



PERÚ

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo



"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

INFORME N° 74 -2019-MTPE/2/14.1

PARA : JUAN CARLOS GUTIÉRREZ AZABACHE
Director General de Trabajo

DE : VÍCTOR RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

REFERENCIA : Oficio N° 00015-2019-DA (H.R. N° E-057942-2019)

FECHA : 10 JUN. 2019



I. ASUNTO

Opinión técnica sobre los conceptos que ingresan para el cálculo del promedio mensual de remuneraciones, a efectos de determinar el tope a la participación de cada trabajador en las utilidades de la empresa.

II. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú.
- Decreto Legislativo N° 892, Regulan el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría.
- Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, TUO de la Ley de CTS).
- Decreto Supremo N° 003-97-TR, aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL).
- Decreto Supremo N° 009-98-TR, Reglamento para la aplicación del derecho de los trabajadores de la actividad privada a participar en las utilidades que generan las empresas donde prestan servicios.

III. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Órgano de Control Institucional (en adelante, OCI) de ELECTROPERU S.A. nos consulta sobre los conceptos que ingresan para el cálculo del promedio mensual de remuneraciones, a efectos de determinar el tope a la participación de cada trabajador en las utilidades de la empresa.

Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 49 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR, la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo cuenta con la función de emitir opinión técnica en materia de trabajo. Ello implica la posibilidad de pronunciarse emitiendo criterios generales sobre los alcances de la legislación laboral. No obstante, la opinión técnica contenida en el presente documento de ninguna manera resuelve casos concretos, ya que ello corresponde a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.





PERU

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

En atención a lo expuesto, esta Dirección procede a pronunciarse sobre los aspectos consultados en el marco de nuestras competencias.

IV. ANÁLISIS

1. En el Informe N° 036-2019-MTPE/2/14.1, emitido en atención a una consulta anterior, esta Dirección ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tope máximo a la participación en las utilidades establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 892. Al respecto, se señaló que las dieciocho (18) remuneraciones mensuales, como tope a la participación de cada trabajador en las utilidades de la empresa, deben calcularse según el promedio mensual de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el ejercicio anual correspondiente.
2. Ahora, el OCI de ELECTROPERU S.A. nos consulta sobre los conceptos que ingresan para el cálculo del referido promedio mensual de remuneraciones. Si bien no nos compete dilucidar la naturaleza remunerativa de concretos beneficios económicos que una empresa otorga a sus trabajadores - máxime si la consulta planteada se limita a indicar la denominación de dichos beneficios, sin precisar las razones de su atribución ni las condiciones de su otorgamiento-, estimamos oportuno brindar al OCI de ELECTROPERU S.A. alcances de naturaleza orientadora sobre los conceptos consultados en su comunicación, a efectos de que pueda tener mayores elementos de juicio en torno al cálculo del promedio mensual de remuneraciones a que se refiere el artículo 7 del Decreto Supremo N° 009-98-TR.
3. En primer lugar, tal y como se ha señalado en el Informe N° 036-2019-MTPE/2/14.1, para el cálculo del promedio mensual de remuneraciones debe tomarse en cuenta el concepto de remuneración previsto en el artículo 6 del TUO de la LPCL, excluyéndose los conceptos previstos en el artículo 7 de la referida norma. Al respecto, los citados artículos establecen expresamente lo siguiente:

Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

Artículo 7.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650.

4. Por su parte, el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, señala que "el concepto de remuneración definido por los artículos 39 y 40 de la Ley [hoy artículos 6 y 7 del TUO de la LPCL], es aplicable para



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

todo efecto legal, cuando sea considerado como base de referencia, con la única excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas".

5. Ahora bien, teniendo en cuenta la definición legal de remuneración, así como los conceptos expresamente excluidos por los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de CTS, corresponde analizar los reintegros planteados en la consulta del OCI de ELECTROPERU S.A., entendiendo, por la propia denominación empleada, que se trata, no de nuevos conceptos, sino de pagos adicionales por conceptos preexistentes:

a) Reintegro de remuneración

Asumiendo que este reintegro obedecería a un incremento de remuneración derivado de la negociación colectiva, consideramos que tiene naturaleza remunerativa.

b) Reintegro de alimentación

De acuerdo con el literal j) del artículo 19 del TUO de la Ley de CTS, están excluidas del concepto de remuneración la alimentación proporcionada directamente por el empleador en calidad de condición de trabajo y las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a la Ley N° 28051, Ley de prestaciones alimentarias en beneficio de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Por el contrario, conforme lo señala el artículo 6 del TUO de la LPCL, las sumas de dinero que se otorguen directamente al trabajador en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena (y que obviamente no tengan la calidad de condición de trabajo) sí tienen carácter remunerativo.

c) Reintegro de encargo

Por lo general, el encargo implica un pago adicional por el desempeño temporal de labores o funciones correspondientes a una mayor categoría o un mayor nivel de responsabilidad dentro de la empresa. Si ese fuera el caso, el reintegro de encargo estaría relacionado directamente con la prestación de servicios por parte del trabajador, y tendría naturaleza remunerativa.

d) Reintegro de gratificación

A partir de lo señalado en la consulta no es posible conocer si el reintegro se refiere a un aumento de las gratificaciones legales de Fiestas Patrias y Navidad reguladas en la Ley N° 27735 o a una gratificación derivada propiamente de la negociación colectiva.

En el primer supuesto, siendo que las gratificaciones legales constituyen conceptos remunerativos de periodicidad semestral¹, consideramos que cualquier incremento de las mismas tendrá igual naturaleza remunerativa.

Para el segundo caso (gratificación derivada propiamente de la negociación colectiva), informamos que, conforme al literal a) del artículo 19 del TUO de la Ley de CTS, se encuentra excluido del concepto de remuneración a las "gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de

¹ Sobre la naturaleza remunerativa de las gratificaciones legales de julio y diciembre, véase Arce Ortiz, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 353.



*“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”
“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”*

liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral”.²

e) Reintegro de bonificación vacacional

Para efectos de la presente consulta, asumimos que la bonificación vacacional constituye un concepto adicional a la remuneración vacacional prevista por el Decreto Legislativo N° 713³.

Por tanto, al tratarse de una bonificación de origen distinto al legal, consideramos que, para evaluarse su naturaleza remunerativa, primero debe descartarse que la bonificación vacacional no se encuentre dentro de los alcances del literal a) del artículo 19 del TUO de la Ley de CTS.⁴

f) Reintegro de utilidades

La participación en las utilidades de la empresa, cualquiera sea la forma de aquella, no constituye remuneración, conforme a lo previsto en el literal b) del artículo 19 del TUO de la Ley de CTS.

g) Reintegro de uniformes

La consulta no brinda mayor información con relación al otorgamiento de este concepto; sin embargo, si, por ejemplo, tuviera la calidad de condición de trabajo, por ser indispensable o necesario para la prestación del servicio, entonces este reintegro carecería de naturaleza remunerativa⁵.

h) Reintegro de asignación familiar

De la consulta no queda claro qué significa este reintegro, por lo que en este punto nos limitaremos a informar lo siguiente:

El pago de la asignación familiar tiene por finalidad coadyuvar a la manutención del trabajador y su familia; como no retribuye la prestación de servicios del trabajador, en principio no tiene naturaleza remunerativa.

Sin embargo, conviene señalar que, conforme el artículo 3 del Decreto Supremo N° 035-90-TR, “la asignación familiar establecida por la Ley [N° 25129] tiene el carácter y naturaleza remunerativa”; de esta forma, el 10% de la remuneración mínima que se paga por concepto de asignación familiar sí tiene carácter salarial.

i) Reintegro de vacaciones útiles

² Como se aprecia, es el elemento temporal (pago extraordinario u ocasional), así como la fuente del concepto (liberalidad del empleador, o convenio y derivados) los criterios copulativos que emplea el legislador para señalar la naturaleza no remunerativa de ciertos pagos.

³ El artículo 15 del Decreto Legislativo N° 713, Ley sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconoce al trabajador el derecho a percibir una remuneración vacacional, equivalente a una remuneración ordinaria, siempre que cumpla con el récord vacacional establecido.

⁴ Véase nota al pie 2.

⁵ Véase el literal c) del artículo 19 del TUO de la Ley de CTS.



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

Al respecto, no se ha informado el objeto ni las condiciones específicas de otorgamiento de este concepto, por lo que no podemos brindar consideraciones concretas sobre el mismo.⁶

6. En lo que respecta a los intereses, de lo señalado en la consulta es factible asumir que se trata de intereses abonados por la empresa por la falta de pago oportuno de los conceptos establecidos en el laudo arbitral.

Al respecto, el segundo párrafo del artículo 1242 del Código Civil señala que el interés "es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago". Como señala Osterling, este tipo de interés "es debido por la circunstancia del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor"⁷. De allí que este concepto tenga por objeto resarcir el perjuicio que la falta de pago oportuno puede generar al acreedor (en este caso, el trabajador).

Tratándose entonces de un concepto de naturaleza indemnizatoria, el mismo que no guarda relación con la prestación del servicio, estimamos que los intereses a los que refiere la consulta no tiene naturaleza remunerativa.

7. Con relación al **bono por cierre de pliego**, de acuerdo con el literal a) *in fine* del artículo 19 del TUO de la Ley de CTS, este concepto tampoco tiene naturaleza remunerativa.

- A.
8. De esta forma, se ha analizado los conceptos consultados por ELECTROPERÚ S.A. Conforme a ello, los conceptos que tienen carácter remunerativo deberían ser considerados para obtener el promedio mensual de remuneraciones previsto en el artículo 7 del Decreto Supremo N° 009-98-TR.

Cabe indicar que, en los casos en los que hemos opinado a favor del carácter remunerativo de determinado concepto, estamos asumiendo, desde luego, que se trata de conceptos de libre disposición, es decir, dinero o especie recibido sin que el trabajador tenga la obligación de rendir cuenta al empleador sobre su uso o destino.

9. Finalmente, en lo que se refiere a la posibilidad de descontar a los trabajadores el pago en exceso que el empleador realizó a propósito del reparto de utilidades, nos remitimos a lo señalado en el Informe Técnico N° 050-2017-MTPE/2/14.1, en el cual se concluyó lo siguiente:

"Para efectos de realizar descuentos salariales por pagos en exceso con ocasión del abono de las utilidades, resulta necesario explicar previamente al trabajador sobre el error generado al momento de repartir las utilidades, recabar el consentimiento expreso de este en relación a tales descuentos y proceder bajo parámetros de proporcionalidad (por ejemplo, descuentos en cuotas y en montos razonables).

⁶ Sin perjuicio de ello, si nos guiamos por su denominación, entenderíamos que con el reintegro de vacaciones útiles se buscaría, quizás, promover la educación, ocio y recreación de los hijos del trabajador. Si ese fuera el caso, tal concepto podría tener una finalidad distinta a la de retribuir la prestación de servicios del trabajador y, en tal sentido, se trataría de un concepto no remunerativo.

⁷ Osterling Parodi, Felipe. Las obligaciones. Lima: Grijley, 2007, p. 162.



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

De no prestar el trabajador su consentimiento expreso, la empresa puede recurrir al Poder Judicial a fin de solicitar la restitución de lo abonado indebidamente, siendo aplicable, en vía de supletoriedad, las disposiciones del Código Civil que regulan la figura del pago indebido y que resulten compatibles con la lógica tuitiva del Derecho Laboral".

V. CONCLUSIONES

- a) No corresponde a esta Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo dilucidar la naturaleza remunerativa de los concretos beneficios económicos que una empresa otorga a sus trabajadores. Sin perjuicio de ello, mediante el presente informe se brinda al OCI de ELECTROPERU S.A. alcances de naturaleza orientadora sobre los conceptos consultados en su comunicación (reintegros, intereses y cierre de pliego), a efectos de que pueda tener mayores elementos de juicio en torno al cálculo del promedio mensual de remuneraciones a que se refiere el artículo 7 del Decreto Supremo N° 009-98-TR.
- b) Con relación a la posibilidad de descontar a los trabajadores el pago en exceso que el empleador realizó a propósito del reparto de utilidades, nos ratificamos en lo señalado en el Informe Técnico N° 050-2017-MTPE/2/14.1. (adjuntamos una copia de este informe).

Atentamente,

RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo