



INFORME N° 012 -2013-MTPE/2/14.1

Para: Gastón Remy Liacsca
Director General de Trabajo

De: Hugo Carrasco Mendoza
Director de Políticas y Normativa de Trabajo

Fecha: 21 de marzo de 2013

Asunto: Consulta de la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU referida a la asignación de trabajadores en turnos en horario nocturno, domingos y feriados.

Referencia: Carta N° 040-2013-ENAPU SA/GG
H.R. 10738-2013-EXT

I. ANTECEDENTES:

Mediante la carta de la referencia, la Empresa Nacional de Puertos S.A. (en adelante, ENAPU) solicita opinión al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con relación a la asignación de determinado grupo de trabajadores en "nombradas en amanecidas, domingos y feriados".

De acuerdo a lo indicado por ENAPU en su consulta escrita y por sus funcionarios en la reunión sostenida el día 14 de febrero de 2013, los principales antecedentes del caso son los siguientes:

- Los trabajadores operativos comprendidos en la consulta serían aquellos que han venido realizando distintas actividades de naturaleza operativa, ya sean manuales o mediante el empleo de maquinarias o equipos de trabajo relacionadas con las actividades que realizaba ENAPU en la operación del puerto Callao. No obstante, no se trata de personal que la entidad empleadora considera bajo los alcances de la Ley N° 27866, Ley del Trabajo Portuario y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2004-TR.
- La entidad empleadora ha dejado de asignar a los trabajadores operativos en turnos de amanecidas, domingos y feriados a partir del mes de enero de 2013 dado que a consecuencia de las concesiones realizadas en el puerto del Callao ENAPU (terminales sur y norte) ha dejado de realizar importantes operaciones lo que ha significado una menor necesidad de contar con trabajadores.

Así, luego de haberse concesionado el muelle sur del puerto del Callao, en julio de 2011 se hizo efectiva la entrega en concesión del muelle norte a APM Terminals. Se señala que antes de la toma de posesión del referido concesionario, ENAPU realizaba actividades operativas de carga y descarga de la mercadería que



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

constantemente salía y llegaba al puerto, actividades que ya no son realizadas en la actualidad en el puerto del Callao.

- Desde que APM Terminals inicia la operación del muelle norte del puerto del Callao, esto es, en el mes de julio de 2011, hasta diciembre de 2012 ENAPU habría venido ocupando a los trabajadores operativos en niveles similares a los que requería antes de realizarse la concesión, luego de lo cual, es decir, desde enero de 2013, ENAPU ha dejado de asignar a los trabajadores operativos en turnos de trabajo en horarios nocturnos, domingos y feriados. En ese escenario, los trabajadores han venido realizando, entre otras, labores de vigilancia o cuidado de maquinarias de ENAPU en un espacio cedido por APM Terminals; actividades en un local de INFOCAP; y, otras actividades operativas asignadas por la entidad empleadora.
- De acuerdo a la entidad empleadora, actualmente no existe causa objetiva que justifique las nombradas en horarios nocturnos, domingos y feriados, por lo que su accionar se encontraría respaldado por el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL).
- El Sindicato de los Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos (en adelante, SITENAPU), cuestiona el proceder de ENAPU alegando que no se sujeta a la propuesta final presentada por la entidad empleadora el 8 de junio de 2012 en el marco del proceso arbitral al cual se sometieron ENAPU y la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos (en adelante, FENTENAPU) en el marco de la negociación colectiva 2012. En dicha propuesta final ENAPU planteó, entre otras, las siguientes cláusulas:

"TERCERO.- Garantía de remuneraciones

ENAPU S.A conviene en garantizar a los trabajadores la subsistencia de las condiciones remunerativas de las que disfrutaban.

CUARTO.- Conceptos remunerativos

ENAPU S.A continuará aplicando los conceptos remunerativos derivados de los convenios colectivos de trabajo y la legislación laboral vigente.

QUINTO.- Horarios y jornadas de trabajo

Las partes conviene que se mantendrán las condiciones pactadas en las actas y convenios colectivos de trabajo en lo referido a horarios y jornadas de trabajo."

- El laudo arbitral dictado en el marco del procedimiento de arbitraje antes indicado no contiene en su fallo final alguna previsión sobre las materias referidas.
- En comunicaciones dirigidas por el SINTENAPU a la entidad empleadora, se señala, entre otros, que no es posible la supresión de la bonificación adicional por tercer turno ni por laborar domingos y feriados, ya que éstos han sido pactados desde los primeros convenios colectivos suscritos con ENAPU, siendo esta la forma en la cual han venido prestando labores por más de 31 años.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Además, se indica que en los convenios colectivos y en el laudo arbitral del año 1993 se habría establecido *"que la naturaleza permanente de todos los beneficios provenientes de convenios colectivos anteriores ha quedado definida por Resolución de fecha 27 de agosto de 1993 en la Sala Laboral del Callao, confirmada por la Corte Suprema con resolución de fecha 25 de febrero de 1994; las condiciones económicas de trabajo se mantienen y aplican conforme a lo pactado, las mismas que se mantienen en el tiempo y que su aplicación sea modificada o sustituida por acuerdo de partes"*.

En consecuencia, se solicita opinión técnica a esta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con relación a la asignación de los trabajadores operativos en turnos nocturnos, domingos y feriados, de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Cabe señalar que para la absolución de la presente consulta no se ha contado con información sobre los contratos de trabajo o acuerdos individuales suscritos con los trabajadores, los convenios colectivos aplicables al ámbito de la empresa ENAPU, ni el Reglamento Interno de Trabajo de la entidad empleadora; ello a fin de determinar las implicancias que puede tener tales normas y actos jurídicos en el tema sobre el cual versa la presente consulta.

II. ANÁLISIS:

1. La materia sobre la cual versa la decisión de la entidad empleadora:

De la información que ha sido proporcionada a esta Dirección, se deriva que el presente caso trata sobre la asignación de un determinado grupo de trabajadores (denominados operativos) que realiza ENAPU en las "nombradas en amanecidas, domingos y feriados", es decir, versa sobre las asignaciones que la entidad empleadora realiza en turnos que comprenden horario nocturno y en días correspondientes a descansos remunerados.

De acuerdo a lo indicado por ENAPU, no se habría suprimido turno alguno en la empresa (numeral 2.1. del acápite II. de la Consulta), ni se habrían modificado los conceptos remunerativos y pagos adicionales por trabajo en horario nocturno o en días de descanso semanal o feriados ya sean de origen legal —sobretasas que la legislación establece para el trabajo nocturno (artículo 8º del Decreto Supremo N° 007-2002-TR), el trabajo en días de descanso semanal (artículo 3º del Decreto Legislativo N° 713) y días feriados (artículo 9º del Decreto Legislativo N° 713)—, convencional (a manera de ejemplo, el concepto de movilidad ligado a la realización de trabajo nocturno¹) o proveniente de cualquier otra norma o acto jurídico.

Así, se considera que la situación que se somete al análisis comprende la forma en la cual vienen organizándose las actividades laborales de los trabajadores operativos en la empresa ENAPU, esto es, la forma en la que se asignan labores en determinados turnos de trabajo.

¹ De acuerdo a la Carta N° 016-2013-SINTENAPU esta bonificación habría sido regulada mediante distintos convenios colectivos suscritos con la entidad empleadora a lo largo de los años.



"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

La entidad empleadora señala que su proceder se encuentra justificado en la disminución de actividades debido a las concesiones administrativas realizadas en el puerto del Callao, por lo que actúa en el marco de lo establecido en el artículo 9º de la LPCL. Por su parte, la organización sindical SITENAPU cuestiona a la entidad debido a que su accionar sería contrario a los convenios colectivos suscritos a lo largo de los años y a la propuesta final del Laudo Arbitral del periodo 2012, por tanto, manifiestan su disconformidad con la suspensión de trabajo en amanecidas, domingos y feriados, así como de los pagos adicionales que ello conlleva.

En consecuencia, se debe enfatizar que corresponde analizar en primer término la asignación en los turnos de trabajo en horario nocturno, domingos y feriados; materia que resulta distinta de los pagos legales o convencionales que puedan corresponder por laborar en tales turnos. Nos explicamos: los pagos presuponen haber realizado labores en turnos de trabajo en horario nocturno, domingos y feriados, por lo que de no realizarse tales labores no se configurará el supuesto que genera la consecuencia de que el empleador abone los pagos.

2. El poder de dirección reconocido a favor de los empleadores:

En la línea de lo señalado en el punto precedente, es preciso determinar si la decisión de ENAPU de realizar un cambio en las condiciones bajo las cuales se lleva a cabo la prestación de servicios de los trabajadores operativos resulta conforme al ordenamiento legal vigente.

La entidad empleadora señala que su proceder encuentra sustento en el ejercicio de su poder de dirección, reconocido en el segundo párrafo del artículo 9º de la LPCL. El referido artículo establece lo siguiente:

"Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo."

Al respecto, debe tenerse presente que en virtud del contrato de trabajo, el trabajador pone a disposición su actividad a favor del empleador y le confiere el poder de conducirla². En tal sentido, a lo largo del vínculo laboral el trabajador se subordina a las directrices dictadas por el empleador para la ejecución de sus labores. Se trata de un poder jurídico reconocido por el ordenamiento (artículo 9 de la LPCL) a favor de los empleadores.

² Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Segunda Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. p. 36.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Este poder jurídico permite a los empleadores fijar las condiciones referidas, entre otras, al cómo (mediante el uso de determinado equipo, maquinaria, instrumentos, *software*), cuándo (la fijación de un horario de trabajo), dónde (el establecimiento o lugar concreto de labores) se realizan las prestaciones comprometidas en virtud del contrato de trabajo, entre otras condiciones.

En la línea del segundo párrafo del artículo 9º de LPCL, el artículo 2, numeral 1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo (en adelante, TUO de la Ley de Jornada) establece las facultades que tiene el empleador con relación al tiempo de trabajo:

"Artículo 2.- El procedimiento para la modificación de jornadas, horarios y turnos se sujetará a lo siguiente:

1.- El empleador está facultado para efectuar las siguientes modificaciones:

- a) Establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal.*
 - b) Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana.*
 - c) Reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso ésta no podrá exceder en promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.*
 - d) Establecer, con la salvedad del Artículo 9 de la presente Ley, turnos de trabajo fijos o rotativos, los que pueden variar con el tiempo según las necesidades del centro de trabajo.*
 - e) Establecer y modificar horarios de trabajo.*
- (...)"*

Como se observa, dentro de las facultades de los empleadores en materia de tiempo de trabajo, se ha previsto la posibilidad de establecer turnos de trabajos fijos o rotativos, los cuales pueden encontrarse acorde a las necesidades del centro de trabajo. Ciertamente, el TUO de la Ley de Jornada y su Reglamento establecen determinados requisitos y un procedimiento de consulta que debe observar el empleador al introducir una medida, pero resulta de interés resaltar la potestad definida al menos en abstracto por nuestra normatividad.

3. Los límites a los cuales se sujeta el poder de dirección del empleador

El poder directivo reconocido al empleador no es absoluto, ya que debe ser ejercido observando determinados límites. Así pues, el propio artículo 9º de la LPCL ha establecido límites intrínsecos al poder de dirección, señalando que los cambios que sean introducidos deben observar "*criterios de razonabilidad*" y deben tener en cuenta "*las necesidades del centro de trabajo*". En ese sentido, se busca evitar la arbitrariedad de las modificaciones que puedan introducir los empleadores en las condiciones laborales, ya que se deberá analizar en última instancia si la medida introducida por el empleador



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

respeta los cánones del principio de razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo. Este análisis se considera transversal a todo ejercicio del poder de dirección.

Para ello, resulta de utilidad tomar como parámetro la evaluación que realiza el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad a efectos de determinar si el grado de intervención en un determinado derecho encuentra sustento en el ordenamiento. Como indica la doctrina, sobre el principio de proporcionalidad, *"la decisión del Tribunal de extender la validez de la razonabilidad y la proporcionalidad a todo el derecho es correcta. Después de todo, de lo que se trata es de que la vida jurídicamente regulada tenga ambas características: sea razonable y proporcional"*³.

Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente N° 579-2008-PA/TC) este análisis comprende, de manera sucinta, el subexamen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad siguiente:

"Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro." (subrayado agregado)

Adicionalmente a lo explicitado sobre el poder de dirección y sus límites en la LPCL, deben considerarse otros límites existentes para los empleadores, cuya transgresión no puede ser tolerada por el ordenamiento.

Así, las disposiciones de los empleadores no pueden oponerse a los contenidos imperativos previstos en las normas del ámbito estatal. Las normas laborales suelen tener en la mayoría de los casos contenidos imperativos, por lo que no es posible pactar en contra de ellos. Es así que el ordenamiento laboral suele establecer "pisos" que sólo pueden ser mejorados⁴ por los privados (normas de derecho necesario relativo), ello

³ Rubio Correa, Marcial. *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. p. 19.

⁴ Es preciso indicar que en función del grado de imperatividad o dispositividad, la doctrina clasifica las normas en las de: i) derecho dispositivo, las cuales permiten la sustitución en ejercicio de la autonomía privada; ii) de



"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

debido a la naturaleza protectora que justifica la propia existencia del Derecho del Trabajo. En tal sentido, una disposición del empleador que afecte las normas legales imperativas, no será respetuosa del principio de jerarquía normativa⁵ consagrado en el artículo 51º de la Constitución.

De otro lado, como señala la doctrina, el empleador debe respetar las labores para las cuales se ha contratado a uno o más trabajadores, así como el tiempo y el lugar de trabajo en donde se llevan a cabo las actividades laborales⁶. En ese sentido, debe atenderse a los específicos convenios o acuerdos individuales que el empleador puede haber celebrado con los trabajadores, ello en aplicación del principio *pacta sunt servanda* (artículo 1361 del Código Civil)⁷. Sobre el particular, se ha señalado que "[a] medida que la labor misma y sus características se hubieran pactado de modo más específico, el poder del empleador de modificarlas unilateralmente será menor⁸".

Asimismo, en ejercicio de su poder de dirección, el empleador no puede afectar los derechos fundamentales del trabajador. El artículo 23º, tercer párrafo de la Constitución Política es claro al indicar que "[n]inguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

Consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado que los derechos fundamentales presentan una eficacia "horizontal", es decir, que no sólo deben ser observados por las entidades del poder público, sino que gozan también de plena efectividad en las relaciones entre privados, lo que comprende a las relaciones laborales.

Resulta sumamente ilustrativo lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 5215-2007-PA/TC:

"8. La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece pues que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares.

9. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretende conculcar o desconocerlos, como es el

derecho necesario relativo, que fijan pisos a la autonomía privada; iii) máximos de derecho necesario, que establecen techos a la autonomía privada que no pueden ser excedidos; iv) de derecho necesario absoluto, las cuales excluyen toda forma de modificación por parte de los privados. Al respecto, puede verse: Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. p. 61.

⁵ *Ibid.* p. 454.

⁶ Neves Mujica, Javier. *Op. Cit.* p. 37.

⁷ Arce Ortiz, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra, 2008. p. 454.

⁸ *Ibidem.*



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.

10. Pero el efecto horizontal o inter privados que detentan los derechos fundamentales no sólo se deriva del artículo 38º de la Constitución, sino también del principio dignidad (artículos 1º y 3º de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada.

11. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas, y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales."

Con relación a los derechos reconocidos por la constitución y el ámbito laboral, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente No. 1058-2004-AA/TC:

"19) Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que 'Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador'. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos."

En tal sentido, no es posible, por ejemplo, que la variación de condiciones obedezca a motivos prohibidos, tales como el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2.2 de la Constitución), ya que ello implicaría un acto de discriminación expresamente prohibido por el ordenamiento. En esa línea las disposiciones del empleador no podrían tener como fundamento perjudicar al trabajador en razón a la religión que profesa⁹ o por el hecho de ser un trabajador sindicalizado, ya que ello vulneraría los derechos de libertad religiosa y de libertad sindical.

En el mismo sentido, no sería posible que las disposiciones unilaterales del empleador sean contrarias a lo pactado mediante un convenio colectivo de trabajo. Lo contrario implicaría desconocer la eficacia normativa de los acuerdos colectivos reconocida en el artículo 28º de la Constitución que establece que "[l]a convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado"; e, igualmente, lo previsto en el artículo en el artículo 42º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo,

⁹ Sobre esta materia resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 895-2001-AA/TC que trata sobre la asignación en turnos del día sábado por parte de EsSalud a un médico que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que indica que "[l]a convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza". Más aún, el artículo 43°, literal a) de la misma norma señala que el convenio colectivo "[m]odifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador". Queda evidenciado que el convenio colectivo presenta un claro contenido normativo al establecer regulaciones generales y abstractas aplicables a las relaciones laborales del ámbito en el cual tuvo lugar su emisión.

Un punto adicional que ha sido anotado por la doctrina¹⁰ es evaluar que la modificación introducida por el empleador no incurra en un fraude a la ley. Conforme se ha desarrollado, ello "consiste en eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura). No interesa la intención del agente. Si una ley imperativa prohíbe llegar a determinado fin mediante un negocio, entonces tampoco puede alcanzarse aquel a través de otro negocio"¹¹. En complemento a ello, se indica que "(...) resulta muy probable que el empresario intente generar efectos no queridos por la ley, bajo el pretexto de la aparente licitud de su comportamiento. Eso sí, el trabajador ha de probar que la intención del empresario fue la de utilizar el *ius variandi* normal como pantalla. (...) El más común será la decisión empresarial que tiene como fundamento la arbitrariedad (...)"¹².

4. Lineamientos generales para la evaluación del presente caso:

Como ha sido indicado en los antecedentes del presente informe, la información que se ha tenido para el análisis del presente caso ha sido limitada y no permite determinar con certeza si en el ámbito de la empresa ENAPU existe algún producto normativo que establezca algún tipo de regulación con relación a la específica materia de asignación en turnos de trabajo en horario nocturno, domingos y feriados.

Ello es de suma relevancia a fin de evaluar los límites que en el caso particular podrían ser aplicables al ámbito de la empresa. Más aún cuando el SITENAPU ha indicado que, en virtud de los convenios colectivos suscritos a lo largo de los años y del laudo arbitral del año 1993 existen derechos y beneficios cuya vocación permanente ha sido ratificada mediante sentencia judicial; y, complementariamente a ello el Laudo Arbitral correspondiente a la negociación colectiva del año 2012 seguida con FENTENAPU señala que "no afecta, niega, ni excluye otros beneficios laborales y condiciones de trabajo, que por fuente legal, reglamentaria, convencional o por costumbre, vienen recibiendo a la fecha los trabajadores de ENAPU" (Punto 42. del Laudo Arbitral).

¹⁰ ARCE, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 477.

¹¹ Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 45.

¹² ARCE, Elmer. *Op. Cit.* p. 477.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 **Trabajo**
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Ante ello, se establecen criterios generales que pueden ser considerados para evaluar el proceder de la entidad empleadora ENAPU.

Así pues, de existir alguna regulación particular aplicable al ámbito de la Empresa referida a la asignación en turnos de trabajo en horario nocturno, domingos y feriados, será necesario en primer lugar analizar su conformidad con el ordenamiento constitucional y legal y, una vez determinado ello, determinar si la situación actual en materia de asignación de turnos en horario nocturnos, domingos y feriados ha sido respetuosa de tales regulaciones.

Al respecto, corresponde considerar que, como regla general, el trabajo en horario nocturno o en días de descanso semanal o días feriados son situaciones extraordinarias o atípicas. En efecto, con relación al trabajo en horario nocturno (el comprendido entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m.), el artículo 8º del TUO de la Ley de Jornada indica que *"[e]n los centros de trabajo en que las labores se organicen por turnos que comprenda jornadas en horario nocturno, éstos deberán, en lo posible, ser rotativos. El trabajador que labora en horario nocturno no podrá percibir una remuneración semanal, quincenal o mensual inferior a la remuneración mínima mensual vigente a la fecha de pago con una sobretasa del treinta y cinco por ciento (35%) de ésta"*. Como se puede apreciar, en atención a lo particular del trabajo nocturno, el legislador ha tenido por finalidad limitar el trabajo nocturno, sugiriendo que los trabajadores roten en este tipo de turnos. De la misma manera, se ha establecido una "sobretasa" con la cual remunerar a los trabajadores, lo que puede considerarse como una remuneración mínima para el tiempo desempeñado en horario nocturno.

Asimismo, en lo que concierne al trabajo en días de descanso, el Decreto Legislativo 713, establece en su artículo 1º que *"[e]l trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente en día domingo"*, agregando en su artículo 3º que *"[l]os trabajadores que laboren en su día de descanso sin sustituirlo por otro día en la misma semana, tendrán derecho al pago de la retribución correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del 100%".* Del mismo modo, el artículo prescribe que *"[l]os trabajadores tienen derecho a descanso remunerado en los días feriados señalados en esta ley, así como en los que se determinen por dispositivo legal específico"*, a lo que se suma el artículo 9º que *"[e]l trabajo efectuado en los días feriados no laborables sin descanso sustitutorio dará lugar al pago de la retribución correspondiente por la labor efectuada, con una sobretasa de 100%."*

De lo anterior se deriva que como regla general los trabajadores deberían realizar sus labores en horas que no califiquen como horas en horario nocturno y que los trabajadores deberían gozar de sus descansos remunerados, tanto el correspondiente al descanso semanal (domingo), como al correspondiente a los feriados. En tal sentido, si bien el ordenamiento establece reglas especiales acerca de cómo retribuir este tipo de labores en circunstancias especiales, no existe una obligación legal que obligue a los empleadores a que estas se lleven a cabo.

A mayor abundamiento, su realización debe entenderse como voluntaria para ambas partes, es decir, tanto en su otorgamiento como en su prestación, tal como lo establecen las reglas relativas al trabajo en sobretiempo (artículo 9 y siguientes del TUO de la Ley de Jornada), ya que tal trabajo extraordinario también se considera como excepcional.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

En consecuencia, no sería exigible, por ejemplo, que un convenio (individual o colectivo) o el Reglamento Interno de Trabajo establezca la obligación de los trabajadores de laborar en turnos en horario nocturno o en días de descanso semanal o en días feriados; ello en última instancia corresponde a los trabajadores, caso contrario se incurriría en una infracción al ordenamiento socio laboral sancionable por el sistema inspectivo del trabajo. Sin embargo, sería posible que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes establezcan una regulación de mejora con relación a los porcentajes correspondientes a las sobretasas que deben ser abonadas a los trabajadores en caso realicen estos tipos de trabajos. Naturalmente, todo dependerá de las particularidades que tengan lugar en cada caso concreto.

Además, puede ser el caso, que en el ámbito de ENAPU no exista una regulación particular sobre la forma en que debe realizarse la asignación en los turnos de trabajo, aunque sí exista alguna referida a la organización del tiempo de trabajo de modo general. Cualquier regulación que exista al respecto, con independencia de su fuente, deberá ser respetada por la entidad empleadora, quien tendrá que observar tal límite en caso de modificaciones unilaterales.

Tal sería el caso de un convenio colectivo que contenga una cláusula que establezca una determinada cantidad de horas o de turnos en las cuales los trabajadores deben realizar sus actividades de manera semanal, quincenal o mensual, ya que ello sería un límite claro que no podrá ser inobservado por el empleador en virtud de su fuerza vinculante reconocida constitucionalmente. Asimismo, los contratos de trabajo podrían haber establecido un determinado nivel de ocupación en días de la semana o en específicos turnos de trabajo al interior de la empresa.

Como se ve, es importante evaluar la fuente en la cual puede existir algún tipo de regulación en la materia, ya sea que se trate de un producto normativo (regulación general y abstracta) o de un hecho o acto jurídico (contrato de trabajo, o cualquier acuerdo individual que genere obligaciones).

Sin perjuicio de lo antes indicado en este punto, se brindan criterios que permitirán analizar una medida introducida por un empleador a la luz del principio de proporcionalidad o razonabilidad, conforme fuera mencionado en el punto 3. del presente Informe.

Así pues, corresponde en primer término determinar la finalidad de la medida en el respectivo ámbito del empleador. La finalidad debe resultar legítima y, por tanto, no podría contravenir, por ejemplo, oponerse imperativas o a derechos fundamentales de los trabajadores.

En cuanto a la idoneidad de la medida debe analizarse si las acciones llevadas a cabo contribuirán al fin identificado; se trata, pues, de una relación de medio a fin. Una medida no podría ser considerada como idónea en caso que exista una regulación aplicable (legal o convencional) en el ámbito del empleador. En tal caso, el proceder del empleador no sería justificado, por tanto posible de ser cuestionado por los trabajadores, y no correspondería que se prosiga con el análisis.



"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Con relación al examen de la necesidad de la medida es preciso analizar si realmente es necesario que se lleve a cabo para poder garantizar el fin identificado. Es decir, debe evaluarse si habrían medidas menos gravosas que podrían llevarse a cabo, limitándose a lo necesario para cumplir la finalidad legítima.

Finalmente, en el análisis de razonabilidad y proporcionalidad, debe tratarse de una medida proporcional en sentido estricto. La proporcionalidad se observa respecto de los beneficios que conlleva la medida en contraste a los perjuicios que puede generar y la forma en la cual se atienden los intereses contrapuestos, ya que se debe tratar de lograr el mayor beneficio global.

En caso la medida no cumpla con los pasos que comprende el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida las entidades empleadoras se vulnerará el artículo 9° de la LPCL.

En adición, cabe referirse a la propuesta final de la Empresa Nacional de Puertos del Perú S.A. para la negociación colectiva con la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos del Perú S.A. correspondiente al periodo 2012. En nuestra opinión, tal propuesta se produce en el marco de un específico procedimiento arbitral, por lo que se considera que no resulta aplicable al análisis del presente caso. En adición a ello, se considera que el contenido de la propuesta final no tiene incidencia directa por sí misma en la materia de asignación en turnos de horario nocturno, domingos y feriados.

Cabe resaltar que es preciso observar todos los límites al poder de dirección del empleador. Por ello, se hace especial énfasis en la protección a los derechos fundamentales, dada su especial importancia. En tal sentido, sería cuestionable que existiendo la posibilidad de asignar en turnos nocturnos, domingos y feriados, y sin ninguna justificación objetiva y razonable, la entidad empleadora opte por no asignar a los trabajadores operativos, lo que, en tal caso, podría implicar una afectación a la igualdad de trato o incluso un acto discriminatorio si es que la distinción recae en un motivo prohibido. En la misma línea, la asignación en turnos de trabajo no podría llegar al extremo de dejar sin labores efectivas a los trabajadores operativos, ya que ello afectaría su dignidad y podrá ser objeto de la imputación de actos de hostilidad por parte de los trabajadores.

Por último, si bien se trata de un régimen especial con determinadas particularidades, resultará útil que la entidad empleadora tenga en cuenta también los parámetros que ha establecido el ordenamiento en el caso de las nombradas realizadas en el caso del trabajo portuario. Así, el artículo 11 de la Ley N° 27866 señala respecto a las nombradas realizadas por los empleadores portuarios que "(...) En cualquier forma de nombramiento que se adopte prevalecerán los principios de igualdad de trato, oportunidad de trabajo y no discriminación". El reglamento de la Ley antes indicada, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2004-TR, reitera lo anterior en su artículo 15°.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 **Trabajo**
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

III. CONCLUSIONES:

1. El poder de dirección es un poder jurídico que permite a los empleadores dirigir la prestación de actividad que realizan los trabajadores, el cual se deriva del contrato de trabajo y se reconoce en el propio ordenamiento legal.
2. El poder directivo reconocido al empleador no es absoluto, ya que debe ser ejercido observando determinados límites. El poder de dirección debe observar sus propios límites legales (artículo 9º de la LPCL) tales como la evaluación de la medida introducida por el empleador a la luz del principio de razonabilidad y la atención de las necesidades particulares del centro de trabajo. En la misma línea existen limitaciones adicionales que el ordenamiento exige respetar como los derechos fundamentales, o las regulaciones provenientes de productos normativos (convenios colectivos) o de actos jurídicos (acuerdos o contratos individuales).
3. En el presente caso, si bien existe información limitada, se brindan criterios generales que podrán ayudar a que la entidad empleadora evalúe su proceder. Por tanto, es importante asegurar la observancia de todas las limitaciones previstas en el ordenamiento y establecer medidas que sean justificadas, idóneas, necesarias y proporcionales. Además, es especialmente asegurar que no se afecten los derechos fundamentales de los trabajadores operativos.

Por último, dadas las implicancias del caso, se considera exhortar a ENAPU a que pueda tener acercamiento con el Sindicato a fin de tratar de manera voluntaria y de buena fe, la problemática planteada con relación a la asignación en turnos de trabajo nocturnos, domingos y feriados, y cualquier aspecto complementario o relacionado, ya que, ello permitirá llegar a condiciones que resulten satisfactorias a las reales necesidades de ambas partes. En tal sentido, en aras de facilitar el acercamiento de las partes se pone a disposición de éstas los servicios y mecanismos a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo de conformidad con el ordenamiento constitucional, legal y reglamentario vigente.

Sin otro particular.

Atentamente,


HUGO CARRASCO MENDOZA
Director de Políticas y Normativa de Trabajo
Dirección General de Trabajo