, adicionando al sueldo básico del empleado un dozavo del monto de cada gratificación.

Las gratificaciones de montos variables, otorgadas voluntariamente por el principal a sus servidores, no forman parte del sueldo del empleado, razón por la cual no son acumulables al sueldo básico para el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios (Ejecutoria Suprema de 13 de setiembre de 1949. Boletín Mensual de la Cámara de Comercio de Lima, No. 219, pág. 525).

Bonificaciones

Pueden ser legales o convencionales. Reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema, primero, y del Tribunal de Trabajo, después, han resuelto que la bonificación de 30 o/o dispuesta por la Ley No. 11725 en favor de los empleados particulares con 30 o más años de servicios a una misma entidad, forma parte del sueldo para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, por tratarse de un aumento indirecto de sueldo impuesto por la ley (13). Igual pronunciamiento, existe con respecto a la llamada bonificación por trabajo en altura.

Las Bonificaciones Especiales por Costo de Vida, por alza de la gasolina y por reajuste de tarifas de transporte urbano, que, periódicamente, otorga el Gobierno en favor de los trabajadores de la actividad privada, no son computables para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios, por así disponerlo, expresamente, los dispositivos legales y administrativos que las han otorgado, sin que por ello dichas normas limitativas transgredan la Ley 12015.

Las bonificaciones convencionales por trabajo en altura o en la selva, por turno, por manejo de fondos, etc. y, en general, to-

(13) Ejecutoria Suprema de 23 de julio de 1954.

das aquéllas que provengan de convenios de trabajo, individuales o colectivos, si integran el haber indemnizatorio del empleado, pero siempre y cuando reúnan los requisitos de permanencia y fijeza exigidos por el Artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y por la Ley 12015.

Existen algunas bonificaciones que, en realidad, no tienen carácter remunerativo sino más bien condición de trabajo, como es el caso de la bonificación por casa-habitación. Obviamente, no son computables para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

Asignaciones

La Asignación Anual por Participación en las Utilidades que los empleadores comprendidos en la Ley No. 11672 y su Reglamento, el Decreto Supremo de 27 de diciembre de 1950 deben pagar a sus trabajadores proporcionalmente al tiempo de servicios, es acumulable al sueldo básico para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios divisible por dozavos, siempre y cuando se haya percibido de modo permanente y fijo.

Igual tratamiento debe seguirse con respecto a las llamadas bonificaciones por balance o por utilidades de fin de año, así como, también, con las participaciones contractuales inferiores al 5 % de las utilidades netas de la empresa (14).

Las disposiciones del artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y del artículo único de la Ley 12015, no son de aplicación al caso de la participación líquida de los trabajadores en la utilidad neta anual de las empresas del Sector Privado Reformado, por constituir las Comunidades Laborales personas jurídicas distintas a la empresa.

Respecto de las Asignaciones Familiares, la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que si bien, por naturaleza, son esencialmente variables por estar sujetas a las contingencias de mayoría de edad o muerte de los hijos, nacimiento de nuevos hijos, cambio de estado civil, etc., por lo que resulta difícil que

(14) R. del T. de T. de 16 de enero de 1980. Manual Laboral, pág. 5/5.2.

tengan fijeza y permanencia, el Juez no debe apreciar las circunstancias genéricas, sino tomar en cuenta si en cada caso específico se han dado los requisitos exigidos por el artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y artículo único de la Ley 12015 (15).

Lo importante es, pues, que la asignación familiar respectiva, haya sido percibida por el empleado regularmente y en forma periódica, entendiéndose como tal el último año de servicios, en cuyo caso adquiere carácter remunerativo y se adiciona al sueldo básico para los efectos indemnizatorios. Además, hay que tomar en cuenta que se trata de sumas que son de libre disposición del empleado.

Asimismo, repetidas ejecutorias del Tribunal de Trabajo, han determinado que las asignaciones familiares provenientes de convenios colectivos, tienen los caracteres de fijeza y permanencia y, por lo tanto, son adicionales al sueldo básico para el pago de la compensación por tiempo de servicios, careciendo de efecto las cláusulas que las excluyen del cálculo de este beneficio, por contravenir el principio de la irrenunciabilidad de los derechos sociales y por tener la Ley 12015 mayor jerarquía que el pacto excluyente (16).

Horas Extras

En lo concerniente al cómputo para los efectos indemnizatorios, de las cantidades correspondientes a las labores realizadas en horas extras, nuestros tribunales se han pronunciado en forma diferente. Así, mientras en muchos casos han exigido, estrictamente, los requisitos de la permanencia y fijeza, en otros casos han resuelto que 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.

(15) R. del T. de T. de 31 de octubre de 1980. Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 32.

(16) R. del T. de T. de 31 de octubre de 1980. Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 32.

Actualmente, el criterio jurisprudencial del Tribunal de Trabajo es que los pagos por horas extras son computables para el cálculo de la remuneración indemnizatoria, siempre y cuando el empleado los haya percibido en forma regular y permanente, aunque sus montos hayan sido variables. El monto computable, está dado por el promedio de los pagos percibidos por el trabajador el último año de servicios (17).

Alimentación

El artículo 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, reglamentaria de la Ley 4916, y el artículo único de la Ley 12015, prescriben que las sumas que se apliquen a sufragar 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.

Tal disposición, 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, para los efectos del cálculo de la indemnización por tiempo de servicios. Tal excepción, encuentra su justificación en la concepción que considera la alimentación como una forma de remuneración 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 de dinero mensual adicional al sueldo, para que aquél pague directamente dichos gastos. Otra forma, consiste en que el empleador pague directamente al proveedor o concesionario, 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 la liquidación de beneficios sociales, deberá determinarse al valor en plaza que tenga a la fecha la liquidación, conforme a la regla del artículo único del Decreto Ley No. 18003 de 22 de noviembre de 1969.

“Comida” es el alimento principal que cada día toman las personas: desayuno, almuerzo, comida. Es indudable que la comida (alimento principal) juega un rol humano, fisiológico, económico y vital y que su entrega en especie o pago total o parcial por el empleador, constituye importante contribución a la economía del trabajador, desde que si no lo hiciera el empleador, el trabajador, necesariamente tendría que disponer de sus ingresos para satisfacer dicha necesidad primaria. Es por ello que los alimentos o su equivalente en dinero, integran la remuneración del trabajador. Así lo reconoce la legislación laboral, cuando dispone que se tenga en cuenta para el salario dominical, remuneración vacacional y cómputo de la compensación por tiempo de servicios (18).

Asimismo, el criterio jurisprudencial es uniforme en el sentido que los gastos de alimentación que se paguen al empleado en forma permanente y fija, forman parte del sueldo para los efectos del cómputo de la indemnización por tiempo de servicios.

Refrigerio

El Decreto Supremo No. 022-72-TR de 11 de diciembre de 1972, en su parte considerativa, precisa el concepto de refrigerio como corte alimento que sirve para reparar fuerzas, aclarando que no es asimilable al concepto de alimentación. Ello se debe a que, a diferencia de la alimentación, el refrigerio no tiene como objeto directo la subsistencia del trabajador, por lo que su otorgamiento no es significativo en su economía, siendo, además, de carácter prescindible, lo que no ocurre con la alimentación que, por ser comida principal, no es suprimible.

Por tal razón, la última parte del citado Decreto Supremo, excluye al refrigerio de la remuneración vacacional, sea que se otorgue directamente al trabajador o cuyo valor se pague a su concesionario.

En principio, el refrigerio debe otorgarse en especie, porque de hacerlo en dinero desnaturaliza su fin, aparte de que puede interpretarse que se trata de suma de dinero de libre disposición del

(18) Manual Laboral, Tomo I, Editorial Economía y Finanzas, pág. 8/1.4.

trabajador y, por ende, de carácter remunerativo computable para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios (19).

El Tribunal de Trabajo, en reiteradas ejecutorias, se ha pronunciado en el sentido que el refrigerio, siendo un alimento corto que se ingiere para reparar fuerzas, no deja de ser distinto al alimento principal, en razón de que sirve para nutrir, reforzando otros alimentos, cuando un mayor esfuerzo del trabajo así lo exige, por lo cual su percepción en metálico, en forma regular y continua resulta adicionable a la remuneración ordinaria para el cálculo indemnizatorio (20).

Es indudable que el valor del refrigerio otorgado en dinero efectivo, tiene carácter remunerativo por ser de libre disposición del trabajador, siendo procedente su cómputo para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios. No sucede lo mismo cuando el refrigerio se otorga en especie y en oportunidad distinta a la comida o alimentación que se toma a mediodía al interrumpirse la jornada de trabajo.

Otros casos

Las cantidades de dinero que reciben los empleados para gastos de movilidad con la obligación de rendir cuenta de los mismos: viáticos o gastos de viaje que incluyen transporte, alojamiento y alimentación; no son acumulables al sueldo para el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios, por constituir cantidades que tienen aplicación a determinado gasto y no ser de libre disposición del empleado. La ley las excluye expresamente del cómputo indemnizatorio.

Lo que importe la casa amoblada, los gastos de servicio, zapatos, mamelucos, uniformes, lavado y planchado de ropa, casa-habitación o habitación en el centro de trabajo, ración de bebidas, etc., no tienen carácter de alimentos ni constituyen remuneración en especie, sino condiciones de trabajo que no son de libre disposición, por cuanto se otorgan para el uso o consumo directo y personal del trabajador. Por consiguiente, no son computables para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

(19) Manual Laboral, Tomo I, Editorial Economía y Finanzas, pág. 95.

(20) Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 176.

La Ley 12015 exige, expresamente, el requisito de la libre disponibilidad del concepto percibido, para que, legalmente, sea susceptible de adicionarse al haber básico para los efectos indemnizatorios.

Obreros Comunes

El cálculo de la indemnización por tiempo de servicios de los trabajadores obreros, se determina por las normas contenidas en las Leyes No. 13790 y 13842 y su Reglamento el D.S. No. 009-62-TR del 26 de mayo de 1962.

El Artículo 3o. de esta última disposición, establece que, para el cómputo de la compensación indemnizatoria, debe considerarse como remuneración el último jornal percibido por el trabajador antes del cese, la ración que le proporcione el principal y cualquier otra cantidad que percibiere en forma fija y permanente y que, por pacto o convenio, las partes hubieren acordado fuese incluido para tal efecto.

Del texto de la última parte de la norma mencionada en el párrafo anterior, podría inferirse que no basta que un trabajador obrero perciba una determinada cantidad de dinero en forma fija y permanente, para que proceda su cómputo en el cálculo de la compensación por tiempo de servicios, sino que, además, se requiere que, mediante pacto o convenio, el trabajador y su principal, previamente, que dicha cantidad sea incluida en el cálculo de la compensación indemnizatoria. En otras palabras, de no existir pacto o convenio previo, no se incluyen en la remuneración indemnizatoria aquellos conceptos que, además del salario básico, perciba el obrero, aunque tenga la calidad de fijeza y permanencia.

De aceptarse tal interpretación, llegaríamos a la conclusión que la norma contenida en el Artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y en el Artículo único de la Ley 12015, de aplicación a los trabajadores empleados, no lo sería a los obreros por existir otra norma legal posterior y de aplicación específica a los obreros como es la Ley 13842 de 12 de enero de 1962 y, concretamente, el Art. 3o. de su Reglamento que, para su aplicación, exige acuerdo previo por pacto o convenio.

Recordemos que cuando existen normas legales específicas, que regulan, en forma expresa, una determinada situación jurídica y establecen con claridad el derecho que se otorga al trabajador, no son de aplicación los principios generales del derecho ni es necesario interpretar analógicamente otras normas legales, por no existir vacío, omisión o duda.

Sin embargo, recientes ejecutorias del Tribunal de Trabajo, se han pronunciado en el sentido que lo expuesto en la última parte del artículo 3o. del Decreto Supremo No. 009-62-TR de 26 de mayo de 1962, no limita ni condiciona, necesariamente, que haya acuerdo de voluntades para que se adicione al jornal o salario cualquier otra cantidad que percibiere el trabajador en forma fija y permanente, añadiendo que, para la aplicación de la última parte del aludido artículo 3o., debe considerarse que la letra “y”, como conjunción, sólo junta o enlaza dos oraciones, la primera parte textualmente referida al principio contenido en la Ley 12015, la que prima, y la segunda, subordinada a la primera, referente a cualquier otro derecho creado por acuerdo de voluntades para ser incluida en la remuneración indemnizatoria.

Se argumenta, además, que el Tribunal de Trabajo, en reiteradas y uniformes ejecutorias pronunciadas antes y después de la expedición de la Ley 13842 y su Reglamento, para el cómputo del salario indemnizable de los trabajadores obreros, aplicó el criterio legal contenido en la Ley 12015 y que, aún cuando el pacto o convenio pueda excluir algunas remuneraciones o bonificaciones que sí pueden ser excluidas, otras remuneraciones no pueden serlo en razón de que integran por la voluntad prevalente de la Ley.

Finalmente, sobre este tema se aduce que, al respecto, es de aplicación el principio contenido en el Artículo 57, segunda parte, de la Constitución Política de 1979, referente a que en la interpretación o duda sobre el alcance o contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se estará a lo que es más favorable al trabajador y que, además, en caso de incompatibilidad entre una norma legal y otra subalterna el Juez prefiere la primera. Que en este caso, la primera es la Ley 13842 que, en su artículo 1o. sólo precisa la elevación de 30 salarios o jornales la compensación por años de servicios.

De otro lado, tanto el Artículo 5o. del Decreto Supremo 009-62-TR como la Ley 13790, disponen que en el caso de salarios que se pagan parte en dinero y parte en especies, el valor de éstas se determinará por el que tengan en plaza en la fecha de terminación del contrato de trabajo, para los efectos de su inclusión en la remuneración indemnizatoria. Se entiende como salario en especie, la porción de artículos alimenticios que, en crudo, recibe el trabajador con el nombre de ración sin pago de precio alguno, como contraprestación por cada jornada de trabajo en adición a su salario en efectivo.

A su vez, el artículo 6o. del mismo Decreto Supremo establece que la Dirección Nacional de Estadística del Ministerio de Hacienda y Comercio (hoy Economía y Finanzas), deberá fijar, anualmente, el valor de los precios que hubieren alcanzado los artículos de consumo alimenticio que, por concepto de ración, reciben los empleados y obreros de las distintas circunscripciones del país. El justiprecio de la ración o salario en especie, para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios correspondiente al período anterior a la vigencia de la Ley 13842, será el señalado en el Decreto Supremo de 27 de setiembre de 1949.

Tratándose de obreros con salario a destajo o que tuvieran cualquier otra remuneración en forma imprecisa, para el cómputo de la compensación por tiempo de servicios, se calculará la retribución diaria sumando el total de lo ganado en el último semestre y dividiéndolo entre el número de días de trabajo efectivo. El cociente así obtenido, se multiplicará por treinta jornales. Así lo dispone el Artículo 4o. del Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962.

La Resolución Suprema No. 117 de 24 de abril de 1964, establece el derecho de los trabajadores agrícolas de temporada, a percibir un dozavo del monto de 30 salarios en conceptos de indemnización proporcional por tiempo de servicios. Aquellos trabajadores agrícolas de temporada, cuya remuneración sea por unidad de medida, por tarea o a destajo, percibirán por cada 21 días efectivos de labor mínima, continua o discontinua, el 25 o/o del monto total de los salarios percibidos en los períodos correspondientes.

REDUCCION DE LA REMUNERACION

La Ley No. 9463 permite la reducción convencional de la remuneración del servidor, sin que ello afecte los derechos adquiridos por éste por los servicios prestados con anterioridad a la reducción aceptada. En tal eventualidad, la indemnización por tiempo de servicios del trabajador se computará sobre la base de la remuneración percibida al momento de la reducción y la correspondiente al tiempo de servicios posterior se computará de acuerdo con la remuneración rebajada.

Tratándose de empleados comisionistas, la indemnización por tiempo de servicios se computará sobre la base promedio de comisiones percibidas durante los 48 meses anteriores a la reducción de la remuneración.

De acuerdo a lo expuesto, la reducción de remuneración sólo procede en caso de aceptación por parte del trabajador, sin que sea admisible la reducción unilateral por parte del empleador. Ello, por ser consensual el Contrato de Trabajo y por prohibirlo, expresamente, el Artículo 3o. del Decreto Supremo de 24 de diciembre de 1948.

Si bien la norma contenida en el Artículo único de la Ley 9463 y en el Artículo 3o. del Decreto Supremo de 24 de diciembre de 1948 se refiere a los empleados particulares, nada impide que, por analogía, se aplique, igualmente, a los trabajadores obreros, por no existir disposición que lo prohíba expresamente.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que si el trabajador no reclama oportunamente de la rebaja de remuneración, unilateralmente llevada a cabo por el empleador, debe estimarse que el trabajador admitió tácitamente dicha reducción (21).

PAGO DE LA COMPENSACION

El Decreto Supremo de 12 de mayo de 1950, perceptúa que el empleador debe pagar la indemnización por tiempo de servicios.

(21) Resolución del Tribunal de Trabajo de 14 de marzo de 1980. Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 266.

y demás beneficios sociales que adeude al trabajador, dentro del plazo de 48 horas siguientes a la terminación del respectivo contrato de trabajo. Si el servidor no se apersonara a cobrar el monto de los beneficios sociales a que tenga derecho, vencido el plazo mencionado, el empleador deberá depositar las sumas que le adeude en el Banco de la Nación, dando aviso a la Autoridad de Trabajo de la circunscripción correspondiente.

Esta disposición tiene por objeto garantizar al trabajador la oportuna percepción de sus beneficios sociales y evitar que pueda verse privado de los medios de subsistencia necesarios para él y su familia. Sin embargo, es necesario actualizar esta norma a fin de que, en caso de incumplimiento, se sancione al empleador infractor no sólo con una multa adecuada al momento, sino, además, con el pago de los intereses legales correspondientes a favor del trabajador por cada día de atraso en el pago o empoce de la suma adeudada.

El Decreto Supremo de 14 de noviembre de 1951, dispone que, cuando el empleador ha proporcionado casa-habitación al servidor, éste debe desocuparla dentro de los 30 días posteriores a la terminación del contrato de trabajo salvo pacto en contrario, en cuyo caso el plazo de 48 horas señalado en el Decreto Supremo de 12 de mayo de 1950 para que el empleado cumpla con efectuar el pago de la compensación por tiempo de servicios, se cuenta desde la fecha de la devolución de la vivienda por el trabajador.

El pago de la compensación por tiempo de servicios, debe hacerlo el empleador en forma directa y personal. Puede, también, efectuar el pago a los padres, cónyuges, hijos o hermanos del trabajador, siempre y cuando éstos cuenten con poder especial para ello, otorgado de acuerdo al monto de los beneficios sociales por cobrar. Así lo perceptúa el Artículo 2o. de la Ley 8683, el mismo que niega valor cancelatorio al pago realizado por el empleador a terceras personas distintas a las señaladas, aunque cuenten con poder especial para ello. Esta norma tiene por objeto cautelar el interés del trabajador y de su familia y evitar que los beneficios sociales caigan en manos de terceras personas inescrupulosas.

En caso de muerte del trabajador, los artículos 2o. y 3o. de la Ley 8439 disponen que el monto de la compensación por tiempo

de servicios corresponde a sus herederos legales y, en defecto de éstos, a la persona o personas que dependían económicamente del servidor fallecido, para cuyo efecto deberá cumplir con presentar al empleador testimonio del testamento correspondiente a copia certificada del auto judicial de declaratoria de herederos, ambos instrumentos debidamente inscritos en los Registros Públicos de Testamentos y de Intestados, respectivamente.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que, cuando el monto de la compensación por tiempo de servicios es pequeño, puede pagarse a los presuntos herederos sin necesidad de declaratoria judicial (22).

El monto de los beneficios sociales correspondientes a los hijos del trabajador fallecido, debe pagarse a éstos en partes iguales y si son menores de edad depositarse en cuentas de ahorros en el Banco Central Hipotecario del Perú.

De conformidad con lo prescrito por el Artículo 44, *in fine*, de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 –Reglamento de la Ley 4916– la indemnización por tiempo de servicios debe ser pagada por el principal en dinero, esto es, en efectivo y en moneda corriente, salvo aceptación por parte del trabajador de otra forma de pago o en cheque, vale, pagaré, etc.

El monto de la compensación por tiempo de servicios, debe ser pagada por el empleador al trabajador totalmente y en un solo acto. El pago fraccionado sólo procede en caso que el trabajador haya cometido falta grave, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2o. del Decreto Ley No. 21116.

Sin embargo, el Artículo 43 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916) y la Resolución Suprema de 11 de junio de 1940, permiten al empleador pagar la compensación por tiempo de servicios en sumas parciales, quincenal o mensualmente, siempre que estas sumas no sean inferiores al sueldo que percibía el trabajador en dichos períodos y, únicamente, cuando a juicio de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la

(22) Resolución del Tribunal de Trabajo de 3 de junio de 1953. Derecho de Trabajo. R. Ferrero y C. Scudellari, 1977, pág. 106.

situación económica del empleado no le permita el pago inmediato del total de la indemnización referida.

VENTA - FUSION - TRASPASO - CAMBIO DE GIRO

Los artículos 49 y 69 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916), perceptúan que en caso de venta, fusión, traspaso o cambio de giro del negocio, los empleados conservan todos los derechos que la ley les acuerda y no podrán ser despedidos sino con el aviso anticipado de noventa días y el pago de las indemnizaciones, beneficios establecidos en la ley. Si los empleados permanecen al servicio del nuevo principal, éste calculará como servicios ininterrumpidos del empleado los años trabajados al servicio del anterior principal.

Los artículos 49 y 60 del Reglamento de la Ley 4916, han sido reglamentados por los Decretos Supremos de 27 de setiembre de 1957, 14 de abril de 1944 y 21 de noviembre de 1946.

De lo dispuesto por los artículos mencionados líneas arriba, podría entenderse que si, en los casos contemplados en los mismos, el principal en cualquier momento diera a sus trabajadores el aviso anticipado de despedida y les pagara los beneficios sociales correspondientes, se produciría la rescisión del vínculo laboral y el beneficio de la estabilidad en el trabajo quedaría frustrado para aquellos trabajadores con más de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador.

Si bien el artículo 10 del Decreto Ley 22126 contempla los casos de suspensión de labores, reducción de personal y rescisión de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, sin embargo no se refiere, expresamente, a los casos de venta, fusión, traspaso o cambio de giro del negocio, por lo que podríamos entender que las disposiciones de los artículos 49 y 69 del Reglamento de la Ley 4916 no han sido derogadas por el Decreto Ley No. 22126 y se mantienen vigentes.

Sin embargo, la Segunda Disposición Final del Decreto Ley 22126, ha derogado todas las disposiciones legales que se le opongan, siendo obvio que la norma contenida en los artículos 49 y 69 del Reglamento de la Ley 4916, al permitir al empleador la rescisión

sión unilateral del vínculo laboral mediante un simple pre-aviso y pago de beneficios sociales al servidor, atenta contra el principio de la estabilidad laboral, de lo cual resulta que existe una evidente oposición entre ambas disposiciones legales. Tal razonamiento, nos lleva a la conclusión que el Decreto Ley 22126 ha derogado, tácitamente, los artículos 49 y 69 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, reglamentaria de la Ley 4916.

SITUACION ECONOMICA DEL EMPLEADOR

Como se ha expuesto en párrafo precedente, cuando, a juicio de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la situación económica del negocio no permita el pago inmediato del total de la compensación por tiempo de servicios, el empleador podrá pagarla en sumas parciales, quincenal o mensualmente, siempre que éstas no sean inferiores al sueldo que, quincenal o mensualmente, percibía el empleado. Así lo disponen las Resoluciones Supremas de 22 de junio de 1928, artículo 43, y de 11 de junio de 1940, normas de las cuales se derivan las siguientes consideraciones:

- a.- Para que el empleador pueda pagar al trabajador el monto de la compensación por tiempo de servicios en sumas parciales, se requiere, necesariamente autorización previa de la Autoridad de Trabajo competente, la cual la expedirá siempre y cuando compruebe, fehacientemente, que la situación económica del empleador no permita su pago total e inmediato. Para ello, el empleador deberá acreditar, plenamente, su mala situación económica con los medios de prueba legalmente admitidos en la vía administrativa.
- b.- Si bien las normas pre-citadas autorizan el pago en forma quincenal o mensual, nada impide que pueda hacerse diaria o semanalmente ya que quien puede lo más puede lo menos.
- c.- El pago de la compensación por tiempo de servicios en sumas parciales, se aplica, también, al caso de los trabajadores obreros, por interpretación analógica de las citadas disposiciones administrativas.
- d.- Esta figura es diferente a la del pago fraccionado de la compensación por tiempo servido en caso de despedida del trabajador por falta grave, en el cual no se requiere autorización

previa de la Autoridad de Trabajo por imperio de la norma contenida en el artículo 3o. del Decreto Ley 22126.

Caso de Quiebra

La Ley No. 15485, modificatoria de la Ley Procesal de Quiebras No. 7566 y de la Ley No. 7607, dispone que los bienes de las empresas que tengan a su servicio empleados y obreros, están afectos al pago íntegro de los sueldos, salarios e indemnizaciones insolutos, con preferencia a cualquier otro crédito, teniendo las acciones judiciales correspondientes carácter persecutorio del negocio. Este carácter de preferencialidad de los beneficios sociales de los trabajadores, se encuentra ratificado por el artículo 49 de la Constitución Política de 1979.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que la acción persecutoria alcanza a las empresas que se sustituyan o subroguen en los derechos del anterior empleador, por razón de cesión, traspaso, venta o fusión de negocios (23).

A su vez, el Decreto Ley No. 19267 perceptúa que las tercerías que se interpongan para el pago preferencial de créditos por remuneraciones y derechos sociales, serán recaudadas con la copia certificada de la sentencia judicial o de la resolución administrativa, consentida o ejecutoriada en ambos casos. Por el solo mérito de dicha copia, el Juez que conoce de la ejecución ordenará el pago en favor de los terceristas con el importe del remate, pudiendo éstos solicitar, asimismo, la adjudicación de los bienes embargados de conformidad con el artículo 719 del Código de Procedimientos Civiles.

Las tercerías de pago preferencial de remuneraciones y derechos sociales, no dan lugar a la ordinarización del procedimiento, cualesquiera que sean los jueces ante los cuales se interpongan.

De otro lado, el Decreto Ley No. 19267, modificatorio del Decreto Ley No. 18816, establece que en los procedimientos ejecutivos o coactivos que sigan los Bancos Estatales contra personas naturales o jurídicas, llegado el estado de remate o venta de los

(23) Manual Laboral, Tomo I, pág. 8/1.7.

bienes que integran el activo o en el momento que creyeron conveniente, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, en coordinación con los bancos accionistas, procederá a determinar y liquidar el monto adeudado de las remuneraciones insolutas, vacaciones no pagadas, compensación por tiempo de servicios y demás derechos sociales de los trabajadores de la empresa demandada. En dicha liquidación, no se incluirá a las personas que tengan una participación accionaria o sean condóminos en una proporción no menor del cinco por ciento.

Los créditos laborales así liquidados o adeudados y los que sean declarados por sentencia judicial consentida o ejecutoriada, serán pagados preferencialmente con el importe de la venta o remate de los activos de la empresa o con el producto de la intervención. Los Bancos harán el pago directamente a los trabajadores, salvo que éstos continúen prestando servicios, en cuyo caso la persona para la cual sigan trabajando asumirá la obligación de pagar los beneficios sociales cuando la relación de trabajo termine.

Si el producto de la venta, remate o intervención, no alcanzase para pagar la totalidad de los créditos laborales, el Banco accionante comunicará este hecho al Ministerio de Trabajo y Promoción Social para que éste establezca la proporción que corresponda a cada trabajador, con cargo a que, una vez realizados los otros bienes, se pague el saldo de los créditos laborales (24).

El Decreto Ley No. 20212, prescribe que Seguro Social del Perú (hoy Instituto Peruano de Seguridad Social) gozará de preferencia sobre cualquier otro crédito, en el cobro coactivo de las aportaciones, recargos y multas que se le adeudare, cualquiera que sea su naturaleza, excepto, únicamente, sobre créditos derivados de remuneraciones y derechos sociales de orden laboral, que se harán efectivos en primer término.

Asimismo, el Decreto Ley No. 20614 establece que las compensaciones e indemnizaciones por beneficios sociales de los trabajadores de un predio rústico expropiado con fines de Reforma Agraria, serán pagados preferentemente y por su orden.

(24) Sistematización de la Legislación Laboral Peruana. Derecho Individual del Trabajo. CIAT, pág. 305.

No obstante que la declaración judicial de quiebra, trae como consecuencia inmediata que la administración de los bienes del fallido pasen a poder del Síndico de Quiebras hasta su total liquidación, existen normas expresas que, en forma excepcional, permiten la continuación de la actividad de la empresa quebrada.

Así, la Ley No. 16267 autoriza la celebración de convenios extrajudiciales de liquidación, autorizando al liquidador para que, en el proceso de liquidación, adopte el sistema de administración. Asimismo, el Decreto Ley No. 19525 autoriza al Poder Ejecutivo para disponer la continuación forzosa de la actividad comercial o industrial de una sociedad mercantil declarada en quiebra, si la considera de necesidad y utilidad pública para la economía nacional o para el interés social y si, vencido el plazo legal, no se ha levantado la quiebra. A su vez, el Decreto Ley No. 20016 comprende en las disposiciones del Decreto Ley No. 19525, los casos de quiebra de empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos de transporte, sean naturales o jurídicas.

De otro lado, los Decretos Leyes Nos. 20023 y 20158 facultan al Síndico de Quiebras para encargar la administración de la empresa declarada en quiebra a la Comunidad Laboral, siempre que ésta lo solicite al Juez de la Quiebra, a fin de que la empresa quebrada continúe sus operaciones en forma provisional, pretendiendo con ello garantizar la estabilidad de los centros de trabajo y los derechos patrimoniales de las comunidades laborales.

Finalmente, el Decreto Supremo No. 018-74-TR de 26 de noviembre de 1974, permite a los trabajadores de un centro de trabajo en quiebra o liquidación, si el vínculo laboral estuviese vigente, solicitar a las Autoridades Administrativas de Trabajo la declaración de las sumas que, por remuneraciones y otros derechos sociales, les corresponda y les adeude el empleador, para que puedan hacer valer sus derechos como acreedores de éste. A este efecto, se seguirá el procedimiento a que se refiere el Decreto Supremo No. 003-71-TR del 12 de julio de 1971.

EMBARGABILIDAD

El artículo 7o. de la Ley 13906 sobre Abandono de Familia, modificando las leyes 2760 y 8562, permite el embargo en forma

de retención de hasta el 50 0/o de los sueldos, salarios, pensiones e indemnizaciones de los trabajadores y de los beneficiados, aunque haya pacto en contrario, siempre que se trate de deudas provenientes de pensiones alimenticias.

Para que el empleador pueda proceder a retener hasta el 50 0/o de la indemnización por tiempo de servicios del trabajador cesante, se requiere que, previamente, haya sido debidamente notificado con el mandato judicial respectivo ordenando la medida de embargo e indicando su origen, monto y el nombre de la persona o personas a quienes debe entregarse la suma retenida.

COMPENSACION

El Artículo 48 del Reglamento de la Ley 4916, ampliado por Resolución Suprema de 21 de octubre de 1941, perceptúa que las cantidades que debieran los empleados a sus principales por razón de adelantos de sueldo, ventas o suministros de mercaderías y préstamos para la adquisición o construcción de casa-habitación propia, se descontarán, necesariamente, de las sumas que perciban en caso de despedida.

Del contenido de las normas expuestas, podemos extraer las siguientes consideraciones:

- a.- La deducción de las cantidades recibidas, es también aplicable a los obreros por interpretación analógica de las citadas disposiciones administrativas.
- b.- Por interpretación extensiva, son, también, deducibles las sumas percibidas por los trabajadores por concepto de adelanto de la indemnización por tiempo de servicios, con el fin de adquirir, construir, ampliar, modificar o refaccionar casa-habitación o para la adquisición de terreno con el mismo objeto.

Cabe notar que los anticipos o adelantos del monto de la indemnización por tiempo de servicios para la adquisición de casa propia, se rigen por las disposiciones contenidas en las leyes 11365 y 13500 y en el Decreto Supremo de 31 de marzo de 1967.

- c.- Los conceptos indicados en las Resoluciones Supremas en co-

mentario, son los únicos cuya deducción procede de la indemnización por tiempo de servicios. No es permisible deducir otras obligaciones no laborales, como, por ejemplo, préstamos civiles, cheques, letras de cambio, vales, pagarés, etc., por tratarse de obligaciones de naturaleza jurídica distinta a la de los beneficios sociales, cuyo pago, en todo caso, corresponde demandarlo en la vía civil ante el fuero común.

Para que proceda la deducción de los préstamos para la adquisición o construcción de casa-habitación propia, el Decreto Supremo de 03 de noviembre de 1950, exige que el respectivo contrato de préstamo haya sido aprobado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y que no estipule un interés mayor del cinco por ciento (5 o/o)

De otro lado, el artículo 51 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916), prescribe que si el empleado, al ser despedido o posteriormente, recibe de su principal, a título de gracia, alguna cantidad o pensión, las sumas recibidas se deducirán de la que se le mande pagar a consecuencia de una reclamación del propio empleado o de su familia.

Del texto de la disposición reglamentaria enunciada, podría entenderse que la figura jurídica de la compensación procede únicamente en el caso de despido del empleado. Sin embargo, pensamos que, por analogía, se aplica, también, a los obreros y no solamente en caso de despedida, sino cualesquiera sea la causa de terminación del contrato de trabajo. Conviene aclarar que las sumas de dinero que el principal entregue al trabajador, deben tener el carácter de liberalidad o donación y no de pago, préstamo u obligación de devolver.

Si, posteriormente, el trabajador o sus herederos interpusieran demanda judicial contra su ex-empleador, solicitando el pago de algún reintegro o beneficio social y fuera declarada fundada por la autoridad judicial, del monto que se ordene pagar en la sentencia ejecutoriada, el principal podrá solicitar la compensación o deducción de la suma de dinero que hubiera entregado al servidor a título de gracia al término de la relación laboral.

La compensación puede hacerse valer en cualquier momento del proceso judicial sobre beneficios sociales, mientras el fallo no

esté ejecutado, es decir, que el empleador no haya cumplido totalmente con la sentencia ejecutoriada. Si el principal no hubiera hecho valer oportunamente la compensación en el proceso laboral, podrá hacerlo en la vía civil dentro del plazo de prescripción de la acción personal.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, en un principio, resolvió que la compensación de liberalidades otorgadas por el empleador, sólo es procedente en los casos de despedida conforme lo disponen los artículos 48 y 51 del Reglamento de la Ley 4916. Además, se requiere demostrar que el otorgamiento de las sumas entregadas, a título de gracia, por el empleador al trabajador, se produjo en forma modal, esto es que se haya dejado expresa constancia en el documento respectivo, que la entrega se efectúa de acuerdo con el artículo 51 del Reglamento de la Ley 4916 (25).

Sin embargo, recientes ejecutorias han flexibilizado la posición del Tribunal de Trabajo, en el sentido de aceptar, por interpretación analógica, la compensación de deudas del trabajador por conceptos no contemplados, expresamente, en el artículo 48 del Reglamento de la Ley 4916 (26).

Asimismo, el Tribunal de Trabajo ha resuelto que, habiéndose declarado sin lugar la reconversión deducida para que se compensen los beneficios sociales reclamados por el empleado con las sumas adeudadas en concepto de adelanto de sueldos, ventas o suministro de mercaderías por falta de pruebas, no puede oponerse, nuevamente, en la ejecución de la sentencia (27).

PRESCRIPCION

El artículo 49 de la Constitución Política de 1979, percipitúa que la acción de cobro de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores, prescribe a los quince años, contados a partir de la fecha de cese del trabajador.

(25) Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II C.A. de la Torre Ugarte L., pág. 318.

(26) Manual Laboral. Tomo I, pág. 8/3.

(27) Codificación de la legislación del Trabajo, Jorge Ramírez Otárola, segunda edición, pág. 338, cita 125.

Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, cuando la relación mercantil sucede a la relación laboral para realizar las mismas actividades a través de la persona del mismo trabajador, es equiparable a la continuación de la relación laboral y, en consecuencia, el plazo de prescripción para el cobro de los beneficios sociales deberá computarse recién a partir de la conclusión de la relación mercantil (28).

Asimismo, en los casos en que, producido el cese, los beneficios sociales se paguen en armadas, el plazo de prescripción se cuenta a partir del último pago (29).

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, ha resuelto que el nuevo plazo de prescripción de quince años señalado por el artículo 49 de la Constitución Política de la República de 1979, tiene vigencia para los trabajadores que, al 28 de julio de 1980, no haya transcurrido más de tres años de su cese en el vínculo laboral (30).

Asimismo, reiteradas ejecutorias del mismo Tribunal han precisado que el plazo de prescripción para el reclamo de beneficios sociales, se interrumpe en los siguientes casos:

- a.- Si se sigue acción penal al trabajador por la falta grave que motivó su despido, por cuanto la situación jurídica de éste no se define hasta el fallo de la Corte Suprema.
- b.- Con la interposición de la demanda dentro del término correspondiente, aún cuando la notificación del auto admisorio se realice con posterioridad, por no tratarse de un acto imputable al accidente.
- c.- Los actuados administrativos se consideran como interruptorios, por ser equiparables a los efectos que produce la citación judicial.
- d.- El pago hecho voluntariamente por el empleador por significar reconocimiento de deuda, lo que no es aplicable al caso de abono por ejecución de sentencia (31).

(28) y (29) Manual Laboral, Tomo I, pág. 8/11.

(30) Actualidad Laboral, Boletín No. 2, pág. 59.

(31) Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, Carlos A. de la Torre Ugarte, pág. 384.

Se entiende renunciada la prescripción ya adquirida, si el demandado reconoce el derecho del demandante aunque sea a uno de los extremos reclamados, a pesar de haber transcurrido el término de la prescripción extintiva.

La prescripción extintiva, debe ser deducida por el empleador demandado en vía de excepción y en el escrito de contestación a la demanda.

Así lo dispone, expresamente, el inciso d) del artículo 23 del Decreto Supremo No. 03-80-TR de 26 de marzo de 1980 normativo del trámite de procedimiento de las acciones que se sigan ante el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales. Sin embargo, la parte final del artículo 28 de la citada norma procesal, permite deducir excepciones en el comparendo, en cuyo caso serán resueltas en la sentencia. Por consiguiente, podemos concluir que la excepción de prescripción extintiva puede ser deducida por el empleador en el escrito de contestación a la demanda o en el comparendo.

Esta disposición específica de la norma procesal laboral, debe entenderse como excepción a la regla general que rige en otros tipos de procesos, como el civil y penal, en los cuales se admite que la excepción de prescripción pueda oponerse en cualquier estado de la causa.

Ahora bien, la excepción de prescripción deducida por el empleador en el escrito de contestación a la demanda o en el comparendo, debe ser resuelta, necesariamente, en la sentencia, bajo pena de nulidad, estando prohibido al Juez fundar su fallo en la prescripción no alegada por el empleador demandado.

IMPUESTOS

El monto de la compensación por tiempo de servicios y el de los demás beneficios sociales de carácter indemnizatorio, están afectos al pago del Impuesto a las Remuneraciones sólo a cargo del trabajador beneficiado. Actualmente, la tasa del impuesto es del 2 o/o. El empleador está inafecto al pago de dicho tributo, por así disponerlo el Decreto Ley No. 19839 y demás disposiciones ampliatorias y modificatorias.

El monto del Impuesto a las Remuneraciones debe ser retenido por el empleador al momento del pago y ser posteriormente empozado en el Banco de la Nación.

REGIMENES ESPECIALES

Dentro de la legislación peruana, existen diferentes regímenes especiales sobre la compensación por tiempo de servicios, como consecuencia de la distinta naturaleza o modalidad de la relación de trabajo. A continuación, estudiamos, suscintamente, tales regímenes.

A. Trabajadores contratados a plazo fijo o para una obra determinada

El Decreto Ley No. 18138, permite celebrar contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada, en aquellos centros de trabajo donde se realicen labores que, por su naturaleza, sean permanentes o continuas, sólo en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar. El respectivo contrato de trabajo, necesariamente, deberá celebrarse por escrito y ser aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Ello quiere decir, contrario sensu, que en aquellos centros de trabajo donde se realicen labores de naturaleza temporal o eventual, es posible celebrar, libremente, contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada.

Conviene precisar que el Artículo 5o. del Reglamento de la Ley 4916, excluye del derecho a la compensación por tiempo de servicios a las personas que hayan sido contratadas para un servicio especial extraordinario, salvo que éste dure más de un año.

Podría pensarse que el Decreto Ley No. 18138 ha dejado sin efecto la regla consignada en el artículo 5o. del Reglamento de la Ley 4916, pero al no haberla derogado, expresa ni tácitamente, estimamos que esta última disposición reglamentaria continúa vigente.

Sin embargo, es necesario advertir que el Tribunal de Trabajo, por ejecutoria de fecha 13 de enero de 1976, ha resuelto que los beneficios de los trabajadores sujetos a contratos de duración determinada, son, fundamentalmente, iguales a los de los

trabajadores con contrato a plazo indefinido, salvo la estabilidad laboral, una vez vencido el plazo contractual, por lo que su condición no los priva de los beneficios que tuvieron los demás trabajadores por ley, pacto colectivo o costumbre(32).

B. Comisionistas

Los vendedores y cobradores comisionistas, son empleados y, por lo tanto, tienen derecho a todos los beneficios sociales otorgados por la Ley 4916, ampliatorias, modificatorias y conexas, siempre y cuando preste sus servicios exclusivamente a su solo empleador. En caso de percibir solamente comisión y prestar servicios para varias personas, naturales o jurídicas, se les considera comisionistas mercantiles sujetos a las disposiciones del Código de Comercio.

La comisión, como forma de remuneración, es, por naturaleza, esencialmente variable, estando su monto mensual directamente vinculado al volumen de las operaciones mercantiles que efectúe el empleado comisionista en dicho lapso. De ahí que esta modalidad de trabajo y de remuneración, exija un trato legislativo especial.

La forma de calcular la indemnización por tiempo de servicios de los empleados comisionistas, se encuentra prevista en el inciso h) del artículo 1o. de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916 y sus ampliatorias) y en el artículo 12o. de la Ley 6871, dispositivos que nos señalan las pautas siguientes:

- 1) El principal y el comisionista, fijarán el promedio mínimo para señalar la remuneración que servirá de base para el pago de la indemnización por tiempo de servicios. En caso de no producirse dicho acuerdo, el promedio mínimo lo fijará el prudente arbitrio del Juez.
- 2) Los Jueces de Trabajo siguen el criterio de tomar como base el monto de las comisiones percibidas por el empleado comisionista durante el último año de servicios, es decir, el promedio de los doce meses anteriores a la fecha de cesación en el trabajo.
- 3) Si el empleado comisionista, además de comisión, percibe sueldo fijo, la indemnización por tiempo de servicios se

(32) Sistematización de la Legislación Laboral Peruana, pág. 144.

calculará computando ambos conceptos, vale decir, acumulando al sueldo fijo el promedio anual de las comisiones percibidas.

C. Agentes Viajeros y Vendedores de Comercio Mayorista

El régimen laboral de estos servidores, se encuentra normado por las leyes 14218 de 30 de noviembre de 1962 y 16629 de 15 de junio de 1967, cuya nota más importante radica en admitir la pluralidad de servicios de un solo trabajador a varios empleadores, concediéndole el goce de determinados beneficios sociales, siempre y cuando preste sus servicios en forma regular y permanente.

En lo que respecta a la compensación por tiempo de servicios, la situación especial de los Agentes Viajeros y Vendedores de Comercio Mayorista, presenta las siguientes características:

- 1) Se computa sobre la base del promedio de las comisiones percibidas en los doce meses anteriores a la rescisión del contrato de trabajo.
- 2) El trabajador tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios, en función de cada relación de trabajo que tenga en forma regular y permanente.
- 3) En caso que la relación laboral se hubiera iniciado con anterioridad al 11 de julio de 1962, no estará sujeta al límite de los topes indemnizatorios.
- 4) En caso que la relación laboral se hubiera iniciado con posterioridad al 11 de julio de 1962, estará sujeta al sistema de los topes indemnizatorios establecidos por la Ley 23707 y su Reglamento.

D. Trabajadores Destajeros

El artículo 4o. del Decreto Supremo No. 009 de 26 de mayo de 1962, reglamentario de las leyes 13790 y 13842, prevé el caso de los trabajadores obreros con salario a destajo o que tuvieran cualquier otra remuneración en forma imprecisa, disponiendo que la retribución diaria, para los efectos de la compensación por tiempo de servicios, se calculará tomando el total de lo ganado en el último semestre, dividiendo el resultado entre el número de días de trabajo efectivo y el cuociente así obtenido se multiplicará por treinta jornales.

El Tribunal de Trabajo, por ejecutoria de fecha 24 de mayo de 1960, ha resuelto que, cuando no se perciba salario fijo, el salario promedio debe obtenerse dividiendo entre 140 días de labor las ganancias del último semestre, para los efectos del cómputo de los beneficios sociales.

E. Trabajadores Agrícolas

Los trabajadores agrícolas pueden desempeñar labores permanentes o de temporada. Se denomina trabajadores agrícolas de temporada, a aquéllos que son contratados para desempeñar tareas temporales de siembra, riego, cosecha y otras de igual naturaleza. Pueden ser remuneradas a jornal o a destajo.

En el caso de los trabajadores agrícolas permanente, la indemnización por tiempo de servicios se calcula sobre la base de treinta salarios o de un sueldo mensual por cada año de servicios. Así lo establecen la Resolución Suprema No. 117 de 24 de abril de 1964 y la Ley 13842 de 12 de enero de 1962. Tratándose de los trabajadores agrícolas de “temporada”, el monto de la indemnización por tiempo de servicios es proporcionalmente igual a un dozavo de treinta salarios.

La Resolución Suprema No. 117 de 24 de abril de 1964, perceptúa que los trabajadores agrícolas cuya remuneración sea por unidad de medida, por tarea o a destajo, percibirán por cada 21 días efectivos de labor mínima, continua o discontinua, el 25 o/o del monto total de los salarios percibidos en los períodos correspondientes.

Conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo No. 73-70-AG de 07 de abril de 1970, ampliatorio del Decreto Supremo No. 269-69-AP del 19 de diciembre de 1969 que aprueba el Reglamento del Título IX de la Ley de Reforma Agraria, la liquidación de los beneficios sociales de los trabajadores agrícolas, se practicará por todo el tiempo de servicios, sea como obrero o como empleado, sin tomar en cuenta los cambios habidos en la condición del servidor, ni tampoco el régimen de pago, pero a condición de que la relación laboral haya sido mantenida sin interrupción.

Para los efectos de la indemnización por tiempo de servicios, se considera sueldo o salario el que resulte de la suma de las cantidades recibidas normalmente por planillas, los bonos alimenticios (raciones crudas o cocidas), otorgadas a título oneroso o gratuito o productos baratos, y las remuneraciones indirectas (aún sin carácter fijo y permanente) y concesiones graciosas, siempre que no tengan carácter de asistencia social, al valor de la plaza a la fecha de liquidación del trabajador.

F. Trabajadores en Construcción Civil

En construcción civil, la relación laboral se caracteriza por ser de naturaleza esencialmente eventual o temporal, vale decir, que en ella no se da el elemento de la permanencia que tipifica al contrato de trabajo común, estando supeditada al comienzo y término de la obra. Tal característica, ha traído como consecuencia la imposición de un régimen especial para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios del trabajador en construcción civil, debido a que la eventualidad o temporalidad dificulta la aplicación del régimen indemnizatorio común.

El Artículo 2º del Decreto Supremo de fecha 02 de noviembre de 1953, dispone que el monto de la indemnización por tiempo de servicios de los trabajadores en construcción civil, es el 15º/o de las sumas que hubiesen percibido como remuneración por trabajos realizados en horas ordinarias, es decir, del total de los salarios básicos percibidos por el trabajador por labor efectiva. Por consiguiente, en la determinación del monto sobre el cual se aplica el 15º/o, no se incluye el salario dominical, pero sí el importe de la hora extraordinaria trabajada, sin el premio o sobretasa.

La Resolución Suprema de 15 de marzo de 1958, preceptúa que el propietario de la obra es responsable solidariamente con los contratistas, subcontratistas o destajeros que tome a su cargo para la ejecución de la obra o parte de ella, por el cumplimiento de las obligaciones salariales y económicas correspondientes. Los contratistas, sub-contratistas o destajeros deben ofrecer garantías suficientes que respondan, dentro de los términos de su respectivo contrato, del pago oportuno de los beneficios referidos.

A su vez, la Resolución Suprema No. 18-DT de 08 de noviembre de 1954, dispone que los constructores de obra, así como los contratistas, incluirán en los contratos que celebren cláusulas que garanticen el goce de los beneficios indemnizatorios y compensatorios de los obreros que trabajen con intermediarios o sub-contratistas, las mismas que serán aprobadas por la Autoridad de Trabajo, quien sancionará con multas a los constructores de obras y contratistas que no cumplan con tal obligación.

De otro lado, el Decreto Supremo de 04 de marzo de 1960 establece que las entidades de carácter oficial, no cancelarán el valor de las obras ejecutadas por las empresas constructoras o contratistas individuales, mientras éstos no acrediten haber pagado, íntegramente, el importe de los salarios y beneficios sociales devengados por los trabajadores que hayan laborado en dichas obras.

Las Resoluciones Directorales No. 46-71-DRTL de 13 de abril de 1971, No. 100-72-DPRTESS de 13 de abril de 1972 y No. 381-72-DPRTESS de 20 de octubre de 1972, obligan a las empresas constructoras, al inicio de la obra, a presentar a la Dirección General de Trabajo y a la orden de ésta, garantía o fianza solidaria otorgada por bancos comerciales, compañías de seguros o financiadoras, por un importe equivalente al 2.50% del costo total de la obra, la cual garantizará los beneficios sociales de los trabajadores. Esta fianza, entrará en vigencia en el momento que la obra alcance las dos terceras partes de su avance total, deduciéndose de su valor las liquidaciones y abonadas.

La referida carta fianza, será entregada directamente a las Direcciones Regionales de Trabajo contra entrega de una constancia y se mantendrá vigente hasta 30 días después de suscrita el acta de recepción de la obra pública o del cierre de planilla de la obra privada, hecho que el empleador deberá comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Si, dentro de los treinta días, se presentara algún reclamo, el empleador podrá solicitar la devolución de la fianza, obligándose a presentar otra por el monto del reclamo. La fianza original, no se devolverá hasta la presentación de la segunda fianza.

La carta fianza, sólo podrá ser ejecutada en virtud de resolución consentida de la Autoridad Administrativa de Trabajo o de sentencia firme del Fuero Privativo de Trabajo y sólo por el monto de dicha resolución o sentencia, quedando vigente por el saldo de la misma que, en ningún caso, deberá exigirse por más de 2.50/o del monto de la obra. La Dirección Regional de Trabajo o el Fuero Privativo de Trabajo, entregarán al trabajador interesado la suma materia del reclamo.

Los empleadores están facultados para obtener, opcionalmente, la carta fianza o empozar mensualmente en el Banco de la Nación el monto de los beneficios sociales de sus trabajadores. Los beneficios sociales no reclamados dentro del término de quince años, pasarán a incrementar el Fondo de la Caja de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social (33).

G. Trabajadores Marítimos

En estricto sentido, trabajador marítimo es el que efectúa labores vinculadas con el mar, sea en trabajos pesqueros, de tripulación en buques comerciales o de embarque y desembarque de mercaderías en los puertos.

Sin embargo, en la práctica, se denomina trabajador marítimo al que realiza trabajos portuarios.

Las agencias marítimas y agentes navieros para quienes prestan sus servicios los trabajadores marítimos, son sus empleadores y, por ende, los responsables del pago de sus beneficios sociales. La Comisión Controladora del Trabajo Marítimo, es ajena a dicha responsabilidad.

El artículo 12 del Decreto Ley No. 21560 de 03 de agosto de 1976, legisla sobre la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores marítimos, postulantes y/o suplentes de los Puertos continuos o discontinuos, cuando cesan

(33) Bendezú Manrique, Mario, Derecho del Trabajo en Construcción Civil, páginas 146, 147, 148 y 149.

como tales, disponiendo que se calculará tomando como base la remuneración vacacional percibida en el último año de labor anterior al cese, multiplicada por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses que hayan prestado en dicha condición, debiendo tenerse en cuenta que estos años se computarán, únicamente, a partir del 05 de agosto de 1976.

La compensación por tiempo de servicios de los trabajadores marítimos titulares del Primer Grupo, se calculará tomando como base la remuneración vacacional percibida en el último año de labor anterior al cese, multiplicada por el número de años de servicios que hayan prestado en dicha condición, debiendo tenerse en cuenta la doble liquidación prevista en la Ley No. 13842.

Las fracciones de año que resulten del cómputo de los años de servicios al 11 de enero de 1962, se abonarán por dozos de la remuneración vacacional que sirvió de base para el cálculo respectivo. La fracción mayor de tres meses que resulte del cómputo de los años de servicios a partir del 12 de enero de 1962, se pagará como un año más.

H. Artistas

La naturaleza eventual o temporal que caracteriza la prestación de servicios de los trabajadores artistas, justifica la imposición de una modalidad especial para calcular y pagar su compensación por tiempo de servicios.

A dicho efecto, el Decreto Ley No. 19479 y el Decreto Supremo reglamentario No. 010-73-TR, han creado el llamado "Fondo de Derechos Sociales del Artista", administrado por el Sistema Nacional de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social, al cual toda persona que contrate los servicios de artistas deberá aportar pagos proporcionales a la duración de la relación de trabajo.

La relación de trabajo de los artistas que prestan servicios remunerados a personas naturales o jurídicas, cualquiera sea el tipo de trabajo o número de actuaciones o reproducciones, se encuentra sujeta a la Ley del Artista N° 19479 y al Decreto Supremo N° 010-73-TR.

El empleador está obligado a aportar a dicho Fondo, dos dozavos de la remuneración del artista: uno en concepto de compensación por tiempo de servicios y otro en concepto de vacaciones. En caso de incumplir el empleador tal obligación, deberá asumir el pago total y directo al artista de la compensación por tiempo de servicios.

Cuando el trabajador artista decida retirarse de la actividad artística, el Fondo de Derechos Sociales del Artista le pagará las sumas acumuladas que le correspondan por concepto de compensación por tiempo de servicios, además de la cantidad adicional que le corresponda como consecuencia de las inversiones efectuadas por dicho Fondo.

El artista hará conocer al Fondo su retiro de la actividad artística, mediante carta entregada por intermedio de notario, Juez de Paz o Cónsul Peruano. En caso que el artista reingrese a la actividad artística, las sumas acumuladas le serán entregadas sólo cinco años después, salvo que cese definitivamente por incapacidad o por cumplir 65 años de edad.

1. Deportistas

La situación de los deportistas profesionales, es similar a la de los artistas, debido a la naturaleza esencialmente eventual o temporal al de la prestación de sus servicios.

La Ley No. 21241, obliga a cada empleador del deportista profesional a aportar al “Fondo de Derechos Sociales del Deportista Profesional”, administrado por el Sistema Nacional de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social, dos dozavos de la remuneración mensual pactada con cada uno de los deportistas profesionales de sus respectivos planteles. Estas aportaciones tienen carácter cancelatorio y se efectúan dentro del plazo y normas correspondientes para el pago de las demás aportaciones al referido Instituto Peruano de Seguridad Social.

El artículo 6º de la Ley Nº 21241, dispone que la compensación por tiempo de servicios que abonará el Seguro Social del Perú, con cargo al Fondo, a cada deportista profesional que cese en la actividad deportiva, será igual a la suma de las

aportaciones efectuadas a su nombre por las Asociaciones Deportivas Profesionales en las que haya prestado servicios, previa deducción de los gastos que demande la administración del citado Fondo.

La compensación referida, se incrementará con los intereses que generen los depósitos correspondientes.

Los efectos de la Ley No. 21241 son estrictamente territoriales y no alcanzan a los servicios prestados por el deportista profesional fuera del país.

J. Pilotos

La compensación por tiempo de servicios de los pilotos de aerofumigación, es una suma equivalente al sueldo máximo asegurable vigente a la fecha de terminación de los servicios. Así lo dispone el inciso a) y la última parte del inciso b) del artículo 2º del Decreto Supremo N° 006-69-TR de 21 de julio de 1969. Este derecho rige a partir del 16 de diciembre de 1968.

Conviene aclarar que el sueldo máximo asegurable, se refiere al que sirve para el pago de aportaciones al Instituto Peruano de Seguridad Social.

K. Trabajadores Hoteleros

Este régimen comprende a los trabajadores de los establecimientos de hospedaje, restaurantes, casinos de juego, bares, chifas, centros nocturnos, sociales y ramos similares y de todas las empresas en general que se dediquen a prestar servicios de alojamiento y/o expendio de comidas y bebidas, efectuado en el establecimiento o fuera de él.

Estos trabajadores tienen una modalidad especial de remuneración, consistente en una suma fija que paga el empleador y un porcentaje o recargo obligatorio al consumo que paga el consumidor. Actualmente, este porcentaje o recargo obligatorio asciende al 10º/o del importe de las facturas que pague el público por concepto de alojamiento y/o consumo.

incluyendo los servicios de lavandería, estacionamiento, peluquería y sauna. Según jurisprudencia administrativa, el recargo del 100/o se aplica, también, al consumo de barra o bar (34).

El referido porcentaje, debe distribuirse obligatoriamente entre todos los trabajadores estables de la empresa, obreros o empleados, que presten sus servicios en forma real y efectiva, dentro del plazo de los primeros cinco días útiles del mes siguiente a aquel en que se recaude el ingreso bruto.

Las leyes Nos. 14701 y 16558 disponían la incorporación del porcentaje o recargo en el cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores hoteleros y similares, pero el artículo 6º del Decreto Ley N° 23128 lo ha excluido expresamente por considerar que no tiene carácter remunerativo, al no provenir su percepción de la prestación de un servicio personal. Por igual razón, tampoco está gravado con el Impuesto a las Remuneraciones por Servicios Personales, aportaciones al Régimen de Prestaciones de Salud y al Sistema Nacional de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social y pago del Fondo Nacional de Vivienda "Fonavi".

L. Bomberos

El Decreto Supremo N° 008-85-TR de 12 de abril de 1985, ha aprobado el Reglamento del Régimen Laboral del Personal Administrativo Rentado del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Perú.

El artículo 67 del Capítulo XVI del citado Reglamento, norma, específicamente, la Compensación por Tiempo de Servicios de dicho personal, disponiendo que los trabajadores administrativos rentados que renuncien o se jubilen del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Perú, recibirán, al cese de la relación laboral, su compensación por tiempo de servicios calculada de la siguiente manera:

(34) Revista Actualidad Laboral. No. 5, mayo 1984, pág. 56.

- a) Empleados: Si hubieran ingresado con posterioridad al 11 de julio de 1962, percibirán por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, un sueldo sujeto a los topes indemnizatorios establecidos en la Ley No.23707 y su Reglamento. Los que hubieran ingresado antes del 12 de julio de 1962, percibirán su compensación por tiempo de servicios, calculada en base a la última remuneración percibida.
- b) Obreros: Percibirán por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, quince jornales por el período anterior al 12 de enero de 1962 y treinta jornales por el período posterior.

El pago de la compensación por tiempo de servicios, debe efectuarse dentro de las 48 horas de rescindido el vínculo laboral. Los casos no comprendidos en el mencionado Reglamento, se rigen por las leyes laborales vigentes.

LL. Domésticos

Servidores domésticos o trabajadores del hogar, son aquellos que, en forma habitual y continua, se dedican a las labores propias del hogar en casas-habitación particulares y al servicio de personas naturales, siempre que sus servicios no importen lucro para el patrón o sus familiares. Tales son los cocineros, limpiadores, mayordomos, amas, niñeras, amas de llaves, etc.

El trabajador del hogar que cesa sin pérdida de beneficios sociales, vale decir, sin haber incurrido en falta grave, tiene derecho a una compensación por tiempo de servicios equivalente a quince días de remuneración por cada año de servicios, siempre que se trate de servicios prestados a partir del 10 de marzo de 1970. Tratándose de servicios prestados con anterioridad a dicha fecha, la compensación por tiempo de servicios será equivalente a sólo una semana de remuneración por cada año de servicios. Si los servicios del servidor doméstico comprenden fracciones de año, éstas se compensan por dozavos si el cese se produce por despido del

trabajador. En cambio, si el cese obedece a renuncia del servidor, sólo se computan los años completos de servicios.

La compensación por tiempo de servicios, se computa sobre la base de la remuneración en dinero que perciba el servidor doméstico al momento del cese.

Así lo disponen el Decreto Supremo N° 23-DT de 30 de abril de 1957; la Resolución Suprema de 14 de diciembre de 1957; y el Decreto Supremo N° 002-70-TR de 10 de marzo de 1970.

El régimen de compensación por tiempo de servicios de los trabajadores del hogar, presenta diferencias sustanciales con el de los servidores del régimen común. Así, en primer lugar, la tasa que sirve de base para su cálculo, es inferior a la de los empleados y obreros de la actividad privada. En segundo lugar, el cómputo de la compensación se realiza por años completos en caso de retiro del trabajador y por dozavos en caso de despido sin causa justificada.

Tales diferencias, encuentran su justificación en el hecho de que el trabajo en el hogar está sujeto a realidades y circunstancias distintas a la actividad empresarial, tales como que el empleador es el jefe de familia y a que en la prestación de los servicios del servidor doméstico, no existe un beneficio económico directo por estar dedicada al mantenimiento del hogar que no importa fines de lucro.

M. Profesionales

Los profesionales que prestan sus servicios en forma subordinada o dependiente, encajan dentro de la figura del contrato de trabajo y, por lo tanto, gozan de los beneficios sociales propios de los empleados particulares del sistema ordinario o común.

En cambio, aquellos profesionales que prestan sus servicios en forma libre e independiente, vale decir, sin sujeción a subordinación o dependencia, sin obligación de asistencia al centro de trabajo del cliente ni de prestarle sus servicios un mínimo de horas diarias, encuadran su situación dentro del

marco del contrato civil de locación de servicios, que se asemeja mucho al contrato de trabajo en algunos de sus caracteres, pero que difiere de aquél, precisamente, por la ausencia del elemento subordinación o dependencia que es el rasgo fundamental que caracteriza a la relación laboral. Por consiguiente, sus efectos se regulan por las normas del Derecho Civil.

Sin embargo, dentro de la legislación laboral peruana, se ha instaurado un régimen especial aplicable sólo a determinados profesionales, a los cuales se les ha otorgado el derecho a ciertos beneficios sociales propios de los empleados. Este régimen, permite la pluralidad de servicios y exige como únicos requisitos de vinculación laboral, la prestación personal del servicio y la percepción periódica de una retribución, cualquiera sea la denominación que se le dé o la periodicidad con que se pague.

La primera norma legal que se dictó con respecto a este régimen fue la Ley N° 13937, la misma que exigía al profesional asistencia diaria al centro de trabajo del empleador y la percepción de un sueldo fijo, como requisitos indispensables para gozar de los beneficios sociales en ella indicados.

La Ley N° 13937 fue modificada por la Ley N° 15132 de 25 de agosto de 1964, la cual eliminó el requisito de la concurrencia diaria del centro de trabajo, disponiendo lo siguiente: “Compréndase en los beneficios de las Leyes Nos. 4916, 10624 y 11013, sus ampliatorias, modificatorias y conexas, a los profesionales abogados, médicos, odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstétrices y veterinarios que presten servicios a personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea el objeto o fines de éstas o en instituciones sostenidas o dependientes de aquéllas, en el propio centro de trabajo o fuera de él, con o sin horario establecido y siempre que la remuneración que perciban por sus servicios sea periódica, quedando, en esta forma, ampliada y aclarada la Ley N° 13937”.

El régimen de la compensación por tiempo de servicios de los profesionales comprendidos en las Leyes Nos. 13937 y 15132, presenta los siguientes caracteres:

- 1) Se aplica, única y exclusivamente, a los profesionales que se encuentran enumerados, taxativamente, en los dispositivos legales antes citados por tratarse de normas de excepción. Ello determina que los profesionales no mencionados, expresamente, en dichas disposiciones, no tienen derecho a los beneficios que dicho régimen excepcional establece. Así, por ejemplo, no están comprendidos los psicólogos, economistas, relacionadores industriales o públicos, asistentes sociales y, en general, todas las profesiones específicas creadas con posterioridad a la fecha de promulgación de las leyes 13937 y 15132. No existen indicios que permitan su aplicación, por interpretación extensiva o analógica, a otros profesionales, en razón a que se trata de disposiciones que crean un régimen de excepción y, por consiguiente, deben interpretarse restrictivamente.
- 2) Un profesional puede prestar servicios simultáneos a varios empleadores, al no exigir la ley una duración mínima en la jornada de trabajo de la prestación laboral. Por consiguiente, el profesional tiene derecho al pago de la compensación por tiempo de servicios por cada prestación.
- 3) El sistema de topes indemnizatorios se aplica a cada retribución y no a la totalidad de ellas. En otras palabras, el profesional que tenga varias relaciones profesionales, estará sujeto al régimen de topes indemnizatorios por cada una de ellas, individualmente consideradas, pero no por el total de las retribuciones que perciba.
- 4) El profesional debe percibir la retribución en forma fija y periódica y no de modo variable y eventual o por períodos aislados.
- 5) Por no ser empleados subordinados sino profesionales sujetos de una relación jurídica de mutua confianza, no tienen derecho a percibir los aumentos de sueldos, ni las gratificaciones, bonificaciones y/o asignaciones dispuestas por el empleador o por el Gobierno o que provengan de convenciones colectivas de trabajo.

- 6) Solamente tienen derecho al goce de los beneficios sociales concedidos por la Ley 4916, sus ampliatorias, modificatorias y conexas (aviso de despedida, compensación por tiempo de servicios y seguro de vida) y a la jubilación. Consecuentemente, no gozan de estabilidad laboral ni del derecho al goce de vacaciones, por no prestar sus servicios durante un mínimo de cuatro horas diarias y de 260 días efectivos de trabajo al año calendario.
- 7) Los contadores no están comprendidos en las Leyes 13937 y 15132, razón por la cual no tienen derecho a los beneficios que dichas leyes otorgan. Sólo tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios, si cumplen con asistir al centro de trabajo durante una hora diaria como mínimo. Así lo dispone la Ley N° 13266.

N. Empleados Públicos

Son empleados públicos, aquellos servidores civiles que prestan servicios al Estado en el llamado Sector Público Nacional (Ministerios, Institutos Públicos, Corporaciones, Municipalidades, Beneficencias Públicas, Organismos Autónomos, etc.). Dentro de la denominación de empleados públicos, no se incluye a los magistrados, miembros del Magisterio Peruano, Fuerzas Armadas y Policiales, empresas estatales de Derecho Privado y sociedades de economía mixta, quienes se rigen por normas legales propias.

Los derechos y obligaciones de los empleados públicos se encuentran contenidos, principalmente, en el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Decreto Ley N° 11377 de mayo de 1950), el cual ha sido ampliado y modificado por diversas normas complementarias.

En lo referente a la compensación por tiempo de servicios, el Decreto Ley N° 22404 (Artículo 18), el Decreto Supremo N° 018-79-EF de 16 de febrero de 1979 (Artículo 17) y la Ley N° 23509, disponen que los empleados públicos tienen derecho a este beneficio al cesar en sus funciones, a razón de medio sueldo básico por cada año de servicios o frac-

ción de año mayor de tres meses, para el personal con antigüedad menor de veinte años, y de un sueldo básico por año de servicios o fracción mayor de tres meses, para aquellos que cuenten con veinte o más años de servicios, independientemente de la pensión que les corresponda con arreglo a las disposiciones legales vigentes.

TRABAJADORES EXCLUIDOS

Dentro de la legislación laboral peruana, existen ciertos trabajadores que, no obstante tener la calidad de empleados u obreros, por razones puramente formales, se encuentran excluidos del derecho al goce de ciertos beneficios sociales como el de la compensación por tiempo de servicios. Veamos quienes son dichos trabajadores.

A. Período de prueba

De conformidad con lo preceptuado por el Decreto Ley N° 14218, los beneficios sociales indemnizatorios y compensatorios se gozan sólo después de superado el período de prueba de tres meses calendario. Sin embargo, dispone que los empleados u obreros despedidos dentro de dicho plazo, percibirán un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor, en concepto de compensación por tiempo de servicios.

B. Empresas de duración limitada o eventual

El artículo 4º de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, dispone que no están comprendidos en la Ley 4916 y sus ampliatorias, las personas que prestan sus servicios en empresas que, por naturaleza de sus fines, son de duración limitada o eventual, como son las contratadas para prestar sus servicios en una construcción o en un espectáculo público de carácter transitorio.

Esta norma, aún vigente, no establece el plazo máximo para que una empresa sea considerada de duración limitada o eventual, así como, tampoco, precisa cuales son los fines u objetivos que, por su naturaleza, pueden ser aceptados como limitados o eventuales en su duración, lo cual, indudablemente,

produce dudas en su aplicación y puede llevar a la comisión de abusos.

En efecto, pueden constituirse empresas con fines u objetivos aparentemente eventuales y que, sin embargo, extiendan su duración a varios años, eliminando el derecho de sus trabajadores a la percepción de beneficios sociales. Incluso, puede darse el caso que una construcción civil dure varios años y que el principal se exima de la obligación de pagar beneficios sociales a sus trabajadores, lo cual, a no dudarlo, desnaturaliza la esencia jurídica del contrato de trabajo.

Urge, pues, precisar los alcances del artículo 4º de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928.

C. Servicio especial extraordinario

El artículo 5º de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, excluye del derecho a la percepción de beneficios sociales a las personas contratadas para desempeñar un servicio especial de carácter extraordinario, salvo que el plazo de duración del trabajo dure más de un año.

Esta norma, hay que concordarla con el Decreto Ley N° 18138 que permite la celebración de contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada, sólo en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.

El contrato individual de trabajo a plazo fijo, debe, necesariamente, constar por escrito y ser aprobado por la Autoridad de Trabajo. El incumplimiento de estos requisitos, dá lugar a que se tenga al contrato de trabajo como uno de duración indefinida o indeterminada. Su renovación está sujeta a las mismas formalidades.

Los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a plazo fijo, no gozan de estabilidad laboral. Además, la compensación por tiempo de servicios se generan, únicamente, cuando la duración del contrato es mayor de un año, salvo que la naturaleza del servicio sea de carácter ordinaria, permanen-

te o continúa en el Centro de Trabajo. En caso de rescisión o resolución unilateral e injustificada del contrato de trabajo por parte del empleador, éste queda obligado a pagar al trabajador despedido el importe de las remuneraciones que se devenguen hasta la terminación del plazo estipulado en el respectivo contrato.

Cabe mencionar que el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342, permite a las empresas industriales de exportación no tradicional, la contratación de trabajadores eventuales en el número que requieran, dentro del régimen establecido por el Decreto Ley N° 18138, antes comentado.

D. Trabajo inferior a 4 horas diarias

La continuidad o permanencia en la prestación de los servicios, es uno de los elementos esenciales del Contrato de Trabajo. Siendo éste de trato sucesivo y no esporádico o eventual, la exigencia legal de que el trabajador labore un mínimo de horas diarias para tener derecho al goce de beneficios sociales, resulta plenamente justificable. Sin embargo, nuestra legislación no es rígida y admite excepciones sobre el particular.

Así, en el Perú, el artículo 21 de la Ley N° 6871, exige a los servidores un mínimo de cuatro horas diarias de labor al servicio de sus principales, para estar comprendidos en las leyes que otorgan beneficios sociales a los empleados. Se exceptúan de esta regla general, a los empleados de las empresas periodísticas, a los profesores de colegios o universidades, a los profesionales comprendidos en la Ley N° 15132 y a los contadores que trabajen una hora diaria como mínimo, los cuales sí tienen derecho a percibir beneficios sociales, cualquiera sea el número de horas diarias que trabajen, con la única condición que reciban de sus principales un sueldo fijo. La razón de tal excepción, estriba en la naturaleza especial de dichos servicios que no pueden someterse a un tiempo de duración limitado.

En caso que el empleado preste sus servicios a empresas o negocios conexos y vinculados entre sí, se suman las ho-

ras de trabajo en cada uno de ellos para el cómputo del mínimo de cuatro horas diarias.

En el caso de los contadores, es necesario aclarar que el artículo 21 de la Ley 6871, les exigía una labor mínima de tres horas diarias para tener derecho al goce de beneficios sociales, pero el Artículo Unico de la Ley N° 10437 y el artículo primero de la Ley N° 13266, han modificado el primero de los dispositivos legales citados, al disponer que los contadores que trabajan por horas, cualquiera que fuere el número de éstas, están comprendidos en la Ley 4916 y sus ampliatorias.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, ha precisado que los contadores que prestan servicios por horas, requieren de, por lo menos, una hora de asistencia diaria al centro de trabajo, para tener derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios y demás beneficios sociales (35).

E. Remuneración indirecta

El inciso d) del artículo 1° de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, excluye del derecho a la compensación por tiempo de servicios, a aquellas personas que reciban su remuneración directamente del público o de los clientes de sus principales y no de estos últimos.

La razón de tal exclusión es obvia, ya que si el trabajador no recibe la remuneración directamente de su principal sino de terceras personas ajenas al vínculo laboral, no estamos, propiamente, frente a una relación de trabajo, ya que uno de los elementos esenciales que caracteriza al contrato de trabajo, lo constituye, precisamente, la remuneración percibida por el servidor directamente de su empleador. Faltando dicho elemento, desaparece la calidad de empleado en tales personas.

F. Servicios profesionales

No tienen derecho a la compensación por tiempo de servi-

(35) De la Torre Ugarte, Carlos, *Jurisprudencia del Trabajo*. Tomo II, pág. 80.

cios, los profesionales no comprendidos expresamente, en las leyes 13937 y 15132, aunque presten sus servicios en el propio centro de trabajo por menos de cuatro horas diarias o fuera de él, con o sin horario establecido, y perciban remuneración periódica. Tampoco gozan de este derecho tales profesionales, si perciben honorarios profesionales variables, eventuales o extraordinarios y no fijos y periódicos.

También están excluidos del derecho a la compensación por tiempo de servicios, los servicios profesionales prestados por personas jurídicas, asociaciones y, en general, por entidades o agrupaciones dedicadas a las actividades propias de los profesionales considerados en la Ley 15132, aún cuando sus honorarios les fueran pagados en armadas periódicas y regulares, tales como estudios, consultorios, gabinetes, laboratorios, etc., de tipo asociado de dos o más profesionales. Así lo dispone el artículo 6º del Decreto Supremo N° 020 de 02 de noviembre de 1964.

G. Aprendizices

En la legislación peruana, no existe norma alguna que regule el Contrato de Aprendizaje. Solamente existen definiciones o enunciados sobre su concepto.

Así, el artículo 10 del Decreto Supremo de 18 de febrero de 1941, reglamentario de las leyes Nos. 8433 y 8509, lo define diciendo que “aprendiz es la persona que presta sus servicios a otra, para obtener su adiestramiento profesional. En ningún caso, se reputará aprendiz a la persona que perciba un salario de un Sol Oro o más por día o por jornada de trabajo”. Según esta definición, el contrato de aprendizaje, en esencia, debe ser a título gratuito.

Sin embargo, el artículo 37 del Decreto Ley N° 20151 define el Contrato de Aprendizaje en la Empresa, precisando que es el convenio mediante el cual “una empresa imparte información profesional, dentro de sus instalaciones u oficinas, a un aprendiz menor de edad, pagándole la remuneración correspondiente y demás derechos sociales; y el aprendiz presta servicios en dicha empresa durante el período de

Aprendizaje y sigue los cursos a que hubiere lugar, dentro o fuera de la empresa”.

Como puede apreciarse, esta definición admite onerosidad en el Contrato de Aprendizaje, limitándolo a los menores de edad. Además, habla de derechos sociales sin precisar cuales son estos.

El aprendizaje en centros externos, se realiza por intermedio del Servicio Nacional de Aprendizaje y Trabajo Industrial, en armonía con las normas pertinentes de la Ley General de Educación, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 20151.

El Contrato de Aprendizaje no tiene la naturaleza jurídica del Contrato de Trabajo ni la del Contrato de Locación de Servicios, razón por la cual el aprendiz no está comprendido en las normas legales y reglamentarias que otorgan beneficios sociales a los trabajadores comunes y, por consiguiente, no tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios.

H. Comisionistas

Los comisionistas libres del comercio minorista que, simultáneamente, sirven a varios empleadores, vale decir, que no trabajan en forma exclusiva para un solo principal, no están considerados, por nuestra legislación, como empleados con derecho a beneficios sociales. Así lo dispone el inciso h) del artículo 1° de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928.

Se estima que si el comisionista presta sus servicios para más de un empleador, se configura más el contrato de comisión mercantil que el de trabajo, por existir no una relación laboral dependiente sino, propiamente, una de comerciante independiente.

I. Partícipes en tarifas

La Resolución Suprema N° 117 de 07 de agosto de 1962, excluye del derecho a gozar de la indemnización por tiempo de servicios, a aquellos trabajadores que perciban el 30%/o

o más del importe de las tarifas que pague el público por los servicios que preste el establecimiento o negocio del empleador.

La razón de esta exclusión, se encuentra en la idea de considerar socio del negocio del empleador al trabajador que perciba un porcentaje considerable de los ingresos del principal, porcentaje que, en este caso, ha sido fijado en un mínimo del 30^o/o. Se considera, además, que el monto del porcentaje que perciban estos trabajadores, sustituye al importe de la indemnización por tiempo de servicios.

J. Cooperativas

El artículo 9^o del Decreto Legislativo N^o 85 de 20 de mayo de 1981, dispone que los trabajadores de las Cooperativas de Usuarios (Ahorro, Crédito, Vivienda, Consumo, Bancos, Seguros, Educación, etc.); los trabajadores no socios de las cooperativas de trabajadores que fueren contratados excepcionalmente por éstas; y los trabajadores de las organizaciones cooperativas de grado superior, tienen la calidad jurídica de trabajadores dependientes sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

El mismo artículo dispone que el Poder Ejecutivo establecerá mediante Reglamento especial, el régimen laboral correspondiente a las cooperativas de trabajadores y los beneficios a favor de los socios-trabajadores de ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo se ha pronunciado al respecto, en forma contradictoria. En efecto, en algunos casos ha resuelto que los trabajadores-socios de las cooperativas que laboran bajo una relación laboral, tienen derecho a los mismos beneficios que corresponden a los trabajadores en general, en mérito al principio de la irrenunciabilidad de los beneficios sociales, en tanto que, en otros casos, ha resuelto que los socios cooperativistas no tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios, por considerar que este beneficio ha sido sustituido por otros beneficios acordados en los estatutos, fondos de previsión

y de retiro, excedentes y dividendos por sus aportaciones.

K. Cooparticipación en las utilidades

El Artículo 6º de la Ley 4916, dispuso, textualmente, que en todo caso en que el dependiente o empleado fuera coparticipante en las utilidades de los negocios de su principal o patrón, no le alcanzarán los beneficios de esta ley.

Esta disposición legal, fue interpretada auténticamente por la Ley N° 5119 que, en su artículo 1º, precisó que para que la coparticipación en las utilidades a que se refiere la segunda parte del artículo 6º de la Ley N° 4916, prive de los beneficios que dicha ley concede a los empleados, debe haber sido expresamente estipulada en el contrato de empeño o locación de servicios y referirse, en forma personal y directa, al empleado beneficiario y constando el contrato de instrumento público.

Las participaciones otorgadas en forma general en los estatutos de las empresas industriales o mercantiles a favor de sus empleados en concepto de gratificaciones, en sustitución de éstas o de cualquier otra, no están incluidas en la segunda parte del artículo ya citado, ni privan de los beneficios de la ley.

Posteriormente, los artículos 40 y 46 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916), aclararon que sólo se considerará como participación en las utilidades que excluye el empleo de los beneficios de la ley, a toda cantidad que no baje del 50/o en favor del empleado contratante, deducido este porcentaje de las utilidades netas del negocio.

La exclusión del derecho al goce de la compensación por tiempo de servicios de los empleados copartícipes en las utilidades de su principal, encuentra su justificación en la tesis que considera socio del empleador al trabajador que participa en las utilidades del negocio de aquél, encontrándose el

servidor estrechamente vinculado a su principal al participar en sus ganancias, situación que no se dá, normalmente, en el contrato de trabajo.

De lo expuesto, podemos concluir que, para que funcione la exclusión del trabajador de los beneficios sociales y, por ende, del derecho a la compensación por tiempo de servicios, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el régimen de coparticipación en las utilidades del principal, no sea general para todos los trabajadores al servicio del empleador.
2. Que se estipule expresamente, en el Contrato de Trabajo, la coparticipación en las utilidades.
3. Referencia personal y directa a un determinado trabajador.
4. Contrato de Trabajo celebrado por escritura pública.
5. Aprobación del Contrato de Trabajo por la Autoridad de Trabajo, bajo pena de nulidad.

Consideramos que la exclusión del derecho a gozar de beneficios sociales es de aplicación, por analogía, al trabajador obrero que reúna los requisitos anteriormente enunciados.

En determinado momento, la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo excluyó del derecho al goce de la compensación por tiempo de servicios, al trabajador propietario por cualquier título, de acciones en el negocio del principal, en proporción no menor al 5^o/o del capital social de la empresa, por aplicación analógica de la regla contenida en la Ley N^o 5119.

Sin embargo, la Resolución Suprema de 21 de setiembre de 1959, ha precisado que las utilidades que, por concepto de acciones, posea el empleado en el negocio, no le privan del goce de sus compensaciones e indemnizaciones sociales.

Actualmente, la tendencia es mantener la diferencia que existe entre ambas situaciones, vale decir, entre la de accionista y trabajador. En efecto, las personas que siendo accionistas de una empresa, fueren a la vez, empleados de la misma, ostentan una doble posición jurídica: la mercantil en cuanto a la percepción de dividendos y la laboral inherente a su contrato de trabajo. En consecuencia, el empleado en tal situación, sí percibe como remuneración más del 5^o/o de las utilidades, además del sueldo, no pierde sus derechos sociales.

El esfuerzo laboral, genera beneficios sociales que, por su propia naturaleza, le corresponden al trabajador por una relación de causa a efecto, en tanto que el aporte de capital, constituye una relación diferente que no tiene por qué interferir o recortar los beneficios propios de la prestación de servicios por parte del trabajador. De allí que sólo está excluido del derecho al goce de beneficios sociales, el trabajador copartícipe en las utilidades del negocio de su principal por contrato de trabajo y no por ningún otro título.