

Jornadas de trabajo y descansos acumulativos en el sector minero. A propósito de las resoluciones del Tribunal Constitucional

Pedro G. Morales Corrales

Presidente de la SPDTSS. Abogado,
Profesor de la Universidad de Lima . Socio del Estudio Echeconpar.

Sumario

I. Marco normativo. II. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2006. III. Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2006. IV. Efectos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en Acciones de Amparo.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el tema de la jornada de trabajo en general, ha sido motivo de especial preocupación por los empleadores como consecuencia del establecimiento del Registro de Control de Asistencia por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, vigente a partir del 1° de junio de 2006, tal como ha quedado modificado por el Decreto Supremo N° 011-2006-TR, de 6 de junio del mismo año, que los obliga a un efectivo registro de la hora de ingreso y salida de sus trabajadores, presumiéndose, salvo prueba en contrario, la realización de trabajo en sobretiempo si aquéllos ingresan antes o permanecen después del horario de trabajo previsto por el empleador.

Paralelamente, en el ámbito minero se produjo una verdadera conmoción por la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 17 de abril de 2006, recaída en el expediente N° 4635-2004-AA/TC, en la acción de amparo seguida por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, contra la Empresa Southern Perú Cooper Corporation, en la que se estableció, con carácter vinculante, que en el Sector Minero los trabajadores no podían laborar una jornada mayor de 8 horas diarias, limitándose en la práctica, hasta casi su desaparición, la posibilidad de

utilizar el régimen de jornadas y descansos acumulativos previsto por el marco constitucional y legal vigentes.

Esta Sentencia modificó sustancialmente el criterio del Tribunal Constitucional expresado con motivo de una acción de amparo seguida por las mismas partes y sobre la misma materia. Se trata de la Sentencia de 27 de setiembre de 2002 (Expediente N° 1396-2001-AA).¹

Sin embargo, la Sentencia de 17 de abril del presente año ha sido aclarada por la Resolución de 11 de mayo de 2006 que, como veremos más adelante, en el fondo, introduce importantes modificaciones a la Resolución original.

Antes de analizar las indicadas resoluciones del Tribunal Constitucional y sus implicancias en el referido Sector, nos referiremos al marco normativo que sobre esta materia nos rige.

I. MARCO NORMATIVO

Constitución Política del Estado

El artículo 25° de la Carta Política establece que la 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 período correspondiente no puede superar dicho máximo”.

¹ La Sentencia de 27 de setiembre de 2002 en su Fundamento 2 indica que el artículo 25° de la Constitución contempla las jornadas acumulativas, debiéndose respetar, en promedio la jornada máxima de 8 horas diarias o 48 semanales, destacando que “... el texto constitucional no establece únicamente un horario de 8 horas diarias, sino que, cualquiera que sea éste, en ningún caso puede superar las 48 horas semanales ...”

En el Fundamento 3 se refiere a las normas infraconstitucionales que regulan la jornada ordinaria máxima y las jornadas atípicas o acumulativas, y cómo pueden ser establecidas por el empleador, concluyendo que “En consecuencia, se advierte que la legislación infraconstitucional no sólo es acorde con la Constitución, sino que, además, la emplazada se encuentra respaldada por la misma.” El Tribunal Constitucional declaró en este extremo infundada la demanda.

Ley de Descansos Remunerados

El Decreto Legislativo N° 713 establece que el trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente el día domingo (art. 1°).

En caso de regímenes acumulativos de jornadas de trabajo, el empleador igualmente deberá conceder descansos acumulados, respetando la debida proporción (art. 2°), de tal modo que los descansos acumulados sustituyan a los días de descanso que fueron trabajados.

Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo

El TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobre tiempo aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, de 3 de julio de 2002, establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máxima, señalando que en los centros de trabajo en los que existan regímenes acumulativos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente, no puede superar los máximos de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales. (arts. 1° y 4°)

En cuanto al trabajo prestado en horario corrido, la norma determina que el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario, y que el tiempo de refrigerio no podrá ser inferior a 45 minutos, no formando parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto. (art. 7°)

El Reglamento de dicho TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR, de 3 de julio de 2002, en su artículo 15° perfila de manera más adecuada el objeto del horario de refrigerio, cuando señala que tiene por finalidad que el trabajador lo destine a la ingesta de su alimentación principal cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena, o de un refrigerio propiamente dicho y/o al descanso.

Adviértase que es la norma reglamentaria la que, en concordancia con el artículo 8º, literal b) del Convenio N° 1 de la OIT, sobre jornada máxima de trabajo, ratificado por el Perú ² la que otorga el verdadero contenido al horario que en el futuro debería dejar de denominarse “de refrigerio” y sustituirse por el de “horario de descanso”, que debe regir cuando la jornada de trabajo se ejecuta en horario corrido.

En efecto, la verdadera razón del actualmente denominado “horario de refrigerio”, es que el trabajador que presta sus servicios en horario corrido, pueda descansar a fin de recuperar fuerzas y aprovechar ese descanso para ingerir sus alimentos, si es que coincide con el horario de alimentación o un refrigerio propiamente dicho, que en ambos casos forma parte del descanso, en el sentido de que el trabajador suspende sus labores para dedicarse a lo que considere conveniente. El propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el término “descanso”, en su primera acepción, como “quietud, reposo, o pausa en el trabajo o fatiga”.

El indicado Reglamento igualmente señala que el horario de refrigerio no puede otorgarse, ni antes ni luego del cumplimiento del horario de trabajo. Esta regulación tiene por objeto cumplir con la finalidad de dicho horario de refrigerio que no es otro, como ya se ha mencionado que descansar, suspendiendo las labores a fin de que el trabajador restituya sus fuerzas y se pueda reintegrar al trabajo con nuevos bríos, finalidad que no se cumpliría si es que se concede al inicio o a la conclusión de la jornada de trabajo. Es más, de ocurrir esto se desvirtuaría, por lo cual el empleador razonablemente debe establecer el momento en que el trabajador debe descansar a fin de que se cumpla el objetivo que busca el Convenio N° 1 de la OIT y la ley al otorgar este horario de refrigerio o descanso.

Legislación Minera

Los titulares de la actividad minera están obligados a proporcionar a sus trabajadores que laboren en zonas alejadas de las poblaciones y a los familiares de és-

² Convenio N° 1 de la OIT, artículo 8º, numeral 1) “Con el objeto de facilitar la aplicación de las disposiciones del presente Convenio, cada empleador deberá: ... b) Dar a conocer, en la misma forma (por medio de carteles) los descansos concedidos durante la jornada de trabajo que no se consideren comprendidos en las horas de trabajo”.

tos, entre otros beneficios, facilidades de vivienda bajo cualquiera de las siguientes modalidades: (i) viviendas adecuadas al trabajador y los familiares, o; (ii) facilidades de vivienda, exclusivamente para los trabajadores (no para sus familiares) cuando laboren bajo un régimen de jornadas acumulativas por otras de descanso también acumulativas en un centro poblado, en la forma que establezca el Reglamento. (TUO Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM, art. 206° a).

Se considera zona alejada de la población más próxima aquélla que se encuentre a más de treinta kilómetros de distancia o más de 60 minutos de recorrido en vehículo a velocidad normal o segura. (TUO Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM art. 206° a).

Se entiende como "población más próxima", aquélla que a elección del titular de la actividad minera, reúna cuando menos las características y requisitos mínimos de un pueblo (D.S. N° 03-94-EM de 14-1-1994, art. 171°), que conforme al Reglamento de la Ley N° 27795, Ley de Demarcación Territorial, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2003-PCM de 21 de febrero de 2003, supone una población concentrada entre 1,001 y 2,500 habitantes; viviendas ubicadas en forma contigua y continuada, con una disposición tal que conformen calles y una plaza céntrica; servicio de educación para el nivel de primaria completa; servicio de salud que permita contar con un puesto de salud; local comunal de uso múltiple; y, áreas recreacionales.

En los casos en que el titular del derecho minero que se encuentre en el supuesto de "zona alejada", otorgue facilidades de vivienda exclusivamente para los trabajadores, no así para la familia de éstos, podrá establecer un sistema de trabajo minero especial de jornadas de trabajo acumulativas y de descansos remunerados también acumulativos (D.S. N° 046-2001-EM, art. 150°)

Los titulares de la actividad minera que se acojan a este régimen especial de trabajo deberán comunicar tal decisión al Ministerio de Energía y Minas, informando sobre el número de trabajadores comprendidos en el sistema, los puestos y la modalidad de trabajo establecida, y las jornadas y turnos para cada uno. Copia del cargo de dicha comunicación deberá ser presentada ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para su conocimiento. Cualquier variación al régimen establecido deberá ser igualmente comunicado en la forma antes mencionada, dentro del mes siguiente (D.S. N° 046-2001-EM, art. 152°)

Además, para el disfrute de los días de descansos acumulados del trabajador, el titular de la actividad minera deberá transportarlo gratuitamente desde y hacia el centro poblado más cercano que cuente con servicio público de transporte. Dicho traslado se podrá realizar en cualquier medio autorizado de transporte de pasajeros. (D.S. N° 046-2001-EM, art. 153°).

Consideramos que aún cuando la Unidad Minera deje de ser considerada como ubicada en “zona alejada” de las poblaciones, por razón del transcurso del tiempo y del surgimiento de nuevos pueblos, en la medida en que a los trabajadores se les proporciona vivienda, más aún si sus familias viven en zonas alejadas, resulta justificado que se establezcan regímenes de trabajo y descanso acumulativos, tal como la propia norma legal lo señala. (“en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa”).

En consecuencia, el marco constitucional sobre esta materia de jornadas y descansos acumulativos, y las normas legales que lo desarrollan, con nitidez establecen la posibilidad de que las empresas puedan establecer el indicado régimen de trabajo y descansos acumulativos, siempre y cuando la naturaleza especial de sus actividades así lo aconseje. Además de la actividad minera tenemos por ejemplo, la actividad petrolera que se desarrolla en medio de la selva o en el zócalo continental.

¿Cuál es el período de jornadas y descansos acumulativos previsto por la Constitución y la ley?, no está fijado. Ambas clases de normas lo único que establecen es que determinadas las jornadas y descansos acumulativos, el promedio de horas trabajadas “en el período correspondiente”, no puede superar los máximos de 8 horas diarias o 48 horas semanales, porque de ocurrir ello estaríamos frente al trabajo en sobretiempo.

Entonces la pregunta que surge es: ¿cuál es el “período correspondiente”? Como no existe respuesta legal cierta (por su propia esencia), entonces dicho período será el que razonablemente deba aplicarse en concordancia con la naturaleza de las actividades de la empresa y otros criterios, como el tiempo que puede demorar al trabajador trasladarse de su centro minero a la ciudad o pueblo donde se encuentre ubicado su domicilio, que precisamente haga viable dicho traslado y la posibilidad de estar al lado de sus familiares durante los días de descanso que le corresponda como consecuencia de las jornadas de trabajo acumulativas, y que suponga un verdadero disfrute de su tiempo libre.

No existe pues una regla, como sucede en muchos otros campos del Derecho del Trabajo. De ahí la importancia del principio de razonabilidad que informa esta rama del Derecho. Corresponderá en todo caso al juez, frente a un conflicto, evaluar si el empleador ha aplicado correctamente o no dicho principio³.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE ABRIL DE 2006

Mediante Sentencia de 17 de abril de 2006 dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, contra la Empresa Southern Perú Cooper Corporation, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de mayo de 2006, y vigente a partir del día siguiente, estableció con carácter vinculante, es decir obligatorio para los jueces, que los trabajadores mineros "... en razón de las especiales condiciones de riesgo para la salud y la seguridad, que comporta el trabajo en las minas del Perú ..", no pueden trabajar una jornada mayor de 8 horas diarias (Fundamento 28). En tal sentido se entiende que sólo en casos verdaderamente excepcionales, verificables objetivamente, podrían sobrepasar dicha jornada, con el correspondiente pago de horas extras.

Sin embargo la Sentencia permite las jornadas atípicas, que las identifica con las acumulativas "... en cualquier tipo de actividades laborales ...", que incluye a la minera, pero introduciendo aparentemente una limitación "al período correspondiente" en que debe establecerse si la suma de las jornadas y descansos acumulativos, en promedio, no excede de los máximos de 8 horas diarias o 48 semanales a que se refieren la Constitución y la ley, pues señala que dichos máximos tendrían que computarse en "... un período de 3 semanas o (de) un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT ..." (entreparéntesis agregado), (Fundamento 29).

Una primera interpretación que origina el contenido de la Sentencia, es que el Tribunal Constitucional al resolver una acción de amparo en concreto, hace uso de

³ El sólo hecho que un tercero, en este caso el juez, pueda discernir si el criterio utilizado por el empleador en esta materia ha sido correcto o no, incentiva de manera importante para que sea aplicado respetando el principio de razonabilidad.

dicha coyuntura para hacer extensiva su decisión, a fin de que se aplique, cuando se promuevan conflictos de similar naturaleza, a todos los sectores laborales, sin que necesariamente medie un análisis exhaustivo sobre las consecuencias de dicha decisión que podría considerarse que, en la práctica, tiene efecto normativo (Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), semejante al de una disposición legal⁴, no obstante que éstas usualmente se expiden previa investigación y citación para escuchar a las partes involucradas que pueden verse afectadas por lo que se decida en aquélla.

Esta interpretación se vio respaldada por lo expuesto en el Fundamento 38 de la Sentencia, en el que se sostiene que "... El derecho a la jornada de 8 horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25° y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo e inane, mera declaración (más aún cuando integra el estándar mínimo que el Estado Peruano se ha comprometido a respetar y garantizar), si no una disposición jurídica del más alto rango y *cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la administración, sino también a los particulares...*". Además en el Fundamento 39 determina que "... entonces los convenios colectivos y los contratos de trabajo no pueden contradecir dicho estándar mínimo, bajo sanción de nulidad, por contravenir derechos fundamentales ...".

La Sentencia bajo comentario, tal como se dictó suscitó diversas interrogantes, entre ellas las siguientes:

¿A qué trabajadores mineros en concreto se refiere o comprende el Fundamento 28 cuando alude al "caso particular de los trabajadores mineros"? ¿A los de socavón?, ¿A los de tajo abierto?, ¿A los jefes?, ¿Al personal administrativo?.

Todos son trabajadores mineros porque pertenecen al Sector Minero; sin embargo, la Resolución no hace distinción alguna cuando, en línea con lo resuelto por el Tribunal, debió efectuarlo. Aparentemente sólo comprendería a los trabajadores de socavón u otras áreas de trabajo penoso, pero ello debió especificarse expresa-

⁴ Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VII "Precedente.- Las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia precisando el extremo de su efecto normativo..."

mente a fin de evitar interpretaciones que sólo originan impredecibilidad y contingencias para los empleadores y para los propios trabajadores.

Queda claro de los Fundamentos 28 y 29 que en el trabajo minero, así como “en cualquier tipo de actividades laborales” pueden haber jornadas acumulativas, pero que, junto con los descansos acumulativos, no pueden superar las 3 semanas a que se refiere el literal c) del artículo 2, del Convenio N° 1 de la OIT, pero tratándose de trabajadores mineros dicho régimen puede establecerse siempre que se respete una jornada no mayor de 8 horas.

¿Cómo se compatibiliza esta restricción con el artículo 5° del Convenio N° 1 de la OIT que prevé que en casos excepcionales se puede superar el límite antes señalado y que lo que se acuerde podrá tener fuerza de reglamento si el gobierno así lo decide?

En el caso peruano, esto se encuentra decidido incluso a nivel constitucional, pues el artículo 25° de la Carta permite el trabajo en jornadas acumulativas, que suponen naturalmente jornadas y descansos acumulativos, que sumados y divididos en el período que corresponda, no puede superar las 8 horas diarias o 48 semanales de trabajo. Si se excediera del máximo, tendría que pagarse la remuneración por horas extras.

Cuando la Constitución se refiere que en el caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas “en el período correspondiente”, no pueden superar dicho máximo, significa que el empleador o, si media convenio colectivo, empleador y trabajadores, deben establecer un período que sea razonable como consecuencia de la especial naturaleza de las actividades que realiza, de tal modo de garantizar al trabajador el respeto de la jornada máxima legal y el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre a que se refiere el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, que invoca el Tribunal como sustento de su Resolución ⁵.

⁵ El derecho al descanso y disfrute del tiempo libre, es desarrollado por la Sentencia en los Fundamentos 18 y 19 invocando instrumentos internacionales a los que el Perú se ha adherido como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24°), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7°, literal d); y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 7°, literal h). Resulta relevante que el Tribunal Constitucional haya rescatado de la norma Constitucional este importante derecho que tiene por objeto enfatizar que el ser humano trabaja para vivir, pero no vive para trabajar, y que

Restringir el período de acumulación de trabajo y descansos al máximo de tres semanas previsto en el Convenio N° 1 de la OIT constituye a nuestro juicio una exageración y, lamentablemente, una falta de concordancia con la realidad.

Es el caso, por ejemplo de los trabajadores mineros o petroleros que usualmente prestan servicios en zonas alejadas de la ciudad y de sus hogares, lo que hace razonable que los períodos de trabajo acumulativo sean más largos para que justifiquen también un período de descansos acumulativos que permitan al trabajador trasladarse a su hogar y regresar al centro minero o petrolero dedicando un tiempo importante al descanso y a la vida familiar.

¿No debió merecer un análisis más exhaustivo la razón de ser de las jornadas acumulativas o atípicas en el mundo de hoy que es muy distinto a lo que ocurría en 1919 en que se aprobó el Convenio N° 1?

De mantenerse la restricción de 3 semanas como máximo para jornadas y descansos acumulativos, esto significaría que un período de 21 días, el trabajador minero trabajaría 18 días continuos y 8 horas para tener 3 días de descanso también acumulativos. (Recuérdese que tal como lo establece el Fundamento 28, el trabajador minero no puede trabajar más de 8 horas diarias).

La pregunta es, si la familia de estos trabajadores, como ocurre en los hechos, residen en otros departamentos ¿qué posibilidad tendrán de visitarla si apenas gozarán de 3 días de descansos acumulativos? Ninguna. Se irán al pueblo más cercano y sólo tendrán la esperanza de ver a sus familiares con motivo de sus vacaciones, con lo cual los efectos de llevar una vida en soledad (comportamientos ansiosos y depresivos, desunión familiar, alcoholismo), a que se refiere el Fundamento 6 de la Sentencia, se acrecentaría en vez de disminuir.

Entonces, ¿Cómo se compatibiliza la restricción impuesta por la Sentencia del Tribunal Constitucional, con el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso a que se refieren los Fundamentos 18 y siguientes?

el día no sólo sirve para el trabajo, sino para otro tipo de actividades, personales, familiares, sociales, culturales, de descanso y disfrute verdadero del tiempo libre, como complemento esencial de la referida calidad del trabajador.

En esta misma línea de pensamiento, existen centros mineros en que por 5 semanas de trabajo acumulativo se le otorga al trabajador 2 semanas acumuladas de descanso.

¿Qué es más favorable para el trabajador?

Es cierto que en el Fundamento 29 al permitirse la jornada acumulativa y descansos también acumulativos no mayor a 3 semanas, y refiriéndose a actividades distintas a la minera, podrá por ejemplo trabajarse jornadas acumulativas de 12 horas que permitan a los trabajadores contar con un descanso acumulativo mayor a 3 días. ¿Será suficiente si su hogar se encuentra fuera del departamento donde trabajan?

El tema de la exposición del trabajador a los riesgos de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, ¿no debería ser solucionado por una inspección más rigurosa sobre el cumplimiento del horario de refrigerio o descanso y de las normas de seguridad y no a través de disposiciones generales que no se compadecen con la realidad?

III. RESOLUCION ACLARATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DE 11 DE MAYO DE 2006

Lo cierto es que la Sentencia que se ha comentado produjo justificadas reacciones no sólo de los empresarios mineros, sino también, entendemos, de los propios trabajadores de dicho Sector.

La demandada solicitó aclaración de la Sentencia y como consecuencia de este pedido, mediante Resolución fechada el 11 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional aclaró diversos contenidos de la misma, siendo los más importantes los siguientes:

Trabajadores mineros - Ámbito

El Fundamento 4 de la Resolución Aclaratoria restringe el ámbito de lo que debe entenderse por "trabajadores mineros", a quienes se les aplicaría las restricciones o limitaciones previstas en la Sentencia de 17 de abril de 2006; a saber: (i) Los

que laboran en minas subterráneas en forma permanente; (ii) Los que realizan labores directamente extractivas en las minas a tajo abierto; y, (iii) Los trabajadores que laboran en Centros de Producción Minera, siempre que en la realización de sus labores se encuentren expuestos a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, según la escala prevista en el Reglamento de la Ley de Jubilación Minera; es decir, el ámbito de "trabajadores mineros" corresponde a aquéllos que tendrían derecho a pensión de jubilación adelantada, conforme a la Ley N° 25009, Modificatorias y Complementarias, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-89-TR (Punto 4). Estas normas incluyen a los trabajadores que prestan servicios en centros metalúrgicos y siderúrgicos.

En tal sentido, por ejemplo, el personal administrativo que presta sus servicios en un Centro Minero, no estaría comprendido en las restricciones a la jornada de trabajo, aún cuando podría alcanzarles aquéllas referidas a las jornadas y descansos acumulativos o atípicos. Sin embargo, como veremos más adelante, la Resolución Aclaratoria ha flexibilizado los alcances que sobre esta materia contenía la Sentencia de 17 de abril de 2006.

Jornadas y descansos acumulativos o atípicos

De acuerdo a la referida Sentencia, en el caso de trabajadores mineros la jornada razonable de trabajo no podía ser mayor de 8 horas diarias "ni" (sic) 48 horas semanales y, en concordancia con lo anterior, las jornadas acumulativas debían establecerse con base a días de trabajo de 8 horas, no pudiendo superar las 48 por semana en un período de 3 semanas o más corto, lo que significaba que, o los trabajadores mineros trabajaban de lunes a sábado 8 horas diarias (no más, salvo supuestos excepcionales en que se tendría que pagar la remuneración por horas extras) y descansaban el séptimo día; o, en un período acumulado de 21 días (3 semanas), tendrían que trabajar 18 días con una jornada no mayor a 8 horas, para tener 3 días de descanso acumulado (Fundamentos 28 y 29 de la Resolución original).

Ahora, con la Resolución Aclaratoria el esquema es el siguiente: (i) Sólo en las empresas mineras que cumplan copulativa o conjuntivamente las condiciones previstas en el "Test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros" contenido el Fundamento 15 de la Resolución Aclaratoria, las jornadas acumulativas podrán superar las 8 horas diarias de trabajo, siempre que junto

con los descansos, también acumulativos, en promedio no excedan las 8 horas diarias o 48 semanales. También podrán establecer jornadas acumulativas que superen el período de 3 semanas. Este cálculo debe efectuarse con base a un período de 3 semanas o más corto, según se detalla más adelante; (ii) Las empresas mineras que no cumplan con dicho Test, sus trabajadores no podrán laborar más de 8 horas diarias, aún cuando utilicen regímenes de jornadas y descansos acumulativos; (iii) Las jornadas y descansos acumulativos en otras actividades laborales, sin que les sea aplicable el "Test" antes mencionado para el trabajo minero, pueden superar las 3 semanas, siempre que el promedio de jornadas y descansos acumulativos, calculado por períodos de 3 semanas o menos, no supere en promedio las 8 horas diarias o 48 horas semanales. (Puntos 14, 15 y 16). Así por ejemplo, si existe un régimen de jornadas acumulativas de 35 días (5 semanas) y 14 días (2 semanas) de descansos también acumulativos, debe establecerse, si efectuado el cálculo de jornadas y descansos acumulativos en un período de 3 semanas de las 5, se respeta el indicado promedio. Lo mismo debe ocurrir con las 2 semanas restantes. En la práctica, se entiende que, si en el ejemplo propuesto, de 5 semanas de trabajo acumulativo y 2 de descanso acumulativo, en promedio, se respetan las 8 horas diarias o 48 horas semanales, lo mismo debería ocurrir si el cálculo se efectúa proporcionalmente tomando un período de 3 semanas.

Contenido del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros

Los requisitos que a continuación se señalan, contemplados en el Punto 15 de la Resolución Aclaratoria, se deben cumplir de manera conjunta o copulativa:

- 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 minera;
- 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 típico desplegado.
- e) Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna.
- f) Si se ha pactado en el Convenio Colectivo, el máximo de 8 horas diarias de trabajo (este supuesto se aplica sólo si existe Convenio Colectivo que regule este aspecto).

En consecuencia, si el empleador minero desea acogerse al esquema flexible de jornadas y descansos acumulativos o atípicos, debe acreditar el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones señaladas y contar con las pruebas necesarias de ello. Basta que se incumpla una para que no se aplique, en cuyo caso las jornadas de trabajo no podrán superar las 8 horas diarias, bien se trate de trabajo diario con descanso semanal, o régimen de jornadas y descansos acumulativos.

Comentario especial merecen las condiciones c), d) y e) del "Test".

Respecto de la garantía de una adecuada alimentación para que los trabajadores se encuentren en aptitud de resistir jornadas mayores a la ordinaria, obligará a las empresas a un control nutricional por un profesional, que periódicamente supervise la calidad de la dieta alimenticia y emita los informes correspondientes, aconsejando las rectificaciones que deban introducirse o prestando su conformidad.

Cuando el empleador minero organice el trabajo en sus centros mineros con jornadas acumulativas que supongan un trabajo mayor a 8 horas diarias, entonces no será suficiente el descanso o refrigerio de 45 minutos, sino que tendrán que darse otros descansos por períodos razonables a la mayor extensión de la jornada y compatibles con el esfuerzo físico desplegado. Se entiende que esos descansos adicionales, al igual que lo que ocurre con el horario de refrigerio o descanso, no son computables dentro de la jornada de trabajo.

En el supuesto de que la actividad minera se desarrolle en turnos diurnos y de noche, la jornada nocturna deberá ser menor que la diurna, atendiendo al mandato contenido en el literal h) del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo Adicional de San Salvador", del que el

Perú es adherente, y que el Tribunal Constitucional lo recoge en el Punto 15 de la Resolución Aclaratoria, según el cual la legislación nacional debe garantizar que las jornadas serán de menor duración, entre otros supuestos, cuando se realiza en horario nocturno.

IV. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE AMPARO

Una de las incertidumbres originadas por la Sentencia de 17 de abril de 2006, consistía en que si el efecto vinculante de lo resuelto alcanza imperativamente a todas las actividades laborales o si sólo es de obligatorio cumplimiento para la empresa demandada y de observancia por los jueces en casos similares.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en el Punto 2 de la Resolución Aclaratoria, establece que "... el uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante, depende de la existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emane el precedente ...".

Lo anotado significa que la Sentencia de 17 de abril y su Resolución Aclaratoria de 11 de mayo se aplican exclusivamente a la empresa demandada, y que los criterios generales antes expuestos, que tienen carácter vinculante, obligan a los jueces a resolver en el mismo sentido en casos similares. Estrictamente hablando no obliga a los demás empleadores; sin embargo, si se encuentran en la misma situación que la empresa demandada y si se les inicia una acción de amparo, todo hace prever que se resuelva con base a dichos criterios.

Esta conclusión se encuentra, además, amparada por las siguientes razones: (i) Porque el Fundamento 45 de la Sentencia de 17 de abril de 2006, establece que dicho precedente vinculante sirve "... para resolver todos los procesos de amparo que guarden similitud con lo ahora resuelto ..."; (ii) Porque la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 determina que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes ... según los preceptos y principios constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad". Adviértase que dicha norma se refiere a los Jueces y Tribunales y no a los otros Poderes del Estado, por ejemplo, dentro del Ejecutivo, al Ministerio de Trabajo, y tampoco a los particulares; (iii) Porque el artículo VII

del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que "Las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. ..." que como se tiene dicho ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido que el precedente vinculante sirve para resolver todos los procesos de amparo que guarden similitud; (iv) lo resuelto no obliga a la Autoridad Administrativa de Trabajo, la misma que debe observar la legislación vigente, ya que su actividad es reglada, y no está autorizada a aplicar control difuso, y porque el criterio del Tribunal Constitucional sólo es válido para procesos similares, toda vez que no tiene el poder de modificar la legislación vigente, ya que sólo puede hacerse a través de otra ley, o de Sentencias recaídas en procesos de Acción Popular que declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de un reglamento o, en acciones de inconstitucionalidad, que no es el caso. Sin embargo, podría existir el riesgo que la Autoridad Administrativa de Trabajo ante una infracción entienda la ley con base al criterio utilizado por el Tribunal Constitucional, que es al fin y al cabo el intérprete supremo de la Carta.

Por ello, resulta aconsejable que los empleadores mineros observen los preceptos generales que contiene el "test", por cuanto, de plantearse una acción de amparo contra ellos por motivos similares, los jueces tendrían que resolver en la misma forma en que lo ha hecho el Tribunal Constitucional; y además podría servir de base para una demanda por daños y perjuicios, los que obviamente tendrían que acreditarse. Un ejemplo claro de esto último lo constituyen las acciones de amparo en que se solicita reposición por despido arbitrario. Si el juez o Tribunal Constitucional la ordena, no así el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, los trabajadores demandan una indemnización por lucro cesante e incluso daño moral que vienen siendo acogidas.