



PERÚ

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

INFORME N° 16 -2015-MTPE/2/14.1

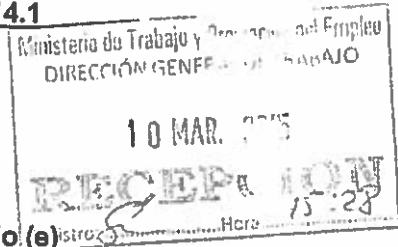
Para: Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Director General de Trabajo

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

Fecha: 10 de marzo de 2015

Asunto: Consulta sobre las jornadas acumulativas para los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata del régimen laboral de la actividad privada.

Referencia: H.R. 28166-2015-EXT



Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de alcanzarle una opinión técnica relativa al escrito de fecha 09 de marzo de 2015 presentado por la empresa Inspectorate Services Perú S.A.C. (en adelante, la empresa) sobre las jornadas acumulativas para los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata del régimen laboral de la actividad privada.



Conforme a lo previsto en el 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 cuenta con la función de emitir opinión técnica especializada en materia de trabajo, lo que implica la posibilidad de pronunciarse emitiendo **criterios generales** sobre materias comprendidas en la legislación laboral. No obstante, la opinión técnica contenida en el presente documento **de ninguna manera produce efectos jurídicos sobre los administrados recurrentes**, al no resolver casos concretos que correspondan a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.

I. ANTECEDENTES

A través del escrito con número de registro 28166-2015, de fecha 09 de marzo de 2015, la empresa reitera la consulta realizada mediante escrito con número de registro 87099-2014, de fecha 02 de julio de 2014, en la cual expone lo siguiente:

- Que, en el supuesto común una jornada acumulativa busca compensar las horas de trabajo superiores a las ocho horas diarias con descanso compensatorio, por las peculiaridades de la prestación de servicios.
- Que, en el caso de los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, no existe modo de compensar horas, pues éstos no están obligados a acatar horario o jornada alguna.

Teniendo presente lo expuesto, la empresa nos consulta si los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata pueden compensar días y no horas.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

II. ANÁLISIS

En el artículo 25 de la Constitución Política del Perú se señala que "[l]a jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo", añadiendo que "[e]n caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los topes máximos de la jornada ordinaria". Asimismo, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Al respecto, el Convenio N° 01 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por nuestro país, hace referencia a la duración máxima del trabajo diario y semanal, así como sus excepciones. Sobre el particular, el artículo 2 de la citada norma señala lo siguiente:

"Artículo 2.-

En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación:

(a) Las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza (...).¹

A nivel legal, la normativa que regula las jornadas alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo se encuentra recogida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

En líneas generales, estas disposiciones establecen que las jornadas alternativas, acumulativas o atípicas se fundamentan en la naturaleza especial de las actividades de la empresa, por lo que el establecimiento de la jornada ordinaria máxima no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar aquellas.

En lo que es materia de la presente consulta, es importante anotar que el establecimiento de jornadas acumulativas o atípicas tiene como justificación una causa objetiva, pues existen condiciones distintas a las comunes, que permiten que los trabajadores laboren en forma consecutiva por varios días acumulando periodos de descanso. Así, por ejemplo, sucede en el sector minero cuyos trabajadores se encuentran expuestos a altos niveles de riesgo y toxicidad que repercuten en su salud y seguridad, asimismo, cuando los centros de labores se encuentren ubicados en zonas alejadas del hogar del trabajador.²

¹ El resaltado es nuestro.

² Sobre el particular, véase el Informe N° 03-2013-MTPE/2/14, emitido por la Dirección General de Trabajo.





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia y su resolución aclaratoria, recaídas en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, ha establecido determinadas condiciones para aplicar válidamente la jornada acumulativa o atípica. Dichas condiciones constituyen el test de protección de la jornada máxima, y son las siguientes:

- a) La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; por ejemplo, si se trata de una mina subterránea, a tajo abierto, o si se trata de un centro de producción minero.
- b) Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.
- c) Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria.
- d) Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado.
- e) Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna.

Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición:

- f) Si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo.³

Cabe precisar que el periodo de las jornadas acumulativas o atípicas -incluyendo los días de descanso- no debiera exceder las tres semanas. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que "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 periodo de tres semanas, o de un periodo más corto".⁴

Por otro lado, el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo establece las exclusiones legales a los topes de jornada máxima. Es así que dispone en su artículo 5 que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.⁵

En ese sentido, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, que regula el Registro de Control de Asistencia y de Salida en el régimen laboral de la actividad privada, el empleador no tiene la obligación de llevar un registro de asistencia para los trabajadores que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata.

³ Considerando 15 de la Resolución de fecha 10 de mayo de 2006, que aclara la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4635-2004-PA/TC. Al respecto, opinamos que el referido test resultaría aplicable, con las respectivas adecuaciones, a cualquier otra actividad económica en donde, en atención a la naturaleza especial de dicha actividad, se desee implementar un régimen de jornada acumulativa o atípica.

⁴ Considerando 19 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4635-2004-PA/TC.

⁵ De acuerdo con el artículo 10 del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, para efectos del artículo 5 antes indicado se consideran como trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata a aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Comentado el marco normativo precedente, conviene precisar que un trabajador no sujeto a fiscalización inmediata no se encuentra impedido de realizar una jornada acumulativa o atípica, siempre que así lo justifique la naturaleza especial de la actividad a realizar.

Por otro lado, es importante indicar que si bien dicho trabajador no se sujeta a un control inmediato y estricto respecto de las horas de trabajo, esta situación no impide que exista un deber general de asistencia a laborar, así como un control sobre la jornada laboral distinto de aquel que implica una fiscalización inmediata. En tal sentido, por ejemplo, consideramos que el ordenamiento vigente permite al empleador llevar un cálculo de los días laborados por aquellos trabajadores.

Siendo esto así, es factible verificar en cada caso concreto si, en el marco de una jornada acumulativa o atípica, el trabajador no sujeto a fiscalización inmediata labora, por ejemplo, en días feriados. En tal supuesto, consideramos que resulta aplicable, entre otras, disposiciones vigentes como el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 713.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 713 establece una lista de los días feriados que son objeto de descanso remunerado a favor de los trabajadores. Los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata no se encuentran excluidos del goce de este derecho; por lo que si los días feriados coinciden con los días laborados, entonces es posible brindar a dichos trabajadores un descanso sustitutorio.⁶

De otro lado, en materia de descansos semanales obligatorios, es importante traer a colación el artículo 5 del Decreto Supremo N° 012-92-TR, el cual señala que ni el descanso sustitutorio ni el pago por descanso semanal obligatorio son exigibles en el caso de trabajadores que laboren sin fiscalización inmediata. Como se observa, esta norma no prohíbe a dichos trabajadores gozar de cualquiera de estos beneficios, sólo establece su no exigibilidad. Entonces, atendiendo a que, por regla general, las normas laborales establecen pisos mínimos, susceptibles de mejora,⁷ consideramos posible, por ejemplo, que por decisión unilateral del empleador, contrato o convenio colectivo se establezcan disposiciones más favorables.

III. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico vigente no prohíbe que los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata estén sujetos a un régimen de jornada acumulativa o atípica, siempre que así lo justifique la naturaleza especial de las actividades de la empresa. En este marco, es posible para el empleador verificar si los días trabajados coinciden, por ejemplo, con días feriados, en cuyo caso resultaría aplicable, entre otras, disposiciones vigentes como el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 713.

Asimismo, en materia de descansos semanales obligatorios, el ordenamiento jurídico permite la posibilidad de incorporar regulaciones no heterónomas en clave de mejora a favor de los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata.

⁶ Cabe indicar que, de acuerdo al artículo 9 del Decreto Legislativo N° 713, el 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%.

⁷ NEVES MUJICA, Javier (2012) Introducción al Derecho del Trabajo: 2da. Ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

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

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Finalmente, el periodo de cualquier jornada acumulativa o atípica no debiera exceder las tres semanas, siendo imperativa la observancia de las condiciones establecidas en el test de protección del Tribunal Constitucional.

Sin otro particular.

Atentamente,

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