

LOS BENEFICIOS SOCIALES: ANÁLISIS COMPARATIVO

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU*

Abogado. Profesor de Derecho Laboral en la
Facultad de Derecho y la Escuela de Graduados
Pontificia Universidad Católica del Perú

Los beneficios sociales es una de las instituciones claves de las relaciones individuales de trabajo y se constituye en una pretensión recurrente en los procesos laborales.

Los beneficios sociales son un tema complejo y tiene muchas aristas, enfoques y aspectos relacionados, con una legislación que tiene deficiencias y algunos supuestos de contradictoria interpretación. Más todavía, los alcances de la propia denominación de beneficios sociales son cuestionadas por los laboristas.

En este sentido, este artículo pretende apreciar los más importantes temas de los beneficios sociales (a partir de un enfoque teórico-práctico), partiendo de una explicación básica y general del contenido legislativo, sin descuidar una apreciación, con sentido crítico, de las distintas posiciones de los laboristas, los alcances de las normas legales más relevantes y las sentencias que emite la jurisdicción laboral.

1. ¿Qué son los beneficios sociales?

Estamos ante uno de los conceptos de uso coloquial pero que, jurídicamente, importa una tarea nada conciliadora de determinación de uniformidad en el criterio interpretativo.

La Constitución indica que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales tienen primer orden de prioridad en la jerarquía de acreedores del empleador (artículo 24)¹. Por ello, cuando menos desde el punto de vista constitucional es necesario determinar la real naturaleza de los beneficios sociales.

Seguidamente, exponemos las posiciones que se han esgrimido tratando de delinear los alcances de la expresión beneficios sociales:

- I. Criterio restrictivo. Solamente los conceptos que se encuentran detallados en la Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, aprobada por Decreto Legislativo No. 688 del año

* El autor es socio del Estudio Virzola & Toyama, Abogados. Asimismo, es miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo.

¹ Desarrollando este texto constitucional, el Decreto Legislativo No. 856 indica expresamente que el cobro de las remuneraciones, la CTS, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por la ley, tienen derecho preferencial de cobranza.

1991. Los beneficios sociales serían la CTS, bonificación por tiempo de servicios y seguro de vida.

Esta posición es sostenible por la referencia legal. Empero, excluye del concepto de beneficio social a la participación anual en las utilidades, por ejemplo.

- ii. Criterio amplio. Todo complemento y suplemento, con independencia del nombre o modalidad de entrega, ingresa como beneficio social. En la práctica, muchas veces se alude a la liquidación de beneficios sociales en la cual se pueden incluir la CTS, las vacaciones, las remuneraciones mensuales.

Este criterio puede ser utilizado, empero niega el carácter especial de las disposiciones que indican qué es un beneficio social.

- iii. Criterio diferenciado. En este punto, se indica que la remuneración (normalmente ordinaria, fija y permanente) es diferente de los beneficios sociales (cobro extraordinario o periódico, que no es una remuneración). La Constitución y las normas laborales aluden a las remuneraciones y los beneficios sociales.

Esta postura puede ser criticada porque hay beneficios sociales que no son remuneraciones (CTS) pero otras que sí los son (la bonificación por tiempo de servicios). Pese a ella, en una oportunidad la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema indicó que el plazo de caducidad para demandar por hostilidad (CTS) era el mismo que el previsto para la hostilidad por remuneraciones².

- iv. Criterio excluyente. En tanto que la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS), aprobado por Decreto Supremo No. 001-97-TR, indica que la CTS es un beneficio social de previsión de las contingencias del cese, éste sería el único beneficio social propiamente dicho.

Esta posición no puede ser sostenida dado que el propio Decreto Legislativo No. 688 contiene como otros beneficios sociales al seguro de vida y la bonificación por tiempo de servicios.

- v. Criterio legal. En esta posición, se indica que los beneficios sociales son aquellos beneficios cuyo origen es legal o heterónomo. En otras palabras, la expresión beneficio social es idéntica a los beneficios de origen legal.

La última posición no debería admitirse pues hay beneficios sociales que provienen de la costumbre, contrato individual o acto unilateral del empleador.

Desde nuestra perspectiva, los beneficios sociales son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente. No importa su origen (legal o convencional); el monto o la oportunidad de pago; la naturaleza remunerativa del beneficio; la relación de género-especie; la obligatoriedad o voluntariedad; etc., lo relevante es lo que percibe el trabajador por su condición de tal.

² Al respecto, puede verse la Casación No. 1302-07. En esta casación, la Corte Suprema indicó que la falta de pago de la CTS es asimilable a la falta de pago de remuneraciones y, por tanto, caduca dentro de los 30 días.

En otras palabras, consideramos que los beneficios sociales se deben apreciar con independencia de la fuente u origen, la cuantía, la duración, los trabajadores comprendidos, etc. Ciertamente, debe tener un contenido patrimonial claro, en dinero o en especie.

Para efectos de este trabajo, trataremos los siguientes beneficios sociales de origen legal que se generan y perciben –cuando menos parcialmente– durante la ejecución de la relación laboral: gratificaciones de julio y diciembre, asignación familiar, bonificación por tiempo de servicios, participación anual en las utilidades, seguro de vida y Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Por consiguiente, beneficios como las vacaciones o la indemnización por despido arbitrario no serán analizadas en este artículo.

2. Las gratificaciones: El aguinaldo de Fiestas Patrias y Navidad

2.1. Alcance de la expresión gratificaciones

Las gratificaciones son aquellas sumas de dinero que el empleador otorga al trabajador en forma adicional a la remuneración que percibe mensualmente. Las gratificaciones pueden ser:

- a) **Extraordinarias:** Las que el empleador otorga de manera excepcional, de forma esporádica y, por tanto, a título de liberalidad. Estas gratificaciones no son consideradas remuneración para ningún efecto.
- b) **Ordinarias:** Son las otorgadas de manera permanente o regular. El empleador se encuentra obligado ya sea sobre la base del mandato de una norma legal, lo dispuesto en un convenio colectivo o en el contrato de trabajo celebrada con el trabajador. De esta manera, ante el no pago de estas gratificaciones, el trabajador puede exigir su cumplimiento al empleador.

2.2. Concepto y finalidad

La Ley No. 25139 del 14 de diciembre de 1989, dispuso –recogiendo una costumbre laboral en muchas empresas– que los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada tienen derecho a percibir dos gratificaciones en el año, una con motivo de Fiestas Patrias y otra con motivo de Navidad.

Estamos en este caso, ante gratificaciones ordinarias y obligatorias, que tienen su origen en el mandato de una norma legal: ante el incumplimiento del empleador, el trabajador puede reclamar judicialmente el pago.

La finalidad de otorgar a los trabajadores estas dos gratificaciones adicionales a la remuneración mensual que perciben, es proporcionar al trabajador un incremento de su retribución en momentos en los que por causas específicas y determinadas legalmente se entiende que sus gastos han aumentado. Nótese que no se exige un requisito adicional a ser trabajador de la empresa a tal punto que no importa la nacionalidad (Fiestas Patrias) o la religión que profese (Navidad) para que proceda la entrega de estas gratificaciones.

2.3. Requisitos

Se benefician con estas gratificaciones todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de

la actividad privada, sin importar el número de horas que laboran o la modalidad de contratación, según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Supremo No. 061-89, Reglamento de la Ley No. 25139.

El artículo 2 de la Ley No. 25139 señala que, las gratificaciones serán abonadas dentro la primera quincena del mes de julio y de diciembre, según sea el caso.

Son requisitos para percibir estas gratificaciones:

- a) Es requisito indispensable para tener derecho a la gratificación que el trabajador se encuentre laborando efectivamente en el mes que corresponda percibir el beneficio o estar en uso del descanso vacacional, de licencia con el goce de remuneraciones o percibiendo los subsidios a los que se refiere la Seguridad Social. Es decir, el trabajador debe encontrarse laborando en la primera quincena del mes de julio para tener derecho a la gratificación por Fiestas Patrias y la primera quincena del mes de diciembre para tener derecho a la gratificación por Navidad.

De este modo, no existe la posibilidad de gratificaciones truncas, si el trabajador no está laborando en la quincena en que corresponde percibir este beneficio, no tiene derecho a la gratificación aunque haya laborado cinco meses anteriores, por ejemplo [sentencia del 5 de abril de 1993 en el Expediente No. 1502-92-S (B5) de la Sala Laboral de Lima]:

"... que, el extremo de gratificaciones proporcionales no es procedente su abono, en razón de que el trabajador sólo tiene derecho a este concepto cuando se encuentra laborando en la fecha correspondiente conforme lo dispone la Ley No. 25139 ...".

No obstante lo dicho, el empleador puede disponer el pago de las gratificaciones aun cuando, por ley, no exista tal obligación [Sentencia recaída en el Expediente No. 4174-93 del 19 de octubre de 1994]:

"... que el actor al haber cesado en mayo 30 de 1992, no tendría derecho a dicho beneficio; que no obstante lo antes expuesto, la demandada en la liquidación de fojas 2, le reconoce este beneficio, por ende este derecho beneficio al actor...".

- b) El trabajador, además, debe tener por lo menos un mes de servicio antes de la fecha de pago de la remuneración. Así tenemos que, no se cuentan los días para efecto del pago de estas gratificaciones, debemos remitirnos a los meses laborados. Por ejemplo, si ha laborado un mes y 15 días, sólo se tiene en cuenta un mes o si ha laborado sólo 20 días no tendrá derecho a este beneficio. Desde nuestro punto de vista, los meses de julio y diciembre son de pago y no cabe incluirlos dentro del cálculo de la gratificación.

2.4. Forma de cálculo y pago

- a) Forma de cálculo. De acuerdo con la Ley, el monto de cada una de las gratificaciones será equivalente a la remuneración básica mensual que percibía el trabajador en la oportunidad que corresponda otorgar el beneficio. Señala que la remuneración³ básica

³ Sobre el concepto de remuneración laboral y los conceptos no remunerativos, debe verse los artículos 8 y 7 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (L.P.C.L.), aprobada por Decreto Supremo No. 003-97-TR, concordado este último artículo con los artículos 18 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicio (L.C.T.S.), aprobada por Decreto Supremo No. 001-97-TR.

estará integrada por las cantidades fijas y permanentes que reciba el trabajador y que sean de su libre disposición. En este sentido, se pronuncia la sentencia de la Sala Laboral de Lima [Expediente No. 2578-93-BS]:

"Que la remuneración computable para establecer la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados y obreros, se determina en base al sueldo o treinta jornales que perciba el trabajador según el caso; que en consecuencia para calcular las gratificaciones ordinarias de un obrero no debe dividirse lo percibido entre 312 días, sino entre 360 días".

Es necesario determinar los conceptos que serán considerados para efectos del cómputo del monto de las gratificaciones. Al respecto, el artículo 4 del Reglamento precisa que el monto de las gratificaciones estará integrado por la remuneración básica que perciba el trabajador y toda otra cantidad que **en forma fija y permanente** perciba el trabajador y que sea de su libre disposición. Seguidamente señala que, forman parte de la gratificación: las Bonificaciones Suplementarias y por costo de vida vigentes a la fecha del otorgamiento del beneficio, excluyendo a las cantidades que tengan aplicación a determinado gasto, tales como refrigerio, viáticos y movilidad, siempre que tuviere que rendirse cuenta de esta última.

En este sentido, tenemos que lo fundamental es determinar cuándo estamos ante cantidades fijas y permanentes. Por ejemplo, las comisiones que percibe un trabajador son permanentes pero no fijas, o puede ser una cantidad fija pero que no se reciba mensualmente, sino pasando un determinado tiempo.

Sobre los alcances de los conceptos "fijeza y permanencia", es importante resaltar, que las normas analizadas serían las únicas de la legislación laboral peruana vigente que emplean los conceptos de fijeza y permanencia.

La legislación vigente en materia de diversos beneficios de los trabajadores –por ejemplo, descansos remunerados de los trabajadores [Decreto Legislativo No. 713 del 8 de noviembre de 1991] y especialmente la Compensación por Tiempo de Servicios [Decreto Supremo No. 001-97-TR del 1 de marzo de 1997]- ha visto necesario sustituir la terminología utilizada en las normas citadas en el numeral precedente, por considerarla limitada e insuficiente.

La diferencia en los términos empleados en las normas citadas con las disposiciones que regulan la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y la remuneración vacacional, genera confusión al momento de realizar el cálculo del monto de las gratificaciones legales de los meses de julio y diciembre. Dicha confusión se produce por la vaguedad normativa al no determinar, con certeza, qué cantidades pueden calificar para integrar la remuneración computable para el cálculo de dichas gratificaciones.

b) Tenemos dos posibilidades en el pago de las gratificaciones: el pago íntegro de las gratificaciones o el pago proporcional a los meses laborados.

b.1) **Pago íntegro de las gratificaciones:** Tienen derecho al pago íntegro, los trabajadores

4 A la dación de la Ley y el Reglamento de gratificaciones, el antecedente normativo –vigente– más remoto era la Ley No. 13015 del año 1960 que precisaba que la indemnización de los trabajadores se calculaba en función a las remuneraciones que se percibían en forma fija y permanente.

que se encuentren laborando a la fecha de goce de este beneficio y que, además, cuenten con los seis meses anteriores efectivamente laborados.

b.2) **Pago proporcional de las gratificaciones:** Si el trabajador no cuenta con los meses necesarios para percibir el íntegro de la gratificación, se abonará de forma proporcional a los meses laborados, teniendo en cuenta siempre que, el trabajador debe encontrarse laborando en la oportunidad de goce de este beneficio. En este sentido, si el trabajador cuenta con dos meses completos laborados tiene derecho a 2/6 de la remuneración computable. Como ya dijimos, se tomará en cuenta los meses completos y no los días o fracciones de mes.

En caso de incumplimiento, el empleador debe pagar las gratificaciones teniendo en cuenta las remuneraciones en que correspondía pagarlas y no la vigente al momento del cese, tal como aparece resuelta por la Sala Laboral de Lima (Expediente No. 5232-93-BE (S) del 24 de agosto de 1999):

"... así como las gratificaciones, corresponden ser compensadas con la remuneración vigente en cada oportunidad y no con la percibida al cese de la relación laboral como equivocadamente considera la recurrida ... correspondiéndole ... por las gratificaciones semestrales a cuyo abono estaba obligado el demandado sólo desde diciembre de 1989 de conformidad con la Ley No. 25139, suma establecida sobre la base de las remuneraciones vigentes de acuerdo a ley en las oportunidades de origen de tal derecho".

Inclusive, cuando no se ha podido determinar la remuneración del mes respectivo (julio y/o diciembre), los jueces han declarado que se debe tomar como referencia mínima, la remuneración mínima vital vigente en cada oportunidad (sentencia recaída en el Expediente No. 6560-96-B5(S) de la Sala Laboral de Lima del 7 de febrero de 1997)⁵:

"La juez al amparar el extremo de las gratificaciones impagas [...] ha tomado como referencia la última remuneración percibida [...] no siendo legal que se calcule éstas con dicha remuneración, por lo que al no contar con los montos percibidos en la oportunidad de su otorgamiento [...], con criterio prudencial se toma como referencia la remuneración".

3. La asignación familiar

3.1. Concepto y finalidad

La asignación familiar legal es un beneficio otorgado a los trabajadores no sujetos a negociación colectiva para contribuir a la manutención de sus menores hijos. De esta manera, se pretende compensar los menores ingresos que, en promedio, perciben los trabajadores que no están sujetos a una negociación colectiva.

Nótese que basta que exista una negociación colectiva para encontrarse excluido del ámbito de aplicación de la norma, no siendo relevante que el respectivo convenio colectivo de trabajo cuente o no con una asignación familiar por hijos.

De este modo, este concepto no se relaciona con la prestación misma laboral dado que

⁵ Igual criterio, respecto a la remuneración mínima para calcular gratificaciones adeudadas, se encuentra en la sentencia del Expediente No. 3068-95-B5-S de la Primera Sala Laboral de Lima del 12 de junio de 1996.

tiene su concausa en elementos externos al contrato de trabajo⁶. Empero, dada la fórmula genérica y presuntiva de la remuneración, estamos ante un concepto remunerativo.

Este beneficio está regulado por la Ley No. 25129, Ley de Asignaciones Familiares, y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 035-90-TR.

3.2. Requisitos

Se encuentran comprendidos en este beneficio todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva, sin importar la fecha de ingreso.

Para tener este derecho, el trabajador debe tener vínculo laboral vigente y mantener a su cargo uno o más hijos menores de dieciocho años, o hijos mayores de dieciocho años con la condición de que se encuentren cursando estudios superiores o universitarios. La asignación familiar, en este último caso, se otorgará hasta la culminación de los estudios, por un máximo de seis años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad.

3.3. Cuantía

El monto mensual del beneficio es equivalente al 10% de la remuneración mínima vital. A la fecha, equivale a S/ 41.00 mensuales⁷. Evidentemente, esta asignación familiar es un concepto adicional a la Remuneración Mínima Vital (S/ 410.00).

Según nuestro parecer, si el trabajador labora menos de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales (jornada máxima), la asignación familiar se debería calcular en forma proporcional a la jornada inferior laborada.

Si el trabajador percibe beneficio igual o superior por el concepto de asignación familiar, se optará por el que le otorgue mayor beneficio en efectivo. Empero, si en una empresa laboran los cónyuges, ambos tendrán derecho a este beneficio.

3.4. Acreditación del derecho

El trabajador tiene derecho a este beneficio desde el primer día de ingreso al centro de trabajo o desde que tiene un hijo previa acreditación de que efectivamente tiene un hijo a su cargo.

La Ley No. 25129 no señala cómo se acredita este derecho, por lo que se entiende que la empresa podrá establecer los criterios que considere convenientes, entre los documentos que pueden probar este derecho tenemos la partida de nacimiento y/o la partida de bautizo, sin ser necesario para gozar de este beneficio que se trate de hijos matrimoniales.

La prueba de la existencia del derecho a este beneficio recae en el trabajador como ha señalado la uniforme jurisprudencia laboral. Al respecto, reproducimos la sentencia recaída en el Expediente No. 3571-98-B.S.(S) de la Sala Laboral de Lima del 15 de octubre de 1998:

6 RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel & Otros. Derecho del Trabajo I. Volumen I. Materiales de Enseñanza de la Universidad de Sevilla, s/f, p. 148.

7 De acuerdo con el Decreto de Urgencia No. 012-2002, la Remuneración Mínima Vital asciende a S/ 410.00 mensuales.

"Según el artículo 5º del Decreto Supremo N° 035-90-TR constituye requisito para tener derecho a percibir la asignación familiar, el mantener a su cargo uno o más hijos menores de diechocho años, estableciendo además el artículo 11º de la misma norma que el trabajador debe acreditar la existencia del hijo o hijos que tuviere, por lo que no habiendo la accionante probado durante la secuela del proceso que sea madre de familia ni que haya percibido dicho pago, tal como se desprende del Informe Revisorio de Planillas que come a fojas 39, no debe incluirse este concepto en la remuneración compensable".

4. Las bonificaciones: La bonificación por tiempo de servicios

4.1. Concepto y naturaleza cerrada

La bonificación por tiempo de servicios es un complemento remunerativo que compensa el tiempo de servicios prestado por los trabajadores, es un reconocimiento a la antigüedad laboral para una sola empresa,

Es un auténtico complemento salarial en la medida que compensa el tiempo de servicios del trabajador a un solo empleador. En tanta bonificación, no suele corresponder a la prestación ordinaria del trabajador de tal manera que tienden a compensar el carácter extraordinario o el esfuerzo del trabajador⁸, en este caso, el tiempo de servicios.

El alcance legal de esta bonificación se encuentra en la Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, aprobada por Decreto Legislativo No. 688, y que representa el 30% de la remuneración básica mensual.

Esta bonificación, a la fecha, es un beneficio cerrado dado que la Ley No. 26513 (hoy Quinto Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) derogó este beneficio para todos aquellos trabajadores que, desde el 30 de julio de 1995, cumplieran 30 años de servicios para un solo empleador. Hay, entonces, un reconocimiento a la teoría de los derechos adquiridos (principio de condición más beneficiosa) a favor de los trabajadores que ya venían gozando de este beneficio.

En este sentido, solamente los trabajadores que cumplieron 30 años de servicios para un solo empleador hasta el 29 de julio de 1995, tienen derecho a este beneficio en la medida que continúen laborando para el mismo empleador. En esta línea se pronuncia la sentencia del 1 de junio de 1998 de la Sala Laboral de Lima en el Expediente No. 1232-98 IDL (5).

"La derogatoria del Capítulo II del Decreto Legislativo N° 688 se produjo recién el veintinueve de julio de 1995 al entrar en vigencia la Ley N° 26513, la misma que no afectó a los trabajadores que habían alcanzado el derecho a la bonificación por tiempo de servicios (Tercera Disposición Derogatoria)".

Debemos advertir que, en función a normas anteriores al Decreto Legislativo No. 688 (esencialmente la Ley No. 24504), se reconocía a las mujeres una bonificación por 25 años de servicios (equivalente al 25% del básico) hasta que alcanzaban los 30 años de servicios para un mismo empleador en que percibían el 30% por bonificación. De existir trabajadoras que, a

⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel & Otros. Op. Cit., p. 148.

la fecha de la derogación de este beneficio, venían gozando del 25% de bonificación, se debería mantener el mismo vía reconocimiento del principio de condición más beneficiosa pero ya no se tendría derecho a percibir el 30% de bonificación por la derogación del beneficio. En este caso, se "congelaría" el beneficio en 25%.

4.2. Requisitos y cuantía

De acuerdo con el Decreto Legislativo No. 688, la bonificación por tiempo de servicios se otorga a los trabajadores que cumplieron 30 años de servicios hasta el 29 de julio de 1995 para un mismo empleador. Se incluyen todos los períodos laborados, los servicios prestados luego de una reorganización societaria (traspaso, fusión, cambio de giro, etc.) y se toman en consideración los mismos días que los previstos como laborables para la CTS.

De otro lado, este beneficio cerrado importa que el trabajador con derecho a él percibe un equivalente al 30% de la remuneración básica y las horas extras de cada mes. En este sentido, no ingresan dentro de la base de cálculo los complementos y suplementos remunerativos, sin importar la periodicidad de los mismos (asignaciones, bonos, gratificaciones, etc.). Simplemente, cada mes, se entrega el 30% de la remuneración básica más las horas extras laboradas.

5. El seguro social: El seguro de vida

5.1. Concepto

El seguro de vida es la obligación económica que contrae el empleador en beneficio de los descendientes de sus trabajadores para cubrir las contingencias que se deriven del fallecimiento o invalidez permanente de éstos.

El seguro de vida fue regulado inicialmente por la Ley No. 4916, como la obligación del empleador de contratar una póliza individual a favor de sus empleados, mientras que por el Decreto Supremo No. 036-90-TR se pasó a un seguro colectivo de prima única y se dispuso la protección, no sólo ante el fallecimiento natural o accidental de los empleados, sino también ante su invalidez permanente.

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo No. 688, modificado por la Ley No. 26645, se complementó algunos aspectos puntuales del beneficio. Dicho Decreto Legislativo es el que regula actualmente esta obligación del empleador.

5.2. Requisitos

El seguro de vida es un derecho del trabajador y una obligación del empleador cumplidos cuatro años de servicio del trabajador, sin importar el número de horas laboradas, o la modalidad contractual utilizada (a plazo fijo o indeterminado).

Sin embargo, el empleador puede contratar un seguro de vida a partir del tercer mes de servicio del trabajador (en estricto, nada obsta para que la contratación sea inmediata). Si el trabajador reingresa a laborar para el mismo empleador, es acumulable el tiempo de servicios prestados anteriormente para efectos del cómputo de los cuatro años de servicios.

El seguro de vida es de grupo o colectivo, sus beneficiarios son el cónyuge o conviviente y los descendientes del trabajador, y sólo a falta de éstos corresponde a los ascendientes y

hermanos menores de dieciocho años. Nótese que no se establece límites para los ascendientes y descendientes de consanguinidad.

Con este efecto, el trabajador debe entregar a su empleador una declaración jurada con firma legalizada notarialmente o por Juez de Paz a falta de notario, dando razón sobre los beneficiarios del seguro de vida respetando el orden anterior e indicando el domicilio de cada uno de los beneficiarios.

5.3. Las partes implicadas

i. Estipulante

Es el empleador, quien además de contratar el seguro está obligado a pagar las primas correspondientes. Si el empleador no cumpliera con esta obligación y fallece el trabajador o sufre una enfermedad que lo invalide permanentemente, deberá pagar a sus beneficiarios el monto de la indemnización señalada en el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 688. Pese a ello, hay que advertir que no se trata de una opción del empleador entre la contratación del seguro o la asunción directa de la indemnización; la obligación siempre está: contratar el seguro de vida⁹.

Al respecto, tenemos la siguiente Resolución Judicial (Casación No. 3440-97):

"Cuarto.- Que, abundando sobre el tema, el Artículo sélimo del Decreto Legislativo acotado dispone que el empleador se encuentra obligado solamente en relación a la entidad aseguradora en lo concerniente a la toma del seguro y al pago de las respectivas primas, excluyendo en forma tácita alguna forma de pago al trabajador".

El empleador está también obligado a entregar a la compañía de seguros, bajo responsabilidad, dentro de las cuarenta y ocho horas de producido el fallecimiento del trabajador, la declaración jurada con la relación de los beneficiarios que le entregó el trabajador,

ii. Asegurador

Es la empresa de seguros -escogida libremente por el empleador-, que se obliga a pagar, dentro de las setenta y dos horas de producida la contingencia, la cantidad convenida al producirse el riesgo o cambio de la percepción de las primas. En caso de incumplimiento, deberá abonar los intereses legales.

Las pólizas deben de sujetarse estrictamente a lo establecido en el Decreto Legislativo No. 688; toda cláusula que estipule mayores obligaciones a cargo del empleador, trabajador o beneficiarios, o establezca limitaciones no previstas en la Ley se tienen por no puestos. (Primera Disposición Final y Transitoria de la norma comentada). Estamos, entonces, ante una norma imperativa que no permite un pacto en contrario.

Según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley No. 26645, para garantizar los beneficios del

⁹ A diferencia de ello y queriendo las diferencias del caso, para los convenios de prácticas preprofesionales y de formación laboral juvenil, el Decreto Supremo No. 002-87-TR establece que el empleador podrá contratar un seguro contra accidentes o asumir las contingencias de los mismos.

seguro de vida, las compañías de seguro podrán, por razones administrativas, emitir pólizas colectivas por grupo de empleadores, cobrar por adelantado las primas anuales, o aplicar cualquier otra fórmula que permita garantizar esta cobertura, en especial en caso de empresas de hasta 20 trabajadores.

iii. Asegurado

Es el trabajador sobre cuya vida se contrata el seguro. Es aquel cuya muerte o invalidez total y permanente, obliga al asegurador a pagar la indemnización.

iv. Beneficiario

Es la persona que recibe la indemnización. Podrá ser el mismo trabajador, sus familiares o el empleador, según sea el caso. En caso de invalidez total y permanente, el trabajador tendrá derecho a cobrar el capital asegurado en sustitución del que hubiera originado su fallecimiento.

Si transcurrido un año de fallecimiento del trabajador, ninguno de los beneficiarios legales –en rigor, no cabría que una persona no comprendida como beneficiaria en la Ley perciba el beneficio, inclusive si proviene de un testamento– hubiera ejercido su derecho, el empleador podrá cobrar el capital asegurado en la póliza.

5.4. Forma de cálculo de la prima

Es la prestación a cargo del empleador, es única y renovable mensualmente, su monto equivale a un porcentaje de la remuneración del empleador.

5.4.1. Remuneración computable

Según lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Legislativo No. 688, las remuneraciones asegurables para el pago del capital o póliza están constituidas por aquellas que figuran en los libros de planillas y boletas de pago, percibidas mensualmente por el trabajador. Se excluye expresamente a las gratificaciones, participaciones, compensación vacacional adicional y otros conceptos que por su naturaleza no se abonen mensualmente, pese a su carácter remunerativo.

Evidentemente, se encuentran también excluidos los conceptos que no tienen carácter remunerativo, indicados en los artículos 19 y 20 del Decreto Legislativo No. 650.

Si se trata de trabajadores remunerados a comisión o destajo se considerará el promedio de las percibidas en los últimos tres meses.

5.4.2. Monto de la prima

Éste es uno de las pocas instituciones del Derecho Laboral que todavía mantienen una diferencia entre las categorías laborales de empleador/obrero. Las normas laborales peruanas casi han eliminado esta cuestionable distinción que, ciertamente, a la fecha, no hay normas que determinen claramente esta diferenciación de categorías.

Trabajadores empleados

La prima es igual al 0.53% de la remuneración mensual de cada asegurado correspondiente

al mes inmediato anterior a la vigencia mensual del seguro.

Trabajadores obreros

La prima será igual al 0,71% de la remuneración que perciba mensualmente cada trabajador obrero, correspondiente al mes inmediato anterior a la vigencia mensual del seguro.

La prima de trabajadores obreros –no se incluye a los empleados en esta categoría– que desarrollan actividades de alto riesgo será de 1,46% de la remuneración mensual. Se entiende por actividades de alto riesgo las que se desarrollan en áreas de explosivos, fuegos artificiales, minas, municiones, petróleo, polizas particulares y perforaciones de pozos¹⁰.

5.5. Cuantía del beneficio

Como se ha encargado de sostener la jurisprudencia laboral, el beneficio solamente puede reclamarse en caso que ocurra una de las contingencias previstas en la norma. De este modo, si la relación laboral se extingue sin que ocurriera alguna contingencia que motivara el pago de la póliza, el empleador no tendría que abonar al trabajador alguna indemnización ni el valor de las primas no pagadas a una compañía de seguros.

De esta manera, es infundada una demanda cuya pretensión es una indemnización en vía de redención de la póliza de seguro de vida [Expediente No. 6136-96-8S (\$) de la Sala Laboral de Lima del 7 de febrero de 1997]¹¹:

"En cuanto a lo que es materia de demanda relativo a una indemnización en vía de redención, lo que resulta improcedente, toda vez que el beneficiario de dichas pólizas no era el trabajador sino sus familiares, no estando prevista la redención de las mismas".

Entonces, solamente hay tres posibilidades para percibir el beneficio que comentamos:

Por invalidez total y permanente por accidente

Treinta y dos (32) remuneraciones mensuales percibidas por él en fecha anterior a la ocurrencia del accidente (si no estableciere alguna distinción, se comprendería todo tipo de accidentes: de trabajo y los comunes).

Hay que resaltar una contradicción entre los artículos 4 y 12 de la norma comentada: el primero, indica que la invalidez es total "y" permanente; el segundo, que la invalidez es total "o" permanente. Al respecto, estimamos que debería privilegiarse la primera definición por el carácter de este beneficio social: compensar la total y permanente imposibilidad para laborar.

La invalidez será determinada por el Ministerio de Salud o ESSALUD y comprende la alineación absoluta e incurable, el descerebramiento que importe imposibilidad para laborar, la fractura incurable de la columna vertebral que determine la invalidez total y

10 Estas actividades no coinciden con las actividades de riesgo de la Seguridad Social. El Decreto Supremo No. 003-96-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, establece la relación de actividades riesgosas y comprende a todos los trabajadores, sin distinguir entre empleados u obreros.

11 En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Expediente No. 174-95-8S(3) de la Sala Laboral de Lima del 3 de julio de 1996.

permanente, la pérdida de la visión de ambos ojos, o de ambas manos, o de ambos pies, o de una mano y un pie y otras que puedan establecerse por Decreto Supremo. Nótese la lista taxativa de la norma, de tal manera que ESSALUD podría declarar la invalidez absoluta y permanente por una causal no contemplada y la compañía de seguros podría sostener que no está obligada al pago de la indemnización.

Por fallecimiento del trabajador a consecuencia de un accidente

Treinta y dos (32) remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador en la fecha previa al accidente

Por fallecimiento natural del trabajador

Dieciséis (16) remuneraciones que se establecen en base al promedio de lo percibido por el trabajador en el último trimestre previo al fallecimiento (en este caso, extrañamente la norma se refiere al promedio trimestral de la remuneración y no a la última remuneración mensual).

En caso de trabajadores remunerados a comisión o destajo, el monto del capital que corresponda abonar, cualquiera sea la contingencia, se establecerá en base a las comisiones percibidas en los últimos tres meses.

5.5. Continuación del beneficio

En caso de extinción del contrato de trabajo o enfermedad del trabajador –en este último caso, mientras dure la enfermedad-, éste puede continuar con el seguro de manera facultativa. En este caso, la prima se pagará en función a la última remuneración mensual, la misma que, a discreción del trabajador, puede actualizarse en función al Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana establecido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática. Obviamente, sobre la base de dicha remuneración también se determinará la póliza indemnizatoria.

6. La participación laboral: Las utilidades

6.1. Naturaleza y requisitos de la participación en las utilidades.

La participación en las utilidades es un derecho de los trabajadores reconocido constitucionalmente. El artículo 29 de la Constitución de 1993 señala: "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación".

Las normas que desarrollan el texto constitucional son el Decreto Legislativo No. 892 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 009-98-TR, además de algunos artículos del Decreto Legislativo No. 677. Los dos primeros solamente se refieren a la participación en las utilidades; en cambio, la última alude a las tres formas de participación.

La participación de los trabajadores en las utilidades supone un derecho de los trabajadores a tener acceso a los ingresos netos del empleador. 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 resultado¹².

La participación en las utilidades implica que el trabajador tiene acceso a los ingresos netos de las empresas y podría calificar como un concepto remunerativo en tanto contraprestativo (los trabajadores, finalmente, contribuyeron al resultado del negocio). Empero, como hemos visto, es un concepto no remunerativo por expresa exclusión del literal b) del artículo 19 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

Por otro lado, son requisitos para participar en las utilidades de la empresa:

- a) Laborar en empresas que desarrollen actividades generadoras de renta de tercera categoría y que están sujetas al régimen laboral de la actividad privada¹³.
- b) Estas empresas deben de contar con más de veinte (20) trabajadores¹⁴.
- c) Tener, evidentemente, una renta anual antes de impuestos, sobre la cual se determinan las utilidades laborales.

Para apreciar la existencia o no de utilidades, se deben exhibir los balances y las declaraciones juradas de la empresa. En caso de que la empresa se negara a exhibirlas, se debería considerar que ha tenido utilidades (sentencia recaída en el Expediente No. 4536-93-BS (S) de la Sala Laboral de Lima del 13 de julio de 1994):

"Se deniega la participación en utilidades cuando el actor ha ofrecido la prueba necesaria para acreditar su derecho, cual es la exhibición de los balances y declaraciones juradas de la empleadora, quien no ha sustentado debidamente la oposición que formula a esta prueba, de modo que ésta resulta improcedente y por tanto, se debe dar por cierta que ha obtenido utilidades durante los ejercicios demandados".

4.2. Procedimiento general de distribución de utilidades: Las empresas

A los trabajadores les corresponde un porcentaje de la renta anual antes de impuestos. En caso de existir pérdidas de años anteriores, la participación de los trabajadores se calcula sobre la renta imponible del ejercicio gravable que resulte luego de haber compensado las pérdidas de ejercicios anteriores.

El porcentaje de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa depende de la actividad principal que desarrolla la empresa. Así tenemos:

Empresas pesqueras	10%
Empresas de telecomunicaciones	10%
Empresas industriales	10%

12. MONERED PÉREZ, José Luis. El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, pp. 41 y ss.

13. El artículo 8 del Decreto Legislativo No. 677 excluye expresamente a los trabajadores de las siguientes empresas: cooperativas, empresas autogestionarias, sociedades civiles y todas aquellas que no cuenten con más de veinte trabajadores.

14. Para establecer el número de trabajadores, el artículo 2 del Reglamento señala que, debe tomarse el número de trabajadores que laboraron para la empresa cada mes del ejercicio y el resultado dividido entre doce. Si en un mes varía el número de trabajadores contratados por la empresa, se tomará el número más alto. Si el resultado incluye una fracción, se aplicará al redondeo siempre y cuando dicha fracción sea igual o mayor a 0,5. Son considerados trabajadores para estos efectos, los contratados directamente por la empresa y sea a tiempo indeterminado, parcial o sujeto a modalidad.

Empresas mineras	8%
Empresas de comercio al por mayor y al por menor y restaurantes	8%
Empresas que realizan otras actividades	5%

Si la empresa realiza más de una actividad, la actividad principal será aquella que generó mayores ingresos brutos en el respectivo ejercicio.

Para determinar si la actividad de la empresa se encuentra comprendida dentro de un sector, se tomará en cuenta la Clasificación Internacional Uniforme (CIU) de las Naciones Unidas, Revisión 3, salvo ley expresa en contrario. Si desarrolla actividades propias de varios sectores, se considerará la actividad principal, entendiéndose por ésta la que generó mayores ingresos brutos en el ejercicio respectivo (nótese que no se hace referencia a la actividad que cuente más trabajadores o mayores ingresos netos).

Sobre el ámbito de aplicación, hay dos comentarios que deseamos precisar.

De un lado, la norma debería comprender solamente a las "empresas" en el sentido mercantil del término, esto es, aquellas que tienen fines de lucro o reparten las utilidades entre sus "propietarios" (no se hace alusión a la expresión "empleador"). De esta forma, no deberían comprenderse a aquellas entidades que no tienen fines de lucro y están exoneradas del impuesto a la renta por la SUNAT -como una asociación educativa- porque éstas no distribuyen utilidades entre sus asociados y la finalidad de las utilidades es la "co-participación" de los trabajadores en las utilidades conjuntamente con los propietarios de la empresa.

Por otro lado, estimamos que las personas naturales (empresas unipersonales) que realizan actividades lucrativas cuyas ingresos califican como rentas de tercera categoría, deberían estar comprendidas dentro del ámbito de aplicación de este beneficio legal en la medida que no existe alguna exclusión expresa.

6.3. Procedimiento concreto de distribución de utilidades: Los trabajadores

El porcentaje de utilidades señalado en el punto anterior, corresponde a los trabajadores de la siguiente manera:

- El primer 50% se obtiene dividiendo el 50% de las utilidades que se obtengan aplicando el cuadro anterior, entre la suma de los días efectivamente laborados por todos los trabajadores de la empresa en el año y el resultado se multiplica por el número de días laborados por cada trabajador durante el ejercicio.

En caso de trabajadores que cumplan la jornada ordinaria en la empresa, se considera días laborados, los días real y efectivamente trabajados, incluyendo dentro de éstos a los días que por excepción se entienden trabajados, para todo efecto, por mandato legal expreso (artículo 4 del Reglamento)¹⁵.

Los trabajadores con jornada inferior a la máxima establecida en la empresa participarán de las utilidades en forma proporcional a la jornada trabajada. Así, en caso de

15. En principio, solamente serían los días de suspensión imperfecta -con pago de la remuneración- por licencia sindical, como de la SUNAT y reposición por una sentencia estimada ante una demanda por despido nulo.

trabajadores a tiempo parcial, se sumarán el número de horas laboradas de acuerdo a su jornada hasta completar la jornada ordinaria en la empresa.

En caso de personal sin horario, se considerarán laboradas todos los días laborables de la empresa, salvo prueba en contrario (artículo 5 del Reglamento).

- La segunda parte, se obtiene dividiendo el 50% de las utilidades que se obtenga aplicando el cuadro anterior, entre la suma total de las remuneraciones percibidas por los trabajadores en el año, el resultado se multiplica por el total de las remuneraciones que corresponda a cada trabajador en el ejercicio.

El monto máximo que puede recibir un trabajador por concepto de participación en las utilidades de la empresa durante un ejercicio, es el equivalente a 18 remuneraciones mensuales según el promedio mensual de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el ejercicio anual correspondiente.

Por último, el empleador debe entregar a los trabajadores una liquidación de la participación de las utilidades donde se explique, de manera general, el procedimiento que se ha observado para la determinación de las utilidades.

6.4. El fondo de Capacitación y Promoción del Empleo

Si aplicado el límite de las 18 remuneraciones, existe un remanente, éste será destinado al Fondo Nacional de Capacitación Laboral y de Promoción del Empleo (FONCAL-PROEM). La existencia del remanente deberá ser comunicada al Ministerio de Trabajo al vencimiento del plazo para presentar la Declaración Jurada del Impuesto a la Renta.

Este fondo está integrado por representantes de tres ministerios y uno de las empresas que generaron el remanente, y las inversiones que se están realizando se concentran en programas de capacitación y adiestramiento a sectores más afectados por el desempleo y subempleo.

El plazo para el pago de las utilidades a los trabajadores y el abono del remanente al FONCAL-PROEM es dentro de los 30 días de vencido el plazo para la presentación de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta.

6.5. Mora y falta de cobranza

Las normas establecen que, en caso de incumplimiento en el pago por parte del empleador de las utilidades, solamente se generan los intereses legales desde que el trabajador requiere por escrito o interpone una demanda al empleador requiriendo el pago de este beneficio. Así, se prevé una excepción a las normas de intereses en materia laboral que establecen la mora automática en caso de falta de pago del empleador.

Finalmente, se establece que, en caso de falta de cobranza de las utilidades por parte de los ex-trabajadores de la empresa, la empresa debe incluirlas en el reparto de las utilidades correspondientes al ejercicio en que prescribe el cobro de este beneficio (o la fecha, o los cuatro años).

6.6. La transformación de empresas

Las utilidades serán calculadas al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la

fusión, escisión o disolución.

En estos casos, para efectos del cálculo de la participación de utilidades, se efectuará un corte a la fecha que determinen las partes como vigencia de la figura societaria para determinar los montos a pagar a los trabajadores de cada una de las empresas a dicha fecha¹⁶. Por el período posterior, la participación se calculará en función a los estados financieros consolidados o separados, según sea el caso.

Sobre este tema, puede apreciarse la siguiente sentencia (Casación No. 430-98-LIMA):

"El Decreto Legislativo ochocientos noventa y dos, que fue promulgado con posterioridad al conflicto, precisó que en caso de fusión de empresas, para efectos del cálculo de la participación de utilidades, se efectuará un corte a la fecha del otorgamiento de la escritura pública, para determinar los montos a pagar a los trabajadores de cada una de las empresas fusionadas a dicha fecha, precisión que en todo caso estaba referida no sólo a situaciones por presentarse, sino a las ya presentadas como el caso de autos, en cuanto a la fijación de la oportunidad o momento, hasta cuando se deben distribuir las utilidades de una empresa que se fusiona".

Inclusive, con anterioridad al criterio legal, ya lo recogía la siguiente sentencia en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú – de Molendo y Seccional Trujillo- contra Telefónica del Perú S.A. (Expedientes Nos. 3357-97-85 y 3819-97, respectivamente):

"...en consecuencia la Judicatura considera que el supuesto de hecho previsto en el artículo 5° del Decreto Legislativo 677 referido al modo de pago de las utilidades a un trabajador cesado es semejante al supuesto de la presente causa, por lo cual procede utilizar en el litigio de autos el procedimiento análogo, analogía legis: así podría estimarse que al realizarse la fusión, (31.12.94) los trabajadores demandantes cambian de empleador pues su primigenia empresa empleadora es incorporada societariamente por otra empresa, por lo que se puede inferir que durante ese estado de tránsito inmediato entre su ex-empleador y su nuevo empleador operó fictamente un cese, ficticio pues la relación laboral continúa vigente sin desmedro del cambio de empleador efectuado éste último que asume la obligación de pago, por lo que según los alcances del punto primero y el procedimiento análogo, se tiene que a los demandantes les asiste el derecho a cobrar el monto que le es propio por haber generado utilidades en ENTEL PERU S.A. durante el año 1994..."

Finalmente, sobre este tema, se debe tener en cuenta para efectos del pago de las utilidades lo siguiente:

- Si se extingue la relación laboral, se debe efectuar el pago dentro de los quince días hábiles de entrada en vigencia de la fusión, escisión o disolución.
- Si continúa la relación laboral, se abona en la fecha prevista para el pago de utilidades.

¹⁶ El Decreto Legislativo No. 892 indica que la fecha de corte es la escritura pública (artículo 6). En cambio, el Reglamento prevé que las partes determinan la fecha de vigencia de las transformaciones societarias y, por ende, la fecha de corte (artículo 17). Estimamos que el Reglamento debe aplicarse en la medida que se atenga a lo expresado por la Ley General de Sociedades sobre la vigencia de las fusiones y escisiones.

7. La Compensación por Tiempo de Servicios

7.1. Naturaleza y alcances del beneficio

Existen dos teorías sobre la naturaleza jurídica de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Para algunas constituye un beneficio social por el cese y para otras es parte de la remuneración diferida del trabajador.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 650, el Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo No. 001-97-TR, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS), la CTS debería de entenderse como un seguro de desempleo. En este sentido, podemos entender a la compensación por tiempo de servicios como un beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia.

Si bien la propia CTS no está dentro de los artículos citados de la LCTS como conceptos no remunerativos (artículos 19 y 20), por su naturaleza de asistencia y seguro de desempleo (artículo 1 de la LCTS), no sería una remuneración, sin perjuicio de que está excluida de los típicos apartes que inciden sobre la remuneración¹⁷. El Reglamento de la LCTS fue aprobado por Decreto Supremo No. 004-97-TR.

7.2. Requisitos de percepción

Tienen derecho a este beneficio los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que cumplan por lo menos en promedio una jornada mínima de cuatro horas diarias. Se cumple el requisito si la jornada semanal del trabajador dividida entre seis o cinco días, según corresponda, resulta en promedio no menor de cuatro horas diarias; y, si la jornada semanal es inferior a cinco días, se cumple el requisito si el trabajador labora como mínimo veinte horas a la semana.

Los trabajadores sujetos a regímenes especiales de pago de remuneraciones (construcción civil, pescadores, artistas, trabajadores del hogar), se rigen por sus propias normas.

Se encuentran excluidos de este beneficio los trabajadores que perciben 30% o más del importe de las tarifas que paga el público por servicios que brinda el empleador. No se considera tarifas las remuneraciones imprecisas como la comisión y el destajo.

Para el cómputo de este beneficio los trabajadores deben tener por lo menos un mes de servicios. Si al momento del cálculo, el trabajador cuenta con menos de un mes laborado, no se tomará en cuenta para ese período, sino que se computará para el siguiente período de cálculo de la CTS.

Se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado para un mismo empleador (salvo que se demuestre responsabilidad solidaria). En este sentido, se pronuncia la siguiente sentencia casatoria No. 1617-97:

"Tercero.- que, toda compensación de tiempo de servicios exigida a un mismo

¹⁷ 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.

empleador tiene que tener como correlato el haber mantenido vínculo laboral con éste, toda vez que no se puede exigir el cumplimiento de dicho beneficio a persona natural o jurídica para quien no ha prestado labor alguna; de tal manera que debe determinarse desde cuándo se inicia este vínculo entre actor y demandada."

7.3. La evolución de la compensación por tiempo de servicios

Antes de 1991, la compensación por tiempo de servicios se calculaba y entregaba al final del contrato de trabajo. Un pago no tenía efecto cancelatorio, si el trabajador ingresaba nuevamente a la empresa, lo que había recibido era sólo un pago a cuenta.

A partir de 1991, se calcula y deposita semestralmente y se entrega al final del contrato de trabajo. Con ello, cada depósito tiene efecto cancelatorio y ya no existe el concepto de pago a cuenta o reintegro de compensación por tiempo de servicios. Así lo ratifica la siguiente resolución judicial:

"En cuanto a la compensación por tiempo de servicios debe hacerse notar que los depósitos hechos en una entidad financiera tienen carácter de cancelatorio y el juez no puede revisar su conformación para reestructurarlos; que en esa condición los depósitos hechos (...) no pueden volver a reconocerse." [Sentencia del 24 de junio de 1996 publicada en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia].

La compensación por tiempo de servicios se devenga mensualmente y se deposita semestralmente en la entidad financiera y la moneda escogidas por el trabajador. La obligación se entiende cumplida cuando el empleador cumple con realizar el depósito respectivo.

Sin embargo, era posible que las partes laborales suscriban convenios de depósito de la CTS para que el depositario sea el propio empleador, los mismos que deben presentarse al Ministerio de Trabajo y tienen vigencia anual. En principio, estos convenios estaban permitidos hasta el 4 de octubre de 2000 (luego de esta fecha, la CTS que estaba en poder del empleador debía trasladarse al sistema financiero); empero, por medio del Decreto de Urgencia No. 070-2000, se ha establecido que la CTS que se devengue hasta el 31 de octubre de 2000 puede tener como depositario al empleador previa celebración de los convenios respectivos.

Ahora bien, estos convenios celebrados por la CTS acumulado hasta el 31 de octubre de 2000 pueden ser prorrogados, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2001. Luego, desde el 1 de enero de 2002 se debe depositar la CTS acumulado a cargo del empleador más los intereses respectivos hasta en cuarenta y ocho cuotas mensuales (se ha previsto una suerte de "fraccionamiento" de la CTS) y por igual cantidad, en la entidad financiera elegida por el trabajador.

La CTS devengada desde el 1 de noviembre de 2000 debe, necesariamente, ser materia de depósito en la entidad financiera elegida por el trabajador.

7.4. El tiempo de servicios y la remuneración computable

Se toma en cuenta el tiempo de servicios prestados en el Perú, o en el extranjero si es que el trabajador ha sido contratado en el Perú. Ésta es la única norma vigente en el Perú sobre aplicación de las leyes en el espacio y, por medio de los métodos de integración, podría

aplicarse para otros beneficios.

La Compensación por tiempo de servicios se devenga una vez alcanzada el primer mes completo de servicios, cumplido este requisito, toda fracción se computa por treintavos.

Le corresponde al trabajador una remuneración mensual en promedio anual, por cada año laborado. Los meses se computan a razón de un dozavo de la remuneración por cada mes y los días a razón de un treintavo del dozavo por cada día¹⁸.

Constituye la remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie en contraprestación a su labor, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Como ya hemos dicho, hay que tener en cuenta el concepto de remuneración para efectos laborales.

Ahora bien, inclusive, se ha aceptado el pago de la CTS en especie –ante la falta de liquidez del empleador–, siempre que medie una aceptación del trabajador. Al respecto, resulta ilustrativo el Acuerdo No. 5 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1998 [aprobada por Resolución Administrativa No. 1027-CME-P], aprobada por unanimidad:

“Es procedente el pago de beneficios sociales en especie de manera excepcional siempre que exista acuerdo entre las partes, y la valorización asignada no afecte los derechos de los trabajadores”.

La regla es que la remuneración para el cálculo es la vigente para la fecha de cada depósito; si para ese mes, la remuneración se incrementa, será este nuevo monto el que deberá tenerse en cuenta; de este modo, son base de cálculo para la Compensación por Tiempo de Servicios las remuneraciones percibidas en abril y octubre, para los periodos de noviembre-abril y mayo-octubre, respectivamente. Si se reduce la remuneración, se computará por periodos.

En caso de remuneraciones variables, caso de comisionistas y destajeros, se deberá calcular el promedio del semestre.

La LCTS tiene un trato diferenciado sobre las remuneraciones periódicas o regulares y las que son irregulares o imprecisas.

Analicemos primero los conceptos que son periódicos. Las remuneraciones regulares superiores al mes pero inferiores al semestre [por ejemplo, un bono bimestral], se incorporan a razón del promedio o la remuneración computable. En el caso de los semestrales, como la gratificación de julio y diciembre se añaden a razón de 1/6 por cada semestre, así por ejemplo, en el período de mayo a octubre se incorpora 1/6 de la gratificación de julio. Para las remuneraciones de periodicidad anual (una asignación vacacional convencional, por ejemplo), la incorporación es de 1/12 del monto percibido dentro del semestre respectivo. En ningún caso se consideran las remuneraciones de periodicidad superior al año [por ejemplo, una bonificación por quinquenio que se percibe cada cinco años].

18 Además, se consideran como laborados los setenta primeros días de cada año que se mantienen por accidente de trabajo o enfermedad, los días de descanso pre y post natal (90 días), los días de licencia con goce de remuneraciones, los días de una huelga declarada legal y los días devengados (interés) en una sentencia estimatoria de un proceso de nulidad de despido.

Ahora bien, veremos las remuneraciones imprecisas no periódicas. Ante remuneraciones no habituales o irregulares, como horas extras por ejemplo, los trabajadores deben de percibirlos por lo menos en la mitad del período de cálculo, o sea tres meses: se obtiene el promedio de esos tres meses sumando los montos percibidos y el resultado se divide entre seis, este resultado se suma a la remuneración básica.

Por último, en caso de cese, la remuneración vigente a la fecha de cese es base de cálculo para determinar la remuneración computable para la Compensación por Tiempo de Servicios trunca.

7.5. Los depósitos semestrales

Solamente están exceptuados del depósito de la CTS, los trabajadores que cuenten con convenios de remuneración integral anual [artículo 2 del Reglamento], en la medida que dentro de la remuneración global se hubiera incorporado a la CTS. En este caso, la CTS se entrega directamente a los trabajadores.

a) Depósitos semestrales: La CTS devengada a partir de 1991

El pago se concreta en un depósito que el empleador debe efectuar en los meses de mayo y noviembre por un monto equivalente a tantos dozavos de la remuneración computable como meses completos haya laborado el trabajador en el semestre respectivo, y tantos treintavos de dozavos como días completos haya acumulado en un mes incompleto.

Una vez realizado el depósito, queda cancelada la Compensación por Tiempo de Servicios de ese período, salvo que quede por abonar algún reintegro al trabajador. En caso de incumplimiento, la CTS debe calcularse con la remuneración vigente en cada oportunidad y determinar los intereses respectivos. No es posible, entonces, calcular la CTS con la última remuneración, tal como ha sido señalada por la jurisprudencia laboral. A estos efectos, citamos la sentencia recaída en el Expediente No. 3498-99-85(S) de la Sala Laboral de Lima del 20 de diciembre de 1999:

"La Juez en la sentencia apelada al momento de determinar el importe que corresponde abonarse por los períodos de la compensación por tiempo de servicios no cancelada, ha practicado el cálculo con la última remuneración, lo cual transgrede el criterio establecido en la sexta disposición transitoria del Decreto Legislativo 650 que establece que deben efectuarse con la remuneración vigente a la fecha de cada depósito, esto es, a la fecha correspondiente en que debió realizarse dicho depósito más los intereses legales bancarios, para cuyo efecto deberá contar con el informe de planillas que le proporcione las remuneraciones históricas a efectos de practicarse correctamente los cálculos pertinentes".

b) Cancelaciones mensuales: La CTS de enero a octubre de 2001

Mediante Decreto de Urgencia No. 127-2000 se estableció un régimen excepcional por el cual los trabajadores reciben la CTS, se cancela y deposita mensualmente, a razón de 8,33% del total de las remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador. De esta forma, temporalmente, se establece una excepción al carácter de "seguro de desempleo" que importa la CTS pues esta norma permite el retiro del 100% de esta CTS y que, además, goza del carácter de infungible pudiéndose retirarse en forma inmediata por el trabajador.

7.6 Formalidades del depósito

Las normas establecen que el empleador debe entregar una liquidación de la CTS depositada al trabajador para que éste pueda apreciar el cálculo de la misma. El trabajador tiene 72 horas para observar la liquidación presentada por la empresa, como lo ha ratificado la sentencia de Casación No. 1562-97-LIMA:

"La compensación por tiempo de servicios es un beneficio social que se devenga el primer mes de iniciado el vínculo laboral, teniendo derecho el trabajador a que semestralmente sea depositado en una entidad bancaria de su elección, teniendo estos depósitos efecto cancelatorio, si el trabajador no los observa dentro de las setentidós horas, período que no puede volver a computarse".

En forma contraria a lo expuesto, en la siguiente ejecutoria se indica que, pese a la falta de observación oportuna de la liquidación de la CTS, el juez puede revisar la forma de cálculo de la CTS cancelada y depositada (Casación No. 748-98-Junin):

"Que al no mediar la manifestación oportuna de conformidad del trabajador sobre los depósitos efectuados, en aplicación de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado y estando al sentido del Artículo cincuentiséis del Decreto Legislativo número seiscientos cincuenta, corresponde revisar la liquidación efectuada respecto a las diferencias que pudieran existir por el depósito diminuto de los beneficios sociales, correspondiendo tanto a la suma que corresponde pagar por la reserva acumulada como a los depósitos que se efectuaron a partir del primero de enero de mil novecientos noventiuno".

Finalmente, el sujeto legitimado para observar las liquidaciones de beneficios sociales, de acuerdo con lo resuelto por la Sala Laboral de Lima, no es el sindicato de trabajadores sino éstos en forma individual (Sentencia en el Expediente No. 5958-96 del 14 de febrero de 1997):

"El artículo 30° del Decreto Legislativo N° 650 no contempla que las observaciones que por escrito puedan formular los trabajadores respecto a las liquidaciones de la compensación por tiempo de servicios que efectúe el empleador, puedan ser realizadas por las organizaciones sindicales a las que se encuentren afiliados, inferiéndose por el contrario que éstas son de naturaleza individual".

La expedición de esta constancia es determinante en la medida que la CTS sea liquidada y depositada semestralmente, siendo necesario apreciar cada uno de los conceptos que se han tomado en consideración para el cálculo. De esta manera, una liquidación realizada sin determinación de los conceptos que la integran no debe admitirse, tal como ha sido reconocida en la siguiente sentencia casatoria (Casación, 3029-97-PIURA):

"Resulta evidente que la liquidación de beneficios sociales efectuada carece de precisión y fundamentación, toda vez que no cumple con señalar cuál es el básico, los conceptos que considera conforman la remuneración computable ni cada una de las cantidades que corresponden respectivamente, la forma que efectuó la liquidación, así como tampoco los medios probatorios que sustentan su decisión, fluyendo además la falta de claridad en el sustento legal, en razón de que se advierte contradicción respecto de la aplicación del Decreto Legislativo número

seiscientos cincuenta. [...] En consecuencia, no puede admitirse que una sentencia adolezca de los defectos mencionados en el considerando precedente, careciendo así de la expresión de las motivaciones que llevaron al Juzgador a resolver en determinado sentido el conflicto planteado. Consecuentemente la recurrida incurrió en la causal de violación del inciso b) del Artículo cincuentiuna del Decreto Supremo número cero tres-ochenta-TR".

Finalmente, si el empleador no entregara alguna liquidación de la CTS depositada al trabajador, se ha establecido que dicha liquidación es susceptible de revisión. Sobre este tema, es ilustrativa la sentencia de Casación No. 3514-97-LIMA:

"Que, el efecto cancelatorio de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios del trabajador previsto en el artículo segundo del Decreto Legislativo número seiscientos cincuenta, en su texto original, responde al conocimiento y consentimiento oportuno correspondientes del trabajador sobre la existencia de estos depósitos a través de las liquidaciones correspondientes que el empleador le alcanzaba de manera obligatoria y bajo cargo. [...], de no presentar el empleador en un proceso judicial las citadas liquidaciones debidamente firmadas por el trabajador, los depósitos efectuados no pueden ostentar efecto cancelatorio, ni tampoco pueden recobrarlo vía los reportes de registros de depósitos presentados por las entidades bancarias o financieras depositarias, sea del período que fuere. [...] toda vez que, apareciendo en dichas entidades sólo montos totales sin ningún detalle de la remuneración computable ni los períodos de servicios que se cancela, el trabajador no va a poder ejercer debidamente su derecho a observarlas".

7.7. La extinción del contrato y el pago del beneficio

El abono de la CTS sólo procede al cese del trabajador, sin importar la causa, salvo el caso de los retiros parciales (se permite el retiro hasta el 50% de la CTS) y la asignación provisional en un juicio por nulidad de despido. En el caso de retención indebida de la CTS por el empleador, se ha previsto una indemnización equivalente al doble de la CTS no abonada.

Al respecto, el Acuerdo No. 1 del Pleno Jurisdiccional laboral de 1998 (aprobado por Resolución Administrativa No. 1027-CME-P), aprobado por mayoría calificada indicó lo siguiente:

"La indemnización que establece el artículo 49 del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios aprobado por Decreto Supremo No. 001-97-TR, equivale al doble de la suma retenida sin perjuicio de la devolución de esta última".

Ya existen procesos donde se ha aplicado esta sanción al empleador (sentencia de Casación No. 90-98-HUAYRA):

"El artículo cuarenta y nueve del mismo Decreto Supremo es claro y feminante al establecer que la retención indebida por el empleador de sumas de dinero que corresponden al trabajador distintas a las taxativamente previstas en el Artículo cuarenta y siete de la misma norma, lo obliga a pagar al trabajador por concepto de indemnización por el daño sufrido por éste, el doble de dichas sumas, sin perjuicio de los intereses legales moratorios que se devenguen desde la fecha de la retención. Esta misma situación y sanción son las previstas por los Artículos

cuarentidós y cincuenta del Decreto Legislativo número seiscientos cincuenta, pues sólo está facultado para retener cuando se trate de deudas del trabajador al cese, por concepto de adelanto de remuneraciones, venta o suministro de mercaderías o préstamos para casa habitación del trabajador”.

Pese a ello, cuando menos en una oportunidad, la Sala Laboral de Lima (Expediente No. 5281-96 del 13 de junio de 1997), declaró que esta sanción indemnizatoria solamente procedía si se apreciaba una intencionalidad del empleador en la falta de pago:

“Para que resulte procedente que se mande pagar el doble pago por retención de compensación por tiempo de servicios a que se refiere el artículo 25 del Decreto Legislativo No. 650, es necesaria, que el empleador haya efectuado intencionalmente dicha retención”.

Cabe anotar que, al cese, es posible que el empleador compense la CTS con sumas adeudadas por los trabajadores en la medida que se deriven de préstamos, adelantos de remuneración venta o suministro de mercaderías producidas por el empleador¹⁸.

En caso de que se despidiera al trabajador por una falta grave que causa un perjuicio económico al empleador, se prevé la posibilidad de que se retenga la CTS siempre y cuando, dentro de los treinta días siguientes al cese, el empleador inicie un proceso judicial por daños y perjuicios y la compensación solamente se producirá con la sentencia definitiva de este proceso que reconozca una suma a favor del empleador.

Sobre los alcances de las sumas determinadas en un proceso judicial, el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999 (aprobado por Resolución Administrativa No. 05-99-SCS/CSJR de fecha 15 de setiembre de 1999), estableció como Acuerdo No. 6-99 la siguiente:

“No procede la compensación de deudas entre la compensación por tiempo de servicios y el monto mandado pagar en un proceso penal por concepto de reparación civil”.

El plazo máximo para cancelar la CTS cuando termina la relación laboral es dentro de las cuarenta y ocho horas de producido el cese. Este plazo supone que el empleador debe pagar la CTS, excluyendo cualquier instrumento que solamente suponga un compromiso de pago (como puede ser la entrega de una letra de cambio). Sobre esto último, es ilustrativa la sentencia de la Sala Laboral de Lima del Expediente No. 5688-97-85(S) del 5 de noviembre de 1997:

“La misma norma en su artículo 3º señala que el pago de la compensación por tiempo de servicio no depositados, debe efectuarse dentro de las 48 horas de producido el cese; que en consecuencia al no estar contemplado en las normas laborales, el pago de la compensación por tiempo de servicios por medio de las letras de cambio, no puede darse por cancelado los beneficios sociales”.

Finalmente, es oportuno referirnos a la gratificación extraordinaria compensable que se suele entregar al cese. El artículo 57 de la LCTS (hoy modificada por la Ley No. 27236) prevé que el empleador puede entregar una suma extraordinaria que podrá ser compensada si se

¹⁸ En este sentido se pronuncia la sentencia recordada en el Expediente de Creación No. 270-97-L-864 del 9 de julio de 1998 que considera como válida la compensación de la CTS con las sumas otorgadas como préstamo por adelanto de remuneraciones.

realiza una referencia a dicha norma o los artículos del Código Civil sobre compensación (artículos 1288 y siguientes), con acreencias futuras reconocidas a favor del trabajador en un procedimiento judicial.

Cabe anotar que, ante una serie de interpretaciones judiciales sobre los incentivos que algunos empleadores entregaron al cese y la controversia sobre si tenían el carácter compensable, se emitió la Ley No. 27326 que señala que los incentivos para renunciar al trabajo no son compensables, aun cuando las partes así lo indiquen. En lo demás, se mantiene el carácter compensable de una gratificación extraordinaria abonada al cese en la medida que ésta sea entregada en forma "pura, simple e incondicional" por el empleador.

Sobre este debate, citamos dos ejecutorias. En la sentencia correspondiente al Expediente: 2554-96-B5(S) de la Sala Laboral de Lima del 15 de octubre de 1996 se indicó que el incentivo no era compensable²⁰:

"La uniforme jurisprudencia de las salas laborales tiene establecido que la suma abonada al trabajador por incentivo al retiro, no tiene carácter compensable en tanto que no se presente un pago liberal o gracioso sino condicionado a una renuncia, por lo que no es procedente la compensación deducida".

Por otro lado, la Corte Suprema consideró que si la cantidad otorgada por incentivo era elevada, si tiene efectos compensatorios (sentencia de Casación No. 17-98-Pura):

"Que una cantidad entregada a título de gracia, significa que se ha hecho una concesión gratuita, un acto de liberalidad motivado por el puro deseo del dador sin merecimiento particular del beneficiado [...] el actor recibió como incentivo la suma total de veinticinco mil setecientos ocho nuevos soles; monto que si atendemos a que en un promedio similar ha sido entregado a numerosos trabajadores, y que, además, es aparte de lo recibido por liquidación de beneficios sociales, resulta incuestionablemente elevado como para que haya sido pura gracia del empleador; significando entonces que éste lo entregó con el propósito de que surta los efectos compensatorios del artículo sesenta del Decreto Legislativo Número seiscientos cincuenta, ante posibles omisiones laborales; de otra forma no hubiera otorgado semejantes montos. [...] si bien es cierto, lo entregado como incentivo por renuncia voluntaria no puede tener el carácter de gracia y surtir efectos compensatorios, también lo es que, sólo en el presente caso, no se puede permitir tampoco un abuso del derecho por parte del trabajador. [...] Que entonces, tenemos dos importantes principios jurídicos, derechos irrenunciables y prohibición de abuso del derecho, de equivalente rango que, en este caso, se contraponen entre sí, pero que a su vez para resolver la presente controversia ninguno de ellos debe ser excluido; [...] esta Sala casatoria establece, con arreglo al artículo cincuentiocho de la Ley Procesal del Trabajo, que la elevada suma entregada al actor tendrá carácter de contraprestación por su renuncia en la proporción equivalente al monto total que hubiera recibido en caso de haber sido despedido de manera arbitraria; de forma tal, que de quedar una diferencia, ésta recién tendrá la calidad de liberalidad que podrá ser compensada con lo que el empleador adeude al trabajador".

20. En el mismo sentido se puede revisar las sentencias de las Salas Laborales de Lima Nos. 5181-97-CYS-G del 3 de noviembre de 1997 y 4982-97 (S) del 30 de septiembre de 1997.

Por último, con la vigencia de la Ley No. 27326 que dispone que los incentivos para renunciar al trabajo no son compensables, sin efectuar alguna distinción, estimamos que no se podría resolver como está resuelto en la sentencia citada.

CUADRO COMPARATIVO DE LOS BENEFICIOS SOCIALES

TEMA	GRATIFICACIÓN LEGAL (1)	ASIGNACIÓN FAMILIAR (2)	BONIFICACIÓN POR SERVICIOS (3)	UTILIDADES (4)	SEGURO DE VIDA (5)	CTS (6)
Naturaleza	Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad	Complemento por hijos	Suplemento por antigüedad	Suplemento por superávit	Protección familiar	Seguro por cese
Requisitos principales	<ul style="list-style-type: none"> - 1 mes - Trabajador en julio y diciembre 	<ul style="list-style-type: none"> - No convenio colectivo - Hijo menor o estudiante (24 años) 	<ul style="list-style-type: none"> - 25 – 30 años - Trabajador al 29/07/95 	<ul style="list-style-type: none"> - No exclusión del empleador (20 trabajadores y/o no lucro) - Renta de tercera categoría - Contingente 	<ul style="list-style-type: none"> - 4 años de servicios - 3 meses voluntario 	<ul style="list-style-type: none"> - 4 horas de trabajo - 1 mes
Oportunidad	Julio y Diciembre	Mensual	Mensual	Anual	Fallecimiento o invalidez total	Al cese (50% de libre disponibilidad)
Cuantía	1 remuneración mensual por semestre, o proporcional	10% de RMV mensual, con independencia de número de hijos	25% o 30% de básico	Entre 5% y 10% de renta antes de impuesto Por días y remuneraciones, con tope de 18 remuneraciones	Entre 16 y 32 remuneraciones mensuales	Una remuneración mensual en promedio anual por año
Conceptos computables	<ul style="list-style-type: none"> - Remuneración mensual o promedio 	Sólo RMV	Sólo básico y horas extras	Todas las remuneraciones	Remuneración mensual	<ul style="list-style-type: none"> - Remuneración mensual o promedio

	semestral - Remuneración hasta los bimestrales					1 /6 de remuneración semestral - 1/12 de remuneración anual
Base para cifra beneficio	4 y 6	1,4,5 y 6	-	-	-	-
Remuneración	SI	SI	NO	NO	NO	NO
Impuesto a la Renta	SI	SI	SI	NO	NO	NO
Normas	Ley No. 25139 D.S. 061-89-TR	Ley No. 25129 D.S. 035-90-TR	D. Leg. No. 688 Ley No. 26513	D. Legislativo No. 892 D.S. 009-98-TR	D. Legislativo No. 688	D.S. 001-97-TR D.S. 004-97-TR