

El Efecto Cancelatorio de la CTS y el Fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales^(*)

Víctor Ferro Delgado
Abogado. Profesor de Derecho Individual del Trabajo de la PUC

El reciente fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la Acción de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 650 (en adelante el Decreto) ha motivado encendidas polémicas sobre su alcance y sentido.

La sentencia se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del efecto cancelatorio de parte de los depósitos a que se refiere el Decreto, en la forma siguiente:

"Falla declarando:

b) *La CONSTITUCIONALIDAD parcial por el fondo del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta E, INCONSTITUCIONAL únicamente la parte pertinente del artículo 2º que prescribe: "el efecto cancelatorio del pago de la compensación por tiempo de servicios"; y en consecuencia, FUNDADA e INFUNDADA, respectivamente la demanda en dichos extremos."*

Cabe así precisar algunos conceptos derivados del fallo en mención:

1. PERDIDA DEL EFECTO CANCELATORIO

El fallo declara inconstitucional **únicamente** el efecto cancelatorio contenido en el artículo 2º del Decreto. Dicho artículo se refiere, exclusivamente, a los depósitos semestrales que el empleador debe efectuar conforme al sistema establecido por el Decreto. Paralelamente, **al haber utilizado el adverbio "únicamente" el fallo ha declarado constitucional el resto del articulado contenido en el acotado Decreto**, lo que incluye el efecto cancelatorio previsto en otros artícu-

los del decreto, a saber:

- a) Artículo 3º, relativo al efecto cancelatorio de la compensación por tiempo de servicios que corresponde al trabajador que cesa habiendo laborado un período menor a un semestre.
- b) Artículo 36º, relativo al efecto cancelatorio de la parte o el total de la compensación por tiempo de servicios comprendida en el acuerdo que celebren el trabajador con su empleador para que éste actúe como depositario.
- c) Artículo 61º, relativo al efecto cancelatorio de la compensación por tiempo de servicios abonada directamente por el empleador al trabajador que ha prestado servicios en virtud de contratos de trabajo temporales de plazo menor a seis meses.
- d) Sexta Disposición Transitoria, relativa al efecto cancelatorio del depósito que dentro del primer semestre de cada año debe efectuar el empleador respecto de la reserva acumulada al 31 de Diciembre de 1990.
- e) Décimo Primera Disposición Transitoria, relativa a los adelantos de compensación efectuados hasta el 12 de Marzo de 1991, a los cuales se reconoce efecto cancelatorio al momento de concluir el traslado de la compensación por tiempo de servicios acumulada al 31 de Diciembre de 1990.
- f) Décimo Segunda Disposición Transitoria, relativa a los adelantos que se efectúen en cumplimiento de convenios colectivos preexistentes al 13 de Marzo de 1991. Tales adelantos se aplicarán al saldo de la compensación por tiempo de servicios acumulado al 31 de Diciembre con carácter cancelatorio, del año más remoto al más próximo.

(*) El presente artículo del Dr. Víctor Ferro Delgado fue preparado antes de los acontecimientos acaecidos en el país el pasado 5 de Abril

- g) Décimo Tercera Disposición Transitoria, relativa a los adelantos para casa-habitación con cargo al 50% del saldo acumulado al 31 de Diciembre de 1990, cuyo efecto cancelatorio ha quedado precisado en la Quinta Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 034-91-TR del 6 de Noviembre de 1991, reglamentario del Decreto.
- h) Quinta Disposición Final, que deroga la Ley N° 11772, la misma que establecía que en caso de reingreso se consideraba que el tiempo de servicios debía retrotraerse a la fecha de ingreso original, considerándose como pago a cuenta el importe de la primera liquidación. Al haberse derogado esta Ley, el pago efectuado con ocasión del cese tiene efecto cancelatorio, así se produzca un reingreso posterior.

Todas estas disposiciones contienen, pues, el común denominador de prever efectos cancelatorios los cuales, reiteramos, no han resultado afectados por el fallo del Tribunal. Como queda dicho, éste únicamente establece la inconstitucionalidad de la parte pertinente del artículo 2º del Decreto que prescribe el efecto cancelatorio del pago de la compensación por tiempo de servicios respecto de los depósitos semestrales que debe efectuar el empleador.

2. CONSECUENCIAS DEL FALLO

Por mandato de los artículos 301º de la Constitución y 35º de la Ley N° 23385 –Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales– el Congreso debe emitir una ley que derogue la norma inconstitucional. En rigor, dicha norma debería limitarse a promulgar un nuevo texto del artículo 2º que elimine la frase "*con efecto cancelatorio*" en dicho dispositivo, el cual podría así quedar redactado en los siguientes términos:

"Artículo 2º.- La compensación por tiempo de servicios se deposita semestralmente en la institución elegida por el trabajador conforme a lo previsto en la presente Ley. Se devenga desde el primer mes de servicios; cumplido este requisito, toda fracción de mes se computa por treintavos."

Cabe agregar que, **el fallo carece de efecto retroactivo en aplicación de lo dispuesto por el artículo 300º de la Constitución**, lo que ha sido expresamente recogido en el acápite g) de la página 7 de la sentencia.

Por cierto, cabe que el Parlamento adopte un temperamento distinto y pretendiendo subsanar las incongruencias del fallo del Tribunal, legisle en el sentido de eliminar el efecto cancelatorio previsto en

la integridad del Decreto. De ser así, habrá que atenerse a lo que en su oportunidad pueda ser legislado, pero **en forma alguna puede sostenerse que por el mérito del fallo ha quedado enervado el efecto cancelatorio de los pagos previstos por el Decreto en aspectos distintos al que regula el acotado artículo 2º sobre depósitos semestrales.**

3. INEXISTENCIA DE OBLIGACION LEGAL DE EFECTUAR UNA LIQUIDACION POR TODO EL TIEMPO DE SERVICIOS

Los depósitos semestrales que efectúe el empleador en aplicación del artículo 2º del Decreto, dejarían de tener **efecto cancelatorio** como resultado del fallo del Tribunal, pero ello **no determina que éstos tengan carácter de pago a cuenta de una futura liquidación que abarque el total del tiempo de servicios en base a la última remuneración percibida.** Dicha obligación es inexistente por cuanto no está prevista en ningún artículo del Decreto cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el mismo fallo del Tribunal. La obligación en mención estuvo contenida en la Ley N° 6871, la cual ha sido expresamente derogada por la Quinta Disposición Final del Decreto. Así, las cosas, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1º del Título Preliminar del Código Civil ("*Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado*"), **no existe obligación legal de efectuar una liquidación al término de la relación laboral calculada en base a la última remuneración vigente por todo el tiempo de servicios y ella no podría ser válidamente exigida, ya que conforme al inciso a) del numeral 20) del artículo 2º de la Constitución "nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda"**, e incurre en prevaricato el magistrado que aplique una ley derogada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 418º del Código Penal.

4. IMPLICANCIAS DE LA PERDIDA DEL EFECTO CANCELATORIO

En base a lo expuesto hasta ahora debe determinarse qué consecuencias tiene el hecho que hayan perdido su efecto cancelatorio los depósitos semestrales que en el futuro efectúe el empleador en aplicación del artículo 2º del Decreto. Conforme al artículo 1225º del Código Civil, extingue la obligación el pago hecho a persona que estaba en posesión del derecho de cobrar. Sin embargo, el Tribunal de Garantías Constitucionales ha declarado que los depósitos semestrales no tienen carácter cancelatorio, es decir que no extinguen la obligación de pago. Dicho en otros términos, los depósitos semestrales que realice el empleador no

tendrán efecto cancelatorio en la oportunidad en que se verifiquen, pero al no existir obligación legal de efectuar una liquidación final en base a la última remuneración vigente al término de la relación laboral, dichos depósitos no pueden tener carácter de pago a cuenta de una obligación inexistente. Reiteramos, pues, que simplemente no cancelan la correspondiente porción del tiempo de servicios en la oportunidad en que se efectúen los respectivos depósitos. Ello podría implicar que el riesgo de los depósitos corra a cargo del empleador. Así, por ejemplo, si quebrase el Banco en el cual se han hecho los depósitos, el empleador quedaría obligado a responder por los mismos, en la medida que tales depósitos no han cancelado la obligación de pago de los beneficios sociales.

Sin embargo, queda por resolver en qué momento dichos depósitos adquieren carácter cancelatorio y extinguen la obligación, ya que no podría válidamente concluirse que los mismos permanecen indefinidamente en una suerte de limbo jurídico: no han cancelado la obligación del empleador, pero tampoco el trabajador puede reclamar una liquidación final. Somos de opinión que el efecto cancelatorio se producirá al cese del trabajador, esto es, cuando esté en aptitud de percibir el pago.

De resultar incorporada esta precisión en la Ley que en su momento deba emitir el Parlamento, quedaría recogida la parte resolutoria del fallo del Tribunal que elimina el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales, el cual quedaría trasladado para el momento del cese del trabajador. Por cierto, no existiría razón jurídica para que unos depósitos (los semestrales) tengan un tratamiento distinto a otros depósitos de análoga naturaleza (los que corresponden a la reserva acumulada al 31 de Diciembre de 1990), pero ello es consecuencia de la incongruencia del fallo del Tribunal.

5. EFECTOS DE LA PUBLICACION DE LA SENTENCIA

Si el Parlamento no cumpliera con emitir una Ley que derogue la norma inconstitucional, el Tribunal ordenaría publicar su sentencia en el Diario Oficial. Ello, desde nuestro punto de vista, presentaría inconvenientes por cuanto a nivel judicial alguien podría pretender sostener que lo que el Tribunal ha cuestionado como inconstitucional es el efecto cancelatorio y que por ende la sentencia debe interpretarse en el sentido que es dicho efecto el que no debe prosperar, con prescindencia a la referencia exacta del artículo en que dicho efecto está contenido. Semejante interpretación podría encontrar cierto respaldo en lo

dispuesto por el artículo 40º de la Ley Nº 23385 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

"Artículo 40º.- Cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad de un dispositivo de la norma impugnada, declara igualmente la de aquellos otros preceptos de la misma norma a los que debe entenderse por conexión o consecuencia y que haya sido materia de la causa.

El Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier norma constitucional, aunque no haya sido invocada en el curso del proceso."

En buena cuenta una lectura superficial de la norma glosada podría pretender que implícitamente el fallo ha declarado la inconstitucionalidad de todos los preceptos del Decreto que contienen el aludido efecto cancelatorio.

Creemos, sin embargo, que semejante interpretación resulta jurídicamente insostenible. En efecto, en primer lugar el fallo ha indicado expresa e inequívocamente en su parte resolutoria que es inconstitucional únicamente la parte pertinente del artículo 2º que prescribe "el efecto cancelatorio" y paralelamente ha declarado, igualmente en forma expresa la constitucionalidad del resto del Decreto. En segundo lugar, el uso del verbo en indicativo que contiene el referido artículo 40º ("*cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad ... declara también ...*") está señalando, simplemente, un requisito que debe contener la sentencia para que en su parte resolutoria se traten también los demás temas vinculados o afectados por la inconstitucionalidad. Pero si el fallo no lo hace, y por el contrario expresamente adopta un temperamento distinto para declarar que "únicamente" en forma de los depósitos previstos en el sistema de la CTS no tiene efecto cancelatorio, y paralelamente declara constitucional el resto del Decreto, no cabe que surjan exégetas que pretendan ir más allá del texto expreso del fallo.

Creemos, pues, que dicha interpretación no sólo sería errada, sino que tampoco permitiría concluir en la existencia de obligación de liquidación final. Sin embargo, la ausencia de norma legal específica abriría un riesgoso margen de interpretación por parte de los magistrados respectivos en cada particular litigio.

6. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL FALLO

El fundamento esencial de la sentencia del Tribunal se basa en que el Decreto habría implicado "una relativa desprotección estatal" respecto del régimen de compensación por tiempo de servicios pre-

existente y por tanto el efecto cancelatorio en referencia resulta "incompatible con la declaración tuitiva que contiene el tercer párrafo del artículo 42º de la Constitución Política del Estado". Dicho dispositivo establece que "el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato."

Cabe, pues, reflexionar si el sentido del enunciado glosado implica la creencia del Tribunal que la Constitución ha consagrado el principio de la condición más beneficiosa o si, más bien, postula que el derecho laboral es una suerte de espiral ascendente en el reconocimiento *ad infinitum* de mayores y mejores beneficios. Esta precisión contribuirá a comprender cual es el sustento real del fallo y, fundamentalmente, si se enmarca o no en el texto constitucional.

6.1. Condición más beneficiosa

Recordemos que la aplicación de este principio, reconocido en la doctrina y el derecho comparado, parte –en términos generales y para los efectos que interesan en el presente informe– del supuesto de una sucesión normativa que establezca menores derechos que los preexistentes, de manera que éstos subsistan para aquellos trabajadores que ya tenían contrato de trabajo vigente al momento de expedirse la nueva norma menos favorable.

Es evidente que ninguna disposición constitucional alude expresamente a dicho planteamiento, no obstante lo cual podría sostenerse que resulta implícito en la declaración contenida en el segundo párrafo del artículo 57º ("*en la interpretación o duda sobre el alcance o contenido sobre cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador*"). Es claro que la referencia a la duda incorpora la regla de interpretación laboral conocida como "*in dubio pro operario*" por lo que debe definirse el contenido de la frase "*en la interpretación*". Un sector de la doctrina nacional ha estimado que en rigor, el artículo 57º consagra el principio *pro operario* en tres manifestaciones concretas: i) *in dubio pro operario*, ii) norma más favorable, y iii) condición más beneficiosa.

A ello cabe agregar que nuestro ordenamiento presenta varios ejemplos de la aplicación de este principio. A modo de ejemplo, al modificarse el Decreto Ley Nº 18471 (–que consagraba la estabilidad laboral a los tres meses de servicios–) por el Decreto Ley Nº 22126 (–que instituyó un período de tres años para gozar de estabilidad laboral absoluta–), se precisó en el inciso a) del artículo 2º de este último que aquellos que ya habían superado el período de prueba (pero que podían tener menos de tres años) mantenían su derecho a la estabilidad laboral ya ganada y que por ende no se veía afectada con la extensión del

plazo en referencia. Se respetaba así la condición más beneficiosa o derecho adquirido en esta materia.

Otro ejemplo, más reciente, sobre dicha salvaguarda al derecho adquirido está contenido en la Tercera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nº 688, que uniformó la bonificación por tiempo de servicios del 30% de la remuneración a los trabajadores que hayan cumplido 30 años de servicios con un mismo empleador, y eliminó la bonificación del 25% aplicable únicamente a trabajadores mujeres. El Decreto ha mantenido la bonificación del 25% a las trabajadoras, empleadas u obreras, no sólo respecto de aquellas que ya venían percibiendo dicho beneficio sino inclusive respecto de aquellas con contrato de trabajo vigente a la fecha de entrar en vigor el referido Decreto y que cumplan 25 años de servicios prestados al mismo empleador.

De la misma forma, el Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento al Empleo contiene en su Segunda Disposición Transitoria y Final una relación de derechos aplicables a los trabajadores que ya venían laborando bajo el régimen preexistente previsto bajo la Ley Nº 24514, entre los que cabe destacar la prohibición del juez de sustituir la reposición por el pago de indemnización. Cabe señalar que la subsistencia del régimen anterior o la aplicación del nuevo corresponde a la opción del propio trabajador.

Los ejemplos expuestos tiene pues, el común denominador de establecer un régimen de aplicación del principio de condición más beneficiosa o respeto al derecho adquirido, pero parten del supuesto de trabajadores que ya tenían un derecho generado o en vías de obtenerse. Ello no podría ser de otra forma por cuanto **la condición más beneficiosa no opera respecto de trabajadores nuevos, es decir de aquellos cuya relación laboral se inicia cuando ya se encuentra vigente la nueva norma menos favorable.**

A lo expuesto, cabe constatar que en todos los casos señalados ha mediado expresa disposición legislativa, de lo que se infiere que el tema no resulta ajeno a nuestra normativa laboral, pero paralelamente, que la aplicación del indicado principio no necesariamente opera en forma automática sino a través de regulaciones específicas contenidas en la norma en particular. El tema controvertido se presenta, pues, cuando no ha mediado una expresa precisión legislativa, porque implica –para los efectos de este trabajo– determinar si la Constitución ha consagrado el principio de condición más beneficiosa.

Dicho en otros términos, ¿está incurso en el artículo 57º de la Constitución?. Nos inclinamos a considerar que ello es así, aunque no de modo irrestricto e inexorable. Excluirlo porque no está expresamente recogido implicaría que la frase "*en la interpretación ...*" carecería de contenido ya que llevaría a sostener el

despropósito que la Constitución ordena que todos los casos de interpretación en materia laboral deben ser resueltos en la forma más favorable al trabajador. Eliminada esa hipótesis por inconsistente, es válido concluir entonces que la frase en mención alude tanto al principio de norma más favorable como al de condición más beneficiosa, principios tradicionales en materia de interpretación laboral tanto en la doctrina como en el derecho comparado, y como queda dicho, no extraños en nuestra legislación laboral.

Debemos así tratar de dilucidar si el artículo 57º de la Constitución consagra imperativamente la aplicación del principio ante toda sucesión normativa o si por el contrario la afirmación contenida en la norma constitucional (en la interpretación en materia laboral debe estarse a lo que resulta más favorable al trabajador), deja a salvo la potestad del legislador de darle contenido concreto a dicho principio en la forma que cada disposición determine. Creemos válido esto último, porque el apartamiento a los principios generales del derecho común, que en determinadas circunstancias admite el derecho laboral, sólo procede en vía de excepción y no por vía de interpretaciones laxas o extensivas (Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil). En efecto, la aplicación del principio de condición más beneficiosa importa en definitiva la ultractividad de la ley, esto es, la continuidad de sus efectos no obstante su derogatoria. Ello se opone al principio de aplicación inmediata de la Ley que consagra tanto el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil –que establece que la Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes– como el artículo 195º de la Constitución que regula el momento a partir del cual la Ley es obligatoria. Por ende, el apartamiento a estos principios básicos del ordenamiento jurídico no puede efectuarse por vía interpretativa sino por mandato expreso contenido en la norma, lo que en materia laboral implica, pues, que el legislador expresamente consagre la aplicación del principio de condición más beneficiosa ante el supuesto de una sucesión normativa menos favorable.

Distinto es el caso de ordenamientos que tienen regulado de modo genérico la forma como opera el principio de condición más beneficiosa ante una diversidad de supuestos. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, y ante la ausencia de disposiciones infraconstitucionales que regulen de modo general la forma de implementar dicho principio, no cabría inferir que la Constitución impone su aplicación al margen de la previsión legislativa concreta que la norma pueda contener.

De ahí que si la alusión a la "*relativa desprotección estatal*" contenida en el fallo lo que plantea es que se está afectando derechos adquiridos y que con ello

se ha incurrido en una infracción constitucional, el Tribunal denotaría una seria confusión conceptual. Como queda dicho, el principio de condición más beneficiosa sólo opera en relación a trabajadores que ya venían laborando al momento de promulgarse la norma menos favorable, lo que implicaría que el Decreto resultaría inatacable respecto de todo nuevo trabajador, limitándose su supuesta inconstitucionalidad para aquellos que contaban con contrato de trabajo vigente, sin perjuicio que respecto de éstos, conforme hemos señalado, el legislador tiene la facultad de darle contenido concreto al principio de condición más beneficiosa en cada norma en particular.

6.2. Sucesión normativa *in peius*

Sin embargo, parecería ser que el criterio subyacente en el fallo del Tribunal no ha estado, en rigor, orientado al tema de los derechos adquiridos sino a una consideración aún más controvertida y de nulo basamento constitucional. El Tribunal plantea que no cabe la sucesión normativa *in peius*, esto es, que conforme a nuestra Constitución resulte improcedente que en materia laboral pueda legislarse en forma que no sea necesariamente más favorable a los trabajadores.

En esta materia creemos que no cabe mayor controversia. La Constitución no contiene disposición alguna de la cual pueda válidamente concluirse que el derecho laboral peruano es irreversible. De ser así cada mayoría parlamentaria estaría legislando por toda la vida de la República, neutralizándose con ello la posibilidad de racionalizar un derecho laboral cuya aplicación pueda haber demostrado ser inconveniente. A modo de ejemplo, si en alguna oportunidad se legislara en el sentido que el derecho a la jubilación se alcanza a los 30 años de edad, la siguiente norma en esta materia sólo podría legislar en sentido más favorable, esto es previendo el derecho a los 29 años. El ejemplo, extremo pero gráfico, permite demostrar lo irrazonable del planteamiento.

De otro lado, si admitimos que el artículo 57º de la Constitución incluye el principio de condición más beneficiosa, éste tiene su aplicación más generalizada, precisamente, ante la sucesión normativa *in peius*.

Por lo demás, como ha hecho notar Joaquín Leguía, la Constitución ha previsto en su artículo 187º la posibilidad de la aplicación retroactiva de la ley laboral cuando ésta es más favorable al trabajador, lo que implica que caben disposiciones laborales que no resulten más favorables y que por ende respecto a éstas no se admita su retroactividad. De allí pues, que la sucesión normativa laboral *in peius* esté prevista conforme a la propia Constitución.

En base a estas consideraciones, cabe concluir lo siguiente:

- I. La decisión del Tribunal no afecta los depósitos ya efectuados respecto de períodos cancelados, por cuanto el fallo no tiene carácter retroactivo conforme a lo dispuesto por el artículo 300º de la Constitución, lo que por lo demás ha sido corroborado en el acápite g) de la página 7 de la sentencia. Ello, empero, no cubre el supuesto que la futura ley que pudiese promulgar al Parlamento contenga algún tipo de efecto retroactivo.
- II. En caso que la sentencia deba ser publicada en el Diario Oficial, como resultado de que el Parlamento no emita la ley correspondiente, resultará eliminado el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales futuros a que se refiere el artículo 2º del Decreto, en la forma que hemos precisado, lo cual en rigor carece de consecuencias económicas. Sin embargo, la publicación del fallo presenta el riesgo de interpretaciones jurisprudenciales antojadizas.
- III. No existe obligación legal de efectuar una liquidación final al término de la relación laboral en base a la multiplicación de la última remuneración por todos los años de servicios.
- IV. Los depósitos correspondientes a la reserva acumulada al 31 de Diciembre de 1990 mantienen su efecto cancelatorio al momento que se efectúen, por cuanto el fallo no ha afectado su carácter cancelatorio.
- V. Los adelantos de la compensación por tiempo de servicios que puedan ser entregados de conformidad con los supuestos previstos por el Decreto mantienen igualmente su efecto cancelatorio en cuanto corresponden a entregas parciales de la reserva acumulada al 31 de Diciembre de 1990, las cuales no han sido materia de pronunciamiento contrato por el fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales.
- VI. El segundo párrafo del artículo 57º de la Constitución aludiría al principio de condición más beneficiosa pero ante la ausencia de desarrollo legislativo sobre la aplicación de este principio, debe estarse aquello que sobre esta materia pueda haber sido previsto por el legislador en cada norma en particular.
- VII. La sucesión normativa *in peius* en materia laboral, no resulta contraria a nuestro ordenamiento constitucional. ■