

# La Compensación por Tiempo de Servicios y la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales

## ANTECEDENTES

La compensación por tiempo de servicios surgió inicialmente con la Ley 4916 de 7 de Febrero de 1924 para limitar los despidos por decisión unilateral del empleador, pero antes de un año de su vigencia la Ley 5119 de 15 de Junio de 1925 amplió sus alcances configurándola como un medio que permite al trabajador hacer frente a la contingencia en todo caso de cese, aún cuando provenga de la voluntad del trabajador (renuncia); es decir, que lo ayude a subsistir en tanto encuentre otro trabajo, cumpliendo el rol de un seguro de desempleo; o como capital que le haga posible independizarse económicamente; o como complemento de la pensión jubilatoria; o, en caso de fallecimiento, como apoyo urgente al cónyuge y/o hijos supérstites.

Tratándose de trabajadores obreros, la Ley 8439 de 20 de Agosto de 1936 estableció el derecho a la compensación por tiempo de servicios equivalente a 15 días de salario por año de servicios. Posteriormente, la Ley 13842 de 11 de Enero de 1962 la elevó a 30 jornales por año. Lo cierto es que este beneficio para los obreros nunca estuvo sujeto a topes en su monto, tal vez porque los legisladores no imaginaron que algún día podrían percibir remuneraciones similares o incluso superiores a la de los empleados.

Con los empleados inicialmente sucedió lo mismo. Así, la Ley 6871 de 2 de Mayo de 1930, modificatoria de la Ley 4916, estableció que la compensación por tiempo de servicios fuera igual a medio sueldo por año de servicios o fracción mayor de 3 meses.

Posteriormente, las Leyes 8439, de 20 de Agosto de 1936, y 10239, de 10 de Setiembre de 1945 la incrementaron a un sueldo por año o fracción mayor de 3 meses. Este beneficio se amplió con la Ley 12015 de 2 de Diciembre de 1953 que incluyó en el concepto "sueldo básico", para el cálculo de la com-

**Pedro G. Morales Corrales.**  
Abogado.

pensación, a toda otra cantidad que por cualquier concepto pudiera percibir el trabajador al cese, de modo permanente y de su libre disposición.

El beneficio indudablemente creció, pero el legislador no previó la consecuencia del mismo, es decir, olvidó que como su pago había sido impuesto al empleador, la carga se hacía cada vez más onerosa en la medida en que el empleado acumulaba más tiempo de servicios.

La reacción para evitar contar con empleados antiguos fue recurrir al despido, incentivar las renunciar o a mantener sus remuneraciones prácticamente congeladas, ya que cada sol de incremento tenía incidencia en el monto de la compensación por su efecto multiplicador, retroactivo o retroalimentador. El beneficio comenzó entonces a perjudicar a su destinatario: el trabajador; no por culpa del empleador o de los trabajadores, sino por **el hecho real y objetivo que cada vez resultaba más difícil hacer frente al pago de una compensación sin límites**, que ponía en peligro la estabilidad de la empresa y con ella la de sus trabajadores.

Ante esta situación, se dictó el Decreto Supremo de 11 de Julio de 1962, que establecía para los empleados que ingresaban a prestar servicios con posterioridad a esa fecha, que su compensación, al cese, se encontraría limitada y equivaldría a un sueldo máximo asegurable vigente para el entonces Seguro Social del Empleado, por año o fracción de servicios mayor a 3 meses que en esa oportunidad ascendía a S/.7,000 (Soles antiguos).

Si bien con esta medida se atenúo el efecto negativo antes mencionado, el transcurso del tiempo y el proceso de inflación que comenzaba a cobrar fuerza, convirtió dicho tope en injusto para el trabajador y favorable para el empleador, haciéndose entonces nuevamente patente la imperfección del sistema.

Las soluciones posteriores fueron pendulares, beneficiando y perjudicando al empleador y trabajador, más al último que al primero.

Es de todos conocido que por Resolución No. 052-GG-67 de 2 de Noviembre de 1967 se incrementó a partir de Enero de 1968, el sueldo máximo asegurable a S/.12,000 (Soles antiguos), y posteriormente se incrementó a S/.18,000 (Soles antiguos).

Por Decreto Ley 21396 de 20 de Enero de 1976, el tope indemnizatorio aumentó a S/.30,000 (Soles antiguos) a partir de Enero de 1976; y por Decreto Ley 22658 de 27 de Agosto de 1979 se elevó a S/.60,000 (Soles antiguos) por cada año de servicios a partir de Octubre de 1979.

La Ley 23707 de 5 de Diciembre de 1983 modificó los topes indemnizatorios de tal modo que por el tiempo de servicios prestado por los empleados entre el 12-7-62 y el 30-9-79, les otorgaba derecho a una compensación no superior a un sueldo mínimo vital vigente a la fecha del cese, y por los servicios prestados a partir del 1-10-79, el tope llegaba hasta 10 sueldos mínimos vitales por año de servicio o fracción mayor de tres meses, igualmente vigentes al cese.

En la práctica ocurría que por efectos de la congelación del sueldo mínimo vital, la compensación por tiempo de servicios resultaba diminuta y absolutamente injusta para los empleados.

El perjuicio que sufría este sector de trabajadores empleados era pues evidente, resultando más injusto aún por discriminatorio, por cuanto el sistema de topes afectaba sólo a un sector de trabajadores empleados: los ingresados después del 11-7-62, ya que los que ingresaron antes, así como los obreros y los obreros que pasaron a condición de empleados, sea cual fuere su fecha de ingreso, no se encontraban sujetos a dichos topes.

Por Ley 25223 de 2 de Junio de 1990, se estableció que a partir del 1-1-90, la compensación por tiempo de servicios de este sector de empleados se calcularía sobre la base del último sueldo, sin topes; y en lo que se refería a los servicios prestados entre el 12-7-62 y el 30-9-79, la compensación no excedería de un (1) ingreso mínimo legal vigente a la fecha de cese, y por el periodo comprendido entre el 1-10-79 y el 31-12-89, este beneficio se calcularía sobre la última remuneración percibida con un tope máximo de hasta 10 ingresos mínimos legales vigentes a la fecha de cese.

Finalmente, el artículo 4to. de la citada ley establecía que el ingreso mínimo legal que sirve para el cálculo para la compensación por tiempo de servicios se indexaría a partir del 1-1-90 al Índice de Precios del Consumidor de la provincia de Lima, lo que

significaba que el ingreso mínimo legal que se tendría en cuenta sería el de Enero de 1990 que fue de I/.570,000 (0.57 Nuevos Soles), al que se agregaría el IPC acumulado calculado desde la indicada fecha hasta la del cese en el empleo.

### **EL REGIMEN ANTERIOR PROPICIO LA REDUCCION DE LA REMUNERACION COMPUTABLE.**

Ya se ha mencionado que uno de los efectos negativos del régimen anterior consistió en la limitación de los aumentos de remuneraciones. También se ha visto que uno de los paliativos al efecto retroalimentador de los aumentos de remuneraciones consistió en los topes indemnizatorios. Sin embargo, todo ello resultó insuficiente.

Desde 1976 en que empezó la espiral inflacionaria, los gobiernos dictaron normas sobre incremento de remuneraciones, excluyendo parte o la totalidad del mismo, de la base de cálculo de la compensación por tiempo de servicios.

Con la política de estabilización económica aplicada en el país, la inflación producida en el mes de Agosto de 1990 que alcanzó la cifra de 397% y en tanto se resolvía global y técnicamente el problema que planteaba el entonces vigente régimen de compensación por tiempo de servicios, al Gobierno no le quedó más remedio que continuar con los mecanismos utilizados desde 1976. Así, dictó el D.S. 55-90-TR de 17 de Agosto de 1990, que autorizó a los empleadores a que todo aumento voluntario que pudieran otorgar hasta el 31-12-90 lo podían hacer bajo la modalidad de bonificación especial por costo de vida. Esta autorización se prorrogó hasta el 30-6-91, para las empresas privadas, y hasta el 31-12-92 para las empresas públicas (D.S. 080-90-TR de 28-12-90 y D.S. 028-91-TR de 26-1-91).

Para los trabajadores sujetos a negociación colectiva se estableció que los anticipos que voluntariamente pudieran otorgar los empleadores con cargo a futuros aumentos por negociación colectiva tampoco se incluirían como base de cálculo para la compensación por tiempo de servicios (D.S. 60-90-TR de 27-8-90), y por los DD.SS. 61-90-TR de 3 de Setiembre de 1990 y 80-90-TR de 28 de Diciembre de 1990, se facultó a que en las nuevas negociaciones colectivas a celebrarse y hasta el 30-6-91 los trabajadores y sus empleadores podían pactar el otorgamiento de bonificaciones transitorias, que durante la vigencia del convenio no eran computables para la compensación por tiempo de servicios; extendiéndose esta facultad a la Autoridad Administrativa de Trabajo cuando intervenía para resolver los pliegos de reclamos, a falta de acuerdo entre las partes.

Puede advertirse entonces de manera muy clara, que por privilegiar el incremento de las remuneraciones de los trabajadores, se les perjudicaba en sus

expectativas de obtener al cese, una adecuada compensación por tiempo de servicios, ya que diversos conceptos remuneratorios, que por su propia naturaleza debían ser considerados para el cálculo de este beneficio, por disposición legal se les excluía.

### **BENEFICIO DE CUMPLIMIENTO ALEATORIO**

Además de las imperfecciones del régimen anterior, éste no garantizaba que al cese del trabajador, la empresa cumpliría con abonarle su beneficio dentro de las 48 horas que establece la ley; más aún en un proceso explosivamente inflacionario como el que sufrió el país desde 1976 hasta Diciembre de 1990, y el de recesión que actualmente afecta a las diversas actividades.

Cabe recordar, a modo de ejemplo patético, el drama que tuvieron que sufrir los ex trabajadores del Diario La Prensa, quienes pueden dar fe que las disposiciones vigentes en ese entonces sobre pago de compensación por tiempo de servicios carecieron de toda eficacia frente a una situación de iliquidez y aún de quiebra de su empresa.

Debe tenerse presente que la compensación por tiempo de servicios que no se abona dentro de las 48 horas de producido el cese comienza a perder sentido, es decir a desnaturalizarse porque va a dejar de cumplir con el objeto para el cual se creó.

### **EL NUEVO REGIMEN DE COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS.**

El nuevo régimen de compensación por tiempo de servicios, vigente a partir de 1991, se basa en un sistema según el cual el empleador debe depositar, con carácter cancelatorio, **en el depositario elegido por el trabajador**, semestralmente el equivalente a media remuneración percibida en el semestre anterior. Así en el mes de Mayo de cada año debe depositarse seis dozavos de la remuneración computable percibida en el mes de Abril, y en el mes de Noviembre de cada año otros seis dozavos de la remuneración percibida en el mes de Octubre.

**En esta forma, cuando el trabajador cesa, sea cual fuera la razón que lo origine, incluso la insolvencia del empleador, tiene garantizado el pago oportuno de su compensación por tiempo de servicios.**

A ello debe agregarse que, por el hecho que la norma establece que es el trabajador quien libremente elige al depositario, ha traído como consecuencia que los depositarios oferten el otorgamiento de una serie de beneficios colaterales con el objeto de captar dichos depósitos.

**Todos hemos podido leer en los periódicos, escuchar en la radio y ver en la televisión la profusa propaganda realizada ofertando acceso al crédito,**

**seguros de desempleo, de vida, de enfermedad, seguro escolar, intereses preferenciales, descuentos especiales en la adquisición de productos en tiendas afiliadas, etc.**

Desde el punto de vista de la remuneración computable la ley estableció un periodo transitorio de un año para que las remuneraciones excluidas de la base de cálculo de este beneficio fueran incorporándose paulatinamente.

Así, las bonificaciones especiales por costo de vida otorgadas durante los meses de Junio de 1990 a Abril de 1991 se han incorporado a la remuneración básica en los respectivos meses de los años 1991 y 1992; y definitivamente lo estará el resto, en el mes de Junio de 1992 para las empresas privadas y en Diciembre del mismo año para las empresas de propiedad del Estado .

Otro tanto sucede con las bonificaciones transitorias, en el caso de los trabajadores sujetos a negociación colectiva, que han venido incorporándose al básico, al año de su otorgamiento.

Ambos tipos de remuneraciones no se otorgan más desde el mes de Julio de 1991 para las empresas privadas, lo que significa que a partir de la citada fecha todo aumento de remuneraciones resulta computable para la compensación por tiempo de servicios y, sucede lo mismo en las empresas del Estado a partir de Enero de 1992.

Asimismo la Remuneración Mínima Vital, que estaba compuesta por un Ingreso Mínimo Legal de S/.12.00 computable; una Bonificación por Movilidad de S/.8.00 no computable, y la Bonificación Suplementaria Adicional de S/.18.00, no computable, a partir del 1-1-92 se han transformado en un solo concepto: Remuneración Mínima Vital, **íntegramente computable**, en virtud de lo establecido por la Décimo Quinta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 650. Actualmente dicha RMV se ha elevado a S/.72.00, íntegramente computable.

**Las ventajas son pues evidentes: con el nuevo régimen de la compensación por tiempo de servicios la remuneración es real, efectiva y sin topes, y cuando concluya el periodo transitorio, para lo cual faltan apenas unos pocos meses, la remuneración computable será calculada en base al 100% de las percibidas por el trabajador.**

**Si a ello se agrega que los trabajadores en el Perú, por primera vez se han convertido en sujetos de créditos; son titulares de sus respectivas cuentas, en moneda nacional o extranjera, de acuerdo a lo que cada trabajador decida; que tienen acceso a beneficios colaterales que el nuevo régimen ha incentivado; y, la plena seguridad de cobrar al cese el importe de sus beneficios sociales sin riesgo alguno, resulta**

**evidente que el nuevo régimen es infinitamente más ventajoso para el trabajador.**

## **EL FALLO DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES**

Como se conoce el 11-11-91, veinte senadores de la República interpusieron ante el Tribunal de Garantías Constitucionales acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 650 -Ley de Compensación por Tiempo de Servicios-, pretendiendo la declaración de la inconstitucionalidad total de la norma, por la forma y por el fondo.

Los senadores fundamentaron su demanda en cuatro puntos. El primero, que el Poder Ejecutivo carecía de facultades para dictar el Decreto Legislativo 650; el segundo, que atenta contra derechos constitucionales adquiridos de los trabajadores, cuando el artículo 2o. del Decreto Legislativo 650 establece el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales y porque deja sin efecto pactos colectivos que "son ley entre las partes". El tercer extremo consistía en que el Decreto Legislativo 650 "atentaba contra la concreción de la creación del Banco de los Trabajadores"; y finalmente el cuarto, que los Decretos Legislativos son normas de menor jerarquía que la Ley.

El Tribunal, mediante sentencia de 10-3-92, ha declarado la constitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo, es decir que fue dictado en cumplimiento de la facultad delegada por el Congreso, según Ley 25327, que en su artículo 1ro., punto 2, literal c) autorizó al Ejecutivo a consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes", reconociendo el Tribunal que la compensación por tiempo de servicios "es uno de los beneficios sociales por excelencia".

En lo que respecta al fondo del asunto resulta interesante relevar que el Tribunal en el literal d.h) de los considerandos se han pronunciado en el sentido de que "para que un convenio colectivo sea ley entre las partes es necesario que, entre otros requisitos, no sea contra texto expreso de la Ley del Estado", quedando así definido un tema que era permanentemente utilizado por los sindicatos y políticamente para pretender enervar dispositivos gubernamentales.

En la demanda, por ejemplo, se mencionaba que con anterioridad al Decreto Legislativo 650 los sindicatos "por pacto" habían acordado el adelanto de hasta el 100% de la compensación por tiempo de servicios y que por ser "ley entre las partes" resultaba de obligatorio cumplimiento, desconociendo así que este beneficio es pagadero al cese porque cumple el objetivo de cubrir las necesidades o contingencias que origina el cese al trabajador y que ya la Ley 6871 había establecido en su artículo 11, que los derechos acordados eran irrenunciables "siendo nulo todo lo pactado en contrario". Debe entenderse, como con-

secuencia de la sentencia del Tribunal, que este tema ha quedado definido y que los pactos que disminuyen o trasgreden los derechos reconocidos por la legislación a los trabajadores son nulos, tal como expresamente lo establece el artículo 57 de la Constitución.

Del mismo modo resulta interesante, aunque era obvio, que el Tribunal en el literal d.i) de los considerandos establezca que el Decreto Legislativo 650 en forma alguna atenta contra la creación del Banco de los trabajadores, "ni menos se anticipa a prohibir al trabajador elegir ese banco si fuera creado. El Decreto Legislativo confiere al trabajador la posibilidad de elegir la entidad depositaria que sea solvente".

Si bien el Tribunal no hace mención expresa a que los decretos legislativos tienen el mismo rango que la ley, implícitamente al haber declarado infundada la demanda por la forma, ha rechazado el extremo de la demanda que sostenía lo contrario. El argumento es evidente; el artículo 211, inc. 10 de la Constitución establece que son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República "dictar Decretos Legislativos **con fuerza de ley**, previa delegación de facultades por parte del Congreso y con cargo de dar cuenta a éste" y eso es lo que hizo el Poder Ejecutivo.

Debe destacarse en cuanto al fondo, es decir el contenido del Decreto Legislativo, el Tribunal en el literal b) de su fallo declara en primer lugar la constitucionalidad de prácticamente todo el Decreto Legislativo. Únicamente declara la inconstitucionalidad del efecto cancelatorio contemplado en el artículo 2o. respecto de los depósitos semestrales. En otros términos, la declaración de inconstitucionalidad por el fondo sólo afecta a una parte de un solo artículo. Recuérdese que el Decreto Legislativo cuenta con 61 artículos, 18 Disposiciones Transitorias y 6 Finales, por lo que podría sostenerse válidamente que 60 artículos y medio, mas todas sus Disposiciones Transitorias y Finales han sido constitucionalizados por el Tribunal.

Se puede advertir entonces, que en orden de prelación, el Fallo declara la constitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios acumulados al 31-12-90, que se regula la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 650. Lo propio hace con los depósitos semestrales a cargo del empleador en virtud de los convenios individuales a que se refiere el artículo 36; y a los otros efectos cancelatorios contemplados en los artículos 3, 61, Décimo Primera, Décimo Segunda y Décimo Octava Disposiciones Transitorias. Todos ellos son constitucionales.

No puede argüirse que el artículo 40 de la Ley 23385 -Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales-, extiende la inconstitucionalidad a los efectos cancelatorios contemplados en normas distintas a la del artículo 2o. del Decreto Legislativo por

cuanto el propio Tribunal en su Fallo se ha encargado de precisar que la inconstitucionalidad está dada **únicamente en la parte pertinente del artículo segundo que prescribe el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales.**

Además, el Fallo y la restricción o limitación de la declaración de inconstitucionalidad responde al extremo demandado que igualmente se limita a la supuesta inconstitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos semestrales; y cuando el Tribunal comienza a desarrollar en la parte considerativa de la resolución las razones por las que estima inconstitucional dicho efecto cancelatorio, lo hace refiriéndose expresa y únicamente al empoce semestral. En efecto, literalmente inicia el desarrollo de su fundamento con los siguientes términos: "... e) **Si bien el empoce semestral del dinero,...**".

Finalmente, si al Tribunal le corresponde la función de intérprete auténtico de la Constitución y en base a dicha atribución ha resuelto limitar la inconstitucionalidad del efecto cancelatorio, sólo cuando se trata de los depósitos semestrales, debe entenderse que expresamente no quiso extender dicha inconstitucionalidad a los demás efectos cancelatorios previstos por el Decreto Legislativo. De ahí que utilizó el adverbio "únicamente".

En cuanto a las consecuencias que puede traer la declaración de inconstitucionalidad y consecuente derogatoria de la parte pertinente del artículo 2o. del Decreto Legislativo en la parte que otorga efecto cancelatorio a los depósitos semestrales, debe recordarse, en primer lugar que fue la antigua Ley 6871 la que en su artículo 20 estableció que la compensación por tiempo de servicios "se computará sobre el haber que disfruta el empleado en la fecha en que se pone término a sus servicios". Fue entonces esa norma la que instituyó el carácter retroalimentador del beneficio, que a futuro ocasionó los graves problemas antes mencionados.

Dicha ley, la 6871 y todas las posteriores que regulan la compensación por tiempo de servicios antes del Decreto Legislativo 650 fueron expresamente derogadas por la Quinta Disposición Final, que literalmente establece lo siguiente: "Deróganse las Leyes 6871, 8439, 10239, 11772, 12015... así como todas las disposiciones legales sobre compensación por tiempo de servicios,...".

La Disposición Final que derogó el régimen de calcular la compensación por tiempo de servicios con la última remuneración percibida por el trabajador al cese, ha sido declarada **constitucional** por el Tribunal, desde que, como se tiene dicho, sólo, es decir únicamente, dicho Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de una parte del artículo 2o.

Ahora bien, el Tribunal para declarar inconstitucional el efecto cancelatorio de los depósitos semestra-

les, se basa en que viola el tercer párrafo del artículo 42 de la Constitución, que 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". No es difícil entender que se trata de una declaración de principios que de ninguna manera puede servir de sustento para semejante fallo, pues tal como lo reconoce el propio Tribunal en el literal b) de la parte considerativa "la Constitución no instituye ningún modelo o régimen para la aplicación de la compensación por tiempo de servicios, por eso, el desarrollo normativo de ese derecho es materia de la potestad legislativa,..." En efecto, la parte pertinente del artículo 44 de la Constitución se limita a reconocer que los trabajadores tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios, por lo que corresponde a la legislación desarrollar el marco legal de este beneficio y dentro de él resulta perfectamente legal y constitucional que el legislador en base a un nuevo sistema otorgue efecto cancelatorio a los depósitos semestrales y un nuevo sistema, como es el establecido por el Decreto Legislativo 650, no puede ser analizado en base a uno de sus componentes, como lo hace el Tribunal, sino en forma global.

Además, no cabe explicación al argumento de la "relativa desprotección estatal" porque **hace treinta años** que para un sector importante de trabajadores empleados su compensación no se liquida con la última remuneración percibida al cese. Es el caso de los empleados ingresados con posterioridad al 11-7-62, que como se ha explicado estaban sujetos a topes indemnizatorios.

Igualmente, **hace dieciseis años** que a los trabajadores obreros o empleados, sin interesar la fecha de ingreso, tampoco se les liquidaba en base a la última remuneración, porque como se ha dicho, durante todo ese larguísimo tiempo, los gobiernos por alentar el aumento de remuneraciones, excluyeron de la base de cálculo diversos conceptos remunerativos, lo que a mediados de Marzo de 1991 significó casi el 80% de la remuneración total, lo que implicaba que el trabajador que cesaba requería prácticamente de cinco años de servicios para alcanzar una remuneración completa.

Sostener, como lo ha hecho el Tribunal contrafacticamente, que el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales "constituye una relativa desprotección estatal" es un despropósito, porque dicho argumento es de un subjetivismo tal que bastaría que los magistrados del Tribunal a su solo criterio consideren que algo supone dicha relativa desprotección, para inconstitucionalizar cualquier dispositivo legal que dicte el Congreso o el Ejecutivo en base a facultades delegadas.

El otro argumento utilizado es absolutamente anti-jurídico, cuando basa su fallo en que, según el Tribu-

nal, "es razonable prever que el monto del reintegro a que hubiere lugar al cese en el trabajo no será una suma **apocalíptica**". Esto significaría que si el Tribunal la hubiera considerado "apocalíptica" entonces hubiera declarado la constitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos semestrales.

### **EFFECTO DE LA DEROGACION DEL PODER CANCELATORIO DE LOS DEPOSITOS SEMESTRALES**

Ahora bien, que se derogue el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales, en la práctica no tiene trascendencia, porque cuando el trabajador cese, el depositario le entregará su compensación e intereses acumulados y en ese acto el pago tendrá efecto cancelatorio, **sin necesidad de ningún recálculo con la última remuneración, porque no existe ninguna disposición en el Decreto Legislativo 650 que establezca que al cese del trabajador el empleador esté obligado a calcular la compensación con la última remuneración y reintegrar la diferencia que podría existir respecto de los montos depositados semestralmente.** Para ello se requeriría de una ley y ella no existe, lo que hace de aplicación el artículo 20., inc. 20, literal a) de la Constitución, según el cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda".

Ningún juez podrá invocar los considerandos del fallo del Tribunal para obligar a un empleador al recálculo, porque dicho Tribunal no es normativo.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, en materia constitucional, actúa como "parlamento negativo", es decir, que si encuentra alguna inconstitucionalidad, deroga la norma viciada, **pero jamás puede legislar, sustituyéndola.**

Tan cierto es lo dicho que el propio Tribunal, al referirse al cálculo de la compensación con la última remuneración percibida, expresa: "...que el efecto cancelatorio de dicho pago (art. 2) impedirá que el trabajador pida una liquidación final sobre la base de la última remuneración y de acuerdo al lapso que trabajó. **derecho que le reconocía el régimen SUSTITUIDO (ANTERIOR)**".

Adviértase que el propio Tribunal reconoce que dicho régimen "anterior" fue "sustituído" por el Decreto Legislativo 650. **En otros términos, no existe; fue derogado constitucionalmente, porque así lo ha declarado el propio Tribunal al no cuestionar la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo.**

En consecuencia si algún juez pretendiera basar sus fallos en la parte considerativa de la resolución del Tribunal, estaría incurriendo en prevaricato, porque estaría aplicando **una ley derogada.** El art. 418 del Código Penal establece que "el juez... que a sabiendas, ...se apoya en leyes supuestas o **derogadas,** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años."

De otra parte, no compartimos el criterio de quienes sostienen que se habría generado un vacío legal y que los jueces ante una demanda concreta de que se recalculen la compensación en base a la última remuneración percibida al cese, estaría en la obligación de llenar ese vacío y disponer el recálculo en la forma solicitada. Si ésta afirmación fuera válida, implicaría reconocer que el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene la facultad de legislar, de desarrollar el contenido del artículo 44 de la Constitución que sólo se limita a reconocer el derecho de los trabajadores a la compensación por tiempo de servicios, lo cual es inaceptable constitucionalmente.

Además, como se tiene dicho, hace varios lustros que no se liquidaba la compensación por tiempo de servicios en base a la última remuneración, lo cual evidencia el desconocimiento del Tribunal sobre tal hecho o que el Tribunal decidió por sí y ante sí que el Congreso tiene que legislar en tal sentido, lo cual en el primer caso implicaría un desconocimiento inaceptable y en el segundo una interferencia, igualmente inaceptable, en la autonomía del Poder Legislativo.

En el supuesto negado que existiera tal vacío, el numeral 6 del artículo 233 de la Constitución establece que "en tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente los que inspiran el derecho peruano"; texto que ha sido recogido por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

En cuanto a los principios generales del derecho, como son la libertad, la igualdad, la justicia y otros similares, no percibimos en que forma pueden servir de base para integrar el supuesto vacío y ordenar el recálculo final y abono de reintegros. En cuanto a los principios generales de naturaleza técnica como el de no contradicción del legislador, el juez tendría precisamente que resolver en el sentido inverso al deseado por el Tribunal, desde que diversas disposiciones del Decreto Legislativo 650 han dispuesto el efecto cancelatorio de depósitos y pagos, los mismos que han sido declarados constitucionales por el Tribunal.

Y si nos referimos a los principios propios del Derecho del Trabajo, como el protector (in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa); de la irrenunciabilidad de derechos; de la primacía de la realidad; de la razonabilidad, y de la buena fe, igualmente llegamos a la conclusión que ninguno de ellos podría llevar al juez a sentenciar ordenando el recálculo de la compensación por tiempo de servicios en base a la última remuneración y ordenando el pago de los reintegros correspondientes, porque tales principios se refieren a temas ajenos.

Sólo desarrollaremos, brevemente, los alcances de los principios in dubio pro operario y el de irrenunciabilidad de derechos, por que equívocamente han

sido tratados por el Tribunal de Garantías Constitucionales en la sentencia bajo análisis.

### PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO

El artículo 57 de la Constitución, en su segundo párrafo establece:

“En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido **de cualquier disposición en materia de trabajo**, se está a lo que es más favorable al trabajador”.

El Principio In Dubio Pro Operario como el texto expreso constitucional lo indica, se aplica en **la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de una disposición en materia de trabajo**. Es decir que se aplicaría en caso de duda en la interpretación del Decreto Legislativo 650, **no para aplicar disposiciones derogadas**.

Américo Plá en su obra “Principios del Derecho del Trabajo” (Ediciones de Palma, Buenos Aires, 2da. Edición) señala las condiciones para su aplicación, que son dos:

“a) Sólo cuando exista una duda sobre el alcance de la norma legal; y”

“b) siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador.”

Américo Plá sigue diciendo **“que sólo cabe aplicar la cuando realmente una norma pueda ser interpretada de diversas maneras, es decir cuando hay una verdadera duda. NO SE TRATA DE CORREGIR LA NORMA NI DE INTEGRARLA: sólo cabe utilizar esta regla cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido dentro de varios posibles.”**

En consecuencia el principio de In Dubio Pro Operario, no puede aplicarse para pretender la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 650. Su uso sólo cabría si es que alguna de las normas del Decreto Legislativo 650 realmente fuera pasible de varias interpretaciones que originaría una verdadera duda en el juzgador respecto de su aplicación, que no es el caso.

Respecto de la segunda condición, citando a Deveali señala que:

“Deveali advierte que más que la interpretación literal debe preferirse aquella que parte de la voluntad del legislador, o sea la ratio legis o el espíritu de la ley. **Ello obliga a tener en cuenta muchas veces que la ley ha intentado no sólo contemplar los intereses de los trabajadores sino armonizar los intereses obrero-patronales con los de la colectividad; que prescinde a veces de la consideración de la situación personal para tener en cuenta la finalidad social...**”

**“En todos estos casos -agrega el intérprete-, al investigar la ratio legis debe tener en cuenta que el legislador, al mismo tiempo que se ha propuesto otorgar un beneficio, se ha preocupado de evitar que la nueva norma ocasione ciertos inconvenientes. Solamente en esta forma -concluye- se interpreta fielmente la voluntad del legislador y se evita el peligro de que una norma deje de producir los efectos que se proponen, u ocasione perjuicios que el legislador quiso prevenir.”** (págs. 44 a 45)

Conforme a lo expresado por Américo Plá y Deveali, el Gobierno al **desarrollar** el derecho constitucional sobre la compensación por tiempo de servicios, optó de manera conciente y sin ninguna duda por el efecto cancelatorio de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios, resolviendo así, los graves inconvenientes que ocasionaba el régimen anterior, y que han quedado solucionados satisfactoriamente para las tres partes con el nuevo sistema, de tal manera que conforme dice Deveali el juzgador tiene que tomar en cuenta, que, como ha ocurrido en este caso, “muchas veces la ley ha intentado no sólo contemplar los intereses de los trabajadores sino armonizar los intereses obrero-patronales con los de la colectividad.” (p. 44)

### PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

La primera parte del artículo 57 de la Constitución establece:

“Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo”

La renuncia es un acto jurídico unilateral. Por tanto se trata estrictamente de casos en los cuales el trabajador **INDIVIDUALMENTE SE PRIVA VOLUNTARIAMENTE DE UN DERECHO. DE NINGUNA MANERA SE REFIERE ESTE PRINCIPIO NI PUEDE SER APLICABLE A DISPOSICIONES LEGALES QUE MODIFICAN REGIMENES PREEXISTENTES.**

“La renuncia -según De La Villa- es un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. En virtud de ella, el trabajador se priva voluntariamente de una o más ventajas concedidas en su beneficio por la normativa.”

“Se trata de un acto prohibido precisamente por el principio de irrenunciabilidad que es uno de los que tiene recepción expresa en nuestra Constitución” (Neves Mujica, Javier “Fuentes y Principios Laborales en la Constitución”, en, Trabajo y Constitución, Editorial Cuzco, Lima 1989)

El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propios actos de disposición de los beneficios establecidos por la normatividad laboral.

La mayoría de normas de derecho laboral son de orden público, y es por esta razón que no pueden ser objeto de renuncia por acto individual de los trabajadores e inclusive por un pacto. De esta manera se explica el enunciado constitucional **que impide los pactos** en contra de los derechos reconocidos a los trabajadores.

Es obvio que este principio no está relacionado ni directa ni indirectamente con lo que establezca una normatividad legal como el Decreto Legislativo 650, que precisamente es una ley que reconoce derechos a los trabajadores.

**El principio de irrenunciabilidad sería de aplicación en el supuesto que un trabajador, ya sea individual o mediante un convenio colectivo, pretenda renunciar a los derechos consagrados por la nueva ley de compensación por tiempo de servicios,** pero en ningún caso puede invocarse este principio para aplicar disposiciones derogadas.

Como la norma constitucional expresamente lo establece, se trata de **la prohibición de la renuncia a los derechos reconocidos a los trabajadores** y por lo tanto se trata de actos de disposición efectuados por los propios trabajadores, y no por una norma legal como es el Decreto Legislativo 650, por lo que no es posible invocar este principio para declararla inconstitucional.

## CONCLUSIONES

En conclusión, el Decreto Legislativo 650 permanece incólume, de plena y total vigencia y la declaración parcial de inconstitucionalidad carece de toda eficacia.

Sin embargo, lo que sí se tiene que reconocer es que la sentencia del Tribunal ha originado inseguridad jurídica y lo que es más grave, puede crear desconfianza en las relaciones entre empleadores y trabajadores, porque cuando éstos últimos soliciten el pago de su compensación calculada en base a su última remuneración y su consecuente reintegro, los empleadores podrán negarse sosteniendo que no existe ley que los obligue a ello; lo que a su vez generará el inicio de procedimientos judiciales de sentencias de pronóstico reservado.

Es por lo último expuesto que se hace necesario que se dicte una Ley que restablezca la seguridad jurídica, y que, respetando el sistema equilibrado que ha instituido el Decreto Legislativo 650, determine que los depósitos semestrales constituyen pagos a cuenta del monto total depositado más sus intereses, que existan a la fecha de cese del trabajador, con cuya entrega se entenderá pagada o cancelada, que es lo mismo, dicha obligación laboral.

Abril de 1992