

DISPARITAR LABORAL: LA CONFUSA REGULACIÓN DE LA ASIGNACIÓN FAMILIAR Y DE LAS GRATIFICACIONES LEGALES

DANIEL ULLOA MILLARES⁽¹⁾

Hace 25 años, en 1988, cuando fue creada la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, no existían en nuestra normativa los dos beneficios laborales que serán analizados en este trabajo, a los cuales puede acceder –en principio– todo trabajador sujeto al régimen de la actividad privada. Ambos fueron creados mediante leyes emitidas en diciembre de 1989 (Leyes N^os 25129 y 25139, respectivamente), en un contexto político, social y económico muy diferente al actual⁽²⁾. Sin embargo, a pesar de ser producto de un contexto diferente, ambos derechos se fueron consolidando y actualmente se mantienen vigentes: el primero sin cambio alguno hasta la fecha y el segundo reformulado en parte en el año 2002 por la Ley N^o 27735, aunque manteniendo sus principales características.

Dado que ambos derechos son creaciones legales, normas posteriores han restringido (aunque no necesariamente respetando el principio / derecho de igualdad) su ámbito de aplicación, por lo que no todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada las pueden disfrutar. Así, el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas no prevé en la relación

(1) Abogado. Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa (Universidad Castilla - La Mancha). Profesor ordinario de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente en la Universidad ESAN.

(2) El terrorismo y la inflación fueron dos de los más graves problemas que teníamos en esa época. Recordemos que en 1987 la inflación fue de 132 %, en 1988 de 1722 %, en 1989 de 2775 % y en 1990 de 7650 %.

de derechos que consagra⁽³⁾ a la asignación familiar y solamente otorga el derecho a las gratificaciones legales a los que laboran en una pequeña empresa, aunque con cuantía reducida⁽⁴⁾.

Sin embargo, el objetivo de este trabajo es presentar diversos problemas de interpretación generados por la confusa redacción de las normas que regulan estos beneficios. Inclusive, entendemos que el devenir de la legislación peruana ha limitado el alcance que originalmente tuvieron siendo necesaria una revisión de la razonabilidad de su existencia.

Revisemos el primero de los beneficios.

I. LA ASIGNACIÓN FAMILIAR

Este beneficio está regulado por dos normas: la Ley N° 25129, publicada el 6 de diciembre de 1989 (en adelante, la ley) y su reglamento, el D.S. N° 35-90-TR, publicado el 7 de junio de 1990 (en adelante, el reglamento) y consiste, básicamente, en la obtención para el trabajador de una suma dineraria equivalente al 10 % de la remuneración mínima vital (hoy S/. 750) por la acreditación de tener a cargo uno o varios hijos menores de 18 años o menores de 25 si realizan estudios superiores⁽⁵⁾. Este pago lo debe realizar todo empleador que lo tenga registrado como trabajador.

La regulación del beneficio ha generado, en la práctica, numerosos problemas en su interpretación como exponemos a continuación.

1. El ámbito de aplicación

Los artículos 1 y 3 de la ley señalan⁽⁶⁾:

“Artículo 1.- A partir de la vigencia de la presente Ley, los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva, percibirán el equivalente al 10 % del ingreso mínimo

(3) Art. 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, aprobada por D.S. N° 7-2002-TR, hoy denominada “Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial” por la modificación realizada por Ley N° 30056.

(4) 15 días de una remuneración mensual en lugar de 30 días, según el citado artículo 41 de la norma.

(5) Art. 1 de la Ley N° 25129.

(6) Todas las negritas en las normas son nuestras.

legal por todo concepto de Asignación Familiar”.

“Artículo 3.- En caso de que el trabajador perciba beneficio igual o superior por el concepto de Asignación Familiar, se optará por el que le otorgue mayor beneficio en efectivo”.

Por su parte, los artículos 2 y 9 del reglamento indican:

“Artículo 2.- Se encuentran comprendidos en los alcances del beneficio a que se contrae la Ley 25129, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulen por negociación colectiva, cualquiera que fuere su fecha de ingreso”.

“Artículo 9.- Si el trabajador viniera percibiendo la asignación por cónyuge, separadamente a la del hijo, subsistirá el derecho a percibir aquella, independientemente del monto que fuera; y, en cuanto a la asignación por hijo, se optará por la que otorgue mayor beneficio cualquiera que fuera el origen de esta”.

Literalmente se puede entender que para la ley y el reglamento hay dos grupos de trabajadores: los que regulan su remuneración mediante negociación colectiva y los que no lo hacen por esa vía. Tanto el artículo 1 de la ley como el artículo 2 del reglamento establecen claramente que el beneficio se otorga a quienes *no regulan sus remuneraciones por negociación colectiva*. Esta es la lectura que hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2006 emitida en el Expediente N° 100-2006-AC.

De otro lado, el artículo 3 de la ley y el artículo 9 del reglamento precisan que si el trabajador percibe un beneficio igual o superior, se optará por el que otorgue mayor beneficio en efectivo.

Por tanto, a diferencia de alguna opinión que ha entendido que siempre debe aplicarse el monto mínimo previsto en la ley, la interpretación literal de la norma (acompañada de una interpretación histórica) nos lleva a pensar que están excluidos de este beneficio los trabajadores que regulan sus remuneraciones mediante negociación colectiva, por asumirse o entenderse que están mejor protegidos que aquellos que no tienen aquella negociación. Hay que notar que la norma no señala que en la convención colectiva se encuentre previsto un beneficio similar al de la ley: basta que las remuneraciones del trabajador estén reguladas por negociación colectiva para excluirlo del ámbito de aplicación de la ley.

Sin embargo, utilizando criterios a nuestro parecer muy discutibles, se ha ampliado el ámbito de aplicación previsto en la norma a todo trabajador, inclusive si sus remuneraciones están reguladas por convenio colectivo.

Un primer caso que hemos podido conocer, aunque finalizado en segunda instancia, se dio en la sentencia de fecha 11 de junio de 2007 emitida por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la cual –según detalla la sentencia de fecha 2 de setiembre de 2010 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1735-2010-PA/TC– *“llegó a la conclusión a través de la interpretación del artículo 1 de la Ley N° 25129 y del artículo 26.2. de la Constitución Política del Perú que la asignación familiar correspondía a todos los trabajadores de la actividad privada”*.

Este razonamiento fue repetido en la Casación N° 2630-2009-Huaura de fecha 10 de marzo de 2010 y publicada en la separata de sentencias del diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 2011⁽⁷⁾. Cabe señalar que en este caso, tal como se describe en la sentencia, la empresa venía cumpliendo con el pago del beneficio inclusive luego que celebró su primer convenio colectivo, para después optar por dejar de pagar la asignación familiar en aplicación estricta de la ley, dado que las remuneraciones de sus trabajadores ya se encontraban reguladas por un convenio colectivo.

Así, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República analizó el artículo 1 de la Ley N° 25129 bajo los alcances de los principios y derechos constitucionales *“relativos a la igualdad ante la ley, al trabajo, a una remuneración justa y equitativa, de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, a la libertad sindical y a la negociación colectiva”* para luego concluir que *“la interpretación correcta del artículo 1 de la Ley N° 25129, acorde con los derechos y principios constitucionales antes desarrollados, es que la restricción establecida en la misma respecto a ‘los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulen por negociación colectiva’, es que estos no perciban un doble beneficio por este derecho de asignación familiar otorgado de forma general e imperativa a favor de los trabajadores del sector privado, se encuentren o no sindicalizados, como consecuencia del que perciban a raíz del convenio colectivo o del previsto por la ley (derecho mínimo), caso en el cual los trabajadores percibirán el que le otorgue mayor beneficio en efectivo. En caso que el convenio colectivo no contemple pago alguno por concepto de asignación familiar, los trabajadores sindicalizados deberán percibir la asignación familiar en el monto y porcentaje establecido por la Ley N° 25129 y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 035-90-TR, siendo este el criterio interpretativo que a partir de la fecha asume este Colegiado con relación al pago de la asignación familiar*

(7) También se puede revisar la sentencia en <[http://www.plades.org.pe/pdf/normasJurisprudencia/relacionInd/remuneracionesBenSoc/Asignacion%20Familiar%20\(100310\).pdf](http://www.plades.org.pe/pdf/normasJurisprudencia/relacionInd/remuneracionesBenSoc/Asignacion%20Familiar%20(100310).pdf)>.

previsto en la Ley N° 25129”. En otras palabras, la citada sala de la Corte Suprema creó una nueva norma, modificando la ley.

En un extenso informe⁽⁸⁾ de fecha 21 de agosto de 2012, elaborado por el entonces Director General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como respuesta a la consulta DL-SIN/063-2012 realizada por la Sociedad Nacional de Industrias con relación a anteriores opiniones emitidas por la autoridad de trabajo sobre los alcances del beneficio, y tomando en cuenta la sentencia de la Corte Suprema antes indicada, se concluye que el ámbito subjetivo del beneficio abarca a todo trabajador de la actividad privada, siendo su monto equivalente al menos al 10 % de la remuneración mínima vital, siendo posible su mejora a través de la negociación colectiva. Esto se deriva, según el informe, de una lectura conjunta de los artículos 1 y 3 de la ley.

El informativo Caballero Bustamante⁽⁹⁾ también asume esta posición. Señala que *“solo en los supuestos en que se regule expresamente la asignación familiar en un convenio colectivo, como un monto equivalente o mayor al de la normativa en mención, se podrá excluir al empleador de otorgar este beneficio”*.

En nuestra opinión, ninguna de las interpretaciones realizadas debería vulnerar el texto expreso de la norma, la cual regula el beneficio solamente para un grupo de trabajadores. En extremo, y a diferencia del informe N° 28-2012 antes citado, consideramos que resulta plenamente aplicable el argumento de la Corte Suprema en la casación antes reseñada cuando *“no se explica como es que ante un mismo supuesto de hecho, trabajadores del régimen privado que soportan una carga familiar, la ley establezca beneficios exclusivamente solo para un grupo de ellos, sin que exista una causa razonable que justifique dicha diferencia de trato”*. Por tanto, coincidimos en que se podría ampliar el supuesto de hecho de la norma al ser contrario al principio/derecho de igualdad (bajo el supuesto de que tener la posibilidad de la negociación colectiva no sea una razón objetiva para la diferencia de trato legal), pero eso no fue lo que hizo la sentencia sino que, más bien, entendió que el beneficio debe ser un *“un mínimo necesario legal de carácter imperativo (...) y que por tanto su no percepción y/o desconocimiento unilateral en perjuicio del trabajador afecta el principio de irrenunciabilidad”* (!!!).

(8) Informe N° 28-2012-MTPE/2/14 que se puede revisar en <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_19/informe02_b19mtpe.pdf>.

(9) Ver <<http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/lab/ecblab260310.pdf>>.

En todo caso, la sentencia antes señalada no es normativa, por lo que cualquier juez o corte podrá apartarse del criterio señalado si lo fundamenta razonablemente.

Vinculado a este tema se encuentra la procedencia de reducir la remuneración ordinaria o básica para pagar la asignación familiar. Muchas veces se ha visto en el caso de los trabajadores que laboran para el Estado, que poseen topes o montos de remuneraciones máximas, que cuando el trabajador acredita cumplir con los requisitos del beneficio, el empleador reduce el monto de la remuneración ordinaria para así no superar el tope aplicable, generalmente previsto en otra norma.

Consideramos que lo anterior resulta errado. Así, como la asignación familiar no puede estar incluida en la remuneración mínima vital (es decir, por la aplicación de la ley un trabajador con hijos debe ganar más que uno sin hijos, a pesar que los dos perciban como ingreso básico el equivalente a una remuneración mínima vital), ella tampoco podrá suponer una reducción del ingreso que viene percibiendo el trabajador al momento de solicitar el pago del beneficio.

Veamos a continuación los requisitos para su percepción.

2. Los requisitos del beneficio

El artículo 2 de la ley establece:

“Artículo 2.- Tienen derecho a percibir esta asignación los trabajadores que tengan a su cargo uno o más hijos menores de 18 años. En el caso de que el hijo al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta que termine dichos estudios, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad”.

Y el reglamento señala:

“Artículo 5.- Son requisitos para tener derecho a percibir la asignación familiar, tener vínculo laboral vigente y mantener a su cargo uno o más hijos menores de dieciocho años”.

“Artículo 6.- Los trabajadores tendrán derecho a percibir dicha asignación familiar hasta que los hijos cumplan dieciocho años de edad, salvo que estos se encuentren efectuando estudios superiores o universitarios, en cuyo caso se extenderá este beneficio hasta la culminación de los mismos, por un máximo de seis años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad”.

Resaltamos en negrita las dos condiciones que debe presentar el trabajador para exigir el beneficio: los hijos deben ser del trabajador (no de la pareja), deben estar a su cargo (si los hijos viven con la pareja y no con el trabajador creemos que no debería pagarse el beneficio salvo que se acredite que remite una pensión mensual o un pago por alimentos) y ser menores de 18 años. O menores de 25 (hasta 24 años, seis más que 18) siempre y cuando se encuentren efectuando estudios superiores cuando cumplan la mayoría de edad.

Al igual que en lo referido al ámbito de aplicación, aquí también encontramos una inadecuada redacción del beneficio en la ley y el reglamento, dado que es restrictiva. Imaginemos que el hijo del trabajador no cursa estudios cuando cumple los 18 años (porque se demoró, porque no quiso postular, porque no ingresó) pero lo hace un año después. ¿Puede reclamar el trabajador el reinicio del pago de la asignación familiar?

Una interpretación finalista nos llevaría a pensar que sí, pero ella resultaría contradictoria con la específica literalidad de la ley y del reglamento (“*al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando*”). Entonces, ¿creamos una nueva norma, como ha hecho la Corte Suprema cuando se ha referido al ámbito de aplicación? No compartimos dicha posición, dado que finalmente habría tantas interpretaciones como personas dedicadas a dicha labor.

Relacionado con lo anterior tenemos el caso de los reclamos que puedan producirse por los reintegros del beneficio, esto es, la obligatoriedad de la comunicación para el nacimiento del derecho. El reglamento precisa:

“Artículo 11.- El derecho al pago de la asignación familiar establecida por la Ley, rige a partir de la vigencia de la misma, encontrándose obligado el trabajador a acreditar la existencia del hijo o hijos que tuviere”.

Pueda ser que el trabajador no conoce la norma y el empleador nunca se la comunica. Cuando el trabajador se entera y acredita los requisitos, su hijo ya tiene cinco años y el empleador entiende que debe empezar a pagar desde ese momento sin que quepan reintegros por lo pasado. Pero ¿no se dice que el beneficio es por tener hijos? ¿Desde cuándo se genera el derecho: desde el nacimiento o desde la acreditación?

Entendemos que también en este caso se están utilizando interpretaciones finalistas cuando la norma expresamente señala que es el trabajador el obligado a acreditar la existencia de su prole. Y ello se puede lograr de diferentes maneras: al momento de llenar su ficha de datos, al momento de postular al empleo, cuando pidió un descanso vacacional y lo motivó por temas familiares, cuando recibe una asignación por educación, etc. y no exclusivamente con la presentación de la partida de nacimiento o de bautizo.

3. La cuantía del beneficio (el pago proporcional)

Otro tema que genera muchas opiniones es la definición de la cuantía del beneficio en lo que se refiere a la procedencia del pago proporcional. Una posición, asumida por la Inspección del Trabajo de Lima con base en un folleto emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁽¹⁰⁾ y dos informes de la autoridad de trabajo⁽¹¹⁾, que es también compartida por parte de la doctrina local⁽¹²⁾ establece que la asignación familiar se debe otorgar de manera íntegra y no es proporcional a los días efectivos de labor pues su razón de ser escapa al sinalagma del contrato de trabajo.

Los principales argumentos de esta posición, tal como lo señala el antes citado informe 28/2012, son el hecho que el beneficio no tiene carácter contraprestativo, que la ley no define la naturaleza remunerativa del beneficio sino el reglamento y que la asignación forma parte del denominado “salario social”.

Sin embargo, recientemente se ha difundido en una revista especializada⁽¹³⁾ que en un proceso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa, la Segunda Sala Civil del Callao mediante resolución N° 35 de fecha 2 de abril de 2013 declaró nulas las resoluciones de la autoridad de inspección del trabajo que impusieron multas al empleador por no haber abonado la asignación familiar en forma completa, señalando que este beneficio tiene carácter remunerativo: por tanto, cuando esta no se pague, tampoco debería abonarse la asignación familiar, siendo correcto pagar en forma proporcional a los días laborados, dado que la otra interpretación no tiene asidero legal.

Coinciden con esta opinión los redactores del informativo Caballero Bustamante antes citado.

Nosotros también entendemos que el beneficio es proporcional y que de familiar solamente tiene el nombre (y el hecho generador de su exigibilidad). Pero más importante que esto, en nuestra opinión, es la oportunidad o periodicidad de pago. Nosotros no vemos ni en la ley ni el reglamento esta característica –esencial– del beneficio pues solamente el reglamento señala:

(10) Ver <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnit/asignacion_familiar.pdf>.

(11) Informe N° 385-2011-MTPE/4/8 de fecha 14 de abril de 2011 emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica y el citado informe 28/2012 de fecha 21 de agosto de 2012.

(12) Comparte esta opinión la redacción de RAE Jurisprudencia, agosto de 2008, pp. 285-286.

(13) Informe laboral de Análisis Laboral, Vol. XXVIII, N° 328, mayo 2013.

“Artículo 10.- La asignación familiar será abonada por el empleador bajo la misma modalidad con que viene efectuando el pago de las remuneraciones a sus trabajadores”.

En la práctica, todo el mundo paga la asignación familiar de manera mensual. Pero ¿eso es así? ¿No es acaso un pago único? ¿O un pago diario? Si la remuneración se devenga por cada día trabajado y el hijo, mientras viva, también lo es cada día que pase ¿el pago no debería ser diario? La cuantía del beneficio prevista en la ley (10 % del mínimo) haría muy interesante esta última posición. ¿De dónde surgió que el pago es mensual?

Alguien podría señalar el artículo 10 antes indicado como la respuesta a nuestra última pregunta. ¿Y si el trabajador recibe su remuneración semanalmente? ¿También tiene derecho a la asignación familiar de manera semanal, dado que esa es la “modalidad” con la que se paga la remuneración al trabajador?

Sorprendentemente, este tema no ha sido discutido dado que, como indicamos, todo el mundo ha entendido que este beneficio es de periodicidad mensual. Nosotros, honestamente, no encontramos dicha especificación en la normativa vigente.

4. La naturaleza remunerativa del beneficio

En cuarto lugar, encontramos como tema a discutir la naturaleza remunerativa del beneficio. El art. 3 del reglamento establece que

“Artículo 3.- La Asignación Familiar establecida por la Ley tiene el carácter y naturaleza remunerativa”.

Por tanto, la autoridad de trabajo (ver nota 9) concluye que el concepto es remunerativo y, por tanto, es computable para el cálculo de todos los beneficios sociales. También asumió esta posición la Corte Suprema en la casación N° 2630-2009-Huaura antes citada.

Como ya hemos indicado, una opinión diferente es asumida por el informe N° 28-2012, que por un lado le niega naturaleza remunerativa al beneficio (porque no es contraprestativo), pero por otro lado lo considera base de cálculo para los demás beneficios sociales.

Si bien existe una norma que le otorga a este beneficio, generado por un hecho ajeno a la relación laboral, carácter y también naturaleza remunerativa, queda claro que la norma está creando una ficción legal otorgando características al beneficio que conceptualmente no debería tenerlas. Desde el nombre que posee (asignación) y el hecho que la genera (tener hijos a cargo)

no existe racionabilidad o justificación que este concepto tenga que ser asumido por el empleador más que buscar una compensación al deteriorado ingreso que percibían los trabajadores formales a fines del año 1989. Tampoco cumple con los requisitos de la remuneración tal como esta se define en el artículo 6 de la ley de productividad y competitividad laboral.

El crecimiento demográfico puede ser parte de una política estatal. Pero que parte de dicho crecimiento sea asumido económicamente por el empleador privado (pues los trabajadores de otros regímenes no poseen este beneficio) no pareciera tener coherencia o lógica. De ahí que consideremos que la regulación de este beneficio (que nos parece correcta en su fin pero no en su forma normativa ni en su cuantía –muy baja– ni mucho menos en el sujeto obligado) es, por decirlo de una manera delicada, desafortunada.

II. LAS GRATIFICACIONES LEGALES

Este beneficio también surgió en diciembre de 1989 por mandato legal. Actualmente no tiene sustento constitucional por lo que una norma del mismo rango podría modificarla o eliminarla. La Ley N° 27735⁽¹⁴⁾, norma que reemplazó a la Ley N° 25139, repitió el texto de la primera aunque incorporó una nueva característica al beneficio, cual es la gratificación proporcional, que comentaremos más adelante.

En síntesis, este beneficio supone incrementar el valor del trabajo en dos remuneraciones mensuales adicionales por año, lo cual debe llevar a todo empleador a calcular la remuneración no de manera mensual sino de manera anual, para así poder determinar cuánto es lo que finalmente tendrá que otorgar a cada persona que contrate.

La norma señala que transcurrido un semestre (enero-junio o julio-diciembre⁽¹⁵⁾) el empleador debe otorgar al trabajador tantos sextos como meses completos haya laborado. Sin embargo, el artículo 3 del reglamento de la ley 27735⁽¹⁶⁾ establece que los meses completos deben ser calendarios, creándose una peculiar situación que no posee otro derecho en el ordenamiento peruano: los meses no se calcularán de manera real (de 20 de mayo a 20 de junio,

(14) Publicada el 28 de mayo de 2002.

(15) Originalmente estaban considerados los semestres de enero a junio y de junio a noviembre pero una fe de erratas modificó el alcance del segundo semestre.

(16) D.S. 5-2002-TR publicado el 4 de julio de 2002.

por ejemplo) sino que deberán ser calendarios (en el ejemplo anterior, no habría un mes calendario, y por tanto, no habría obligación de pago de gratificación legal proporcional).

Como el pago de la gratificación debe realizarse en la primera quincena de julio y de diciembre, puede notarse que el primer pago resulta posterior al semestre computable (julio a enero-junio) pero el segundo no (diciembre a julio-diciembre) generándose ciertos problemas cuando el trabajador cesa entre el 16 y el 31 de diciembre, habiendo recibido hasta el 15 su gratificación que debe considerar como computable también el mes de diciembre aún no finalizado. Esto se genera porque los pagos se dan en los meses 7 y 12 del año, aunque en realidad se han aprovechado dos festividades (una cívica y otra religiosa) como fundamento de su existencia, que nada tienen que ver con la productividad de la empresa o el desempeño del trabajador: es otra imposición del Estado aplicable al Sector Privado que no cuenta con racionalidad económica (en el Sector Público este beneficio tiene el nombre de “aguinaldo” y su cuantía es fijada previamente a la fecha de pago, cuantía que no equivale a una remuneración mensual).

El hecho de que las gratificaciones deban ser abonadas en la primera quincena de julio y diciembre, tal como lo establece el artículo 5 de la Ley N° 27735, ha sido entendido por algunos como una prohibición de otorgar las gratificaciones de manera adelantada o como préstamo. Ello porque el artículo 4 del reglamento de la ley señala que este plazo “es indisponible” para las partes. No cabría, por tanto, el pago adelantado o por cuotas de la gratificación, al entenderse que el mandato del artículo 5 es imperativo. Sabemos que en algunas inspecciones se ha asumido esta literal posición.

Señalábamos que una novedad de la Ley N° 27735 es el concepto de la gratificación proporcional o trunca, pues el artículo 3 de la norma anterior, la Ley N° 25139, impedía el pago del beneficio al trabajador que no se encontrara laborando en la oportunidad de pago. Esto es, si el trabajador laboraba hasta el 30 de junio o el 30 de noviembre, por más que haya laborado el semestre completo, no percibía gratificación legal por no laborar en el mes de pago (julio o diciembre, respectivamente). Y esto era aprovechado por algunos empleadores para finalizar los contratos de sus trabajadores antes que llegue el mes de pago y así ahorrarse la entrega de una remuneración adicional.

Para remediar este supuesto, la nueva norma permite el pago proporcional (si el trabajador no tiene los seis meses completos antes de la fecha de pago, supuesto ya previsto en la Ley N° 25139) y también el pago trunca (si el trabajador cesa antes de la fecha de pago habiendo laborado como mínimo un mes en el semestre correspondiente), aunque aceptando como computables los meses calendarios completos laborados.

Algunos entienden que en este pago también está reconocido el pago de los días laborados, los denominados treintavos: por ejemplo, si un trabajador inicia labores el 1 de abril y finaliza su labor el 15 de junio, tendría derecho a 2/6 de remuneración por abril y mayo y 15/30 de 1/6 por los 15 días de junio. Nosotros discrepamos de esta interpretación por la sencilla razón de que no encontramos en la ley ni en el reglamento esa previsión. Solamente se permite el pago de fracciones de mes cuando el trabajador no completó un mes (parte final del numeral 3.4. del reglamento, establecido por D.S. N° 17-2002-TR).

Cabe señalar que este beneficio también es considerado remuneración para todo efecto legal. De ahí la importancia de normas específicas (Leyes N°s 29351 y 29714) para evitar que sea considerado computable para la generación de determinados tributos (contribución a EsSalud).

Resulta curioso que ambas regulaciones contengan una de las pocas consagraciones en nuestro ordenamiento del principio de norma más favorable⁽¹⁷⁾. Aunque consideramos que ello se estableció porque las leyes comentadas formalizaron normativamente una práctica que algunos empleadores ya venían realizando en el año 1989. No obstante, lo que se ha producido finalmente es incrementar el costo del trabajo formal menos remunerado.

Sustentamos la afirmación anterior en la existencia del concepto de remuneración integral anual (RIA) previsto en el artículo 8 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual permite la inaplicación de todos los derechos laborales cuantitativos (entre ellos, las gratificaciones legales y la asignación familiar) con excepción de la participación en las utilidades, siempre que el ingreso mensual del trabajador no sea menor a dos UIT, es decir, en este año 2013, a S/. 7400.

Por tanto, el trabajador que cuenta con una apreciación importante de su labor no percibirá estos beneficios si así lo pacta con su empleador. La pregunta que surge es ¿no estamos hablando de una regulación de beneficios laborales que en realidad limitan la formalidad? ¿Cuál es el sustento objetivo de pagar 14 remuneraciones al año⁽¹⁸⁾ y no 12, cuando mediante la RIA ello desaparece? ¿Por qué el empleador debe incrementar sus gastos empresariales por el solo hecho de que el trabajador tenga hijos? ¿Nuestra situación actual poblacional justifica fomentar el crecimiento demográfico? ¿O simplemente se tomó en 1989 una situación familiar y la celebración de ciertas festividades

(17) Art. 3 en la Ley N° 25129 y art. 4 en la Ley N° 25139, ahora art. 8 en la Ley N° 27735.

(18) Si no se labora para una micro o pequeña empresa.

como excusa para imponer un aumento de ingresos que aliviara el deteriorado ingreso de los trabajadores, generado por una incontrolable inflación?

Se culpa al derecho del trabajo de generar costos o sobrecostos laborales y con ello de fomentar la informalidad. Y la confusa regulación de los beneficios antes comentados pareciera fortalecer esta crítica. Pero pocas veces se distingue entre los fines del Derecho Laboral y la mala utilización legislativa o práctica de sus conceptos⁽¹⁹⁾, creando una confusión que finalmente perjudica la validez de muchos de los principios del Derecho del Trabajo, el cual entendemos resulta esencial y necesario mientras una persona se encuentre obligada a trabajar para poder vivir (o sobrevivir). Cuando ello no ocurra es que recién podremos hablar de otro tipo de derecho o de la consabida “flexibilidad”.

(19) La libertad sindical es otro derecho (en este caso fundamental) lamentablemente muy mal visto en nuestra realidad.