



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

## Pedro Morales Corrales

Abogado,  
Procurador Ad-Hoc del Poder Ejecutivo  
en el caso de la demanda de  
inconstitucionalidad del D.L. 650 y Profesor de  
Derecho Laboral en la Universidad de Lima,

### Antecedentes

La compensación por tiempo de servicios surgió inicialmente con la ley 4916 del 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 del 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 supervivientes.

Tratándose de trabajadores obreros, la Ley 8439 del 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 del 11 de Enero de 1962 lo 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. Ad 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 media sueldo por año de servicios o fracción mayor de 3 meses.

Posteriormente, las leyes 8439 y 10299 del 10 de Setiembre de 1945 respectivamente, lo incrementaron a un sueldo por año o fracción mayor de 3 meses. Este beneficio se amplió con la Ley 12015 del 2 de Diciembre de 1963 que incluyó en el concepto "sueldo básico", para el cálculo de la compensación, 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 empleador acumulaba más tiempo de servicios.

La reacción para evitar correr con empleados antiguos fue recurrir al despido, incentivar las renuncias o a mantener sus remuneraciones prácticamente congeladas, ya que cada rol 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 de sus trabajadores.

Ante esta situación, se dictó el Decreto Supremo del 11 de Julio de 1962, que estableció 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 tres meses que en esa oportunidad ascendía a S/ 7.00 (Sols antiguos).

Si bien con esta medida se atenúa el efecto negativo antes mencionado, el transcurso del tiempo y el proceso de inflación que comenzaba

a cobrar fuerza, convirtió dicho tope en igual 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 NF 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 (S/les antiguos), y posteriormente se incrementó a S/. 18.000 (S/les antiguos).

Por decreto Ley 21396 del 20 de Enero de 1975, el tope indemnizatorio aumentó a S/. 30.000 (S/les antiguos) a partir de Enero de 1975; y por decreto Ley 22558 de 27 de Agosto de 1979 se elevó a S/. 60.000 (S/les antiguos) por cada año de servicios a partir de Octubre de 1979.

La Ley 23707 de 5 de Diciembre de 1983 modificó las 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 las servicios prestados a partir del 1-10-79, el tope llegaba hasta 10 sueldos mínimos vitales por año de servicio a condición 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 obviamente 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 ingresos después del 1-7-62, 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 1 ingreso mínimo legal vigente a la fecha de cese, y por el período 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 4º de la citada Ley estableció 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 tenía en cuenta tal como el de Enero de 1990 (aproximadamente S/. 57.000) (S/ Nuevos Soles), al que se agregaba el IPC acumulado calculado desde la indicada fecha hasta la del cese en el empleo.

El régimen anterior propició la reducción de la remuneración 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 pillosos al efecto retroalimentador de los aumentos de remuneraciones consistió en los topes indemnizatorios. Sin embargo todo esto resultó insuficiente.

Desde 1976 en que empezó la espiral inflacionaria, los gobiernos dictaron normas sobre incremento de remuneraciones, excluyendo parte a total 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, el 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 prorogó hasta el 30-6-91, para las empresas privadas, y hasta el 31-12-91 para las empresas públicas (D.S. 080-90-TR y D.S. 026-91-TR de 26-1-91).

Para los trabajadores sujetos a negociación colectiva se estableció que los aumentos que voluntariamente pudieran otorgar los empleadores con cargo a futuros aumentos por negociación colectiva tampoco se incluían como base de cálculo para la compensación por tiempo de servicios (D.S. 60-90-TR de 27-6-90) y por los D.S. 6-1-90-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 interviniera para resolver los plejos 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 perjudicó 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 excluyó.

#### Beneficio de cumplimiento electoral

Además de las imperfecciones del régimen anterior, éste no garantizaba que al cese del trabajador, la empresa cumpliera 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 1978 hasta Diciembre de 1990 y el de recesión que actualmente afecta a las diversas actividades.

Cabe recordar, a modo de ejemplo paradigmático, 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 liquidez y aún de quiebra de su empresa.

Debe tenerse presente que la compensación por tiempo de servicios que no se otorga dentro de los 45 horas de producción el caso comienza a perder sentido, es decir a desnaturalizarse porque va a dejar de cumplir con el objeto para el cual se creó.

#### **El nuevo régimen de compensación 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 doceavos de la remuneración computable percibida en el mes de Abril, y en el mes de Noviembre de cada año otros seis doceavos 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 ofrecen 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 ofreciendo 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., etc...

Desde el punto de vista de la remuneración computable la ley estableció un período transitorio de un año para que las remuneraciones recalcadas 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 o 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 salto, 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 familiares, 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 \$/ 12,00 computable; una Bonificación por Movilidad de \$/ 8,00 no computable y la Bonificación Suplementaria Adicional de \$/ 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 \$/ 72,00 íntegramente computable.

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

Si a ello se agrega que los trabajadores en el Perú, por primera vez se han convertido en sujetos de crédito; 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 no incentivaba; y la plena seguridad de cobrar al cese el importe de sus beneficios sociales sin riesgo alguno, resulta evidente que el nuevo régimen es íntegramente más ventajoso para el trabajador.

#### **El Fallo del Tribunal de Garantías 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 carece de facultades para dictar el Decreto Legislativo 650; el segundo, que atenta contra derechos constitucionales adquiridos de los trabajadores, cuando el artículo 2º de 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 eslogan consistió en que el Decreto Legislativo 650 atenta contra la creación de la creación del Banco

de los Trabajadores"; y finalmente el cuarto, que los Decretos Legislativos son norma de menor jerarquía que la ley.

El Tribunal mediante sentencia de 30-3-92 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 1º, punto 2, literal c) autorizó al Ejecutivo a "consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes", reconociendo al 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) de los considerandos se ha 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 por el Poder para pretender envarar dispositivos gubernamentales.

En la demanda por ejemplo se mencionaba que con anterioridad al Decreto Legislativo 650 los sindicatos "por pacto" habían acordado el otorgamiento 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 o no porque cumple el objetivo de cubrir las necesidades o contingencias que origina el cese al trabajador y que ya la Ley 6671 había establecido en su artículo 11, que los derechos acordados sean irrenunciables "sindi nulo todo lo pactado en contrario". Debe entenderse, como consecuencia de la sentencia del Tribunal, que este tema ha quedado definido y que los pactos que disminuyen o transgreden 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) de los considerandos establece 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 conveniente".

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 así es lo que tuvo 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. Recordarse que el Decreto Legislativo cuenta con 61 artículos, 16 Disposiciones Transitorias y 6 Finales, por lo que podría sostenerse válidamente que 60 artículos y medio, más todas sus Disposiciones Transitorias y Finales han sido constitucionalizados por el Tribunal.

Se puede advertir entonces, que en ese orden de prelación, el fallo declara la constitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios acumuladas al 31-12-90, que se regula por 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 35; 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-, extendiendo la constitucionalidad 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 las siguientes términos: "... el Si bien el empoce semestral del dinero..."

Finalmente, si al Tribunal le corresponde la función intérprete 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 consecuen-

la 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 6571 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 poner 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 6571 y todas las posteriores que regularon 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 6571, 6639, 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 declarativamente, 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 semestrales, 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 principio la 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 anulado 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 trabajadores empleados su compensación no se basó 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 leyes idóneas y correctas.

Igualmente **hace dieciséis años** que los trabajadores obreros o empleados, sin importar 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 orientar el aumento de remuneraciones, excluyeron de la base de cálculo diversas categorías remunerativas, 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 conflictivamente, 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 o 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 anárquico, cuando basa su fallo en que según el Tribunal, "es razonable prever que el monto del salario a que hubiere lugar al cese en el trabajo no será una suma **apocalíptica**". Esto significaría que si el Tribunal lo hubiera considerado "apocalíptico" entonces hubieran declarado la inconstitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos semestrales.

#### **Efecto de la derogación del poder cancelatorio de los depósitos 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 depositante le integrará su compensación e intereses acumulados y en ese acto el pago tendrá efecto cancelatorio, sin necesidad de ningún recalcado 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 requería de una ley y ésta no existe, lo que hace de aplicación el artículo 2o, inc. 20, literal a) de la Constitución, según el cual "nada 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 recalcado, 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 violada, 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) imple-



id que el trabajador pida una liquidación final sobre la base de la última remuneración y de acuerdo al topes que trabajó, derecho que le reconoce el régimen SUSTITUIDO (ANTERIOR) 650

Advirtiese que el propio Tribunal reconoce que dicho régimen "anterior" fue "sustituido" por el decreto legislativo 650. En otros términos, no existe una derogada 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 opoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años 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 reconozca la compensación en base a la última remuneración percibida al caso, estaría en la obligación de llenar el vacío y disponer el recálculo en la forma solicitada. Si esta afirmación fuera válida, implicaría reconocer que el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene la facultad de legislar, de desvirtuar 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 varias líneas 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 a 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 un vacío, al numeral a del artículo 233 de la Constitución establece que "en tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente los que inspiran al derecho peruano"; texto que ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.

En cuanto a los principios generales del derecho como son libertad, la igualdad, la justicia y otros similares, no por sí mismos en qué forma pueden servir de base para integrar el supuesto vacío y ordenar el recálculo final y bono 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 contrario al deseado por el Tribunal, desde que diversas disposiciones del Decreto Legislativo 650 han dispuesto el efecto consecutorio de otros depósitos y pagos, los mismos que han sido decretados constitucionalmente 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, porque equivocadamente 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.

América 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:

- "Sólo cuando exista una duda sobre el alcance de la norma legal; y"
- "Siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador."

América Plá sigue diciendo "que sólo cabe aplicarse cuando realmente una norma pueda ser interpretada de diversas maneras, es decir cuando hay una verdadera duda. NO SE TRATA DE CORRER 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 in dubio pro operario, no puede aplicarse para pretender la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 650. Su uso sólo cabe si es que alguna de las normas del Decreto Legislativo 650 realmente fuera posible de varias interpretaciones que otorgara un verdadero dudo en el juzgador respecto de su aplicación, que no es el caso.

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

"Deveal 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. Ella obliga a tener en cuenta muchas veces que la ley ha intentado no sólo contemplar los intereses de los trabajadores sino aménazar 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 ocasiona ciertos inconvenientes. Solamente en el sistema -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 ocasiona perjuicios que el legislador quiso prevenir." (págs. 44 a 45)

Conforme a lo expresado por Américo Pío y Deveal, el Gobierno al desarrollar el derecho constitucional sobre la compensación por tiempo de servicios, optó de manera consciente y sin ninguna duda por el efecto conulatorio 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 los tres partes con el nuevo sistema, de tal manera, que, conforme dice Deveal el jugador tiene que tener en cuenta, que, como ha ocurrido en este caso, "muchas veces la ley ha intentado no sólo contemplar los intereses de los trabajadores sino aménazar 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 actos 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 RÉGIMENES PREEXISTENTES.

"La renuncia -según De La Hita- es un negocio jurídico unilateral que denota el abandono irrevocable de un derecho dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. En virtud de ella, el trabajador se priva voluntariamente de uno 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 excepción expresa en nuestra Constitución" (Néves Muñoz, Javier, " Fuentes y Principios Laborales en la Constitución ", en, " Trabajo y Constitución", Editorial Cuzco, Lima 1987).

El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de proteger al trabajador frente a sus posibles 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 establece 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 de 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 irrevocablemente establece, se trata de la prohibición de renunciar 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 declarar inconstitucional.

#### Conclusiones

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

Si 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 solicitan 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 entonces necesario que se exida la ley que restablezca la seguridad jurídica y que, respetando el sistema equilibrado que ha instituido el Decreto Legislativo 650, disponga que los depósitos semestrales constituyen pagos a cuenta del monto total depositado más sus intereses, que están a la fecha de cesar del trabajador, con cuyo monto se entenderá pagado o cancelado si el es el mismo dicho obligación laboral.

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, deter-



mine que los depósitos semestrales constituyen pagos a cuenta del monto total depositado más sus intereses, que extingan 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

**Méjico.** El Decreto Ley N° 26480 del 27 de Abril de 1992, publicado en el Periódico, el 29 de Abril de 1992, establece que el artículo 2° del Decreto Legislativo 600, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, quedará: La compensación por tiempo de servicio se debe pagar al trabajador y se deposita inmediatamente en la institución elegida por el trabajador. Se devenga desde el primer mes de servicio, con interés este se pagará hasta hacerse un mes a computo por trimestre.



*Ex acabadas de construcción y el hogar...*

**SANICERAMICA**  
LA MAS GRANDE EN IMPORTADOS

Av. Tingo María 245 - Breña - Telef. 338007 - 328009  
Alcanfores 474 - Miraflores - Telef. 472144