



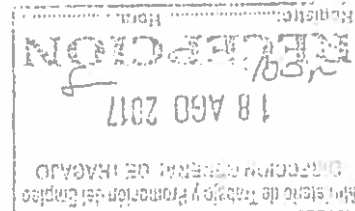
INFORME N° 62 -2017-MTPE/2/14.1

Para : Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Director General de Trabajo

De : Víctor Renato Sarzo Tamayo
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

Fecha : 18 de agosto de 2017

Referencia : H.R. 95338-2017-EXT



1. ASUNTO

Consulta realizada por Estudio Osterling S. Civil de R. L. (en adelante, el Estudio Osterling) sobre el periodo a tomar en cuenta para analizar los límites de 8 horas diarias y 48 horas semanales para el caso de jornadas atípicas.

2. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú
- Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre las horas de trabajo
- Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR
- Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2002-TR

3. ANTECEDENTES

Mediante la comunicación de la Referencia, el Estudio Osterling nos consulta sobre cuál debe ser el periodo considerado para analizar el cumplimiento de los límites de 8 horas diarias y 48 horas semanales de trabajo en jornadas atípicas.

Atendiendo al literal c) del artículo 49° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2014-TR, esta Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo procede a emitir la opinión técnica solicitada.

4. ANÁLISIS

4.1. Sobre la regulación de la jornada atípica

Conforme al artículo 25 de la Constitución Política del Perú "[l]a 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 periodo correspondiente no puede superar dicho máximo."

Asimismo, el Convenio N° 01 de la OIT, Convenio sobre las horas de trabajo, señala en el artículo 2, inciso c), que "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,





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del buen servicio al ciudadano"

siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana".

En adición a ello, el artículo 2, inciso c), de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo y el artículo 9 de su Reglamento establecen que el promedio de las horas trabajadas en el periodo correspondiente para casos de jornadas acumulativas y atípicas no podrá exceder el tope constitucional referido.

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Instauró como precedente vinculante ciertos fundamentos de la sentencia recaída en el expediente N° 4635-2004-AA, entre los cuales se encuentra el fundamento 29, en donde señaló lo siguiente: "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° 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25° 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".



Finalmente, la aclaración de la sentencia mencionada, Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 11 de mayo de 2006, precisó en su fundamento 14 que "(...) 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".

Teniendo en consideración el contexto normativo planteado, a continuación procederemos al análisis de la consulta concreta.

4.2. Análisis de la consulta planteada

El Estudio Osterling nos consulta si en caso una jornada atípica se desarrolla en un periodo inferior a 3 semanas, dicha cantidad de 3 semanas debe ser considerada para el cálculo del promedio de horas de labores de los respectivos trabajadores. Ello puesto que el Tribunal Constitucional, en la Resolución Aclaratoria del expediente N° 4635-2004-AA, habría indicado que el cálculo del referido promedio debería realizarse tomando como base un periodo de 3 semanas.

Al respecto, consideramos que el cálculo del promedio de horas trabajadas en una jornada atípica inferior a 3 semanas debe realizarse considerando el concreto periodo que corresponde a dicha jornada atípica (suma de días de trabajo y descanso). Las razones son las siguientes:

- a) La libertad de empresa, reconocida en el artículo 59 de la Constitución, ampara el establecimiento de jornadas atípicas según la naturaleza de la actividad, y no exige que aquellas deban durar siempre un periodo de 3 semanas.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del buen servicio al ciudadano"

- b) Si la jornada atípica tiene una duración inferior a 3 semanas, no resulta razonable calcular el promedio de las horas trabajadas atendiendo a un periodo de tiempo de 3 semanas. Ampliar el periodo de referencia para calcular el promedio, cuando la jornada atípica resulta inferior, desnaturalizaría el control constitucional establecido en 8 horas diarias y 48 horas semanales. En otras palabras, un factor de medición como el señalado, no sólo sería contrario a la realidad del concreto trabajo efectuado, sino que admitiría extensas jornadas diarias de trabajo.
- c) Ni la Constitución Política, ni el Convenio N° 1 de la OIT, obligan a tomar en todos los casos el periodo de 3 semanas como base para calcular el promedio de horas laboradas en una jornada atípica. En este contexto, entendemos que la aclaración prevista en el fundamento 14 de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 11 de mayo de 2006 no tiene por intención excluir periodos de referencia inferiores a 3 semanas.
- d) En atención a lo señalado, si bien el cálculo del promedio de las horas trabajadas puede realizarse en base a un periodo máximo de 3 semanas, ello no ocurrirá cuando las jornadas atípicas se desarrollen efectivamente en periodos de tiempo inferiores. En ese sentido, por ejemplo, si nos encontráramos ante una jornada de 9x5, es decir, un periodo de 2 semanas, el promedio de horas trabajadas tendría que ser calculado tomando en cuenta el periodo concreto, esto es, 2 semanas¹.

5. CONCLUSIONES

Si la jornada atípica es inferior a 3 semanas, por ejemplo, 1 o 2 semanas, el periodo de tiempo que servirá para calcular el promedio de horas laboradas será el correspondiente a la respectiva jornada atípica. Cabe resaltar que, en ningún caso, el promedio de horas laboradas puede ser superior a 8 horas diarias ni 48 horas semanales.

Atentamente,

RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo

¹ Vale precisar que, a fin de que esta jornada de 9x5 respete los límites constitucionales, el cálculo del promedio de horas laboradas debería arrojar como resultado un número igual o menor a 8 horas diarias y 48 horas semanales.

