



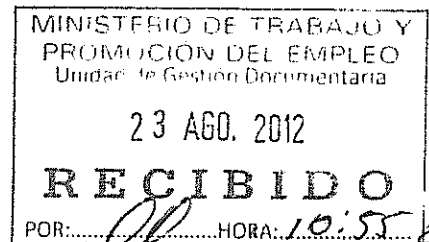
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Lima, 20 de agosto de 2012

INFORME N° 027 -2012-MTPE/2/14

De: CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES

Para: SR. AUGUSTO HUACHACA SÁNCHEZ
SECRETARIO GENERAL DEL COMITÉ DE OBRAS
EMPRESA CONSTRUCTORA ODEBRECHT



Referencia: CONSULTA SOBRE UTILIDADES

Hoja de Ruta: RMP 0000088166-2012-MTPE/4.3

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y en atención al documento de la referencia, dar respuesta a la consulta sobre reparto de utilidades planteada por los integrantes del Comité de Obra que laboran en Madre de Dios.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de febrero del año en curso, las Juntas Universales de Accionistas de las empresas ODEBRECHT PERÚ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.C. (en adelante, ODEBRECHT) y CONIRSA S.A., celebradas por separado, acuerdan fusionar las sociedades antes nombradas bajo la forma de una fusión por absorción, siendo CONIRSA la que es absorbida sin liquidarse. La fusión entra en vigencia el 08 de mayo de 2012.

CONIRSA S.A., el 15 de mayo, puso en conocimiento de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional de Madre de Dios y ante el Comité de Obra de dicha ciudad, el acuerdo de fusión celebrado con la empresa ODEBRECHT, la cual, por la calidad de absorbente, asumirá los derechos y obligaciones de la absorbida, incluidos los de índole laboral y administrativo.

Asimismo, CONIRSA informa que las relaciones individuales o colectivas que ha mantenido con los trabajadores, serán asumidas por ODEBRECHT como nueva





*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

empleadora que reconocerá -sin que sea necesaria la desvinculación laboral de los trabajadores- todos los derechos, beneficios sociales, acuerdos adoptados vigentes y condiciones de trabajo del personal desde la fecha de inicio de su vínculo laboral con la empresa absorbida.

En el documento de la referencia, los integrantes del Comité de Obra señalan que la empresa ODEBRECHT (antes CONIRSA) realiza el reparto de utilidades desde el año 2006, beneficiando al personal administrativo de la empresa, y no al obrero.

Ante la situación descrita, la consulta planteada contiene dos interrogantes a absolver: 1) ¿el personal obrero de ODEBRECHT tiene derecho a participar de las utilidades de la empresa?, y 2) en caso de tener el derecho, ¿cómo pueden hacerlo efectivo?

OPINIÓN

1. Formas de participación de los trabajadores en la empresa

Las formas o modalidades clásicas de participación de los trabajadores son, a saber, tres: la participación en las utilidades de la empresa, participación en la gestión, y participación en la propiedad de la empresa (directa o indirecta, total o parcial).

a) Participación en las utilidades o lucros de la empresa

La participación en las utilidades, es "el reparto entre los trabajadores, de modo directo o indirecto, de una porción determinada de la renta obtenida por las empresas en un periodo determinado".¹ En líneas generales, Esta forma de participación consiste en detraer cierto porcentaje de las rentas empresariales para su reparto en forma directa entre los trabajadores.

Existen diferentes variables que inciden en este sistema de participación, por ejemplo: el porcentaje de la utilidad a repartir, los trabajadores comprendidos o

¹ BARBAGELATA, Héctor Hugo. *Participación de los trabajadores en América latina*. En: Revista de Derecho Laboral No 165, Montevideo, enero-marzo 1992.p.2



*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

excluidos en el reparto, criterios que incidan en la distribución (días trabajados, topes de remuneraciones, antigüedad), etc. La participación en las utilidades es hasta la fecha, la forma más difundida y menos resistida en los países de América Latina de participación de los trabajadores en la empresa.

b) Participación en la gestión

La intervención de los trabajadores en la gestión de la empresa se manifiesta en diferentes formas. Ermida engloba los derechos de información y consulta - opinión, señalándolos como "cooperación", en tanto son la manifestación menor de la participación dado que esta se limita al derecho de los trabajadores a que le sean informadas las decisiones o acciones a tomar, previas a su implementación; así como a que se le proporcionen los datos acerca de cuestiones importantes de la empresa, orientados fundamentalmente a ser utilizados durante la negociación colectiva, aunque también puedan operar en el marco de la participación institucional². No obstante, el acceso a la información ha venido siendo bastante resistido, lo que ha motivado diferentes normas orientadas a revertir dicha situación³.

La participación gestionaría, entendida como la intervención en la administración o gestión de la empresa, se expresa en la toma de decisiones a través de órganos en los que los trabajadores tengan representación; y puede canalizarse a través de procedimientos o mecanismos preexistentes (por ejemplo, la negociación colectiva mediante la cual los trabajadores participan en la fijación de sus remuneraciones y condiciones de trabajo, sustrayendo tan importantes decisiones del ámbito unilateral del empleador); o por medio de órganos especialmente creados e integrados en las esferas de dirección de la empresa (delegados de personal, comisiones paritarias, comités de gestión o la integración de los representantes de los trabajadores en el directorio).

² ERMIDA URIARTE, Oscar. *Formas de Acción gremial en la empresa*. En: Revista de Derecho Laboral N° 131, Montevideo, p. 601.

³ Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo (art. 55° y 38° y 39° del Reglamento), Resolución Ministerial N° 284-2011-TR (art. 1°).



*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

c) Participación en la propiedad

La participación de los trabajadores en la propiedad de las empresas es la forma más profunda de participación, puesto que envuelve e involucra de modo necesario a la participación en las utilidades y a la gestionaria. "En efecto, si los trabajadores son propietarios o co-propietarios de su empresa, tienen necesariamente que intervenir en su dirección y les corresponderá parte proporcional de sus frutos."⁴

En el extremo opuesto se ubica la autogestión -cooperativas o empresas de propiedad social-, aunque como bien apunta Ermida "el vocablo 'participación' significa 'tomar parte con otro frente a otro que tiene la otra parte', mientras que en la autogestión los trabajadores tienen el 'todo' y no la 'parte'".⁵

Así, la coparticipación propietaria se puede dar en forma individual con acciones o derechos atribuidos a cada trabajador; o en forma colectiva por medio de títulos valores entregados a las organizaciones representantes de los trabajadores.

En nuestro país, como se precisará a continuación, se han presentado las tres formas de participación, siendo el periodo de más amplitud el comprendido entre los años 1970 y 1991.

II. La participación de los trabajadores en la empresa en el Perú

Desde hace más de cuatro décadas se ha vivido en nuestro país una de las experiencias más innovadoras y a su vez contrastantes. La primera mención acerca de la participación de los trabajadores aparece en el Texto Constitucional de 1933, señalando en el Título II sobre Garantías Constitucionales (artículo 45º) que "El Estado

⁴ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La participación en el Perú: Nacimiento y evolución". En: Evolución al Pensamiento Juslaboralista. Estudios en Homenaje al Profesor Héctor Hugo Barbagelata. Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 348.

⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. Loc. Cit.



*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores (sic) en los beneficios de las empresas"

El gobierno militar de Odría, a través del Decreto Ley N° 10908 (03 de diciembre de 1948), introdujo el derecho de los trabajadores a la participación en las utilidades bajo un particular esquema que contemplaba a las empresas cuyo capital no sea menor a 50000 soles, que la participación no superase el 30% de las utilidades determinadas por el balance supervisado por la autoridad tributaria, y se debían observar criterios como remuneración, antigüedad y eficiencia.

Sin embargo, la forma de participación utilitaria directa antes descrita no llegó a regir, pues desde 1949 se otorgó una "asignación sustitutoria", la cual hacía una distinción entre empleados (trabajadores intelectuales) y obreros, fijando escalas diferenciadas en función a la antigüedad del trabajador. De esta manera, la "asignación sustitutoria" no representaba una forma participativa dado que no existía una relación entre el monto de las utilidades con el porcentaje recibido por el trabajador.

La situación cambió en 1968 con el régimen militar del General Velasco Alvarado que propuso la reforma de la empresa basada en la participación de los trabajadores en las tres formas antes mencionadas. Antes de ello, se inició con el impulso a formas autogestionarias a través de la imposición de cooperativas de producción en las grandes haciendas azucareras así como sociedades anónimas de interés social en los latifundios ganaderos. La reforma de la empresa (introducción de mecanismos participativos) tuvo distintas manifestaciones, las que variaban conforme la actividad desempeñada por la empresa.

El esquema básico empleado consistía en la detracción de un porcentaje de utilidades que era dividido en dos porciones, con la primera se procedía a un reparto directo y líquido a cada trabajador; mientras la segunda porción era reinvertida en la propia empresa para transformarla en acciones a ser distribuidas entre los trabajadores. Este esquema sencillo e inicial sufrió diferentes variaciones respecto a cada sector en el que era aplicado (minería, telecomunicaciones, industria).





*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

En lo que se refiere a la participación en la gestión, se mostró un panorama más uniforme: los trabajadores tenían un asiento en el directorio de cada empresa a través de los "representantes laborales" elegidos por las asambleas de las "comunidades laborales" en forma proporcional al número de acciones laborales respecto al capital social. Para garantizar la efectividad de la participación, determinadas decisiones sólo podían ser adoptadas por el Directorio, mas no por Juntas de Accionistas y menos, ser delegadas a órganos inferiores. Entre las decisiones antes referidas se encontraban materias como: contratación de personal, fijación de remuneraciones, actos de disposición de los bienes de la empresa.

III. Tratamiento Normativo de la Participación de los Trabajadores en la Empresa

a) Constitución de 1979

En la Constitución de 1979 los temas laborales alcanzaron un peso e importancia notorios, lo que se reflejó en que el Capítulo pertinente abordara cuestiones como la estabilidad laboral, el derecho de huelga de los servidores estatales, la prescripción de los derechos laborales a los 15 años, y las formas de participación de los trabajadores en la empresa.

Así, el artículo 56° del texto de la Carta de 1979 determinaba que el Estado reconocía el derecho de los trabajadores de participar en la gestión y utilidades de la empresa, pero que dicha participación no se extendía a la propiedad de las empresas si la forma jurídica de la mismas lo impedían, éstas últimas eran identificadas como las Empresas Estatales.

Ya en la década de 1980, durante el segundo gobierno del Arquitecto Belaúnde, sólo se modificó el tema de la participación en el sector industria a través de la Ley N° 23407, la cual creó un régimen alternativo de libre elección para el trabajador. Así, este último contaba con dos opciones: la primera consistía en mantener el modelo anterior con una participación global de un porcentaje de las utilidades, una participación líquida y un ingreso para la comunidad laboral; mientras que la segunda opción elevaba el porcentaje de participación líquida, suprimiendo la comunidad laboral.



*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

Ya para la década de los 90, coexistían una multiplicidad de regímenes, cada cual con sus diferentes particularidades, dado que cualquier modificación normativa infraconstitucional debía respetar el margen interpretativo que la Norma Fundamental de 1979 le permitía. En este contexto, se dicta el Decreto Legislativo N° 677 que mantiene la participación en las utilidades de los trabajadores de la industria, eleva el porcentaje del sector minero y pesquero (de 4% a 6% y de 8% a 10%, respectivamente), y a todos los sectores que no distribuían utilidades, los agrupa bajo la denominación "empresas que realizan otras actividades", asignándoles un porcentaje de 5%.

La modificación más importante, introducida por el D.L N° 677, fue en el ámbito de la participación en la gestión ya que se suprimió la representación de los trabajadores en el directorio, sustituyéndola por los "comités de gestión" integrados por no menos de dos representantes de la empresa y uno de los trabajadores.

De esta manera, lo que finalmente se logró fue ampliar y reforzar la participación lucrativa directa, minimizar la gestionaria y respecto a la propietaria no hubo tratamiento normativo alguno.



b) La Constitución de 1993

La actual Norma Fundamental, siguiendo la tendencia de los años previos, señala en su artículo 29° que el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar de las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

Ya bajo la impronta de la actual Constitución se dictó en 1996, el Decreto Legislativo N° 892, que efectúa precisiones en materia de reparto de utilidades, como lo son el tratamiento que debe darse a las pérdidas acumuladas en ejercicios anteriores respecto de las utilidades actuales, estableciendo que son deducibles hasta en 4 ejercicios sucesivos, señala los toques que el trabajador puede recibir como participación, entre otras disposiciones.



*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

IV. Regulación actual en materia de participación de los trabajadores en las utilidades

Si bien la Constitución de 1993 establece el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa, no indica si dicho beneficio tiene o no naturaleza salarial. A nivel legislativo esta duda es erradicada, pues el artículo 7° del T.U.O del Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral), concordado con el literal b) del Artículo 19° del Decreto Legislativo N° 650 (Ley de Compensación por Tiempo de Servicios) expresa que los beneficios contenidos en los artículos 19° y 20° de la Ley de CTS no tienen naturaleza remunerativa para todos los efectos legales (a excepción del Impuesto a la Renta), incluyéndose en ellos la participación en las utilidades.

Veamos algunos caracteres de la participación en las utilidades de la empresa de los trabajadores.

a) Empresas obligadas a distribuir utilidades y porcentajes de distribución

En nuestro país, están obligadas a distribuir utilidades aquellas empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría, siempre que los trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Conforme al artículo 9° del Decreto Legislativo N° 677 (vigente parcialmente), se encuentran excluidas de la distribución de utilidades, de acuerdo a su modalidad, las cooperativas, las empresas autogestionarias, las sociedades civiles y las empresas que no excedan de 20 (veinte) trabajadores.

Así, para determinar si una empresa excede o no de 20 trabajadores el Reglamento de la Ley de Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas⁶ establece que se sumará el número de trabajadores que hubiesen laborado en ella en cada mes del ejercicio correspondiente (un año) y el resultado

⁶ D.S. N° 009-98-TR



*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

se dividirá entre 12 (doce). Cuando en un mes varíe el número de trabajadores se tomará en cuenta el número mayor.

Los trabajadores participan en las utilidades de las empresas mediante la distribución por parte de éstas de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos. Este porcentaje varía en función de la actividad desarrollada por la empresa. Así, tenemos que las empresas Industriales, Pesqueras y de Telecomunicaciones deben distribuir el 10%, mientras que las empresas Mineras, de Comercio al por Mayor y Menor y Restaurantes el 8%; y las que realizan otras actividades deben distribuir 5%.

Las empresas que desarrollan varias de las actividades mencionadas, deben distribuir utilidades conforme con el porcentaje que corresponda a su actividad principal, entendiéndose como principal a aquella actividad que generó mayores ingresos brutos en el ejercicio.

b) Modalidad de distribución de las utilidades y trabajadores beneficiados

El Decreto Legislativo N° 892 establece que el 50% de la participación de los trabajadores en las utilidades debe ser distribuido en función de los días efectivamente laborados por cada trabajador durante el año; y el otro 50% restante en forma proporcional a las remuneraciones percibidas por dichos trabajadores en el mismo periodo. A estos efectos, el artículo 4° del reglamento considera como días efectivamente laborados a los días que el trabajador cumple de manera efectiva la jornada ordinaria de la empresa, así como las ausencias que por mandato legal expreso sean consideradas para todo efecto.

Para el caso de los trabajadores a tiempo parcial, la misma norma dispone que deben sumarse el número de horas laboradas de acuerdo a su jornada, hasta completar la jornada ordinaria de la empresa; mientras que para el caso de los trabajadores no sujetos al cumplimiento de horario se considerará todos los días laborables en la empresa como días efectivamente laborados, salvo prueba en contrario.





*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

Los trabajadores beneficiados con la participación en las utilidades son todos aquellos contratados directamente por la empresa, sean estos trabajadores contratados a tiempo indefinido o sujetos a modalidad o a tiempo parcial, incluso si ya no prestan servicios a la fecha de distribución de las utilidades.

c) *Limite máximo en la participación*

El cuarto párrafo del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 892 establece que como máximo, cada trabajador puede percibir hasta el equivalente a 18 (dieciocho) remuneraciones mensuales vigentes al cierre del ejercicio por el concepto de participación en las utilidades, entendiendo como remuneración -para estos efectos- a la indicada por el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, excluyendo los conceptos mencionados en los artículos 19° y 20° de la ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

El excedente entre la participación individual que le corresponde al trabajador y el límite máximo fijado es denominado remanente y debe ser aportado por la empresa al Fondo Nacional de Capacitación Laboral y de Promoción del Empleo (FONCALPROEM)

d) *Plazo de distribución*

La participación en las utilidades de la empresa debe ser distribuida dentro de los 30 días naturales siguientes al vencimiento del plazo señalado por las disposiciones legales para la presentación de la declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta (según cronograma publicado por SUNAT).

Una vez vencido dicho plazo, y previo requerimiento de pago por escrito al empleador, la participación que no se haya entregado genera el interés moratorio establecido por el decreto Ley N° 25920 a partir del día siguiente del requerimiento. En los casos de suspensión de la relación laboral, la participación en las utilidades deberá ser entregada al trabajador dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo.





*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*


e) Fusión, Disolución o Escisión de empresas

En estos supuestos, como en el de la consulta planteada por el Comité de Obra de la empresa ODEBRECHT, la participación en las utilidades será calculada al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la fusión, disolución o escisión - según sea el caso- y será pagada, de extinguirse el vínculo laboral, dentro de los 15 (quince) días útiles siguientes.

De subsistir el vínculo laboral, como es el caso, el pago se realizará dentro de los 30 días naturales siguientes al vencimiento del plazo señalado por las disposiciones legales para la presentación de la declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta. Por el periodo posterior a cualquiera de las formas de reorganización societaria que mencionamos, las utilidades serán calculadas en función a los estados financieros consolidados.

V. Respuestas específicas a las interrogantes planteadas

Respecto a la primera interrogante de la consulta planteada por los integrantes del Comité de Obra, es decir, si el personal obrero de la empresa ODEBRECHT tiene derecho a participar de las utilidades de la empresa; habría que atender al ámbito subjetivo del beneficio ya reseñado.



El personal obrero tendría expedito su derecho a participar de las utilidades de la empresa en el caso que se cumpla de manera conjunta los siguientes supuestos: 1) que las actividades realizadas por ODEBRECHT generen rentas de tercera categoría conforme la Ley del Impuesto a la Renta, 2) que el personal de la empresa sea superior a 20 trabajadores, y 3) que el personal que reclama el beneficio sea contratado de manera directa por la empresa, sin importar si se trata de trabajadores a plazo fijo, indeterminado o a tiempo parcial.

Si el personal obrero cumple con los supuestos indicados en el párrafo anterior, entonces sí tienen expedito el derecho para participar de las utilidades que reparte ODEBRECHT entre sus trabajadores.



*"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

Sobre la segunda interrogante, los trabajadores que se hayan visto afectados con la no percepción del monto por participación en las utilidades, pueden requerir al empleador las sumas adeudadas más los intereses que las mismas hayan devengado.

CONCLUSIONES

1. Las formas o modalidades clásicas de participación de los trabajadores son tres: la participación en las utilidades de la empresa, participación en la gestión, y participación en la propiedad de la empresa.
2. La participación en las utilidades es el reparto entre los trabajadores, de modo directo o indirecto, de una porción determinada de la renta obtenida por las empresas en un periodo determinado; la gestonaria es la intervención en la administración o gestión de la empresa, la misma que se expresa en la toma de decisiones a través de órganos en los que los trabajadores tienen representación; finalmente, la participación en la propiedad involucra las dos anteriores dado que los trabajadores intervienen en la dirección de la empresa y les corresponderá parte proporcional de sus frutos.
3. Estas tres formas de participación lograron su mayor expresión durante las décadas de los gobiernos militares, sin embargo sucesivas normas orientadas a diferentes sectores económicos dieron lugar a una multiplicidad de regímenes de participación de los trabajadores.
4. La Constitución de 1979 determinaba que el Estado reconocía el derecho de los trabajadores de participar en la gestión y utilidades de la empresa, pero que dicha participación no se extendía a la propiedad de las empresas; durante su vigencia se promulgó el D.L. N° 677 que suprimió la representación de los trabajadores en el directorio, sustituyéndola por los "comités de gestión".
5. La Norma Fundamental actual reconoce de manera expresa a la participación en las utilidades como forma de participación de los trabajadores. Para las demás, establece un mandato promocional.





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

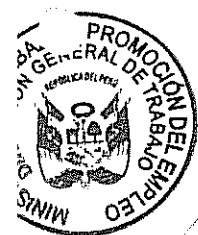
 Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

6. El ordenamiento vigente, mediante el Decreto Legislativo N° 892, regula la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, estableciendo las empresas obligadas al reparto, los trabajadores a los que les corresponde el beneficio, la forma en la que opera el reparto, entre otras disposiciones.

Sin otro particular, quedo de Ud. atentamente




CHRISTIAN SANCHEZ REYES
Director General de Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

CSR/WMT