



PERÚ

Ministerio de Trabajo
y Promoción del Empleo

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DE LA UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

INFORME N°335-2023-MTPE/2/14.1

PARA : **EDWARD CAMPOS ABENSUR**
Director General de Trabajo (e)

DE : **SERGIO SALGUERO AGUILAR**
Director de Normativa de Trabajo

ASUNTO : Sobre solicitud de absolución de consulta

REFERENCIA : Carta S/N de fecha 15 de junio de 2022

FECHA : 22 de febrero de 2023

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, la Dirección de Gestión del Talento Humano de la Universidad Cesar Vallejo, solicita se absuelva la siguiente consulta:

“¿La licencia con goce de haber compensable para el personal de riesgo por Covid-19 afecta el cálculo de las utilidades?”

- 1.2 Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, la Dirección de Normativa de Trabajo cuenta con la función de emitir opinión técnica en materia de trabajo; por lo cual, esta Dirección procede a emitir la correspondiente opinión técnica en el marco de sus competencias.

II. BASE LEGAL

- 2.1. Constitución Política del Perú.
- 2.2. Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y modificatorias (LOF del MTPE).
- 2.3. 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.
- 2.4. Decreto Supremo N° 009-98-TR, que aprueba el Reglamento para la aplicación del derecho de los trabajadores de la actividad privada a participar en las utilidades que generen las empresas donde prestan servicios.



- 2.5. Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO LPCL).
- 2.6. Decreto de Urgencia N° 026-2020, Establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional.
- 2.7. Decreto de Urgencia N° 029-2020, Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana.
- 2.8. 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. ANÁLISIS

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 con el marco legal.
- 3.2. En ese marco, de la revisión de la documentación alcanzada, se advierte que la consulta versa sobre la regulación de la participación de los trabajadores en las utilidades, y su vinculación con la licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior en el marco de la pandemia por la COVID-19.

Sobre la participación de los trabajadores en las utilidades

- 3.3. El artículo 29 de la Constitución Política reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa. De este modo, a nivel legal, el ordenamiento jurídico regula el derecho a la participación en las utilidades de las empresas que desarrollen actividades generadoras de rentas de tercera categoría mediante el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento.
- 3.4. Al respecto, el artículo 2 señala que los trabajadores participan en las utilidades mediante la distribución de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos, conforme el siguiente detalle:
 - 50% distribuido en función a los días “real y efectivamente trabajados”, incluyendo en esta los días de descanso pre y postnatal de la trabajadora.
 - 50% distribuido en proporción a las “remuneraciones de cada trabajador”.
- 3.5. Asimismo, el artículo 4 del Reglamento¹ precisa que los días efectivamente trabajados se entiende a aquellos en los cuales el trabajador cumpla

¹ “Artículo 4.- Para la aplicación del inciso a) del Artículo 2 de la Ley, se entenderá por días laborados, a aquellos en los cuales el trabajador cumpla efectivamente la jornada ordinaria de la empresa, así como las

efectivamente con la jornada ordinaria de la empresa, así como las ausencias que son consideradas como asistencias por mandato legal expreso.

- 3.6. En esa línea, se infiere que, como regla general, los días efectivamente laborados son aquellos donde existe una prestación efectiva de servicios de parte del trabajador en el marco de una relación laboral, y como excepción, a aquellos determinados así por mandato legal expreso. Estos últimos están vinculados a bienes jurídicos de especial relevancia, como la protección de la madre, la tutela de la libertad sindical, la promoción de la seguridad y salud en el trabajo, entre otros.
- 3.7. Del mismo modo, el artículo 6 del Reglamento² desarrolla que se considera remuneración conforme lo desarrollado en el artículo 6 del TUO de Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el mismo que detalla que la remuneración está constituida por el íntegro que el trabajador recibe por sus servicios³.

Sobre la licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior y la remuneración percibida

- 3.8. El artículo 22 y 27 de la Constitución reconocen el trabajo como un deber y derecho de la persona, y que mediante ley se le otorga adecuada protección contra el despido arbitrario. Por tanto, se infiere que su regulación constitucional tiene como finalidad tutelar la conservación del contrato de trabajo, que es una manifestación del principio de continuidad.
- 3.9. En ese marco, a nivel legal, el artículo 11 del TUO LPCL regula la suspensión del contrato de trabajo, que es una figura legal donde se interrumpe temporalmente la prestación de labores y se manteniendo el vínculo laboral, salvaguardando de esta manera la continuidad del contrato de trabajo. Así, el ordenamiento laboral lo clasifica de modo perfecto e imperfecto, donde el primero implica el cese temporal tanto de la prestación del servicio como del pago de la remuneración, mientras que el segundo el cese transitorio de la prestación de labores, pero no el abono de la remuneración. En esa línea, el artículo 12 regula diversas causales de suspensión del contrato de trabajo, donde se destaca el literal II), que señala “*Otros establecidos por norma expresa*”.
- 3.10. Por su lado, el numeral 20.2 del artículo 20 del Decreto de Urgencia N° 026-2020, norma que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, señaló que: “Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria por el COVID-19, el empleador debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior”.

ausencias que deben ser consideradas como asistencias para todo efecto, por mandato legal expreso. Igualmente, se entenderá por días laborados a los días de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora”.

² “Artículo 6.- Para efectos del inciso b) del Artículo 2 de la Ley, se considera como remuneración a la prevista en el Artículo 6 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, excluyéndose los conceptos previstos en el Artículo 7 de dicha Ley”.

³ “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”.

- 3.11. De forma complementaria, el numeral 26.2 del artículo 26 del Decreto de Urgencia N° 029-2020, norma que dicta medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana, estableció lo siguiente: *“En el caso de las actividades no comprendidas en el numeral precedente y, siempre que no se aplique el trabajo remoto, los empleadores otorgan una licencia con goce de haber a los trabajadores y servidores civiles, de acuerdo a lo siguiente: (...) b) En el caso del sector privado, se aplica lo que acuerden las partes. A falta de acuerdo, corresponde la compensación de horas posterior a la vigencia del Estado de Emergencia Nacional”*.
- 3.12. En ese sentido, en el marco del Estado de Emergencia Nacional, se regula como una medida extraordinaria otorgar la licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior a la vigencia del Estado de Emergencia, que implicaba la suspensión temporal de la prestación de labores, y se imponía la obligación al empleador de pagar la remuneración correspondiente al trabajador. En otras palabras, se infiere que regulaba el supuesto de un “crédito laboral” a favor del empleador, que sería pagado posteriormente por el trabajador, salvo acuerdo entre las partes u acuerdo colectivo en caso exista.
- 3.13. Al respecto, con relación a la participación de los trabajadores en las utilidades, conviene señalar que el Decreto Legislativo N° 892 y el Reglamento detallan 2 conceptos que deben diferenciarse, i) la prestación efectiva de labores y ii) la remuneración percibida, los cuales pasamos a detallar:
- i) Se advierte que el artículo 4 del Reglamento señala que las ausencias pueden ser consideradas como asistencias para *todo efecto legal, solo por mandato expreso de la ley*. Ahora bien, un segundo nivel de análisis, es verificar si existe una remisión normativa en esa línea.
- Los Decretos de Urgencia comentados no señalan expresamente que los días de licencia con goce de haber serán considerados como “efectivamente laborados” o como asistencias para todo efecto legal, sino que serán sujetos a compensación posterior (un crédito laboral a favor del empleador). Por tanto, sobre el particular, no se infiere una remisión expresa.
- ii) El artículo 6 del Reglamento señala que se considera remuneración a la prevista en el artículo 6 del TUO LPCL, es decir, el íntegro que el trabajador recibe por sus servicios. En ese sentido, conforme los Decretos de Urgencia señalados, resulta posible inferir que dichas remuneraciones son percibidas a efectos del cálculo de las utilidades.
- 3.14. Por consiguiente, en tanto la licencia con goce de haber estaba sujeto a compensación posterior, corresponderá determinar en cada caso los supuestos donde este “crédito laboral” fue compensado o recuperado, a efectos de determinar si son considerados como días efectivamente laborados, respecto al cálculo de la participación de los trabajadores en las utilidades. Situación distinta ocurre con la remuneración percibida, pues esta fue abonada por el empleador conforme la normativa descrita, por lo cual, sí son considerados en el porcentaje correspondiente para el cálculo de utilidades.



PERÚ

Ministerio de Trabajo
y Promoción del Empleo

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DE LA UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. Para el cálculo de los porcentajes de la participación de los trabajadores en las utilidades se requiere considerar el **día efectivamente laborado** y la **remuneración percibida**. Al respecto, la licencia con goce de haber en el marco de la COVID-19 implicaba la suspensión temporal de la prestación de servicios y se imponía la obligación al empleador de pagar la remuneración al trabajador (“crédito laboral”), manteniendo el vínculo laboral. Esta licencia excepcional se sujetaba a una compensación posterior a la vigencia del Estado de Emergencia, salvo acuerdo entre las partes u acuerdos colectivos en caso existan.
- 4.2. A efectos del cálculo de utilidades, la licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior no tiene una remisión expresa para que sea considerada como asistencia para todo efecto legal, conforme el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento; por lo cual, corresponde su evaluación caso por caso para determinar si fue compensado o recuperado, a efectos de determinar si son considerados como días efectivamente laborados. En cambio, sobre la remuneración percibida, se advierte que esta fue abonada por el empleador, por lo cual, sí son considerados para el cálculo de la participación de los trabajadores en las utilidades.

V. RECOMENDACIONES

Se recomienda su derivación a la Dirección General de Trabajo, para continuar con el trámite correspondiente.

SERGIO SALGUERO AGUILAR
Director de Normativa de Trabajo

H.R. E-095774-2022

