

El pago a cuenta a los trabajadores de la participación en las utilidades de la empresa

Guillermo Boza Pró

Abogado. Profesor de derecho del trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger

Alumna de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Presentación.

El presente artículo analiza la posibilidad de adelantar o entregar sumas de dinero a los trabajadores con cargo a su derecho de participación en las utilidades de la empresa. Algunas empresas, muchas veces como consecuencia de la aplicación de convenios colectivos celebrados en ese sentido⁽¹⁾, vienen otorgando a sus trabajadores con cierta periodicidad, por lo general mensualmente, un monto por concepto de las utilidades que les correspondería a los mismos al final del ejercicio (pagaderas, en principio, en el mes de mayo del año siguiente, conforme lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo No.892).

El tema en cuestión plantea, al menos, dos interrogantes centrales. De un lado, y ése es el punto de partida, establecer la posibilidad de pagar en

forma adelantada a los trabajadores la participación que les corresponde por concepto de utilidades. Y, de otro, siempre que sea viable el supuesto anterior, determinar las consecuencias que tendría el hecho que la suma otorgada a los trabajadores sea mayor a la de las utilidades que finalmente correspondiera distribuir al término del correspondiente ejercicio económico. En las líneas siguientes trataremos de dar respuesta a las interrogantes señaladas.

2 Derecho laboral a la participación en las utilidades.

El derecho de participación en la empresa tiene tres vertientes claramente definidas: la participación en la gestión, en los beneficios y en la propiedad. De esas tres vertientes, y a diferencia de su antecesora⁽²⁾, la actual Constitución pone el énfasis

(1) La referencia convencional a la participación en las utilidades se viene dando por dos vías: como préstamo a descontarse de las utilidades que finalmente reciban los trabajadores y propiamente como anticipo de utilidades. Es esta última modalidad la que nos interesa resaltar a efectos del presente artículo. En el caso de préstamo hemos encontrado los convenios colectivos de la Telefónica del Perú (1995-1999) y de la empresa Backus y Johnston S.A. (1996-1999). Para el caso de los anticipos pueden citarse los convenios colectivos de las siguientes empresas: Edegel (1995-1997), Plus Petrol Corporation Sucursal Perú (1997), Laive S.A. (1997-1998), Refinería La Pampilla (1997-2000) y Luz del Sur (1998-1999).

(2) La Constitución de 1979 señalaba: Artículo 56. - El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide.

en la participación en las utilidades de la empresa⁽³⁾, aunque se cuida de añadir que el Estado promueve otras formas de participación (artículo 29)⁽⁴⁾. Y aquél es precisamente el aspecto que nos interesa destacar.

El desarrollo normativo del artículo 29 de la Constitución lo encontramos en los Decretos Legislativos Nos. 677 y 892. El primero de ellos es anterior a la Constitución de 1993 y el segundo posterior, pero puede considerarse que ambos se ajustan a los parámetros de la actual Constitución. Es precisamente el Decreto Legislativo No.892 el que regula la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. Se refiere a las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría y reconduce el derecho a un porcentaje en la renta anual (artículo 2). Precisa además la norma en cuestión que la participación que corresponda a los trabajadores será distribuida dentro de los treinta 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 (artículo 6).

Como se aprecia, el derecho a participar en las utilidades está claramente delimitado por el legislador: supeditado a un porcentaje de la **renta anual** y su distribución corresponde una vez vencido el plazo de presentación de la declaración jurada que **anualmente** deben realizar las empresas para efectos tributarios, no antes. En consecuencia, no es derecho de los trabajadores gozar anticipadamente del beneficio de la participación en las utilidades de la empresa. Salvo, claro está, que la decisión proceda de la voluntad unilateral

del empresario o que se establezca por la vía convencional.

Es cierto que el derecho de los trabajadores a la participación en las utilidades es diferente al derecho societario a los beneficios de la empresa en función de las acciones o participaciones que se tengan en la misma.

Así, se ha descartado la tesis de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa como un contrato de sociedad. Según esta tesis el contrato de trabajo se convierte en uno de sociedad, porque se hace depender la remuneración del trabajador de las utilidades que obtenga la empresa, ya que, al igual que el empresario, el trabajador tendrá interés en la buena marcha de la empresa. Esta tesis fue cuestionada en su momento por Planiol⁽⁵⁾ puesto que la naturaleza del contrato de trabajo no cambia por el sistema de participación en las utilidades de la empresa que tenga el trabajador: el elemento subordinación se mantiene, más allá de los resultados económicos de la empresa. El riesgo lo sigue asumiendo el empresario y requiere de la subordinación para asegurar el éxito de su actividad. El trabajador seguirá percibiendo su remuneración al margen de los beneficios que pueda obtener el empresario.

La mayoría de los autores se inclinan más bien por considerar que la participación en las utilidades es una modalidad de remuneración dentro del contrato de trabajo o (...) una forma de integrar el salario, si bien siempre ligado a los resultados de la empresa. Se asume que el trabajador adquiere el derecho a participar en las utilidades obtenidas por la empresa como consecuencia de los servicios prestados, como remuneración por los mismos y

(3) De esta forma se relega a un segundo plano la gestión, que es, sin duda, la manifestación más importante del derecho de participación en la empresa. En efecto, la participación en la conducción (gestión) ataca directamente el centro neurálgico de poder patronal. Los trabajadores, lejos de ser considerados como "meros portadores de fuerza de trabajo" en el proceso productivo, son incluidos en el mecanismo de la toma de decisiones. Pero, como se ha dicho, la ruptura de la exclusividad patronal puede ser más aparente que real, razón por la que es fundamental determinar el grado de intensidad con el que deben participar los trabajadores, para que su derecho no quede vaciado de contenido. Cfr. RODRÍGUEZ SANUDO, F. *La participación de los trabajadores en la empresa*. En: *Revista de Política Social*. No.121, 1979. pp.417 y ss.

(4) La fórmula constitucional que ordena "promover otras formas de participación" en la empresa, además de la participación en las utilidades, ha sido calificada de "ambigua", en la medida que la consagración de mecanismos como la participación en la gestión y/o en la propiedad, dependerá finalmente del desarrollo legislativo que se haga de dicho precepto y, en esa medida, su falta de regulación no sería inconstitucional. Cfr. OBREGÓN SEVILLANO. *La Constitución de 1993 y la participación de los trabajadores en la empresa*. En: *Asesoría Laboral*. No.37, 1994. p.25. Lo cierto es que existe una clara preferencia en el precepto constitucional comentado por la participación en las utilidades, por lo que las otras formas de participación que los poderes públicos deberán fomentar o promover —cuáles y con qué intensidad— queda supeditado a la voluntad del legislador ordinario.

(5) Citado por VARGAS SÁNCHEZ. *Participación de los empleados en las utilidades de las empresas*. pp.11-12.

como reconocimiento de haber sido un factor fundamental en la producción y generación de los beneficios⁽⁶⁾. En ese sentido, la participación en las utilidades no deja de ser una forma diferida de remuneración. Como precisó en su momento Planiol, estamos ante un complemento salarial, variable y siempre accesorio a la remuneración o, más propiamente, ante una bonificación colectiva calculada de acuerdo con el resultado financiero de la empresa⁽⁷⁾. Nuestro ordenamiento infraconstitucional se inscribe de alguna manera en esta corriente, puesto que uno de los criterios adoptados para el cálculo de la participación de los trabajadores se realiza en función de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el ejercicio económico correspondiente.

Por todo lo expuesto, la respuesta a la posibilidad de pagar en forma adelantada la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa no la encontramos en el ámbito laboral. Debemos acudir necesariamente al ordenamiento mercantil.

3 Adelanto de utilidades en la legislación mercantil.

3.1 Derecho a las utilidades.

La doctrina mercantil reconoce de forma unánime el derecho de todo accionista a participar en las utilidades de la empresa, también denominado **derecho al dividendo**, si bien aún no ha llegado a acordar una definición unívoca de tal derecho. En tal sentido, el contenido del derecho al dividendo varía según se sostenga que es un derecho único o que, por el contrario, existen en su interior dos o más derechos.

En opinión de Garrigues, el derecho al

dividendo es el derecho de crédito sobre un monto determinado de los beneficios que obtenga la empresa, que nace cuando la junta general de accionistas fija la cuantía del dividendo⁽⁸⁾. Para Vivante, en cambio, el dividendo es simplemente “el beneficio neto periódicamente distribuido⁽⁹⁾”. La primera definición parece aludir a un derecho en abstracto, en tanto la segunda se relaciona con una concepción concreta, en cierto sentido más real, del derecho al dividendo.

Las dos posturas señaladas han sido reunidas en la tesis que parece ser más acertada, que entiende que es posible distinguir entre el **derecho abstracto al dividendo**, consistente en el derecho a participar en las utilidades netas de la empresa, y el **derecho concreto al dividendo**, que es el derecho al reparto periódico de éstas. El primero de estos derechos es inderogable por la junta general de accionistas, aunque renunciabile de manera individual por el accionista, siempre que la renuncia esté referida a las utilidades de uno o más ejercicios determinados. En cambio, el segundo sí es renunciabile, tanto por el accionista como por la junta general, sea a través del estatuto social al inicio de la vida social, o posteriormente, por acuerdo de la junta. Esta renuncia supone la postergación de la distribución de las utilidades hasta la liquidación de la empresa⁽¹⁰⁾. Esta posición dota de un contenido mayor al derecho al dividendo, a la vez que abre el camino para el pago adelantado de utilidades.

3.2 Adelanto de utilidades.

Acerca de la posibilidad de adelantar utilidades no existe una posición unánime en la doctrina. El problema se centra en **la realidad de las utilidades**, prevista comúnmente en las legislaciones como requisito indispensable para su

(6) Loc.cit.

(7) Ibid.; p.9.

(8) GARRIGUES. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Bogotá: Themis, 1987. p.212.

(9) Citado por OSPINA SALAMANCA. *Los dividendos de las sociedades anónimas*. Tesis (dr.) Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Kelly, 1967. p.61.

(10) De acuerdo a ello, Sussini sostiene que “el derecho del accionista al dividendo anual, constituye una mera expectativa, sujeto (...) a la voluntad social expresada por la mayoría, dentro de los límites impuestos por la ley y por el estatuto”. Citado por OSPINA SALAMANCA. Op.cit.; pp. 67-68 (el resaltado es nuestro). Este último autor, por el contrario, sostiene que el derecho al dividendo es uno solo, y que posee un carácter esencial, patrimonial, individual y absoluto. Ibid.; p.70.

distribución⁽¹¹⁾. De otro lado, generalmente, la comprobación de las utilidades realmente obtenidas se realiza al cierre del ejercicio económico.

Bolaffio, Rocco y Vivante recogen ambos conceptos. De un lado, consideran que **no deberían distribuirse dividendos** en base a balances extraordinarios, a fin de asegurar “la integridad del capital social, prohibiendo la distribución de utilidades no realmente conseguidas”, pero señalan que es posible eludir esta regla, otorgando a los administradores la facultad de escoger el momento en que se debe efectuar la distribución⁽¹²⁾. De acuerdo con ello, observan que la ley no prohíbe expresamente la distribución de utilidades en ejercicios menores al año y que, además la realización de balances extraordinarios facilita “a los socios y a los terceros el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad, y de impedir que se disponga indebidamente, con dividendos ficticios, del capital social⁽¹³⁾”.

Finalmente, Uría afirma que la ley –en alusión a la legislación española- no sólo no prohíbe, sino que **admite la posibilidad** de que la junta general o los administradores distribuyan entre los accionistas, antes de conocer los resultados del ejercicio social, cantidades “a cuenta de dividendos⁽¹⁴⁾”.

En resumen, conforme a lo expuesto podemos afirmar que toda distribución de utilidades será posible –incluidos los adelantos o anticipos a cuenta⁽¹⁵⁾–, siempre que se realice un balance, mediante el cual se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución.

3.3 El caso peruano.

3.3.1 Antecedentes.

De acuerdo a la anterior Ley General de Sociedades -en adelante LGS-, la distribución anual

de utilidades procedía una vez cumplidos, entre otros, los requisitos siguientes:

1) Realidad de las utilidades (artículos 20 y 259): el monto a repartir no debía exceder al monto de las utilidades realmente obtenidas, o de reservas en efectivo de libre disposición. Al momento de repartir las utilidades el valor del activo no debía ser inferior al capital social. Se consideraba nulo todo pacto en contrario.

2) Aprobación previa del balance (artículo 122): el balance debía ser elaborado según los principios de contabilidad generalmente aceptados, a fin de que arroje una utilidad cierta. La junta general era el órgano competente para aprobar el balance.



La LGS contemplaba la distribución anual de utilidades, pero no regulaba expresamente la posibilidad de realizar adelantos o pagos a cuenta de utilidades. Sin embargo, el Decreto Legislativo No.757, Ley Marco de Fomento de la Inversión Privada⁽¹⁶⁾, consagró en su artículo 10 el derecho de toda empresa a acordar libremente la

(11) Por ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas española de 1958 y la Ley argentina de 1972 de Sociedades Comerciales.

(12) BOLAFFIO y otros. *Derecho Comercial*. Tomo VII. Vol. II. Buenos Aires: Ediar, 1950. p.84.

(13) *Ibid.*; p.83. En el mismo sentido OSPINA SALAMANCA. *Op.cit.*; p. 70, quien agrega que es factible que la junta general delegue al directorio la facultad de fijar el tiempo y la forma de pago de las utilidades.

(14) URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 19a.ed. Madrid: Marcial Pons, 1992. p.362. El resaltado es nuestro.

(15) Para BÉRGAMO. *Sociedades Anónimas (Las acciones)*. Tomo II. Madrid, 1970. p.290: “el anticipo a cuenta, más que un verdadero dividendo, implica una especie de préstamo al accionista, cuya contrapartida es un derecho de crédito a favor de la sociedad, que será compensado, en su día, con el crédito de dividendo que nazca a favor del deudor en virtud del acuerdo de reparto”.

(16) Que entró en vigor el 7 de diciembre de 1991.

distribución del íntegro de las utilidades que se generen, y el derecho de los inversionistas a recibir el monto total que les corresponda, “inclusive los referidos al ejercicio en curso de acuerdo a los balances periódicos, sin perjuicio de las obligaciones concernientes a la participación de los trabajadores, la reserva legal y las responsabilidades del caso, conforme a la Ley General de Sociedades”.

Lo anterior permitía, a nuestro entender, que el derecho en cuestión podía ser ejercido cuando existiera un acuerdo autoritativo de la junta general o exista una disposición estatutaria al respecto. Autorización que podía tener carácter general, vale decir que, no tenía que referirse necesariamente a un ejercicio determinado. Para adoptar tal decisión bastaba reunir el quórum y la mayoría ordinarios. En ese sentido, era viable y a la vez conveniente, que en la junta extraordinaria de accionistas en la que se decidiera el pago adelantado de las utilidades, se delegara en el directorio la aprobación de los balances parciales.

Por su parte, la aprobación del balance, y tomando como base lo que disponía la LGS para las sociedades anónimas, correspondía, en principio, a la junta general de accionistas. Sin embargo, al tratarse de balances provisionales (ya que el general y definitivo será el que se realice al final del ejercicio económico y su aprobación sí es competencia exclusiva de la junta general de accionistas, conforme al artículo 122 de la LGS) nada impedía que la propia junta general delegara expresamente en el directorio la aprobación de dichos balances. En la propia junta extraordinaria de accionistas en la que se decidiera el pago adelantado de las utilidades a los trabajadores se debía delegar en el directorio la aprobación de los balances parciales⁽¹⁷⁾.

Por último, era conveniente que la decisión del pago adelantado de utilidades se produjera en fecha cercana a la formulación del respectivo balance provisional, porque de lo contrario dicho balance perdería su virtualidad sustentadora (es decir, la existencia de utilidades).

3.3.2 La nueva Ley General de Sociedades.

Con fecha 1 de enero de 1998 entró en vigor la nueva Ley General de Sociedades, Ley No. 26887 (en adelante NLGS), la misma que contempla expresamente la posibilidad de adelantar utilidades.

En efecto, si bien se mantienen como requisitos para la distribución de las utilidades la realidad de las mismas y la aprobación previa del balance, el artículo 40 de la NLGS establece que el reparto sólo puede realizarse en base a “los estados financieros preparados al cierre de un período determinado o la fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio”. Esto supone que la distribución de utilidades no necesariamente tiene que coincidir con el ejercicio anual, como anteriormente parecía entenderse.

En cuanto a la distribución de dividendos a cuenta, el artículo 230 de la NLGS introduce una importante innovación al señalar que ésta es válida, salvo para aquellas sociedades para las que exista prohibición legal expresa. El adelanto de utilidades procedería por acuerdo de la junta general de accionistas en base al balance parcial efectuado por el directorio, y siempre que cuente con la opinión favorable de éste último. Precisamente, el directorio adquiere una importancia relevante en relación a la distribución a cuenta de utilidades, lo que se refleja en dos supuestos:

- 1) Cuando la junta general decide delegar en el directorio su facultad de acordar el adelanto de utilidades. Delegación que, entendemos, puede ser general o para cada caso específico.
- 2) Cuando la junta general acuerda el adelanto de utilidades sin el consentimiento del directorio, la responsabilidad solidaria por el pago recae exclusivamente en los accionistas que votaron a favor del adelanto.

En definitiva, nuestro ordenamiento mercantil, tanto el anterior -con mayor razón a partir del Decreto Legislativo No.757- como el vigente, permite a las empresas decidir la distribución adelantada de utilidades, y si bien se

le trata como un derecho societario, creemos que nada impediría extender ese beneficio a los trabajadores, siempre que así lo decida la propia empresa. Conviene señalar que en el derecho privado (relaciones entre particulares) aquello que no está prohibido está permitido. Por tanto, al no haber prohibición expresa que impida el pago adelantado de utilidades a los trabajadores, sería perfectamente posible que dicho adelanto se produzca en los períodos que la sociedad estime conveniente (el reparto podría ser mensual, bimestral, trimestral, etc.), y siempre que se realice conforme a las pautas o requisitos que establece la Ley General de Sociedades.

Debe tenerse presente, como ya adelantáramos, que el derecho de los trabajadores se circunscribe a la participación en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta en un porcentaje de la renta anual conforme lo establece el Decreto Legislativo No.892. No tienen derecho, por tanto (al menos legalmente reconocido), a que se les efectúe un pago a cuenta de las utilidades anuales, salvo que esa decisión parta de cualquiera de las vías antes expuestas. En cualquier caso, creemos que la mejor forma de proteger los intereses societarios, al estar en juego intereses de terceros (socios, inversionistas), es que el pago adelantado de utilidades se funde en una decisión de la empresa realizada dentro de las pautas establecidas en la legislación mercantil.

4 Consecuencias del pago “en exceso” de la participación en las utilidades.

Establecidos los alcances del pago adelantado de utilidades, veamos ahora las consecuencias de naturaleza laboral y contributiva que dicha medida puede tener.

Conforme a la legislación vigente, las sumas percibidas por los trabajadores por concepto de participación en las utilidades o, en su caso, el pago adelantado de las mismas, no se encuentran afectas

al pago de FONAVI, Régimen de Prestaciones de Salud y Régimen de Pensiones. Por el contrario, sí se encuentran afectas al impuesto a la renta, en tanto se considera renta de quinta categoría las obtenidas por el trabajo personal prestado en relación de dependencia, incluidas “las participaciones que reciban los trabajadores, ya sea que provengan de las asignaciones anuales o de cualquier otro beneficio otorgado en sustitución de las mismas” (artículo 34, inciso c del Decreto Legislativo No. 774).

Pero la situación descrita es clara cuando las cantidades abonadas a los trabajadores, como pago a cuenta de las utilidades de la empresa, se correspondan con las utilidades que finalmente obtenga la empresa al final del ejercicio económico (bien porque la suma adelantada sea igual o menor a las utilidades obtenidas por la empresa). No sucede lo mismo cuando los adelantos efectuados a los trabajadores resultan mayores a las utilidades realmente obtenidas por la empresa, por cuanto esa diferencia dejaría de ser utilidad y, en esa medida, habría que establecer la naturaleza jurídica de tal diferencia. Las posibilidades que pueden manejarse son las siguientes: considerarla como un préstamo realizado a los trabajadores, como una liberalidad del empleador o como remuneración. Evidentemente, las consecuencias en cada uno de los casos serán diferentes.

a) Como préstamo:

Somos partidarios de considerar la diferencia en cuestión como un **préstamo** realizado a los trabajadores, debido a que no ha habido intención del empleador de otorgar algo diferente a lo que, por concepto de participación en las utilidades de la empresa, les correspondería percibir a los trabajadores al final del ejercicio económico. Estamos, en consecuencia, ante una diferencia o débito a favor de la empresa que habría que compensar o descontar de las remuneraciones futuras de los trabajadores. Sin embargo, esta posibilidad requiere de algunas precisiones

adicionales puesto que se presume que los préstamos efectuados por una empresa a un tercero generan intereses y, en esa medida, la empresa tendría que pagar el correspondiente impuesto a la renta por los “intereses presuntos”.

En primer lugar, sería necesario establecer por la vía convencional, individualmente con cada trabajador o en convenio colectivo, la naturaleza de préstamo que se le quiere dar a esa diferencia, así como la forma de su pago, a fin de delimitar claramente la intención de las partes.

En segundo lugar, habría que cuidar que la posible diferencia entre el monto repartido por concepto de utilidades a cada trabajador y lo que efectivamente le corresponde no exceda de una UIT⁽¹⁸⁾, ya que, de ser así, por mandato expreso de la ley, no operaría la presunción de intereses (artículo 26, párrafo 5to. del Decreto Legislativo No.774). La única posibilidad de superar el límite de una UIT, sin tope alguno, sería que el préstamo efectuado a los trabajadores se establezca en un convenio colectivo aprobado por la Autoridad de Trabajo (artículo 26 del Decreto Legislativo No.774)⁽¹⁹⁾.

En tercer lugar, debemos señalar que, en tanto préstamo, lo recibido por los trabajadores no estaría afecto a ningún tributo, por cuanto las sumas de dinero percibidas por aquéllos (al tener que ser devueltas) no incrementarían su patrimonio.

b) Como **remuneración**:

La segunda posibilidad es considerar la diferencia en cuestión como **remuneración**. Y en tanto se le considere como **remuneración** el empleador estará obligado a pagar las tasas correspondientes por concepto de FONAVI y Régimen de Prestaciones de Salud. Asimismo, el empleador actúa como agente de retención de lo que corresponda pagar a los trabajadores al Régimen de Pensiones (Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Pensiones, según

sea el caso) y del impuesto a la renta (cuando proceda, en función del monto de la remuneración de los trabajadores). Hay que precisar que nuestra legislación toma como base de cálculo para el pago de los distintos tributos la **remuneración** del trabajador, entendiéndose por remuneración computable para dichos efectos, el concepto recogido por el Decreto Supremo No. 001-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No.650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios: “la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador” (artículo 9). Por su parte, se considera remuneración regular “aquella percibida habitualmente por el trabajador, aun cuando sus montos puedan variar en razón de incrementos u otros motivos” (artículo 16). En esa medida, de ser el caso, la empresa deberá regularizar la situación ante los órganos de administración y recaudación de las contribuciones y aportaciones en cuestión.

c) Como **liberalidad**:

Finalmente, si se le considera como una **liberalidad** (gratificación extraordinaria) la situación varía por cuanto las sumas de dinero entregadas a los trabajadores no se encuentran sujetas a la mayor parte de las aportaciones y contribuciones señaladas, con la excepción del impuesto a la renta. En efecto, el artículo 7 del Decreto Supremo No.003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No.728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que no constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del Decreto Legislativo No.650. Esta última norma señala con claridad que no se considera remuneración computable las gratificaciones extraordinarias u “otros pagos que perciba el trabajador **ocasionalmente**, a título de liberalidad del empleador”. En ese sentido, el pago

(18) El Decreto Supremo No.177-97-EF (29-12-97) ha fijado la UIT para el año 1998 en S/. 2 600.00.

(19) En este caso podría pensarse que estamos ante una modalidad atípica de convenio colectivo, como consecuencia de la exigencia de la aprobación del mismo por la Autoridad de Trabajo. Sin embargo, esta exigencia no la entendemos compatible con el ordenamiento constitucional porque supone una injerencia estatal en la autonomía colectiva protegida por aquél. Una lectura correctora del precepto analizado, nos obligaría a asumir que es suficiente el acuerdo de partes y posterior registro (no aprobación) del convenio colectivo en cuestión. Creemos que el requisito establecido en el Código Tributario para que sea posible superar el límite de una UIT, es que el préstamo se materialice en un convenio colectivo y no tanto la autorización administrativa del Ministerio de Trabajo.

adelantado de utilidades que se hubiese realizado a los trabajadores no se encontraría afecto al FONAVI, al Régimen de Prestaciones de Salud y al Régimen de Pensiones. Sin embargo, como ya se adelantó, no sucede lo mismo con el impuesto a la renta que grava toda retribución por servicios personales y “todo otro ingreso que tenga su origen en el trabajo personal” (artículo 34, inciso a del Decreto Legislativo No.774), por lo que sería lo único que habría que regularizar⁽²⁰⁾.

La participación en las utilidades es una modalidad de remuneración dentro del contrato de trabajo o (...) una forma de integrar el salario, si bien siempre ligado a los resultados de la empresa.

El problema de fondo radica en poder sostener que estamos ante una **liberalidad**. Y esto depende, en realidad, de la **regularidad** con la que los trabajadores hayan percibido las sumas de dinero que no puedan computarse como adelanto de utilidades. Creemos que si los adelantos se pueden justificar en balances formulados conforme a ley, la diferencia producida (entre las sumas otorgadas a los trabajadores y las utilidades realmente obtenidas al final del ejercicio económico) se podrá imputar al último período u oportunidad en la que se realizó el pago a cuenta de las utilidades, y por su falta de regularidad o, lo que es lo mismo, por ser un pago ocasional y extraordinario, sí podrá considerarse como un acto de **liberalidad**, con las consecuencias que hemos señalado.

d) El **préstamo** con cargo a la participación en las utilidades.

El sistema del pago adelantado de utilidades a

los trabajadores que acabamos de explicar, podría resultar algo complicado. Sin embargo, la propia figura del **préstamo** puede ser una alternativa a tener en cuenta,

En efecto, sería perfectamente posible acordar con los trabajadores, a título individual o por convenio colectivo, el otorgamiento de préstamos mensuales de dinero con cargo o a cuenta de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa. En este caso, no es necesario la elaboración de balances periódicos. Es suficiente que se realice una proyección de las utilidades que se esperan obtener en el ejercicio y, en función de la misma, fijar la cantidad y el calendario de los préstamos.

Es recomendable celebrar un convenio por escrito con cada trabajador donde se describan las condiciones del préstamo. Dicho convenio debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

En primer lugar, si se decidiera realizar un préstamo con intereses la empresa tendría que pagar el importe correspondiente por concepto de impuesto a la renta. En caso contrario (préstamo sin intereses), conviene recordar que la presunción de intereses no opera respecto de los préstamos de dinero a los trabajadores, siempre que no sobrepase al año (por trabajador) la suma de una UIT. Para poder superar este monto (sin que se presuma que el préstamo genera intereses) es necesario que dicho préstamo se establezca por convenio colectivo y que éste sea aprobado por la Autoridad de Trabajo.

En segundo lugar, debe precisarse que el préstamo de dinero que se realiza es con cargo a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, en función de los resultados del ejercicio económico. Esto significa que si los resultados finales arrojan una diferencia a favor de los trabajadores la empresa tendrá que reintegrarles lo que corresponda. Pero, si el préstamo es mayor a la participación en las utilidades las opciones que tiene la empresa son las mismas que hemos

(20) Esta es la solución adoptada en los convenios colectivos de las empresas Edegel (1995-1997), cláusula primera y Refinería La Pampilla, cláusula decimotercera. En ambos casos se les considera como una “gratificación extraordinaria”. En el convenio de la empresa Pluspetrol Perú Corporation Sucursal Perú (1997), cláusula décimo primera, se establece que en caso de distribución de utilidades en exceso, el anticipo se deducirá en el año siguiente más próxima a la fecha de pago de este anticipo en que efectivamente se deban distribuir utilidades.

señalado en el rubro anterior: débito a favor de la empresa, liberalidad (gratificación) o remuneración. En el convenio debe señalarse expresamente cuál es la opción asumida por la empresa.

Finalmente, hay que señalar que al tratarse de un préstamo las cantidades otorgadas a los trabajadores no se encuentran sujetas a las contribuciones y aportaciones que hemos indicado en el rubro anterior (Sistema Nacional de Pensiones, Fonavi, etc.), salvo el caso del impuesto a la renta si es que se hubiese pactado el pago intereses o cuando el monto del préstamo supere una UIT anual por cada trabajador, en los supuestos que no haya sido posible establecer el préstamo por convenio colectivo.

5 Conclusiones.

En síntesis, si bien no existe en la legislación una regulación expresa del pago a cuenta de las utilidades a los trabajadores, tampoco existe una prohibición al respecto por lo que habría que acudir a lo regulado en la normativa mercantil. En ese sentido, al tratarse de una decisión de la empresa (y no de un derecho

de los trabajadores) el adelanto de las utilidades debe cumplir los requisitos establecidos para tal efecto en la legislación mercantil y que hemos señalado en el presente artículo. Finalmente, en el supuesto que los adelantos realizados a los trabajadores resulten mayores a las utilidades realmente obtenidas por la empresa, dicha diferencia podría considerarse como un débito a favor de la empresa o, lo que es lo mismo, como un préstamo realizado a los trabajadores, salvo que la empresa prefiera considerarlo como un acto de liberalidad (gratificación extraordinaria) o remuneración con las consecuencias que hemos indicado. No obstante, somos partidarios de la opción del préstamo por las ventajas que ofrece. La solución podría venir fijada también vía convenio colectivo.

Por otro lado, frente a lo problemático o engorroso que pueda resultar el sistema de pago adelantado a los trabajadores por concepto de participación en las utilidades, queda el camino del préstamo directo de dinero, con cargo a la referida participación en las utilidades, y en los términos que hemos señalado líneas arriba. ^{AB}