

La calificación de los ingresos del trabajador

¿Cuáles son los criterios que deben seguirse?

Jorge Toyama Miyagusuku

Profesor de derecho laboral en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

Uno de los temas centrales de la relación laboral se contrae en la determinación de la naturaleza jurídica de los ingresos que perciben los trabajadores, esencialmente si éstos califican o no como remuneraciones.

De la clásica estructura conformada por un solo concepto recibido por los servicios prestados llamado remuneración básica y ciertos complementos y suplementos legales determinados sobre ésta, hemos pasado a un sistema donde los trabajadores reciben una serie de conceptos provenientes de la autonomía privada -provenientes de convenios colectivos de trabajo, contratos individuales, costumbres o simplemente políticas establecidas por el empleador- y que importa un replanteo en la apreciación del sistema de los ingresos patrimoniales percibido por los servicios subordinados.

La sentencia casatoria que comentaremos, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, resuelve una controversia referida a la naturaleza jurídica de una serie de conceptos provenientes de la autonomía privada. En esta línea, el objetivo del presente comentario jurisprudencial es analizar ciertos conceptos que se detallan en la ejecutoria que se transcribe a continuación y apreciar si las razones que se detallan para la calificación

jurídica son adecuadas en función al marco normativo aplicable a los ingresos que perciben los trabajadores.

La ejecutoria que describimos versa sobre una pretensión de reintegro de beneficios sociales -centralmente de la compensación por tiempo de servicios, beneficio social peruano por excelencia- y que importa la necesaria determinación de la naturaleza jurídica de los ingresos o conceptos que forman parte del cálculo de los beneficios sociales. El recurso de casación se interpone porque la empresa demandada alega que no se han aplicado correctamente las normas que establecen los conceptos que no son remuneraciones en el sistema peruano.

Por ello, a través de esta ejecutoria, pretendemos apreciar los criterios que deberían tenerse en consideración para la calificación de los ingresos que percibe el trabajador con ocasión de la relación laboral.

Nuestro sistema jurídico cuenta con una estructura normativa que delimita los alcances de los ingresos que califican como remuneraciones y son base de cómputo para la determinación de los beneficios sociales, así como de las aportaciones tributarias y legales. A la vez, las normas legales describen los ingresos que no son remuneraciones -entre los cuales se encuentran las condiciones de trabajo- y no constituyen un sobre costo para el empleador⁽¹⁾ y no se

(1) Estudios sobre la incidencia de los costos remunerativos para el empleador peruano pueden verse, entre otros, en CHACALTANA, Juan. *Los costos laborales en el Perú*. En: AA.VV. (Editores: Víctor Tokman y Daniel Martínez). *Inseguridad laboral y competitividad*. Lima: OIT, 1999. pp.205 y ss.; y CHIENDA, Alfredo. *Costos laborales en el Perú*. En: *III Congreso Regional de las Américas*. Separata Especial. Lima, 1999. pp.23 y ss.

consideran para el cálculo de los complementos y suplementos que perciben los trabajadores. Pero, además de los ingresos aludidos, los trabajadores perciben otros conceptos que no necesariamente pueden ser incorporados dentro de los supuestos legales -como las indemnizaciones, la póliza del seguro de vida, las propinas, etc.-.

Resulta, entonces, necesario efectuar un delicado análisis para determinar la naturaleza jurídica de un ingreso que percibe el trabajador. Dicha apreciación no es gratuita, tiene importantes consecuencias legales dado que, de ella, se podrá determinar si se generan costos adicionales al empleador o mayores derechos patrimoniales al trabajador. Por ello, se ha señalado que la remuneración tiene una doble dimensión funcional: como renta de una parte de la población activa y como precio de coste de la empresa con virtualidad para influir en la productividad⁽²⁾.

La sentencia comentada.

CAS No.2410-97

Piura

Lima, dieciséis de julio de mil novecientos noventinueve.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República:

Vistos; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los señores Vocales: Buendía Gutiérrez, Presidente, Beltrán Quiroga, Almeida Peña, Seminario Valle y Zegarra Zevallos; verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

Recurso de Casación:

Interpuesto por la Empresa Petróleos del Perú Sociedad Anónima, mediante escrito de fojas noventiséis contra la sentencia de vista de fojas ochenticuatro, su fecha veinticinco de julio de mil novecientos noventa y siete expedida por la Sala Mixta

de Sullana, que confirma la apelada de fojas cincuenticinco, su fecha dos de junio de mil novecientos noventa y siete en el extremo que declara fundada la demanda, la revocaron en cuanto al monto ordenado a pagar, sobre reintegro de beneficios sociales.

Fundamentos del Recurso:

El recurso ha sido declarado procedente, mediante resolución emitida por esta Sala Suprema con fecha quince de junio de mil novecientos noventa y ocho, por la causal prevista en el inciso primero del artículo cincuenticuatro de la Ley Procesal del Trabajo, referida a la aplicación errónea de los artículos noveno, decimonoveno y septuagésimo del decreto legislativo número seiscientos cincuenta, entendiéndose como incorrecta aplicación de dichas normas.

Considerando:

Primero.- Que, la controversia se circunscribe a determinar si los montos tomados para la remuneración computable están de acuerdo a Ley.

Segundo.- Que, el actor demanda reintegro de beneficios sociales, señalando que en su remuneración indemnizable no se ha considerado lo establecido en el reintegro por convenio colectivo pactado en treinta jornales o sueldo básico, bonificación por quinquenio que debe adicionarse a las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, siendo su remuneración indemnizable de cinco mil quinientos noventinueve nuevos soles, para el año de mil novecientos noventa y cinco mil ciento noventa y ocho nuevos soles con sesenticinco céntimos para mil novecientos noventa y seis.

Tercero.- Que, la sentencia de vista considera una remuneración indemnizable de cinco mil cuatrocientos noventa y siete nuevos soles compuesto por el básico, Ley número veintiséis mil quinientos cuatro, gratificación por Fiestas Patrias de mil novecientos noventa y cinco, gratificación por el mes de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, gratificación vacacional,

(2) MONEREO PÉREZ, José Luis. *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p.10.

asignación anual, asignación extraordinaria, justiprecio, alimentación, feriados, cambio de régimen, movilidad, por descanso dominical, tiempo de viaje.

Cuarto.- Que, el recurso de casación se sustenta en el sentido que no constituye remuneración indemnizable la asignación anual sustitutoria de utilidades como lo establece el inciso b) del artículo diecinueve, tampoco la bonificación o asignación extraordinaria, por haberse concedido a título de liberalidad, de igual manera movilidad por ser una condición de trabajo y la gratificación vacacional por ser un acto de liberalidad del actor y, por su naturaleza, es una asignación extraordinaria.

Quinto.- Que, el artículo diecinueve del decreto legislativo número seiscientos cincuenta modificada por el decreto legislativo número ochocientos cincuentisiete, está referida a los montos percibidos por el trabajador y que no forman parte de la remuneración indemnizable, ya sea por la naturaleza de la percepción como condición de trabajo, como liberalidad o por haber sido pactado mediante convenio colectivo.

Sexto.- Que, la asignación anual sustitutoria de utilidades, es un concepto pactado mediante convenio colectivo, contenida en la cláusula número treintidós del mismo, por lo que de acuerdo al inciso b) del artículo diecinueve de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, ésta no se considera como remuneración indemnizable.

Sétimo.- Que, el Colegiado al haberlo considerado como remuneración computable ha aplicado erróneamente la Ley, por lo que debe ampararse este extremo.

Octavo.- Que, respecto a la bonificación o asignación extraordinaria, ésta ha sido otorgada por el empleador a título de liberalidad, el mismo que a tenor de lo dispuesto por el inciso a) del artículo diecinueve del acotado no constituye remuneración indemnizable, que al haber incluido el Colegiado este concepto, ha aplicado erróneamente la Ley, debiendo ampararse este extremo.

Noveno.- Que, respecto al rubro de movilidad, ésta constituye condición de trabajo, por lo que no forma parte de la remuneración indemnizable y su inclusión en la misma colisiona con el inciso i) del artículo

diecinueve del decreto legislativo número seiscientos cincuenta, habiendo el Juzgador aplicado erróneamente la norma, siendo también amparable este extremo.

Décimo.- Que, en el mismo sentido se debe pronunciar respecto al tiempo de viaje, pues, éste no constituye una ventaja patrimonial para el trabajador, sino una condición de trabajo, habiéndose pactado en el convenio colectivo, y que a tenor de lo dispuesto por el inciso e) del artículo diecinueve del acotado, no constituye remuneración indemnizable, siendo su inclusión irregular, por lo que debe ampararse esta causal, lo mismo ocurre con la gratificación vacacional por constituir una liberalidad del empleador, en consecuencia se ha aplicado erróneamente la norma denunciada.

Resolución:

Declararon **Fundado** el recurso de casación de fojas noventiséis interpuesto por la Empresa Petróleos del Perú Sociedad Anónima; en consecuencia **Nula** la sentencia de vista de fojas ochenticuatro, su fecha veinticinco de julio de mil novecientos noventisiete, y actuando en sede de instancia **Revocaron** la sentencia apelada de fojas cincuenticinco, su fecha dos de junio de mil novecientos noventisiete, que declara fundada la demanda, **Reformándola** declararon **Infundada** la citada demanda; en los seguidos; por don Francisco Flores Vélez sobre reintegro de beneficios sociales; **Ordenaron** que el texto de la presente resolución se publique en el Diario Oficial *El Peruano*; y los devolvieron.

SS. Buendía, G.; Beltrán Q.; Almeida P.; Seminario V.; Zegarra Z.

Comentarios a los considerandos de la sentencia.

1 El concepto de remuneración en el sistema peruano.

Si bien la sentencia casatoria centra su atención en la determinación de los conceptos que no son considerados como remuneración y que fueron objeto

del recurso de casación (considerando cuarto de la sentencia transcrita), es importante describir los alcances de la expresión “remuneración” en el sistema peruano para apreciar los ingresos que han sido considerados como remuneración por la sentencia de vista (considerando tercero) y, además, para analizar los criterios que se detallan en la sentencia comentada para la apreciación de los conceptos no remunerativos. Finalmente, los conceptos remunerativos son la base de cálculo de los beneficios sociales, cuyo reintegro solicita el actor.

1.1 El concepto de remuneración.

a) En primer lugar, es importante destacar que la remuneración es uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. El contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador.

La remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que constituye un derecho fundamental reconocido por el artículo 24 de la Constitución de 1993⁽³⁾. Ciertamente, el artículo 24 de la Constitución contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual; empero, de otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fija un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial y, finalmente se indica -en el propio artículo- que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, reconociendo una remuneración mínima vital⁽⁴⁾.

En el ámbito legal, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral -en adelante LPCL-, aprobada por Decreto Supremo No.003-97-TR, indica que el contrato de trabajo se caracteriza por ser subordinado, remunerado y con una prestación personal del trabajador. Ciertamente que más que una definición del contrato de trabajo, estamos ante una fórmula legal que recogería el principio de primacía de la realidad en la medida que prevé la existencia -entendemos, vía presunción *iuris tantum*- de un contrato de trabajo a plazo indefinido si se configuran los tres elementos esenciales descritos⁽⁵⁾.

A dicha definición legal habría que considerar a la ajenidad como presupuesto esencial dado que todo contrato de trabajo supone una prestación en un régimen de ajenidad -un contrato por cuenta ajena⁽⁶⁾-. En todo caso, lo que interesa rescatar es la consideración de los tres elementos esenciales para que podamos encontrarnos ante un contrato de trabajo.

b) Consideramos que la remuneración es todo lo que percibe el trabajador por sus servicios prestados y que representa una ventaja o beneficio patrimonial⁽⁷⁾ para él y su familia, sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega⁽⁸⁾, salvo que, ciertamente, se encuentre excluido o que, por definición, no ingrese dentro de la referida institución.

Las normas laborales tienen una definición concreta sobre la remuneración. Así, el artículo 6 de la LPCL señala que es remuneración “para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición”.

A ello habría que agregar lo expresado en el

- (3) El artículo 24 de la Constitución de 1993 indica que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.
- (4) Un alcance sobre el contenido de este artículo puede verse en MARCENARO, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima: Ed. Cuzco S.A., 1995. pp.113 y ss.; PASCO COSMOPOLIS, Mario. *El trabajo en la Constitución*. En: *Ius et Veritas*. No.7. Lima, 1993. pp.23 y ss.; ZAVALA COSTA, Jaime. *Remuneraciones y jornada de trabajo*. En: *Asesoría Laboral*. Enero de 1994. pp.21 y ss.; y sobre la remuneración mínima vital en concreto, puede apreciarse la Revista *Asesoría Laboral* del mes de abril de 2000. pp.15 y ss.
- (5) El primer párrafo del artículo 4 de la LPCL prevé que “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.
- (6) Un estudio interesante sobre el contrato de trabajo, sus elementos esenciales y característicos puede encontrarse en NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Ara Ed., 1997. pp.19 y ss.
- (7) LÓPEZ BASANTIA; Justo. *El Salario*. En: AA.VV. (Coordinadores: DE BUEN, Néstor & MORGADO, Emilio). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México: AIADTSS-UNAM, 1997. p.447.
- (8) En el mismo sentido, puede verse MORALES CORRALES, Pedro. *Remuneraciones*. En: *Actualidad Laboral*. Lima, junio de 1999. p.9.

artículo 10 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (LFE), aprobado por Decreto Supremo No.001-96-TR⁽⁹⁾: “El concepto de remuneración definido por los artículos 39 y 40 de la Ley -hoy artículos 6 y 7 de la LPCL-, es aplicable para todo efecto legal, cuando sea considerado como base de referencia, con la única excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas”.

A partir de lo expuesto en la LPCL y el Reglamento de la LFE, podemos apreciar que estamos ante una definición genérica, abierta y amplia sobre los alcances del concepto remunerativo y que se aprecia en la mayoría de las legislaciones en América Latina⁽¹⁰⁾.

Así, las prestaciones que percibe el trabajador deben ser calificadas, en principio, dado el concepto “totalizador” y la “vis atractiva”⁽¹¹⁾ o la concepción total y comprensiva de cuantos beneficios perciba como contraprestación de sus servicios⁽¹²⁾, como remunerativas. Si existiera alguna duda sobre los alcances de un concepto que percibe el trabajador, debería privilegiarse por el carácter remunerativo de la misma⁽¹³⁾.

Se establece una presunción general sobre los alcances de la remuneración, destacándose el carácter contraprestativo de la misma. La fórmula empleada es genérica, una suerte de presunción *iuris tantum* sobre todos los conceptos e ingresos que percibe el trabajador, ya sea en dinero o en especie -sobre este último concepto, al no existir un límite expreso, cabría un pago total en especie⁽¹⁴⁾-.

c) Las normas laborales señalan un concepto

de remuneración genérico que se aplica a todo el ordenamiento jurídico, salvo la Ley del Impuesto a la Renta. Nótese que no se indica el Derecho Tributario; por consiguiente, el concepto de remuneración descrito se aplicaría para los demás tributos. Al respecto, el Tribunal Fiscal ha determinado en varias oportunidades que, por ejemplo, para la determinación de la remuneración asegurable de las aportaciones a la Seguridad Social y la Contribución al Fondo Nacional de Vivienda -hoy Impuesto Extraordinario de Solidaridad-, se deben seguir las pautas establecidas en las normas laborales⁽¹⁵⁾.

Pese a lo expresado en la LPCL, como abordamos más adelante, existen prestaciones económicas que, pese a encontrarse dentro de la definición genérica de remuneración y constituir una ventaja patrimonial para el trabajador, no constituyen remuneración, como ocurre con una asignación anual por cumpleaños, una gratificación por cierre de pliego -celebración de convenio colectivo de trabajo- o una bonificación por aniversario de la empresa. En estos casos, por exclusión legal, no estamos ante conceptos remunerativos⁽¹⁶⁾.

1.2 La remuneración básica y la estructura remunerativa.

1.2.1 La remuneración básica.

La remuneración básica o remuneración simplemente está constituida por lo que el trabajador percibe por sus servicios ordinarios, la misma que se

(9) Como es de conocimiento, la Ley de Fomento del Empleo (LFE), aprobada por Decreto Legislativo No.728, fue “dividida” en dos partes en 1997: la LPCL y la Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobada por Decreto Supremo No.002-97-TR. Ante ello, el Reglamento de la LFE continúa aplicándose para estas dos nuevas normas, mientras no se emitan los nuevos reglamentos.

(10) A título de ejemplo, puede verse el artículo 128 del Código de Trabajo de Colombia, el artículo 95 del Código de Trabajo de Ecuador, el artículo 133 de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, los artículos 457 y 458 de la Ley de Consolidación de Leyes de Trabajo de Brasil, el artículo 361 del Código de Trabajo de Honduras y el artículo 141 del Código de Trabajo de Panamá. Al respecto puede verse *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. Lima: OIT, 2000.

(11) Las frases corresponden a Monereo Pérez, a propósito de la fórmula legal española, muy parecida a la peruana. Respecto del contenido de la reforma española, véase MONEREO PÉREZ, José Luis. Op.cit.: pp.13 y ss.

(12) MERCADER UGINA, Jesús. *Modernas tendencias en la ordenación salarial*. Pamplona: Ed. Arazandi, 1996. p.97.

(13) Un análisis mayor sobre la definición legal sobre remuneración, puede encontrarse en nuestro artículo *Conceptos extraordinarios en la liquidación de beneficios sociales: naturaleza y tributos aplicables*. En: *Asesoría Laboral*. Lima, mayo de 1998. pp.12 y ss.

(14) El Convenio de la OIT No.95, no ratificado por el Perú -por ende, tiene carácter de recomendación-, indica que sólo es posible un pago parcial de la remuneración en especie.

(15) Por todas las resoluciones del Tribunal Fiscal véase la Resolución No.841-4-97 del 02 de setiembre de 1997 para las aportaciones a la Seguridad Social y la Resolución No.964-3-98 del 12 de noviembre de 1998 para la Contribución al FONAVI -hoy Impuesto Extraordinario de Solidaridad-.

(16) Un comentario interesante desde esta perspectiva puede verse en FERRO DELGADO, Víctor. *El concepto de remuneración*. En: *Asesoría Laboral*. Lima, octubre de 1998. pp.16-17.

determina en función a la unidad de cálculo pactada. Es, pues, la remuneración básica o base que representa la contraprestación directa e inmediata más estrechamente conexas con la prestación misma del trabajo prestado⁽¹⁷⁾.

Teniendo en cuenta su condición de remuneración básica, los demás beneficios o complementos remunerativos suelen calcularse en función a ésta. En función al carácter tuitivo del Derecho Laboral, dicha remuneración base -a la fecha- no puede ser inferior a la Remuneración Mínima Vital que equivale a S/410.00⁽¹⁸⁾.

En la sentencia de segunda instancia, claramente se considera al básico como una remuneración, así como el incremento de la remuneración establecido por el Decreto Ley No.26504⁽¹⁹⁾, que tiene la misma naturaleza que la remuneración básica (considerando tercero).

Empero, en el texto del pronunciamiento judicial no se aprecia un pronunciamiento expreso sobre el reintegro pactado por convenio colectivo de trabajo que representa treinta jornales o sueldo básico⁽²⁰⁾ (considerando segundo) y que forma parte de la pretensión inicial del trabajador, de tal manera que, en tanto remuneración, se incluye en la base computable sobre la cual se calcula los beneficios sociales.

De este modo, y como la sentencia de vista tampoco hace referencia al reintegro del básico y la sentencia casatoria declara infundada la demanda, estimamos que el actor no tenía derecho a tal reintegro o que éste era inexistente -tampoco este concepto fue materia de impugnación por el trabajador-. En todo

caso, si el trabajador hubiera tenido acceso a tal reintegro -que se origina por una aplicación retroactiva del convenio colectivo que probablemente estableció un incremento de la remuneración-, éste incrementaba el básico, claramente un concepto remunerativo.

1.2.2 Los complementos o suplementos remunerativos.

Cada vez más, los complementos y suplementos remunerativos están adquiriendo mayor importancia, de tal manera que, en determinados países, se observa un desplazamiento cuantitativo de la remuneración básica a estos conceptos, a tal extremo que la misma denominación de "básico" está siendo cuestionada⁽²¹⁾. Advertimos que los términos complementos y suplementos no se encuentran tipificados en el ordenamiento jurídico peruano, pero su utilización resulta atendible para analizar los conceptos remunerativos y no remunerativos.

En la sentencia casatoria, desde nuestro punto de vista, serían complementos y suplementos de carácter remunerativo las gratificaciones por julio y diciembre, los feriados, el cambio de régimen, el descanso dominical, la bonificación por quinquenio, el descanso dominical, el justiprecio, la alimentación y la gratificación vacacional. Este último concepto no es considerado como remuneración por los magistrados de la Corte Suprema. Hay otros conceptos que podrían ser remuneraciones pero serán abordados en el punto 2 siguiente.

El trabajador, por los servicios prestados o con ocasión de los mismos, percibe una serie de conceptos que califican como remuneración y que se originan

(17) DE LA VILLA GIL, Luis. *Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura*. En: AA.VV. *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*. Madrid: IES, 1980. p.79.

(18) De acuerdo con la Constitución de 1993, el Estado debe regular la remuneración mínima con la participación de los trabajadores y empleadores (artículo 24). Sin embargo, el Estado ha venido regulando exclusivamente el monto y la vigencia de las remuneraciones mínimas. Así, la actual Remuneración Mínima Vital de S/410.00 mensuales ha sido establecida por medio del Decreto de Urgencia No.012-2000 sin contar con la participación de los actores laborales.

(19) La Ley No.26504 del mes de julio de 1995 estableció que los trabajadores que se encontraban afiliados al Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley No.19990, tenían derecho a un incremento del 3,3% de la remuneración.

(20) Se hace referencia a los jornales y sueldos que son términos tradicionalmente utilizados para denominar a la remuneración pagada a los trabajadores obreros por unidad diaria y empleados por unidad quincenal o mensual, respectivamente.

(21) Hacia 1987, la Revista *Análisis Laboral* indicaba que la denominación de remuneración ordinaria -concepto que pretende comprender a los ingresos regulares o permanentes- estaba siendo seriamente cuestionada por el ostensible crecimiento de los complementos y suplementos salariales. Al respecto, véase el informe *Remuneración Ordinaria: precisiones sobre su contenido*. En: *Análisis Laboral*. Lima, agosto de 1993. pp.30-31. Sobre este tema, en países como España, a nivel de la negociación colectiva, los complementos y suplementos están teniendo un importante desarrollo. Al respecto, puede verse COSTA REYES, Antonio. *La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva*. En: *Relaciones Laborales*. No.7. Año 15. Madrid, abril de 1999. pp.8 y ss.

especialmente en actos autónomos -normativos o no normativos-. Se trata de conceptos que no forman parte del básico -pueden ser calculados en función a ella- y que no se derivan necesariamente de la prestación ordinaria de trabajo, sino de otros factores relacionados con la prestación misma, la calidad personal del trabajador, circunstancias externas al trabajo o el resultado del negocio.

Generalmente, estos complementos y suplementos se dividen en los siguientes cuatro grupos:

1.2.2.1 *Las compensaciones contraprestativas.*

Un primer grupo de complementos o suplementos se relaciona con la prestación laboral, pero que no suele corresponder a la prestación ordinaria del trabajador de tal manera que tienden a compensar la anormalidad o el carácter extraordinario o el esfuerzo del trabajador⁽²²⁾. En nuestro medio, suelen denominarse “bonificaciones”.

Ejemplos de este tipo de complementos o suplementos serían los pagos que se efectúan por horas extras -en el sistema peruano supone un pago mínimo equivalente al 25% de la hora ordinaria⁽²³⁾-; trabajo en altura; servicios nocturnos -en este caso, existe una remuneración mínima vital nocturna en las normas peruanas⁽²⁴⁾-; bonificaciones por toxicidad, peligrosidad, suciedad o zona de emergencia; la gratificación que se paga por balance a los contadores; asignaciones por puntualidad o asistencia⁽²⁵⁾; etc. Estamos, entonces, ante complementos remunerativos que se entregan por los servicios que presta el trabajador.

Bajo esta perspectiva, aún cuando no contamos con toda la información respectiva adicional a la sentencia, estimaríamos -al igual que lo afirmado por la sentencia de segunda instancia- que los conceptos

feriados, descanso dominical, cambio de régimen, justiprecio y alimentación (considerando tercero) serían complementos remunerativos de esta naturaleza.

Estos ingresos -que no fueron cuestionados por medio del recurso de casación- se percibirían por el trabajo realizado en días de descanso remunerado -feriados y dominical- y por ciertas peculiaridades y características que inciden en los servicios del trabajador que suponen la necesidad de un reconocimiento adicional al básico pactado -cambio de régimen, justiprecio y alimentación-.

El carácter condicionado o no que puede tener este tipo de ingresos no supone un rasgo que denote un carácter no remunerativo. Simplemente, estaríamos ante un concepto no consolidable en la medida que el trabajador no conserva el derecho a percibir este concepto dado que se encontrará supeditado al acto o hecho que lo originó, de tal manera que podría no otorgarse si no se configura el supuesto de hecho⁽²⁶⁾. En otras palabras, en este supuesto, el complemento no se incorpora al contrato de trabajo, ya que depende de la prestación efectiva de servicios del trabajador para determinar si procede su entrega, pero ello no significa que no sea remuneración mientras se perciba.

Así, estamos ante ingresos adicionales, un “plus” que se relacionaría con la prestación efectiva de servicios donde no influye el trabajador individual, sino la naturaleza especial de los servicios prestados⁽²⁷⁾.

1.2.2.2 *Los suplementos personales.*

Un segundo grupo está conformado por prestaciones de carácter personal del trabajador, usualmente denominadas asignaciones. En este caso, no se atiende a la prestación misma laboral, sino a determinadas condiciones personales o características del trabajador, tales como la capacitación, la

(22) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y Otros. *Derecho del Trabajo I*. Volumen II. Materiales de Enseñanza de la Universidad de Sevilla. p.149.

(23) Véase el artículo 10 del Decreto Legislativo No.854 que prevé este mínimo legal.

(24) El artículo 8 del Decreto Legislativo No.854 prevé que, en el trabajo nocturno -entre las 10.00 pm. y 6.00 am.-, la remuneración mínima vital se incrementa en un 30%.

(25) Pese a ello, en la sentencia recaída en el Expediente No.1717-96-BS se indica que las bonificaciones por asistencia y puntualidad no son remuneraciones. En: *Manual de Jurisprudencia Laboral*. Lima: H&M Ediciones y Servicios, 1998. p.679. No estamos de acuerdo con el criterio establecido en esta sentencia en la medida que tales bonificaciones representan un claro concepto contraprestativo que se entrega a los trabajadores que cumplen, a cabalidad, con su prestación de servicios, con el horario de trabajo y la asistencia laboral.

(26) RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín. *La ordenación salarial*. En: AA.VV. *Reforma de la legislación laboral*. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1995. p.499.

(27) DAUBLER, Wolfgang. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994. p.645.

experiencia, la especialidad, el número de hijos⁽²⁸⁾, etc. De este modo, estos conceptos no se relacionan con la prestación misma laboral, dado que tienen su concausa en elementos externos⁽²⁹⁾.

Tenemos un concepto que no se analiza expresamente en la sentencia casatoria: el trabajador se refiere a las bonificaciones por quinquenio (considerando segundo). Si bien este concepto no es desarrollado en la sentencia de segunda instancia (considerando tercero), sí representa un complemento contraprestativo, dado que supone un reconocimiento a la antigüedad, la fidelidad y el tiempo de servicios del trabajador -que se determina cada cinco años- y debe tener carácter remunerativo⁽³⁰⁾. Como no existe referencia en la sentencia casatoria, estimamos que existe una aceptación de parte del trabajador.

De otro lado, tenemos dos conceptos que se acercarán a este grupo de suplementos y serían las bonificaciones por quinquenio y el cambio de régimen. Empero, consideramos que estos conceptos se perciben, esencialmente, como un reconocimiento a los servicios prestados por el trabajador que serían la antigüedad y la naturaleza del trabajo realizado, respectivamente. En todo caso, si ingresaran en esta clase, ello no enervaría su carácter remunerativo.

1.2.2.3 Suplementos particulares.

Un tercer grupo estaría integrado por conceptos que percibe el trabajador por circunstancias ajenas a la prestación laboral y su propia condición personal, generalmente llamadas gratificaciones. Por ejemplo, las gratificaciones de julio y diciembre se perciben porque se celebran acontecimientos cívicos y religiosos con independencia de la nacionalidad o religión del trabajador y, ciertamente, de los servicios prestados.

En la sentencia se indican dos conceptos que

ingresarían en este grupo: las gratificaciones de Fiestas Patrias (julio) y Navidad (diciembre) y la gratificación vacacional (considerando tercero y décimo, respectivamente). Sobre el primer concepto, claramente las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad son conceptos semestrales remunerativos⁽³¹⁾.

La gratificación vacacional no es considerada como remuneración porque se indica que constituye una liberalidad del empleador. La gratificación vacacional suele otorgarse a los trabajadores con ocasión del goce físico de las vacaciones cuya regulación legal se encuentra en el Decreto Legislativo No.713. En este caso, además de la remuneración vacacional, el trabajador percibe una gratificación vacacional -cuyo monto es fijado por la autonomía privada- para que el trabajador goce a cabalidad de sus vacaciones.

Si bien su origen puede ser liberal -en el acto, normativo o no, del empleador-, éste no es un elemento suficiente para indicar que nos encontramos ante un concepto no remunerativo. Como apreciaremos más adelante, la liberalidad es un atributo de la gratificación extraordinaria que, por su propia naturaleza, con la repetición en su entrega, puede convertirse en ordinaria y en un concepto remunerativo.

En la medida que exista una reiteración en la entrega del beneficio y que, probablemente, se extienda a los demás trabajadores, nos encontraremos ante una gratificación vacacional ordinaria que sería una remuneración. Hasta donde hemos podido apreciar, lo más probable es que sea ordinaria la entrega de la gratificación vacacional y que, por tal razón, sería remuneración. La única razón por la cual la gratificación vacacional no califica como remuneración es que sea realmente una primera o segunda entrega. Sobre este concepto volveremos más adelante.

(28) La Ley No.25129 señala que los trabajadores cuyas remuneraciones no se encuentren sujetas a una negociación colectiva y que tienen hijos menores de edad o que estudien hasta los 24 años, tienen derecho a percibir una asignación familiar mensual equivalente al 10% de la Remuneración Mínima Vital, la misma que tiene carácter remunerativo.

(29) RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y Otros. Op.cit.; p.148.

(30) A nivel legislativo, el Decreto Legislativo No.688 estableció una bonificación de 30% -recogiendo lo expuesto en normas precedentes- para los trabajadores que tuvieran treinta o más años de servicios para un mismo empleador. Empero, esta bonificación fue suprimida en julio de 1995 por la Ley No.26513, manteniéndose tal beneficio a los trabajadores que, a la fecha de la derogación del decreto legislativo, ya habían adquirido el derecho de percibirlo por cumplir con los requisitos exigidos. De todas formas, actualmente es un beneficio cerrado sujeto a condición extintiva.

(31) La Ley No.25139 estableció estas gratificaciones a favor de los trabajadores y que equivale cada una de ellas a una remuneración mensual.

1.2.2.4 Complementos aleatorios.

Finalmente, tenemos a los complementos que se derivan de la situación y los resultados de la actividad de la empresa. En este caso, nos encontramos ante conceptos que se perciben en función a la actividad empresarial, de tal manera que no resulta suficiente la condición o calidad del trabajador para recibirlos, es necesario apreciar el cumplimiento de una meta o un resultado⁽³²⁾. En el sistema peruano, ya se están apreciando algunos convenios colectivos de trabajo y acuerdos no normativos laborales donde las empresas convienen con los trabajadores en la entrega de conceptos determinados si se cumplen índices basados en la productividad, la utilidad, las ventas, etc.

En la sentencia se alude a la asignación sustitutoria en las utilidades (considerando sexto) que ingresaría en este acápite. Empero, como es un concepto excluido legalmente, no es remuneración y será tratada más adelante.

1.2.3 Beneficios accesorios (*fringe benefits*).

Los beneficios accesorios son prestaciones marginales o ventajas que reciben o tienen los trabajadores y que son accesorios a la remuneración y los complementos y suplementos remunerativos. Estamos, siguiendo a Mercader Uguina⁽³³⁾, ante percepciones en especie que, consistiendo en la transferencia de propiedad o cesión en uso o disfrute de bienes, derechos o servicios, tienen su causa en el contrato de trabajo, y que se entregan con el fin de compensar el trabajo realizado, siendo determinables en su cuantía, cuantificables en términos dinerarios e individualizables en el trabajador y que no califican como condiciones de trabajo.

Ejemplos de lo dicho serían, en principio, las subvenciones para una vivienda, el uso de automóviles, los viajes de recreo, los pagos de cuotas profesionales, la mensualidad de un club social, la asignación médica familiar⁽³⁴⁾, etc., en la medida que no sean considerados como condiciones de trabajo. En estos casos, no

estamos ante conceptos contraprestativos directos o indirectos, son bienes o servicios que tiene el trabajador derivados de la relación laboral, que les genera un incremento o una ventaja patrimonial y que, en virtud de la fórmula presuntiva de la remuneración de la LPCL, deberían ser considerados como remuneraciones.

De la apreciación de la sentencia, no habría algún concepto que ingrese en esta categoría.

2 Los conceptos no remunerativos en el ordenamiento peruano.

La remuneración, por el lado del trabajador, constituye un ingreso para cubrir las necesidades de su familia -lo que la convierte en una renta vinculada a la necesidad de trabajar y a ello apunta la definición de la LPCL- y, por el lado del empleador, representa un costo económico directo -por la suma que tiene que abonar al trabajador más los beneficios sociales y al fisco por concepto de tributos y aportes legales-.

2.1 Consideraciones generales.

a) En el artículo 7 de la LPCL se indica que los conceptos detallados en los artículos 19 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS), aprobada por Decreto Supremo No.001-97-TR, no son remuneraciones para ningún efecto legal y, en consecuencia, no forman base para el cálculo de los beneficios sociales que se determinan sobre los ingresos que son remunerativos. Como indicamos, según el artículo 10 del Reglamento de la LFE, los conceptos no remunerativos detallados en la LCTS tienen alcance para todo el ordenamiento -como los beneficios sociales abordados en la sentencia-, con excepción de la Ley del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas.

Nótese que el artículo 7 de la LPCL se refiere a los conceptos no remunerativos, pero lo hace de manera taxativa -prácticamente, solamente un concepto, las

(32) MONEREO PÉREZ, José Luis. Op.cit.; pp.41 y ss.

(33) MERCADER UGUINA, Jesús. Op.cit.; p.149.

(34) Este concepto ha sido analizado por la jurisdicción laboral que ha determinado su carácter no remunerativo por ser una condición de trabajo (sentencia recaída en el Expediente No.820-92-BS); empero, habría que apreciar si, en el caso resuelto, tal asignación calificaba como una condición de trabajo que es una circunstancia que no puede dejar de tomarse en consideración. La sentencia se encuentra en RENDON VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Individual*. Lima: Ed. Edial, 1995. p.517.

condiciones de trabajo, tienen una mención genérica pero, pese a ello, con ciertos límites-, corroborando de esta manera la intención de limitar las excepciones a la definición general y presuntiva contenida en el artículo 6 de la referida norma.

En la sentencia, existe un alcance sobre los conceptos no remunerativos (considerando quinto). Se indica que los conceptos no remunerativos tienen las características de ser condiciones de trabajo, representar una liberalidad del empleador o provenir de un convenio colectivo de trabajo. Ciertamente, algunos conceptos no remunerativos ingresan dentro de las características anotadas; empero, desde nuestra perspectiva, no sería suficiente lo enunciado.

En nuestro sistema jurídico se prevén una serie de conceptos que no califican como remuneraciones. Algunos conceptos, por su naturaleza, no serían remuneraciones -como las condiciones de trabajo-, o por su carácter liberal -como la gratificación extraordinaria-, pero otras, debiendo ser remuneraciones según la fórmula del artículo 6 de la LPCL, se encuentran excluidas por norma expresa -como serían la asignación por cumpleaños del trabajador o el valor de los bienes producidos por el empleador que se entregan a los trabajadores-.

Entonces, los conceptos no remunerativos no se determinarían solamente por los criterios que aparecen en la sentencia (considerando quinto). Simplemente serían aquellos que aparecen en las disposiciones legales antes citadas.

No obstante lo dicho, por su naturaleza jurídica, habría determinados conceptos que no serían remuneraciones y no aparecen dentro de los conceptos descritos en los artículos 19 y 20 de la LCTS, y por ello, lo recomendable hubiera sido que la LCTS incluyera aquellos conceptos que, por su naturaleza o por exclusión legal, tampoco son remuneraciones. Estos conceptos no aparecen en la sentencia casatoria

comentada.

En primer lugar, tenemos a la propia Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). No está dentro de los artículos citados de la LCTS, pero, por su naturaleza de asistencia y seguro de desempleo (artículo 1 de la LCTS), no sería una remuneración⁽³⁵⁾. Pese a lo dicho, debemos advertir que en una sentencia de casación, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema habría interpretado .criterio que no compartimos- que la CTS calificaría como un concepto remunerativo sujeto a las reglas del acto de hostilidad del literal a) del artículo 30 de la LPCL. En este caso, señaló que la CTS se regía por las reglas de la falta de pago de remuneraciones y, por ende, al plazo de caducidad previsto para los actos de hostilidad⁽³⁶⁾.

En segundo lugar, tenemos las indemnizaciones previstas en las normas laborales. Las indemnizaciones por falta de pago de la CTS, muerte o invalidez -seguro de vida legal-, despido arbitrario y la falta de goce vacacional son compensaciones económicas tarifadas que se entregan a los trabajadores por determinados perjuicios⁽³⁷⁾.

En tercer lugar, tenemos las propinas - entregadas voluntariamente por los usuarios del servicio de la empresa- o el recargo al consumo -que es impuesto por la empresa y representa un porcentaje del valor del consumo- que se entregan en determinadas actividades a los trabajadores por los terceros que utilizan los servicios del empleador⁽³⁸⁾. La Ley No.25988 indica que estos conceptos no son remuneraciones de los trabajadores por su propia naturaleza, en la medida que el pago no proviene del empleador; el recargo al consumo y las propinas no tendrían carácter contraprestativo y, por lo cual, no califican como remuneración del trabajador⁽³⁹⁾.

Pese a lo dicho, en países como Venezuela, las propinas califican como remuneraciones. Así, el artículo 134 de la Ley Orgánica de Trabajo anota que

(35) Solamente la Quinta Disposición Derogatoria y Final de la LCTS indica que la CTS no es renta del trabajador hasta el 31 de diciembre de 2000 -prorrogada hasta el año 2002- ni remuneración computable para el cálculo de las aportaciones a la Seguridad Social. Empero, no hay una exclusión expresa sobre el carácter no remunerativo de la CTS.

(36) Véase los considerandos segundo, cuarto y quinto de la Casación No.1562-97, publicada el 13 de diciembre de 1997 en el Diario Oficial *El Peruano*.

(37) AA.VV. (Coordinadora: Rosa Quesada). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Ed. CEURA, 1994, p.664.

(38) MARTÍN VALVERDE, Antonio y Otros. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1991. p.448.

(39) La jurisdicción laboral ha indicado que el porcentaje al consumo no califica como remuneración porque es entregado por un tercero (sentencia recaída en el Expediente No.5223-94-BS). En: *Actualidad Laboral*. Lima, noviembre de 1995. p.50.

en los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso.

b) Los conceptos no remunerativos contemplados en los artículos 19 y 20 de la LCTS tienen vocación de generalidad, es decir, son aplicables a todos los ámbitos del derecho -laboral, civil, administrativo, tributario, etc.-. La aplicación de los conceptos no remunerativos -como los remunerativos, ciertamente- se extiende a temas como la determinación de la pensión de jubilación, los créditos laborales en caso de prelación de deudas del empleador, el cálculo del Impuesto Extraordinario de Solidaridad, etc.-.

Así, un concepto no remunerativo no forma parte de las remuneraciones computables para el cálculo de beneficios sociales (CTS, utilidades, gratificaciones, etc.) ni de las remuneraciones asegurables para la determinación de tributos y aportes legales (pagos a la AFP, ESSALUD, EPS, etc.), salvo para la Ley de Impuesto a la Renta aprobada por el Decreto Legislativo No.774 -en adelante LIR- que regula el Impuesto a la Renta de Quinta Categoría de cargo del trabajador⁽⁴⁰⁾. En otras palabras, no genera ningún costo adicional para el empleador.

Seguidamente, analizaremos los conceptos no remunerativos previstos en los artículos 19 y 20 de la LCTS sin seguir el orden establecido en ellos, pero atendiendo a los conceptos que aparecen en la sentencia reseñada.

2.2 Los principales conceptos no remunerativos.

2.2.1 El valor de las condiciones de trabajo.

a) Desde nuestro punto de vista, estamos ante

un concepto que, por su propia naturaleza, no califica como remuneración. La exclusión legal del carácter remunerativo, por tanto, es incuestionable; inclusive, si no se hubiera previsto la exclusión, por su propia naturaleza, como lo indica la sentencia comentada (quinto considerando), el valor de las condiciones de trabajo no deberían considerarse como remuneraciones.

La sentencia casatoria se refiere a las condiciones de trabajo para dos conceptos diferentes. En efecto, indica que la movilidad es una condición de trabajo (considerando noveno) al igual que el tiempo de viaje (considerando décimo). En este acápite, solamente nos limitaremos a describir los alcances de la movilidad que califica como una condición de trabajo (considerando noveno).

Sobre el concepto de condición de trabajo, el profesor Ermida Uriarte⁽⁴¹⁾ describe que es uno difícil de definir siendo “tan impreciso como difundido” - puede abarcar desde sólo las prestaciones que entrega el empleador para la ejecución del contrato de trabajo hasta cualquier prestación que se verifique en una relación laboral- pero, en casi todos los países, se incluye a la jornada y horario dentro de la condición de trabajo. En nuestro sistema jurídico, tradicionalmente se distingue la remuneración de las condiciones de trabajo⁽⁴²⁾.

La remuneración se entrega como contraprestación de los servicios del trabajador. En cambio, las condiciones de trabajo suelen otorgarse para que el trabajador cumpla los servicios contratados, ya sea porque son indispensables y necesarios o porque facilitan tal prestación de servicios, y que pueden estar contenidos en la expresión “los gastos y materiales” necesarios -directa o indirectamente- para ejecutar el contenido de la prestación del trabajador.

(40) Según lo dispuesto en el literal a) del artículo 34 de la LIR, todo concepto otorgado en virtud de una prestación personal subordinada -contrato de trabajo-, constituye renta gravada con el Impuesto a la Renta de quinta categoría de cargo de los trabajadores. Dicho dispositivo comprende inclusive conceptos que, de acuerdo al Derecho Laboral, no califican como remuneración -por ejemplo, gratificaciones y bonificaciones extraordinarias- puesto que, como lo establece el artículo 10 del Reglamento de la LFE, el concepto de remuneración contenido en la LPCL no alcanza a las normas tributarias en materia de Impuesto a la Renta.

(41) ERMIDA URIARTE, Oscar. *El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo*. En: *Derecho Laboral*. Tomo XXXIV. No.164. Madrid, 1991. p.616.

(42) Tenemos un antecedente. El Decreto Supremo No.006-71-TR (norma que regulaba las negociaciones colectivas hasta antes de la vigencia de la Ley No.25593) distinguía la remuneración de las condiciones de trabajo. Además de los preceptos de la LCTS, a la fecha, el artículo 93 del Reglamento de la LFE indica que condiciones de trabajo -para efectos de la aplicación de beneficios a los socios trabajadores de una cooperativa de trabajadores- son todas aquellas necesarias para el desempeño de las funciones de los trabajadores.

b) El literal c) del artículo 19 de la LCTS indica que las condiciones de trabajo no son remuneraciones. De otro lado, el literal i) del mismo artículo anota que no son remuneraciones los montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

De la regulación legal, se puede colegir que el artículo 19 de la LCTS habría indicado en el literal c) a la condición de trabajo como concepto no remunerativo y en el literal i) a las características y límites de su definición con algunos ejemplos (los gastos de representación y los viáticos -necesarios para la prestación de determinados servicios-, el vestuario, la movilidad, etc., no son sino condiciones de trabajo). En todo caso, pese a la reiterancia legislativa, lo relevante es la consideración de las condiciones de trabajo como un concepto no remunerativo.

Debemos precisar que, si bien el artículo i) del artículo 19 de la LCTS se refiere a los montos que se entregan al trabajador, las condiciones de trabajo no se agotan en el dinero que se concede al trabajador. Evidentemente, también se incluyen los bienes o "servicios" que se otorguen en calidad de condiciones de trabajo.

c) Ahora bien, en la LCTS se plantean límites a la entrega de las condiciones de trabajo que deben tenerse en cuenta dado que estamos ante un concepto genérico. De un lado, deben ser entregadas por su necesidad o porque facilitan la prestación de servicios del trabajador de tal forma que no son de libre disposición del trabajador. Así, el uniforme del personal administrativo⁽⁴³⁾, las herramientas de un obrero, los viáticos de los vendedores, las muestras médicas de los vendedores comisionistas, la alimentación entregada a los trabajadores que laboran en

campamentos mineros o petroleros y fundos agrícolas, etc., serán condiciones de trabajo.

Si bien no aparece en la sentencia reseñada, estimamos que la indicación de un concepto como una condición de trabajo supone la existencia de una fiscalización y razonabilidad en la entrega del concepto de movilidad (considerando noveno); pese a ello, consideramos que hubiera sido deseable que se realizara alguna referencia mínima sobre el particular por la importancia que tiene tal análisis. En efecto, el empleador debe fiscalizar y controlar la utilización y destino de la condición de trabajo a tal extremo que, al término de la prestación de servicios o de la relación laboral, podría exigir la devolución de las condiciones de trabajo si fuera el caso.

De otro lado, su entrega debe ser razonable y este hecho también ha debido valorarse en la sentencia. Ciertamente, estamos ante un concepto indeterminado que solamente puede definirse en cada caso concreto, pero que se relaciona con la existencia de causas objetivamente válidas y que pueden ser "demostrables y justificables"⁽⁴⁴⁾.

Entonces, nosotros estimamos que los magistrados habrían apreciado que sí existe una causa válida para la entrega de una movilidad y que la cantidad proporcionada por el empleador resulta atendible en función a la prestación de servicios⁽⁴⁵⁾. No obstante, en caso que tales exigencias no se cumplieran, se habría producido una desnaturalización de la movilidad y estaríamos ante un concepto remunerativo.

2.2.2 El valor del transporte o la movilidad.

a) En primer lugar, resulta importante delimitar el ámbito de aplicación del concepto abordado. Se trata del transporte -pasajes- o el valor de la movilidad que proporciona el empleador para que el trabajador se traslade de su domicilio al centro de trabajo y viceversa, pero que no califica como

(43) Por ello, en caso de incumplimiento del empleador, la justicia laboral ha establecido que no cabe una valorización de las condiciones de trabajo para que proceda su entrega en efectivo por no calificar como una remuneración en especie. Al respecto, véase la sentencia dictada en el Expediente No.2638-98-I.D.C.(S). En: *Actualidad Laboral*. Lima, marzo de 2000. p.40.

(44) PLA RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1979. p.273.

(45) La jurisdicción laboral ha indicado que las condiciones de trabajo son aquellos bienes que se entregan a los trabajadores para el cabal desempeño de sus labores y no tiene carácter contraprestativo (sentencia recaída en el Expediente No.3407-94). En: *Actualidad Laboral*. Lima, noviembre de 1995. p.49. Además, puede verse la sentencia dictada en el Expediente No.3407-94. VIDAL BERMUDEZ, Alvaro y Otros. *Manual Práctico de Derecho Individual del Trabajo*. En: *Asesoría Laboral*. Lima, 1999. p.A-214.

condición de trabajo (para este supuesto, existen otros acápites aplicables ya analizados).

No podemos incluir en este supuesto a la movilidad proporcionada por el empleador cuando resulta necesaria para la prestación de servicios -por ejemplo, para trasladarse de la ciudad al campamento petrolero ubicado en una zona de difícil acceso- o para la prestación misma del servicio -por ejemplo, si se trata de vendedores- de los trabajadores, porque existe necesidad de que el empleador proporcione tal movilidad al trabajador y, bajo estos requerimientos, estamos ante una condición de trabajo.

En la sentencia reseñada se indica que la movilidad y el tiempo de viaje -transporte- son condiciones de trabajo (considerandos noveno y décimo, respectivamente) que ingresan en los supuestos previstos en los literales i) y e) del artículo 19 de la LCTS. Por lo expuesto, nosotros trataremos solamente el tiempo de viaje (considerando décimo) en la medida que la movilidad ya ha sido analizada en el anterior punto.

b) El literal e) del artículo 19 de la LCTS tiene dos partes⁽⁴⁶⁾. En la primera, indica que no son remuneraciones el valor del transporte cuando esté destinado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra dicho traslado. En la segunda parte, señala que tampoco es remuneración el concepto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o colectivo, siempre que cumpla con los requisitos antes descritos.

No entendemos claramente la distinción legal que se pretende efectuar a través de los dos párrafos.

Del texto citado, parecería que la primera parte alude al ómnibus que proporciona el empleador para el traslado de los trabajadores y la segunda parte al dinero que proporciona el empleador para la misma finalidad. Esta diferenciación carecería de sentido para la primera parte dado que, como es un servicio, sólo se utilizará cuando el trabajador acuda a laborar y sería difícil que, cuando se utilice, sea de modo irrazonable

y, por lo tanto, los requisitos no serían necesarios.

De otro lado, podría atenderse a la fuente del concepto. La segunda parte se referiría a la movilidad que proviene de un pacto expreso -individual o colectivo, supuesto de la sentencia comentada- y la primera parte, de otras fuentes -acto unilateral, costumbre, convenio atípico o extra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo-. Empero, esta distinción resulta menos convincente dado que la primera parte no se refiere a ninguna fuente de origen y sí sería cuestionable que la segunda parte limite a la movilidad que provenga de un pacto individual o colectivo.

c) Al margen del debate antes citado, estamos ante montos -o el valor del servicio de movilidad- que una empresa entrega por transporte y se conceden para que los trabajadores se trasladen de sus hogares al centro de trabajo y viceversa. La movilidad, entonces, no es de libre disposición -no puede ser utilizada para otra finalidad- y no puede otorgarse en forma irrazonable, de tal manera que exceda el costo del traslado o entregarse al margen de la asistencia al centro de trabajo.

A partir de ello, tendríamos las siguientes modalidades para el traslado de los domicilios de los trabajadores al centro de trabajo y viceversa: servicios de taxis, un ómnibus de propiedad de la empresa o de un tercero contratado, vehículos de transporte público y combustible para los autos de los propios trabajadores o de la empresa⁽⁴⁷⁾.

En los casos citados, la entrega de desembolsos por movilidad se efectúa con el propósito de garantizar la asistencia al centro de trabajo, aunque en ciertos casos resulta harto difícil determinar la razonabilidad de la entrega (determinar que el monto es razonable, es decir, que no exceda el costo del traslado encubriendo montos remunerativos de libre disposición y que su utilización sea debidamente controlada por la empresa).

El caso específico del tiempo de viaje para asistir al centro de trabajo, el monto fijo que el

(46) El literal e) del artículo 19 de la LCTS prevé que no son remuneraciones "El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados".

(47) Al respecto, puede verse la sentencia recaída en el Expediente No.2908-95 H(S) que destaca que los vales por consumo de gasolina, si se otorgan para que el trabajador se desplace de su domicilio a su centro de trabajo y con una fiscalización en su utilización, no califican como remuneración. La ejecutoria puede encontrarse en LEGIS. *Régimen laboral peruano*. Lima, 1999. p.122.

empleador otorgue debe estar supeditado a la asistencia del trabajador al centro de trabajo y no debe exceder del importe de los pasajes del vehículo de transporte público, del taxi o de la gasolina que cubran su traslado.

Por otro lado, si el trabajador no acude al centro de trabajo o está de vacaciones, no debe otorgarse movilidad alguna, puesto que la misma no se destinaría a cumplir con las obligaciones del trabajador. En estos casos, estaríamos ante remuneraciones en especie porque suponen una ventaja para el trabajador⁽⁴⁸⁾. Lamentablemente, la sentencia -al igual que la movilidad- no contiene mayor información que permita apreciar, a plenitud, la naturaleza del concepto tiempo de viaje.

Así, si el tiempo de viaje representa una suma que se entrega a los trabajadores con la debida fiscalización a los trabajadores, en forma razonable y en tanto deriva de un convenio colectivo de trabajo, no sería una remuneración. Ciertamente, si no fuera fiscalizado ni razonable, sería remuneración y lo expresado en el décimo considerando de la sentencia no respondería a la exigencia legal.

2.2.3 Gratificación extraordinaria.

En la sentencia se indica que la gratificación vacacional es una liberalidad y no es remuneración (considerando décimo) y que la bonificación o gratificación extraordinaria no es remuneración según lo dispuesto en el literal a) del artículo 19 de la LCTS (considerando octavo). Seguidamente, dedicaremos las siguientes líneas a estos conceptos.

a) Las gratificaciones extraordinarias no califican como remuneración para ningún efecto laboral, tal como lo prevé el artículo 7 de la LPCL, en concordancia con el literal a) del artículo 19 de la LCTS.

En tal sentido, cuando una empresa entrega, a título de liberalidad y ocasionalmente, una gratificación extraordinaria, ésta no tiene incidencia en la determinación de los beneficios sociales -

compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, etc.- ni está afecta a los tributos y aportaciones que inciden sobre la remuneración, con excepción del Impuesto a la Renta de Quinta Categoría que se rige por sus propias normas.

La exclusión legal atiende al carácter extraordinario y liberal de la gratificación. De esta manera, se prevén dos elementos relevantes: de un lado, lo ocasional y, de otro lado, el carácter “acontraprestativo”; estamos, ante una suma que se concede con prescindencia de la prestación de servicios del trabajador.

b) El literal a) del artículo 19 de la LCTS precisa que no constituyen remuneración las gratificaciones y demás sumas que ocasionalmente se entregan a los trabajadores con carácter de liberal⁽⁴⁹⁾.

Veamos primero el carácter liberal. En nuestra opinión, la gratificación extraordinaria no debe tener relación con los servicios del trabajador. Si, por ejemplo, se entregara una gratificación extraordinaria por productividad o logro de metas, estaríamos ante un concepto que se abona por los servicios del trabajador, esto es, con el carácter contraprestativo descrito en el artículo 6 de la LPCL y, por tal razón, ante una remuneración.

Por otro lado, tenemos que la gratificación extraordinaria debe ser ocasional. De los conceptos no remunerativos, éste es el único que se convierte en remuneración por la reiteración, dado que la exclusión tiene íntima relación con la periodicidad en la entrega. El tema es apreciar cuando, con independencia de la fuente, el concepto abordado se convierte en una gratificación ordinaria, en una remuneración. La jurisprudencia laboral se ha encargado de responder esta inquietud.

Así, se ha mencionado que en el caso de una gratificación anual, hay una pérdida de la naturaleza “extraordinaria” cuando se entrega por dos años consecutivos⁽⁵⁰⁾. De esta forma, de acuerdo al criterio

(48) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Volumen 2. Montevideo: FCU, 1999, p.99.

(49) El literal a) del artículo 19 indica que no son remuneraciones las “Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego”.

(50) A título ilustrativo puede verse la sentencia recaída en el Expediente No.1844-80, expedida por el Tribunal de Trabajo de Lima. En: *Manual de Jurisprudencia Laboral*. Op.cit.; pp.200-201.

fijado por la jurisprudencia y la doctrina, la entrega de gratificaciones extraordinarias anuales en forma consecutiva por dos años, desnaturaliza su carácter extraordinario y la convierte en ordinarias a partir de la segunda entrega -dentro de una interpretación conservadora- o tercera entrega -bajo una interpretación amplia, criterio que nosotros asumimos-.

En el caso de gratificaciones extraordinarias que se entregan en períodos menores al año, debería aplicarse el mismo criterio.

Aún cuando la normativa laboral no lo señala -tampoco hemos ubicado una sentencia judicial sobre el particular-, creemos que puede entregarse gratificaciones extraordinarias con una periodicidad mayor a un año sin que puedan ser calificadas como "ordinarias", siguiendo el criterio de periodicidad previsto en el artículo 18 de la LCTS.

En consecuencia, cuando existe una reiteración en la entrega de gratificaciones extraordinarias, éstas pierden esta naturaleza y se convierten en ordinarias y, en consecuencia, son consideradas como una remuneración. En otras palabras, cada vez que pueda determinarse que la entrega de gratificaciones -o de cualquier otro concepto de similar naturaleza que tenga diferente denominación- no es excepcional o infrecuente -y ello sólo se logra apreciando varias "entregas" en el tiempo-, estaremos ante gratificaciones ordinarias.

Pese a lo expuesto, debemos indicar que las disposiciones del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) han establecido un concepto más amplio -y muy discutible- sobre los alcances del término "gratificación extraordinaria". En efecto, las disposiciones del SPP y SCTR⁽⁵¹⁾ han señalado que las gratificaciones extraordinarias se "ordinarizan" cuando se entregan a todos los trabajadores o a un grupo de éstos por períodos iguales o inferiores a los seis meses durante dos años consecutivos.

Resulta cuestionable el mencionado precepto porque, según este criterio, las gratificaciones

extraordinarias que se entregan a un solo trabajador nunca se "ordinarizarían" ni las gratificaciones extraordinarias que se abonan por períodos superiores a los seis meses. En todo caso, lo expuesto solamente se aplicaría para las aportaciones al SCTR y el SPP.

c) Como hemos indicado, en la sentencia se hace referencia a la gratificación extraordinaria como concepto no remunerativo por ser una liberalidad (considerando octavo). En la medida que este concepto no se hubiera entregado en forma reiterada, lo expuesto en la sentencia se ajustaría a la naturaleza de la gratificación extraordinaria. El carácter liberal -entendemos, que tiene por fuente la voluntad del empleador- no sería suficiente. La apreciación de una entrega periódica de este concepto es lo determinante para que mantenga su naturaleza jurídica no remunerativa. De la sentencia, entendemos que no existe una reiterancia en la entrega de este beneficio para que no sea un concepto remunerativo.

De otro lado, tenemos a la gratificación vacacional (considerando décimo). Al respecto, la sentencia indica que este concepto no es remunerativo por ser una liberalidad del empleador.

Ciertamente, estamos ante gratificaciones gratuitas que se entrega por hechos absolutamente ajenos a la relación laboral⁽⁵²⁾; empero, como hemos ya anotado, aparentemente esta gratificación vacacional se percibiría en forma reiterada cuando los trabajadores de la empresa gozaban de vacaciones físicas remuneradas y, por ello, no sería extraordinaria u ocasional su percepción⁽⁵³⁾. De este modo, desde nuestro punto de vista, estaríamos ante un concepto remunerativo porque se habría configurado una repetición en su entrega.

2.2.4 Participación en las utilidades legales o convencionales.

Tanto la participación legal prevista en el Decreto Legislativo No.892 -que se distribuye anualmente sobre la renta neta antes de impuestos-,

(51) Para el SCTR, véase la definición de remuneración mensual prevista en la Tercera Disposición Final del Decreto Supremo No.003-98-SA y, para el caso del SPP, puede apreciarse el artículo 92 de la Resolución No.080-98-EF/SAFP.

(52) PEREIRA, Santiago. *La gratificación: complejidades laborales y tributarias*. En: *Derecho Laboral*. No.190. Montevideo, junio de 1998. pp.494 y ss.

(53) La jurisdicción laboral ha indicado que, cuando la gratificación extraordinaria se paga en forma permanente, califica como remuneración. Al respecto, puede verse la sentencia recaída en el Expediente No.3749-97. En: *LEGIS*. Op.cit., p.222.

así como la participación autónoma o convencional proveniente de un acto unilateral del empleador, de un convenio colectivo de trabajo, de una costumbre, etc., no califican como remuneración en virtud de lo expresado en el literal b) del artículo 19 de la LCTS. Este último precepto indica que no se considera remuneración cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa -legales o convencionales-.

En este sentido, están comprendidas en la disposición citada tanto la participación de los trabajadores en las utilidades establecida de manera legal como las utilidades que de manera convencional o autónoma -convenio colectivo por ejemplo- se entrega al trabajador. La participación de utilidades autónomas que otorga una empresa no califica como remuneración para efectos laborales, y se distribuye antes de la aplicación del Impuesto a la Renta en la medida que es deducible como gasto pero, evidentemente, luego de la aplicación del porcentaje respectivo por la utilidad legal a favor de los trabajadores si la empresa se encontrara obligada a tal distribución.

A este respecto, conforme señala el artículo 10 del Decreto Legislativo No.892, constituyen gastos deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría del empleador, la participación en las utilidades fijadas por ley y las que el empleador otorgue unilateralmente a sus trabajadores o por convenio individual o convención colectiva⁽⁵⁴⁾.

En la sentencia comentada, se indica que la asignación anual sustitutoria en las utilidades no es un concepto remunerativo según el precepto legal que hemos analizado (considerandos sexto y sétimo). De lo expuesto en la sentencia, estaríamos ante un concepto que se entregaba con anterioridad a las normas vigentes cuando, por el régimen general, la empresa no estaba obligada a entregar utilidades⁽⁵⁵⁾.

Al encontrarse dentro del sistema de utilidades de origen legal, consideramos que la calificación realizada por la Corte Suprema se adecuaría al sistema

normativo peruano y, por tal razón, no nos encontraríamos ante un concepto remunerativo, en virtud de lo expuesto en el dispositivo antes citado.

2.2.5 Asignaciones personales o por festividades.

En las normas legales, determinadas asignaciones por sucesos personales o festividades no son remuneraciones. Al respecto, el literal g) del artículo 19 de la LCTS indica que las asignaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquellas de semejante naturaleza -se nos ocurre, por bautizo de hijo, aniversario de bodas, etc.- y las que se otorguen por determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva -por ejemplo, sería el aniversario de la empresa- no son remuneraciones. Las primeras, serían asignaciones personales de los trabajadores y las segundas, generales -inclusive, se supedita la percepción del beneficio a la existencia de un convenio colectivo que disponga su entrega-, por ciertas festividades.

Dada la redacción legal, las asignaciones personales -del trabajador o de sus familiares- se pueden otorgar siempre que ocurra el hecho festivo o fúnebre y en la oportunidad respectiva-. De otro lado, el alcance de la asignación puede ser determinada por las partes o el empleador: se puede disponer, por ejemplo, que la asignación por fallecimiento sea entregada sólo ante el fallecimiento del cónyuge y de determinados parientes consanguíneos en línea recta del trabajador.

Por otro lado, el inciso g) del artículo 19 de la LCTS establece que pueden otorgarse beneficios en virtud de la ocurrencia de determinadas festividades debidamente establecidas en un convenio colectivo. Es decir, no podría otorgarse, en rigor, una asignación no remunerativa en razón de determinadas festividades cuando así conste en un acuerdo entre un solo trabajador y el empleador o el empleador la entregue en forma unilateral⁽⁵⁶⁾. Será siempre necesaria la

(54) La fórmula legal no contempla a la costumbre laboral. Pese a ello, por la redacción de la norma, entendemos que también se encuentra comprendida esta fuente de derechos.

(55) Antes del actual Decreto Legislativo No.892, se establecía que los trabajadores tenían derecho a percibir un porcentaje de las utilidades (Decreto Legislativo No.677) y, si no cabía la entrega de tales utilidades, una suma determinada por la antigüedad y categoría laboral de los trabajadores (Ley No.11672 y normas reglamentarias). Estas normas estuvieron vigentes hasta el año 1996.

(56) A nivel de la jurisprudencia laboral se ha indicado que las asignaciones por el día del trabajador minero, primero de mayo y onomástico no son remuneraciones. Al respecto, véase la sentencia dictada en el Expediente No.4989-96-BS. En: *Actualidad Laboral*. Lima, febrero de 1998. p.34.

celebración de un convenio colectivo -en nuestra opinión, un convenio ordinario o atípico, extra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo- con una generalidad de trabajadores debidamente representados.

En la sentencia existe alusión a la asignación sustitutoria en las utilidades (considerandos sexto y séptimo) y la asignación extraordinaria (considerando octavo). Al margen de la denominación otorgada, estamos ante conceptos que tienen la naturaleza de utilidades y gratificación extraordinaria, respectivamente y, por esta razón, no resultaría pertinente su inclusión en esta clase.

2.2.6 Otros conceptos no remunerativos.

Existen otros conceptos no remunerativos que están en los artículos 19 y 20 de la LCTS y no son remuneraciones pero, al no tener relación con los conceptos que solicitó el demandante, simplemente los mencionaremos. Así, tenemos a la entrega de una asignación o bonificación por escolaridad -se encuentra prevista en el literal f) del artículo 19 de la LCTS-, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada.

Igual naturaleza tiene el refrigerio. El literal j) del artículo 19 de la LCTS indica que el refrigerio que no es alimentación principal, no es una remuneración.

Finalmente, indicaremos a la ración de bienes producidos por la empresa otorgados al personal. De acuerdo con el literal h) del artículo 19 de la LCTS, no constituyen conceptos de carácter remunerativo los bienes que entregue la empresa a sus trabajadores, siempre que los mismos sean de su propia producción, se otorguen en cantidad razonable, y se empleen para el consumo directo del trabajador y su familia.

Como hemos apreciado, los trabajadores perciben una serie de ingresos que, en cada caso, deben evaluarse de acuerdo con lo expuesto en las disposiciones legales.

La sentencia comentada, así como la de segunda instancia, recogen en gran medida los criterios normativos para la determinación de la naturaleza jurídica de los conceptos analizados. Solamente, en algunos casos, hubiera sido deseable un mayor desarrollo de los probables argumentos por los cuales catalogó a ciertos ingresos como no remunerativos - como son la movilidad y el tiempo de viaje- y en un supuesto debió, en nuestra opinión, calificar al ingreso como un concepto remunerativo (gratificación o asignación vacacional).

El balance, entonces, de la apreciación de todas las consideraciones de esta sentencia casatoria, ha sido positivo. *AT*