



PERU

Ministerio  
de Trabajo  
y Promoción del Empleo

Trabajo

Transformación Concertada

"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

INFORME N° 031 -2011-MTPE/2/14

**Para:** Dr. Pablo Checa Ledesma  
Vice Ministro de Trabajo

**De:** Christian Sánchez Reyes  
Dirección General de Trabajo

**Fecha:** Miércoles 15 de diciembre de 2011

**Asunto:** Consulta formulada por el Sindicato Único de Trabajadores Mineros y Metalúrgicos de la Empresa Minera "Los Quenuales" S.A.

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted en relación con la consulta formulada a raíz del escrito presentado por el Sindicato Único de Trabajadores Mineros y Metalúrgicos de la Empresa Minera "Los Quenuales" S.A. (en adelante EL SINDICATO) con fecha 4 de noviembre de 2011, mediante el cual se señala que la empresa en cuestión busca implementar en el centro de trabajo un horario acumulativo (o atípico) de 14 días de trabajo y siete de descanso.

Sobre el particular, informamos lo siguiente:

#### I. ANTECEDENTES

De acuerdo a la información proporcionada por EL SINDICATO, el empleador estaría estableciendo en forma unilateral la extensión de la jornada acumulativa hasta 14 días de trabajo continuos por siete días de descanso continuos, justificando dicho incremento en mejoras organizativas y de las condiciones laborales y de seguridad y salud en el trabajo.

Al respecto, cabe recordar que, según el artículo 25º de la Constitución Política del Perú: «La jornada ordinaria de trabajo es 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. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio».

El artículo 2º del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por el que se limitan a ocho horas diarias las horas de trabajo en las empresas industriales, dispone que en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, la duración del trabajo personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana. Sin embargo, el mismo Convenio establece dos excepciones a dicha regla.

Asimismo, debe considerarse que el Tribunal Constitucional estableció precisiones sobre la prohibición de trabajar más de 8 horas diarias y 48 horas a la semana en la Sentencia recaída en el expediente N° 04635-2004-AA (fundamentos jurídicos 13 y siguientes). En dicho pronunciamiento, el Alto Tribunal señaló que, de acuerdo con el parámetro constitucional aportado por los instrumentos internacionales aplicables y los pronunciamientos de los correspondientes órganos de control, se tiene que:



"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

- a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.
- b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.<sup>1</sup> Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.
- c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.
- d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.
- e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho 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.<sup>º</sup> del Convenio N.<sup>º</sup> 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Sentencia citada fue objeto de una posterior aclaración del propio Tribunal Constitucional. En ella se reiteró que el promedio de horas que tienen las jornadas atípicas no puede superar las 144 horas de trabajo en períodos de tres semanas (el resultado de triplicar el máximo de 48 horas semanales). Asimismo, se precisó que este límite restrictivo debe cumplir con una serie de condiciones que ha venido a llamarse «*test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros*», sin los cuales se limitará la posibilidad de que puedan aplicarse jornadas acumulativas:

- 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.
- Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.
- 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.
- Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado.
- Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna.
- Alternativamente, también podrá exigirse si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo.

## II. ANÁLISIS

En el caso examinado, la parte empleadora ha informado a sus trabajadores de un cambio en la jornada de trabajo, alegándose que dicho cambio opera en virtud de la facultad desarrollada en el artículo 2º del Decreto Supremo No. 007-2002-TR, Texto Único Ordenado del Decreto legislativo N° 854, «Ley de jornada de trabajo, horario y jornada en sobretiempo modificado por Ley N° 27671». La referida norma establece que el empleador está facultado para establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal (primer inciso del referido artículo), debiendo comunicar dicha decisión a su contraparte trabajadora con al menos ocho días de anticipación. En caso que el sindicato o quienes representasen a los trabajadores no estén de acuerdo con la medida podrán seguir el procedimiento detallado en el segundo inciso del artículo 2º del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, pudiendo proponer al empleador una alternativa distinta de la medida originalmente adoptada, quien tendrá la obligación de negociar la modificación de la jornada. En caso que no se produjera acuerdo alguno sobre

<sup>1</sup> Subrayado agregado

"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

este tema nuestra legislación autoriza al empresario a operar la modificación de la jornada, debiendo los trabajadores acatar dicha medida sin perjuicio de su posterior impugnación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (principio de *solve et repete*).<sup>2</sup>

Como puede apreciarse, el procedimiento establecido en la legislación laboral para el cambio de jornada pone, en principio, la iniciativa para dicha modificatoria en las manos del empresario. ¿Significa esto que el empleador ejerce su facultad normativa con esta iniciativa? La respuesta es negativa, toda vez que la facultad normativa empresarial como fuente del Derecho del Trabajo no es un poder absoluto y, según la doctrina, tiene entre sus límites al «conjunto de disposiciones de origen estatal y convencional —Constitución, ley, convenio colectivo, reglamento interno, e inclusive el propio contrato de trabajo— que establecen derechos para los trabajadores y obligaciones al empresario. En tal sentido, adolecen de nulidad las órdenes impartidas por el empresario que infrinjan dicha normativa».<sup>2</sup>

Debe advertirse, en primer lugar, que el hecho de que el segundo inciso del artículo 2º establece que la forma en que esta iniciativa debe comunicarse ante su contraparte laboral presupone un orden de prelación. Así, la referida norma señala que la comunicación de la iniciativa de modificación de la jornada debe dirigirse «al sindicato, o a falta de éste a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados», contenido de la norma que es imperativo. Esta preferencia por el sindicato antes incluso que a todos los trabajadores *pluri-individualmente* considerados resulta consecuente con la representatividad que en nuestro sistema de relaciones laborales se reconoce en favor del sujeto colectivo (cuando estuviera constituido) dentro del ámbito de la empresa.

Por otro lado, resulta claro que en el procedimiento de modificación de jornada previsto en el artículo 2º del Decreto Supremo N° 007-2002-TR el empresario tiene la carga de motivar el cambio de jornada que hubiera propuesto. El cumplimiento de este deber no podría considerarse satisfecho con referencias genéricas o ambiguas a «la mejora de las condiciones laborales», las «necesidades de la organización del trabajo», o el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (como por ejemplo aquellas que impone la normativa de seguridad y salud en el trabajo), pues evidentemente esas fórmulas abiertas se limitan a expresar las posibles causas de la necesidad de la modificación de la jornada, pero no contemplan elementos para advertir ni la razonabilidad ni la proporcionalidad de la medida.

Los dos elementos arriba desarrollados —la *representatividad* en la negociación de la medida y la necesaria *motivación* de la modificación a operarse— resultan singularmente importantes para el ejercicio del derecho de defensa que los trabajadores pudieran hacer en caso entiendan que por la vía del cambio de jornada se podrían ver afectados sus derechos laborales colectivos o individuales. En esa medida, su control *ex-post* por parte de la autoridad administrativa de trabajo, cuando no exista acuerdo entre las partes involucradas, tiene por objeto invalidar aquellas medidas arbitrarias que pudieran afectar la ordenación de la jornada de trabajo en las empresas. Dicho control administrativo se activa con la impugnación por parte de la parte afectada (los representantes de los trabajadores) y consiste en un pronunciamiento que se expide tomando en cuenta «los argumentos y las evidencias que propongan las partes», según la ley.

En la comunicación enviada por el Sindicato Los Quenuales S.A., se adjunta un comunicado de fecha 24 de octubre de 2011, en el cual la Empresa Minera Los Quenuales S.A. informa que procederá a adoptar las medidas y procedimientos necesarios para efectuar la implementación de la jornada de trabajo acumulativa de 14 días continuos por

<sup>2</sup> Boza, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. p. 129.

"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

siete días de descanso continuos para los trabajadores de la Unidad Minera Yauliyacu, conforme a Ley.

De acuerdo con la línea interpretativa expuesta en este informe —la misma que fluye con claridad de la literalidad del artículo 2º del Decreto Supremo N° 007-2002-TR— esta comunicación solamente advierte a la generalidad de los trabajadores de que se iniciará el procedimiento legalmente previsto, es decir, que se cursará una comunicación al Sindicato que representa los intereses de los trabajadores afectados por la medida cumpliendo con justificar su necesidad. En ese sentido, no podría considerarse que esta comunicación cumple con notificar al Sindicato de la adopción de la medida pues, como resulta evidente, ni está dirigida al Sindicato ni contempla una justificación suficiente. Se trata de un comunicado que en todo caso antecede al procedimiento legalmente previsto: ni lo sustituye ni lo inicia.

Finalmente, debemos señalar que el Sindicato solicitante de esta opinión técnica debe evitar citar precedentes vinculantes en sentido distinto al de sus propios términos. En la carta de fecha 3 de noviembre el peticionante menciona que «una Sentencia vinculante, del Tribunal Constitucional, obliga a las empresas a la aceptación del trabajador para que se le cambie el horario de trabajo». Sin embargo este extremo resulta falso y no se desprende de la jurisprudencia constitucional laboral, por lo cual consideramos importante que se exhorta a los administrados a que eviten realizar afirmaciones temerarias dentro de sus escritos.

#### IV. CONCLUSIONES

El procedimiento de modificación de la jornada, tal cual está previsto en nuestro ordenamiento, supone que la iniciativa del empleador debe ser sometida a consulta con la contraparte trabajadora. Solamente con el acuerdo de ella se producirá la modificación, dada su naturaleza bilateral. En caso dicho acuerdo no se produjera, la ley peruana ha previsto que sea la autoridad administrativa de trabajo quien resuelva la controversia sobre este extremo, atendiendo a los argumentos de ambas partes.

La iniciativa del empleador para operar esta modificación debe cumplir con dos requisitos esenciales: la comunicación debe dirigirse a la contraparte laboral idónea, es decir, aquella que ejerza la representatividad en la empresa (el sindicato, a falta de éste los representantes de los trabajadores y a falta de éstos a la generalidad de trabajadores); y, asimismo, en dicha comunicación deberá justificarse la medida que se quiere adoptar en forma suficiente, atendiendo a su razonabilidad y proporcionalidad. Cualquier modificación de jornada de trabajo que pretenda adoptarse sin observar estos requisitos previstos en la ley implicarán la nulidad de la medida.

En consecuencia, en el caso analizado, el empleador deberá cursar su iniciativa de modificación de jornada de trabajo al Sindicato Único de Trabajadores Mineros y Metalúrgicos de la Empresa Minera "Los Quenuales" S.A- Unidad Yauliyacu-Iscaycruz., para iniciar el procedimiento con arreglo a ley.

Sin otro particular, nos despedimos.

Atentamente,



CSR/lml  
CHRISTIAN SANCHEZ REYES  
Director General de Trabajo  
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo