



PERÚ

Ministerio de Trabajo
y Promoción del Empleo

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL”

INFORME N° 112 -2022-MTPE/2/14.1

PARA : **ERNESTO ALONSO AGUINAGA MEZA**
Dirección General de Trabajo

DE : **KENNY DÍAZ RONCAL**
Dirección de Normativa de Trabajo

ASUNTO : Consulta sobre el recargo al consumo

REFERENCIA : a) CARTA N° 050-/2021 – AL/BQ
b) Proveído N° 4814-2021-MTPE/2/14

FECHA : 30 de marzo de 2022

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarle muy cordialmente y al mismo tiempo informar a usted lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante el documento de la referencia a), la BODEGA QUEIROLO S.A.C. consulta a la Dirección de Normativa de Trabajo sobre lo siguiente:

“1. Al ser derogada la Ley N° 24896, por el Decreto Ley N° 25988, la primera ¿ha sido dejada sin efecto todos sus alcances normativos?, refiriéndonos a su exclusión de este beneficio, así como la distribución a los trabajadores por la tabla de porcentajes, entendiendo que el Decreto Ley N° 25988, no se pronuncia en estos aspectos.

2. ¿Quiénes tienen derecho a recibir ingreso por el concepto de recargo al consumo? Entendiendo que en nuestra empresa la actividad económica es la de restaurante Bar, y nuestros trabajadores están conformados por: gerente, administrador, cajeros, mozos, cocineros y ayudantes de cocina.

3. ¿En la empresa, un accionista de la empresa, si realiza a su vez funciones de cajero – administrador, puede recibir el recargo al consumo?

4. ¿Cuál es la forma correcta legalmente para aplicar la distribución o repartición del Recargo al Consumo, al personal? Sin incurrir en alguna causal de discriminación.

5. No otorgar el recargo al consumo al trabajador, ¿Es materia de incumplimiento de las obligaciones laborales, sancionable para la autoridad inspectiva?

6. Si la empresa ya cobra por concepto de recargo al consumo, al público, puede después decidir no cobrarlo, ¿Cuál sería el procedimiento a seguir?” (sic)



- 1.2 Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del MTPE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, la Dirección de Normativa de Trabajo tiene entre sus funciones emitir opinión técnica en materia de trabajo.

II. BASE LEGAL

- 2.1. Constitución Política del Perú.
- 2.2. Decreto Ley N° 25988, Ley de Racionalización del Sistema Tributario Nacional y de Eliminación de Privilegios y Sobrecostos.
- 2.3. Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, que aprueba el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (ROF del MTPE).

III. NATURALEZA DE LA PRESENTE OPINIÓN TÉCNICA

- 3.1. A través de una opinión técnica, la Dirección de Normativa de Trabajo emite criterios generales sobre los alcances de la legislación laboral, por lo que una opinión técnica no resuelve ni se pronuncia sobre casos concretos, pues ello corresponde a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.
- 3.2. En tal sentido, en el presente informe se expondrán criterios generales referidos a la normativa que regula el recargo al consumo (en adelante, RC): aplicación de la Ley N° 24896, ámbito de aplicación, porcentajes de distribución, si corresponde una sanción por no otorgar dicho concepto y si la empresa puede dejar de cobrar el RC.

IV. ANÁLISIS

a. Sobre la derogación de la Ley N° 24896

- 4.1. La Ley N° 24896 estableció el Impuesto al Consumo ascendente al 13% sobre el importe de las facturas que extendía todo establecimiento de hospedaje y/o expendio de bebidas y comidas, tales como restaurantes, hoteles, hostales, casinos de juego, bingo, bares, chifas, centros nocturnos, clubes sociales y ramos similares. De esta manera, este se distribuía de la siguiente manera:
 - a) 11% era entregado a los trabajadores de acuerdo a la tabla de porcentajes establecidos en el artículo 6 de la referida ley y formaba parte integrante del salario, asimismo, servía para computar y pagar las indemnizaciones y la jubilación del trabajador.
 - b) 2% servía para el pago de la indemnización cancelatoria anual y de las aportaciones al Fondo de Jubilación del I.P.S.S., correspondiente al 11% del recargo al consumo con retroactividad a la vigencia del Decreto Ley N° 23128. El saldo, si lo hubiere, se distribuía de conformidad con la Tabla de Distribución descrita en el artículo 6 de la referida ley.



- 4.2. Luego, el literal f) del artículo 3 del Decreto Ley N° 25988, derogó dicho tributo:

“Artículo 3.- A partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Ley no se crearán tributos cuya recaudación sea destinada a una institución diferente al Gobierno Central o los Gobiernos Locales. Tampoco se crearán tributos destinados a financiar investigaciones científicas o tecnológicas, las que deberán obtener recursos de la cooperación internacional o ser financiadas por el sector privado.

De conformidad con el precepto contenido en el párrafo anterior, quedan derogadas las siguientes disposiciones:

(...)

f) La Ley N° 24896, que crea el Impuesto al Consumo de hoteles y restaurantes destinado al financiamiento del salario y las aportaciones al Fondo de Jubilación de los trabajadores de los establecimientos de hospedaje y expendio de comidas y bebidas.

(...)” (Énfasis nuestro)

- 4.3. Por tanto, en relación a la primera consulta sobre los efectos de la Ley N° 24896, es de señalar que, en tanto dicha norma fue derogada, dejó de surtir efectos.

b. Sobre la regulación del recargo al consumo

- 4.4. El Decreto Ley N° 25988, mediante su Disposición Complementaria señaló lo siguiente respecto al recargo al consumo:

“QUINTA.- Los establecimientos de hospedaje o expendio de comidas y bebidas en acuerdo con sus trabajadores, podrán fijar un recargo al consumo no mayor al 13% del valor de los servicios que prestan, en sustitución del tributo que se deroga en el inciso f) del Artículo 3 del presente Decreto Ley. El recargo al consumo, si fuera el caso, será abonado por los usuarios del servicio en la forma y modo que cada establecimiento fije. Su percepción por los trabajadores no tendrá carácter remunerativo y, en consecuencia, no estará afecto a las contribuciones de Seguridad Social ni FONAVI, ni afecto a indemnización, beneficios laborales o compensación alguna. Este recargo no forma parte de la base imponible del Impuesto General a las Ventas.” (Énfasis nuestro)

- 4.5. De esta manera, el decreto ley señala que el RC: (i) se fija por acuerdo entre el empleador y trabajador; (ii) no puede superar el 13% del valor del servicio; (iii) el establecimiento determina la forma y modo en que los usuarios abonan el RC; y (iv) no tiene naturaleza remunerativa.
- 4.6. Asimismo, se observa que, dentro de la definición del concepto de RC, existen dos agentes necesarios para su configuración: (i) por un lado, el usuario que toma el servicio de la empresa, por lo cual, aportará un porcentaje que no superará el 13% del valor del servicio; y (ii) del otro, el trabajador quien es el destinatario. En este escenario, la empresa cumple la función de recibir el abono realizado por el usuario, para luego entregarlo al trabajador según lo pactado entre las partes.



- 4.7. Es importante resaltar que el recargo al consumo pasó de ser una obligación tributaria a convertirse en un beneficio regulado por acuerdo entre los trabajadores y el empleador. Asimismo, en caso éste se aplique, no tiene carácter remunerativo, conforme lo señala el referido decreto ley, es decir, no computa para beneficios sociales.
- 4.8. En este escenario, debe tenerse en cuenta que, el ámbito de aplicación y el porcentaje de distribución, se realizará conforme a lo acordado entre las partes. Por lo cual, serán estos los que determinen el tratamiento que se le otorgará a dicho beneficio.
- 4.9. Por otro lado, en relación a qué aspectos debe tenerse en cuenta para que el otorgamiento del RC no constituya un acto de discriminación, se debe atender a lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la diferenciación y la discriminación:
- "8. (...) En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable."¹*
- 4.10. En consecuencia, si bien el otorgamiento del RC se encuentra a discreción del empleador y trabajador, éste no deberá constituir un acto de desigualdad, y su regulación deberá encontrarse fundada en razones objetivas y proporcionales.
- 4.11. En relación a si el no otorgamiento del recargo al consumo constituye un incumplimiento sancionable por la Autoridad Inspectiva de Trabajo, partiendo de la premisa que se trata de un incumplimiento del acuerdo de las partes, este acto constituirá un hecho sancionable, en la medida que lo acordado es mandatorio.
- 4.12. Finalmente, como se ha señalado en el párrafo 4.6, existen dos agentes en la configuración del RC, por lo cual, si se consulta por dejar de cobrar el RC, entendemos que se refieren a que la empresa deje de cobrar el abono al usuario del servicio y, como consecuencia de ello, deje de entregar el beneficio al trabajador. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, dado que su otorgamiento requiere acuerdo de las partes, para disponer el cese de dicho beneficio se deberá cumplir con los plazos y condiciones establecidos convencionalmente para ello.

c. Sobre la costumbre

- 4.13. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la costumbre "(...) *alude al conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política.*"² De esta manera, el Tribunal señala los siguientes elementos de la costumbre:³

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, fj. 8.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, fj. 40.

³ Ídem.



- a) Elemento material: Hace referencia a la práctica reiterada y constante, es decir, alude a la duración y reiteración de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterate*). En relación a la práctica reiterada, “(...) *no existe norma en nuestro sistema jurídico que permita dar un parámetro de antigüedad a una costumbre para considerar cumplido el requisito, salvo el derecho laboral, en el que se requieren dos años.*”⁴
- b) Elemento espiritual: Hace referencia a la existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad de una práctica reiterada y constante; es decir, alude a la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*).
- 4.14. Asimismo, a efectos de determinar que una práctica se encuentra regulada por la costumbre, debe tenerse en cuenta que ésta debe ser aplicable a un grupo determinado (general y abstracta), no siendo una práctica unilateral aplicable solo a algunos trabajadores.⁵
- 4.15. Al respecto, es de señalar que, si bien en el apartado anterior se desarrollaron algunos aspectos generales referentes al RC regulado por el Decreto Ley N° 25988; es posible que un beneficio de similares características sea otorgado a los trabajadores en el marco de lo dispuesto por la costumbre. En este escenario, nos encontraremos ante un beneficio cuya fuente normativa es la costumbre, por lo cual, su otorgamiento deberá darse conforme lo que dicte ésta (y tomando en cuenta que la costumbre no puede ir en contra de lo regulado por la ley).

V. CONCLUSIONES

- 5.1. En mérito de lo expuesto, se concluye que la Ley N° 24896 fue derogada mediante el Decreto Ley N° 25988, por lo cual, queda fuera del marco normativo vigente y no resulta aplicable.
- 5.2. En relación a la entrega del recargo al consumo, este se regula según lo dispuesto por las partes a común acuerdo, conforme lo señala el Decreto Ley N° 25988. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que (i) ello no deberá constituir un acto de desigualdad, por lo que, su regulación deberá encontrarse fundada en razones objetivas y proporcionales; (ii) asimismo, el incumplimiento de lo acordado es sancionable por la Autoridad de Trabajo; y (iii) dado que su otorgamiento requiere acuerdo de las partes, para disponer el cese de dicho beneficio se deberá cumplir con los plazos y condiciones establecidos convencionalmente para ello.
- 5.3. Finalmente, es de señalar, que es posible que el empleador otorgue un beneficio de similares características al regulado por el Decreto Ley N° 25988, sin embargo, en dicho caso, de corresponder, deberá tomarse en cuenta lo dispuesto por la costumbre.

⁴ RUBIO, Marcial. El sistema jurídico: Introducción al Derecho. Lima: Décima Edición, 2009, Fondo Editorial, pp. 183.

⁵ ULLOA, Daniel. “La Costumbre como Fuente en el Derecho Laboral”. Lima: *Derecho & Sociedad*, (37), 101-106.



PERÚ

Ministerio de Trabajo
y Promoción del Empleo

*“DÉCENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL”*

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda que el presente informe sea puesto a consideración de la Dirección General de Trabajo, a fin de que previo visto bueno de la misma, continúe el trámite correspondiente.

Kenny Díaz Roncal
Director de Normativa de Trabajo

H.R. E-100165-2021