



**PARA** : **MARISOL LA ROSA HUAMAN**  
Directora General de Trabajo

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

**ASUNTO** : Sobre la solicitud de informe técnico

**REFERENCIA** : a) Carta N° 075-2023-CEN-FNTMMSP (H.R. E-147989-2023)  
b) Carta N° 088-2023-CEN-FNTMMSP (H.R. E-166005-2023)

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 a) de la referencia, la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP) señala que el Sindicato Único de Trabajadores de la Empresa Minera Las Bambas MMG solicitó opinión técnica a la Dirección de Normativa de Trabajo (DNT) sobre el cálculo de los días efectivamente laborados en una jornada atípica con referencia al cálculo de las utilidades. De esta manera, señalan expresamente las siguientes consultas:

*“- ¿Qué debe entenderse como día efectivamente laborado para el cálculo de las utilidades en el caso de una jornada acumulativa?”*

*- ¿El promedio de horas laboradas de una jornada atípica (dentro del periodo correspondiente) debe ser considerado para calcular los días efectivamente laborados?”.*

- 1.2 Seguidamente, mediante el documento b) de la referencia, la FNTMMSP reitero su pedido de opinión técnica para la atención de la consulta formulada.
- 1.3 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 Supremo N° 007-2002-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada, Horario y Trabajo en Sobretiempo (TUO DL 854).



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"  
Año de la Unidad, la Paz y el Desarrollo

- 2.4. Decreto Supremo N° 008-2002-TR, que aprueba el Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada, Horario y Trabajo en Sobre tiempo.
- 2.5. Decreto Legislativo N° 892, que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría (DL 892).
- 2.6. 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 (TI ROF del MTPE).

### III. ANÁLISIS

#### Naturaleza de la presente opinión técnica

- 3.1. Al respecto, debe precisarse que las consultas que absuelve la Dirección de Normativa de Trabajo a través de una opinión técnica están referidas a criterios generales sobre los alcances de la legislación laboral, por lo que esta no resuelve, ni se pronuncia sobre casos concretos, pues ello corresponde a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo con el marco legal vigente.
- 3.2. De este modo, de la revisión de la documentación alcanzada, se advierte que la consulta formulada versa sobre los alcances del cálculo de las utilidades en el caso de una jornada acumulativa.

#### Sobre las jornadas de trabajo acumulativas o atípicas

- 3.3. El artículo 25 de la Constitución regula y establece los límites a la jornada de trabajo<sup>1</sup>. En ese marco, la jornada máxima legal es aquella que busca equilibrar el tiempo que el trabajador le proporciona a su empleador con el suyo propio, es decir, es aquel periodo de tiempo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador, en tanto no puede disponer de su actividad en beneficio propio. Asimismo, el Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre las horas de trabajo, en el literal c) del artículo 2 señala lo siguiente: *“cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas, o un periodo más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana”*.
- 3.4. El artículo 1 del TUO Jornada, señala que la jornada ordinaria de trabajo constituye un máximo de derecho necesario, por lo que independientemente que sea impuesta por convención o decisión unilateral del empleador, debe ser igual a 8 horas diarias o 48 horas semanales.
- 3.5. Ahora bien, el artículo 4 de la misma norma legal<sup>2</sup> dispone que en los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, el promedio de horas trabajadas en el periodo no puede superar a los máximos establecidos en la Ley.
- 3.6. Por su parte, del artículo 9 del Reglamento del TUO del Decreto Legislativo N° 854<sup>3</sup> se desprende que los regímenes acumulativos o atípicos de jornada de trabajo incluyen

<sup>1</sup> Artículo 25º.- *La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo (...).*

<sup>2</sup> Artículo 4.- *En los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los máximos a que se refiere el Artículo 1.*

<sup>3</sup> Artículo 9.- *El establecimiento de la jornada ordinaria máxima diaria o semanal no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo, de conformidad con el Artículo 4 de la Ley, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa.*

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.trabajo.gob.pe/validadorDocumental/inicio/detalle.jsf> e ingresando la siguiente clave: 5I4ZNF6

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"  
Año de la Unidad, la Paz y el Desarrollo

dentro del ciclo de la jornada tanto a los días de trabajo como a los días de descanso. Por lo demás, esta es la manera común de entender a una jornada atípica: trabajo prolongado y descanso extendido.

- 3.7. Así, en los regímenes acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo, se puede ampliar el número de días de la jornada semanal, así como el número de horas diarias de trabajo, otorgándole luego los correspondientes días de descanso que se gozan de manera acumulativa.
- 3.8. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia<sup>4</sup> contenida en el Expediente N° 04635-2004-AA, ha establecido que las jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de 8 horas diarias ni 48 por semana, ya sea que se trate de un período de 3 semanas, o de un período más corto<sup>5</sup>.
- 3.9. Posteriormente, en atención a una solicitud de Aclaración, el Supremo Tribunal señaló que no son compatibles con la Constitución las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las 8 horas diarias y 48 semanales para un período de 3 semanas, o un período más corto, pero que ello no quiere decir que las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas sean de 3 semanas, sino que su promedio se computará en períodos de 3 semanas. En consecuencia, las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas que superen tal promedio, no serán compatibles con la Constitución<sup>6</sup>.

### Sobre la participación de los trabajadores en las utilidades

- 3.10. El artículo 29 de la Constitución<sup>7</sup> reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa, el cual es desarrollado a nivel legal a través del DL 892 que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría.
- 3.11. El artículo 2 del citado Decreto Legislativo establece los porcentajes de las empresas que se encuentran obligados a distribuir las utilidades en sus trabajadores, el mismo que señala lo siguiente:

*“Artículo 2.- Los trabajadores de las empresas comprendidas en el presente Decreto Legislativo participan en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos. El porcentaje referido es como sigue:*

*Empresas Pesqueras 10%*

*Empresas Agrarias 5% entre el 2021 al 2023, 7.5% entre el 2024 al 2026 y 10% a partir del 2027 en adelante*

*Empresas de Telecomunicaciones 10%*

*Empresas Industriales 10%*

*En este caso, el promedio de horas trabajadas en el ciclo o período correspondiente no podrá exceder los límites máximos previstos por la Ley. Para establecer el promedio respectivo deberá dividirse el total de horas laboradas entre el número de días del ciclo o período completo, incluyendo los días de descanso.*

<sup>4</sup> Cabe señalar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia ha declarado que los criterios contenidos en los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41 constituyen precedente vinculante.

<sup>5</sup> Fundamento 29 de la citada Sentencia: “29. *Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N.º 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25º de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora.*”

<sup>6</sup> Fundamento 14 del referido pedido de Aclaración: “14. *Que teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, en lo que toca al fundamento 29 de la sentencia de autos, referido a cualquier tipo de actividades laborales, incluidas las mineras, debe aclararse que no son compatibles con la Constitución las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarentiocho semanales para un período de tres semanas, o un período más corto, conforme al fundamento 15 de la sentencia. Ello no quiere decir que las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas sean de tres semanas, sino que su promedio se computa en períodos de tres semanas. Por tanto, las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas que superen tal promedio, no serán compatibles con la Constitución.*”

<sup>7</sup> Artículo 29.- *Participación de los trabajadores en las utilidades*

*El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.*

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.trabajo.gob.pe/validadorDocumental/inicio/detalle.jsf> e ingresando la siguiente clave: 5I4ZNF6



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"  
Año de la Unidad, la Paz y el Desarrollo

*Empresas Mineras 8%*

*Empresas de Comercio al por mayor y al por menor y Restaurantes 8%*

*Empresas que realizan otras actividades 5%"*

- 3.12. De esta manera, el cálculo del monto de utilidades que debe recibir cada trabajador se hace de la siguiente forma: 50% distribuido en función a los días laborados, mientras que el otro 50% deberá ser repartido en proporción a las remuneraciones percibidas en el año. Con relación a los "días laborados", se advierte que el literal a) del artículo 2 del DL 892 dispone que estos se entienden como "*el día real y efectivamente trabajado*". Asimismo, el artículo 4 del Reglamento señala que estos días se refieren cuando el trabajador cumple efectivamente la jornada ordinaria de la empresa<sup>8</sup>.
- 3.13. Asimismo, establece que la participación que pueda corresponder a cada trabajador tendrá como límite máximo el equivalente a 18 remuneraciones mensuales vigentes al cierre del ejercicio.
- 3.14. Así, el criterio normativo para que forme parte del cálculo de las utilidades es que el día sea efectivamente laborado, periodo en el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador.
- 3.15. En atención a lo expuesto, resulta importante mencionar el principio de igualdad y no discriminación aplicable en las relaciones laborales, reconocido en el numeral 1 del artículo 26 de la Constitución<sup>9</sup>, el cual, por su naturaleza, se entiende que proscribire una distinción arbitraria, esto es, carente de causa objetiva y razonable<sup>10</sup>. En ese sentido, no se produce un supuesto de discriminación prohibido por el ordenamiento, cuando la distinción se encuentra justificada.
- 3.16. En tal virtud, conviene precisar que la determinación del pago de utilidades no podría afectar los principios de igualdad y no discriminación determinados por la Constitución; así pues, la aplicación de una jornada ordinaria y una atípica resultaría un factor a analizar en cada caso concreto, considerando los principios antes enunciados.
- 3.17. A mayor abundamiento, bajo el criterio de *ratio legis* –razón de la norma<sup>11</sup>–, la distribución de las utilidades busca identificar y retribuir el papel de los trabajadores con la empresa respecto el aumento de la producción y productividad en los centros de trabajo, traducido en un porcentaje sobre la renta anual antes de impuestos según el tipo de actividad económica de la empresa. Ello debe guardar concordancia con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, considerando que dicha distribución comprende la puesta a disposición del trabajador durante el año laborado.
- 3.18. A su vez, corresponde señalar que el artículo 5 del DL 892 señala que tienen derecho a participar en las utilidades los trabajadores que hayan cumplido con la jornada máxima establecida por la empresa, que pueden ser tanto la ordinaria como la acumulativa o atípica según la facultad del empleador, bajo criterios de igualdad y equidad para su distribución<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Artículo 4.- *Para la aplicación del inciso a) del Artículo 2 de la Ley, se entenderá por días laborados, a aquéllos en los cuales el trabajador cumpla efectivamente la jornada ordinaria de la empresa, así como las 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.*

*Tratándose de trabajadores que laboran a tiempo parcial, se sumará el número de horas laboradas de acuerdo a su jornada, hasta completar la jornada ordinaria de la empresa.*

<sup>9</sup> Artículo 26.- *Principios que regulan la relación laboral*  
*En la relación laboral se respetan los siguientes principios:*

1. *Igualdad de oportunidades sin discriminación (...).*

<sup>10</sup> NEVES, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, segunda edición, 2012, pp. 140-141.

<sup>11</sup> RUBIO, Marcial y ARCE, Elmer. Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano. En: Lo esencial del Derecho N° 10. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, primera edición, 2017, pp. 114-115.

<sup>12</sup> Artículo 5.- *Tienen derecho a participar en las utilidades todos los trabajadores que hayan cumplido la jornada máxima de trabajo establecido en la empresa, sea a plazo indefinido o sujetos a cualquiera de las modalidades contempladas por el Título III del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 y del régimen laboral agrario.*

*Los trabajadores con jornada inferior a la máxima establecida, participarán en las utilidades en forma proporcional a la jornada trabajada.*

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.trabajo.gob.pe/validadorDocumental/inicio/detalle.jsf> e ingresando la siguiente clave: 5I4ZNF6





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. **CONCLUSIÓN**

- 4.1. La Dirección de Normativa de Trabajo brinda alcances generales sobre el día efectivamente laborado en una jornada acumulativa o atípica en el marco de la participación de los trabajadores en las utilidades.
- 4.2. La Dirección de Normativa de Trabajo brinda alcances generales sobre la determinación del pago de utilidades.

#### V. **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.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

SERGIO SALGUERO AGUILAR  
DIRECTOR (A)  
DIRECCIÓN DE NORMATIVA DE TRABAJO

(SSA/emt)

H.R. E-147989-2023

EXP. 2023-0014651

---

*Participarán en el reparto de las utilidades en igualdad de condiciones del artículo 2 y 3 de la presente norma, los trabajadores que hayan sufrido accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y que haya dado lugar a descanso médico, debidamente acreditado, al amparo y bajo los parámetros de la norma de seguridad y salud en el trabajo.*

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.trabajo.gob.pe/validadorDocumental/inicio/detalle.jsf> e ingresando la siguiente clave: 5I4ZNF



BICENTENARIO  
DEL PERÚ  
2021 - 2024

[www.gob.pe/mtpe](http://www.gob.pe/mtpe)

Av. Salaverry N° 655  
Jesús María

