

JORNADAS ATÍPICAS DE TRABAJO.- ASPECTOS GENERALES.- ASPECTOS ESPECÍFICOS EN EL SECTOR MINERO

*PEDRO G. MORALES CORRALES**

Sumario

I. Introducción.- II. Marco conceptual.- Jornadas típicas, jornadas atípicas.- III.- Marco normativo.- Constitución política del estado, Convenio OIT N°. 1, Ley de Descansos Remunerados, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, Legislación Minera, IV.- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2006.- V.- Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2006.- Trabajadores mineros – Ámbito, Jornadas y descansos acumulativos o atípicos, Contenido del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros.- VI.- Efectos en general de las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en Acciones de Amparo y en especial respecto de la jornada de trabajo.- VII.- Conclusiones y recomendaciones.

I. INTRODUCCION

La jornada de trabajo en general y su natural limitación, ha sido motivo de especial preocupación del legislador peruano desde el año 1918, cuando se dictó la Ley N° 2851 que estableció el límite máximo de 8 horas diarias y 45 semanales para el trabajo de mujeres y menores entre 14 y 18 años de edad. Luego de la huelga general en que Lima quedó virtualmente paralizada durante tres días (13, 14 y 15 de enero de 1919), el Presidente José Pardo dictó el Decreto Supremo de

* Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echecopar.

15 de enero del mismo año, refrendado por su Ministro de Fomento Don Manuel Aurelio Vinelli, que generalizó la jornada máxima de 8 horas de trabajo.¹ Posteriormente se han dictado innumerables normas sobre esta materia.

Pese a la antigüedad y a la profusa regulación sobre este tema y habida cuenta del incumplimiento evidente de este derecho fundamental, es que últimamente se han dictado medidas especiales para el control de la asistencia de los trabajadores, a fin de garantizar el respeto a la jornada máxima de trabajo y el pago del trabajo en sobretiempo, cuando éste ocurra.

Así, por 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 3 de junio del mismo año, se obliga a un efectivo registro de la hora de ingreso y salida de los 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 para las empresas del Sector Minero, que por razón de la naturaleza especial de las actividades que realizan, muchas de ellas organizan su sistema de trabajo contemplando jornadas atípicas, que los trabajadores del referido Sector estaban impedidos de 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 además modificó 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),² en que se establecía exactamente lo contrario.

1 Basadre Jorge, "La Lucha por la Jornada de las 8 horas", Munilibros N° 4, Lecturas Escogidas. Municipalidad de Lima Metropolitana, Editorial e Imprenta Deza S.A. 1986.

2 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.

Sin embargo, la Sentencia de 17 de abril 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.

Sin perjuicio de analizar las indicadas resoluciones del Tribunal Constitucional y sus implicancias en el referido Sector, nos referiremos en primer lugar al marco conceptual de las jornadas típicas y atípicas así como al marco normativo que sobre esta materia rige en nuestro país.

II. MARCO CONCEPTUAL

Conforme lo señala Fernando Elías Mantero³, en nuestro país no existe una definición legal de jornada de trabajo, por lo que él la conceptúa como "... el tiempo en el cual el trabajador cumple con la prestación que le corresponde como consecuencia del contrato de trabajo. Por consideraciones de orden público se encuentra limitada por la ley, en tanto que el trabajo origina un desgaste físico que debe ser reparado a fin de no perjudicar la integridad física del trabajador".

Jornadas típicas

Refiriéndonos a las jornadas de trabajo típicas y atípicas, el término típico significa "característico o representativo de un tipo"⁴, en tanto que atípico significa "que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos"⁵.

En materia de jornada de trabajo, la típica o representativa es aquella que se presta diariamente, es decir ordinaria y habitualmente y que no puede exceder de 8 horas por día o 48 horas a la semana. El Convenio No. 1 de la OIT, de 29 de octubre de 1919, ratificado por nuestro país por Resolución Legislativa No. 10195 de 23 de marzo de 1945 establece que en las empresas industriales⁶ "... la

3 Elías Mantero, Fernando "La Jornada de Trabajo", en la revista Actualidad Laboral de junio 2006, p. 5.

4 Diccionario de la Lengua Española 22ava. Edición Tomo X p. 1480.

5 Diccionario de la Lengua Española, citado Tomo II p. 163.

6 Nótese que el Convenio se refiere sólo a las empresas industriales, considerando como tales a las (i) minas, canteras, e industrias extractivas de cualquier clase; (ii) las industrias en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adomen, terminen o preparen productos para venta, o en las cuales las materias sufran una transformación, comprendidas la construcción de buques, las industrias de demolición y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz; (iii) la construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de edificios, y construcciones de todas clases, (iv) el transporte de personas o mercancías, comprendida la manipulación en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano.

duración del trabajo del personal no podrá exceder de 8 horas por día y de 48 por semana”, salvo las excepciones que contempla...” (artículos 3°,4° y 5°) y el Convenio No. 30 de la OIT de 10 de junio de 1930, no ratificado por el Perú, que rige para el trabajo en el comercio y las oficinas contempla sobre la materia, similar tratamiento: “Las horas de trabajo del personal al que se aplique el presente Convenio, no podrán exceder de 48 por semana y 8 por día, a reserva de las disposiciones de los artículos siguientes...” (artículo 3°).

Como puede apreciarse de estos dos Convenios la norma general es que la jornada ordinaria, es decir la que se desarrolla día a día no exceda de 8 horas, pudiendo ser menor de acuerdo a lo que establezca la ley, convenio o decisión unilateral del empleador.

Mario Pasco Cosmópolis refiriéndose a las jornadas típicas las caracteriza como “... la usual, la general, la acostumbrada”.

Por su parte el Ministerio de Trabajo mediante Informe No. 065-2004-MTPE/OAJ de 30 de setiembre de 2004, absolviendo una consulta al Sindicato Unico de Trabajadores de la Compañía Minera Antamina a través de su Oficina de Asesoría Jurídica, se pronuncia sobre estas materias considerando que jornada típica “... alude al tiempo a disposición que puede distribuirse en unidades temporales más o menos comunes en el mercado de trabajo, a lo que se denomina jornada de trabajo ordinaria o típica...”

Como características de una jornada ordinaria o típica el Informe señala las siguientes: (i) la unidad de tiempo es diaria o semanal; (ii) existe una regularidad o predictibilidad de los días en que se labora; (iii) hay una regularidad de las horas trabajadas en cada día; y (iv) los ciclos de descanso son semanales.

Este Informe sostiene que “en sentido contrario, cuando la jornada de trabajo se distribuya en unidades de tiempo poco frecuentes para el mercado laboral, nos encontramos con jornadas de trabajo atípicas”, mencionando entre ellas a las jornadas alternativas (cuando los días de trabajo son intercalados) jornadas acumulativas (cuando la unidad de tiempo exceda la semana), jornadas irregulares (cuando no es predecible el número de horas y días a trabajar); y la combinación de estos tres tipos de jornadas atípicas, que a su vez generan nuevas modalidades.

Como consecuencia de lo anterior, debe considerarse dentro del concepto de jornada típica de trabajo, conforme a nuestra legislación⁸: (i) aquella que se presta

⁷ Pasco Cosmópolis, Mario.- “Contratos de Trabajo de Jornada Atípica”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Dr. Nestor de Buen Lozano, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, p. 620.

⁸ Decreto Supremo N° 007-2002-TR que aprueba el T.U.O. de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo.

diariamente de lunes a sábado, siempre que no exceda de 8 horas por día, (ii) las jornadas compensatorias de trabajo en las que algunos días la jornada ordinaria es mayor y en otros días menor de 8 horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de 8 horas diarias o 48 horas por semana. Así por ejemplo, el supuesto que se trabaje los días lunes miércoles y viernes 10 horas, y los días martes, jueves y sábado 6 horas; (iii) la reducción del número de días de la jornada semanal de trabajo, prorrateándose las horas de reducción dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso esta no podrá exceder en promedio de 48 horas semanales, por ejemplo, trabajar 3 días a la semana 16 horas o 2 días 24 horas cada uno, como sucede en clínicas y hospitales.

Respecto de las dos últimas modalidades, Fernando Elías Mantero⁹ señala que “se conoce como jornada compensatoria de trabajo aquella por la cual el trabajador realiza trabajo extraordinario que es compensado con tiempo equivalente de descanso en otra oportunidad. La compensación puede asimilarse con las figuras conocidas como canje o trueque, y por lo tanto no se paga con recargo alguno, ya que ella se da con períodos de descanso equivalente a los trabajados de manera extraordinaria”. Y continúa diciendo: “La ley permite lo que se llama el prorrateo de las horas de trabajo. Por esta figura se incrementa el trabajo en algunos días mientras que en otro es inferior, siendo el objeto de su implantación que el exceso de la jornada de ciertos días produzca una reducción o eventual eliminación de la jornada de otros días (por ejemplo cuando se labora 9 horas 20 minutos al día de lunes a viernes para no trabajar el día sábado). En estos casos el exceso de la jornada de 8 horas no se considera como trabajo extraordinario, sino como jornada prorrateada. En la práctica equivale a no trabajar en horas extras, razón por la cual no surge el derecho a la sobretasa. Este exceso en la jornada no significa, de otro lado, que se afecte el derecho del trabajador al descanso semanal. ...”.

Sin embargo, estas normas podrían en alguna forma estar colisionando con el artículo 2° literal b) del Convenio N° 1 de la OIT, toda vez que, si bien permite el prorrateo, establece que el exceso del tiempo “... nunca podrá ser mayor de una hora diaria”, entendiéndose para las empresas industriales, y para las que se prestan en el comercio y oficinas, dos horas diarias (Artículo 4° del Convenio N° 30, no ratificado por el Perú).

⁹ Elías Mantero, Fernando. Artículo citado, p. 11.

Adicionalmente y como veremos más adelante, la OIT, refiriéndose a las semanas comprimidas, como por ejemplo, trabajar dos jornadas de 24 horas cada una, considera que parecerían incompatibles con las exigencias de ambos Convenios.

A pesar de ello, no lo estaría (colisionando) con nuestra norma Constitucional, pues su artículo 25° primer párrafo, establece que "La Jornada de trabajo es de 8 horas diarias o 48 semanales", es decir o una u otra, lo que permite el uso de las jornadas compensatorias o prorrateadas contempladas en el artículo 2.1 literales b) y c) del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo.

Adviértase que el Convenio N° 1 de la OIT se refiere a 8 horas diarias y 48 horas semanales, por lo que en una interpretación literal de la norma, resultarían cuestionables las referidas jornadas compensatorias o prorrateadas, en la medida que la jornada diaria pueda superar las 8 horas, salvo las excepciones que el propio Convenio contempla.

En todo caso, lo que se estaría presentando es un conflicto entre la norma nacional del más alto rango, nuestra Constitución, con un Convenio internacional ratificado por el Perú como es el Convenio N° 1 de la OIT, que estaría respondiendo a una realidad distinta, pues dicho Convenio fue aprobado el 29 de octubre de 1919, en tanto que nuestra Constitución lo fue en el año 1993.

Jornadas atípicas

En lo que respecta a las jornadas atípicas, Mario Pasco¹⁰ señala que "... sin embargo, algunas jornadas que escapan a esta normalidad son, por lo tanto, atípicas..." identificando en primer lugar a la jornada incompleta o parcial o part time, que en el Perú, a diferencia del tratamiento que le da la OIT, es aquella que se presta en una jornada que no alcanza las 4 horas diarias.

Igualmente identifica como atípica a las jornadas acumulativas "...en las que jornada ordinaria máxima es sobrepasada en el día y en la semana, sin que el exceso sea reputado como trabajo extraordinario, y que será compensado no con el pago de una remuneración con sobretasa sino con descanso" menciona también como ejemplo de jornada realmente atípica aquella en la que el empleador anualiza el cómputo de las horas en las que va a prestar servicios el trabajador disponiendo a su criterio, pero dentro de ciertos límites, la forma en

que esa bolsa de horas se van a traducir en trabajo. Menciona que en Argentina se utiliza esta modalidad de jornada atípica, por ejemplo 2100 horas anuales entre 260 días.

Igualmente considera como atípicas el trabajo compartido y la distribución flexible del trabajo o flexitime. El primero (trabajo compartido) es aplicable en algunos países europeos como una forma de paliar el desempleo y que consiste en que una plaza de trabajo es ocupada sucesivamente por varias personas, modalidad que se diferencia del simple part-time en el hecho de que los trabajadores comparten un sólo puesto y una remuneración. El segundo (flexitime) que incluyen aumentos o disminuciones temporales de las jornadas como variación de la demanda de horas extraordinarias, reducciones transitorias, la jornada normal, excedencias de suspensiones de contrato de diversos tipos¹¹.

La Oficina Internacional del Trabajo en su documento "¿Horas de Trabajo de lo Fijo a lo Flexible?"¹² señala que como consecuencia de la globalización y de la apertura de mercados las legislaciones nacionales vienen permitiendo diversos sistemas de jornada de trabajo llegando como conclusión del análisis que efectúa "... que las restricciones impuestas en los Convenios (se refiere a los Convenios de la OIT 1 y 30) a la duración máxima del día y de la semana de trabajo, así como a la promediación de las horas de trabajo, podrían impedir la aplicación de modalidades modernas de ordenación mediante horarios de trabajo flexibles. Como se indicara con anterioridad, por ejemplo, la ordenación del tiempo de trabajo por semanas comprimidas, en las que el trabajo durante el fin de semana se lleva a cabo por dos equipos en turnos de 12 horas, parece ser incompatible con las exigencias de ambos Convenios. Un problema similar puede plantear el sistema de trabajo flexible que no establece un límite máximo a la jornada diaria de trabajo. De la información expuesta también se desprende que estos tipos de ordenación pueden plantear problemas para la ratificación de los convenios Nos. 1 y 30 en aquellos países que hasta la fecha no lo hayan ratificado". Mencionando como problema adicional que la implantación de estos horarios flexibles se vienen efectuando sin que medie norma dictada por la autoridad competente.

Gobiernos como Canadá, Alemania y Singapur consideran que los Convenios números 1 y 30 son demasiado restrictivos¹³.

11 Pasco Cosmópolis, Mario.- obra citada pp. 642-643

12 Ginebra, Primera Edición, 2005, p. 97.

13 Documento de la OIT citado p. 96

10 Pasco Cosmópolis, Mario.- obra citada pp. 620-621

En este trabajo la OIT menciona como modalidades que difieren a la semana de trabajo a tiempo completo o estándar (u ordinaria): (i) al trabajo a tiempo parcial, que lo conceptúa como el que se presta en un horario inferior a una jornada a tiempo completo estándar (p. 85); (ii) a las semanas de trabajo concentradas en que las horas normales de trabajo semanales se distribuyen entre menos días, mencionando, a Bélgica, Canadá, Estonia, Estados Unidos, Filipinas, Polonia, Portugal y Suiza, entre otros que la contemplan (p. 86); y que se asimila en nuestro ordenamiento laboral a la reducción o ampliación del número de días de la jornada semanal del trabajo, encontrándose autorizado el empleador a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana. En este informe la OIT considera que este tipo de ordenamiento del tiempo de trabajo sería incompatible con el Convenio No. 1, tratándose de empresas industriales en que a jornada diaria no debe exceder de 9 horas y con el Convenio No. 30 para el comercio y las oficinas en que la jornada no debe exceder de 10 horas (p. 87); (iii) ordenamiento mediante horarios escalonados, se utiliza para organizar el tiempo de trabajo cuando los trabajadores o grupo de trabajadores comienzan y terminan de trabajar a horas ligeramente diferentes pero fijas. Un sistema de horarios escalonados puede ofrecer a los trabajadores discrecionalidad, dentro de ciertos límites, al permitirles fijar la hora en la que comienzan y terminan de trabajar. Sin embargo una vez elegidas esas horas estas permanecen inmutables. Este método se utiliza en Bélgica, Canadá el Salvador, Estados Unidos, Mexico, Polonia y Suiza, entre otros. La OIT considera que la adopción de estos horarios escalonados no debería plantear conflictos especiales con los Convenios 1 y 30 siempre que no se exceda los límites prescritos en los mismos (p. 88); (iv) turnos varios de duración variable, es un método que permite establecer horarios de trabajo con turnos cuya duración varía de un día a otro. La OIT considera para que no viole el convenio No. 1 los establecimientos industriales deberían garantizar que el número promedio de horas trabajadas en un período máximo de 3 semanas no exceda de 8 horas por día ni de 48 por semana y si se desea fijar un período superior a las 3 semanas debe mediar acuerdo entre trabajadores y empleadores y ser aprobado por una norma gubernamental (p. 88 - 89); (v) horas de trabajo computadas anualmente, las horas de trabajo mediante un cómputo anual es un método que permite calcular las horas de trabajo sobre una base anual en lugar de semanal. La utilización de este método permite adaptar el tiempo de trabajo a las variaciones estacionales, o de otro origen, ya sea de la oferta o de la demanda. Las remuneraciones se suelen pagar sobre la base de un promedio correspondiente a todo el año. Este

método es utilizado en Alemania, Bélgica, Grecia, Polonia y Túnez. La OIT considera que para que sea compatible con el convenio No. 1 debe cumplir con tres condiciones: que se adopten en caso excepcional, reconociéndose que los límites de 8 y 48 horas resultan inaplicables; que se haga mediante acuerdo entre trabajadores y empleadores transformado en reglamento por el gobierno y que el número promedio de horas trabajadas por semana a lo largo del número de semanas al que se aplique dicho acuerdo no exceda de 48 horas (p. 90 - 91) (vi) horario flexible, se utiliza para permitir que los trabajadores establezcan sus propios horarios de trabajo dentro de límites concretos aunque en este tipo de sistema se suele requerir que los trabajadores estén presentes durante los períodos de presencia obligatoria especificados. Entre los países que utilizan este método se encuentran Canadá, República Checa, El Salvador, Eslovenia, Estados Unidos, Finlandia, Italia, Japón, Mexico, Polonia, Portugal y Suiza (p. 91); (vii) trabajo sobre llamada, ocurre cuando un empleador y un empleado convienen que este tenga la obligación de permanecer en su domicilio o, en todo caso, de estar disponible para ser convocado a trabajar cuando sea necesario. El período de disponibilidad laboral no se incluye en las horas de trabajo, sin embargo se evitan los excesos mediante acuerdos que limitan los períodos de disponibilidad así como la retribución que debe pagarse por encontrarse en esa condición. El documento menciona que este sistema funciona en Finlandia, Estados Unidos y en la Unión Europea (p. 93 - 94); (viii) caso en que los trabajadores influyen en el establecimiento de su jornada y horario de trabajo, fundamentalmente por motivos familiares. Por ejemplo en Francia pueden solicitar una reducción de la duración del trabajo durante uno o varios períodos de al menos una semana con el objeto de cumplir con sus responsabilidades familiares. En Portugal se contempla la posibilidad del trabajador que tenga un hijo menor de 12 años o discapacitado trabaje a tiempo parcial. Y por motivos familiares en general pueden solicitar trabajar a tiempo parcial en Argelia, Eslovenia y Finlandia.

III. 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".

En América Latina y en Europa, a nivel constitucional, ningún país, salvo el Perú hace alusión al tratamiento de las jornadas acumulativas o atípicas.¹⁴

Sin embargo, en América Latina, Costa Rica contempla en su Constitución una jornada máxima de 6 horas y 36 a la semana. Lo mismo ocurre con la Constitución de Honduras; habiéndose normado a dicho nivel sobre la jornada nocturna en la Constitución de Guatemala en el sentido que no puede exceder de 6 horas diarias. Lo mismo sucede en la de Honduras; y en las Constituciones de México y Panamá no pueden sobrepasar las 7 horas. El Salvador y Paraguay delegan a la ley establecer la jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, debiendo ser inferior a la diurna¹⁵. En las pocas constituciones europeas que se menciona la jornada laboral no se regula nada sobre el máximo (España, Italia, Malta, Portugal y El Vaticano)", delegándose a la ley establecerlo¹⁶.

Convenio OIT N° 1

Este Convenio, de 29 de octubre de 1919, que limita las horas de trabajo en las empresas industriales, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativo N° 10195 de 23 de marzo de 1945, establece que la duración de trabajo del personal no podrá exceder de 8 horas por días y de 48 por semana, salvo las excepciones que el propio Convenio contempla y que son las siguientes: (i) La duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea menor a 8 horas, permitiéndose que los otros días sean mayor a 8 horas diarias, sin que el exceso pueda superar una hora diaria (artículo 2° literal b); (ii) En caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes, en las máquinas o en las instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero solamente lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa (artículo 3°); (iii) En los trabajos cuyo funcionamiento continuo deba ser asegurado por equipos sucesivos, podrá sobrepasarse el límite de las 8 horas diarias, siempre que el promedio no exceda de 56 horas por semana (artículo 4°)¹⁷;

14 Marcenaro Frers, Ricardo, "El Trabajo en las Constituciones Latinoamericanas y Europeas" Diálogo S.A., 2004, pp. 146 a 149 y pp. 279 a 283.

15 Marcenaro Frers, Ricardo, obra citada pp. 146 a 150.

16 Marcenaro Frers, Ricardo, obra citada pp. 279 a 280.

17 La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2006 recaída en la acción de amparo seguida por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, establece en su Fundamento 15 e) que "En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de 48 horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; por ejemplo, el artículo 4° del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)".

y, (iv) En los casos excepcionales en que se considera inaplicable los límites señalados en el artículo 2°, la duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en los Convenios celebrados entre empleadores y trabajadores en que se fije límite diario de las horas de trabajo basándose en un período de tiempo más largo (número de semanas determinado en dichos convenios), no podrá en ningún caso exceder en promedio de 48 horas por semana. Estos acuerdos tendrán fuerza de reglamento si el gobierno correspondiente a quien se le deba comunicar así lo decide (artículo 5°). Adviértase que en nuestro país el artículo 25° de la Constitución antes glosado, a dicho nivel, lo permite.

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. (artículo 1°).

En caso de regímenes acumulativos de jornadas de trabajo, el empleador igualmente deberá conceder descansos acumulados, respetando la debida proporción (artículo 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 Sobretiempo

El TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo 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, (artículo 1°) señalando que en los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos 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 (artículo 4°).

El TUO establece como facultades iniciales del empleador, entre otras: (i) establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal; (ii) establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de 8 horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de 48 horas por semana; (iii) reducir o

ampliar el número de días de la jornada semanal de 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 esta no podrá exceder en promedio de 48 horas semanales (artículo 2°.- 1 literales a) b) c)).

Un ejemplo de las jornadas compensatorias estaría constituido por trabajar los días lunes miércoles y viernes 12 horas diarias y martes jueves y sábado 4 horas diarias.

Un ejemplo de la reducción o ampliación de número días de la jornada de trabajo estaría dado por trabajar 4 días 12 horas y descansar dos días, además del día de descanso semanal obligatorio; o trabajar 24 horas continuas dos veces por semana, que es un caso común en las clínicas y hospitales.

Legislación Minera

Los titulares de la actividad minera se encuentran obligados a proporcionar a sus trabajadores que laboren en zonas alejadas de las poblaciones y en su caso a los familiares de éstos, 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 artículo 206° a).

Se considera zona alejada de la población más próxima aquella 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 artículo 206° a).

Se entiende como "población más próxima", aquella 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, artículo 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, artículo 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 al 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, artículo 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, artículo 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 principio¹⁸

IV. 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 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.

18 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.

Sin embargo, la Sentencia permite las jornadas acumulativas (que las identifica como atípica, que es el género) "... 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 ..." (entre paréntesis agregado), (Fundamento 29).

Un primer comentario que origina el contenido de la Sentencia, es que el Tribunal Constitucional al resolver una acción de amparo en concreto, hace uso de 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 (Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), semejante al de una disposición legal¹⁹, 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 del Tribunal se encuentra respaldada en el Fundamento 38 de la misma 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 ...".

19 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..."

La Sentencia que se comenta, tal como se dictó, suscitó diversas interrogantes, entre ellas las siguientes:

¿A qué trabajadores mineros en concreto se refería o comprendía el Fundamento 28 cuando aludió 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 efectuó distinción alguna cuando, en línea con lo resuelto por el Tribunal, debió hacerlo. Aparentemente sólo debería comprender a los trabajadores de socavón u otras áreas de trabajo penoso, pero ello debió especificarse expresamente 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 Resolución²⁰. 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 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?

20 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 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?.

V. 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, además de los análisis que motivó por parte de especialistas en la materia.

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 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 7° 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.

VI. EFECTOS EN GENERAL DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE AMPARO Y EN ESPECIAL RESPECTO DE LA JORNADA DE TRABAJO

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.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La jornada de trabajo típica o representativa es aquélla que se presta diaria y habitualmente y que no puede exceder de 8 horas por día o 48 horas por semana, y que contempla cíclicamente el descanso semanal correspondiente, en tanto que las jornadas atípicas se apartan de dicho patrón, como por ejemplo las jornadas de trabajo y descanso acumulativos, las de trabajo compartido, las de horas de trabajo computadas anualmente, el trabajo sobre llamada, entre otras.
2. Como consecuencia de la conclusión anterior, y de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, se tendría que considerar como jornada típica de trabajo: (i) aquélla que se presta diariamente de lunes a sábado, siempre que no exceda de 8 horas por día, (ii) las jornadas compensatorias de trabajo en las que algunos días la jornada ordinaria es mayor y en otros días menor de 8 horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de 8 horas diarias o 48 horas por semana; (iii) la reducción del número de días de la jornada semanal de trabajo, prorrateándose las horas de reducción dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, no pudiendo exceder en promedio de 48 horas semanales. En todos estos supuestos el trabajador goza del descanso semanal obligatorio.
3. El ordenamiento laboral peruano sobre esta materia, a que se refiere la conclusión anterior, en los casos contemplados en los numerales (ii) y (iii) estaría colisionando con el artículo 2, literal b) del Convenio N° 1 de la OIT, referida a la limitación de horas de trabajo en las empresas industriales, por

cuanto, si bien permite el prorrateo, establece como límite que su aplicación no puede ser mayor a una hora diaria, no así con nuestra norma Constitucional que sí lo permite y está desarrollado a nivel infraconstitucional. En consecuencia sería necesario que el gobierno peruano solicite a la OIT la revisión y actualización del citado Convenio, habida cuenta que la realidad empresarial existente cuando se dictó (año 1919) difiere sustancialmente de la actual.

4. En el ámbito minero, sólo las empresas que cumplan conjuntamente las condiciones previstas el "test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros", las jornadas acumulativas podrán superar las 8 horas diarias de trabajo por períodos superiores a tres semanas, siempre que, sumados a los descansos acumulativos, en promedio no excedan de las 8 horas diarias o 48 horas semanales.

Las empresas mineras que no cumplan con el mencionado test, sus trabajadores no podrán laborar más de 8 horas diarias, aún cuando utilicen regímenes de jornadas y descansos acumulativos.

5. Aún cuando las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre esta materia obligan directamente a las empresas demandadas, por su carácter vinculante 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.

INCONVENIENTES EN LA REMISIÓN DE PROCESOS DE AMPARO A LA JURISDICCIÓN LABORAL SEGÚN RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ (*)

Sumario

I. Antecedentes. II. Posibles inconvenientes procesales. III. Problemas respecto a la competencia de los juzgados laborales. IV. Problemas respecto de la admisión y trámite de los procesos remitidos. V. Inconvenientes que pueden presentarse en la admisión de las causas. 5.1. Respecto a la causal. 5.2. Respecto a la caducidad. 5.3. Respecto a la ampliación o modificación de las demandas. 5.4. Respecto a los medios probatorios. 5.5. Respecto a las medidas cautelares. 5.6. Respecto a la compatibilidad de procesos. VI. Conclusiones. Bibliografía

I. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) publicó la sentencia emitida en el expediente N° 0206-2005-PA/TC en los seguidos por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. En dicho proceso de amparo, el demandante solicitó la reposición en su puesto de trabajo, con el consiguiente pago de sus remuneraciones dejadas de percibir.

El TC resolvió declarando improcedente la demanda, en el entendido que el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a

* Juez Titular del 19° Juzgado Laboral de Lima. Catedrático de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Post – Grado de la Universidad de San Martín de Porres.