



INFORME N° 12, -2011-MTPE/2/14

Para: Pamela Navarro Castañón
APM Terminals Callao S.A.

De: Christian Rómulo Sánchez Reyes
Director General de Trabajo

Fecha: Martes 20 de diciembre de 2011

Asunto: Consulta sobre la imperatividad del horario de refrigerio dentro de la jornada y su disponibilidad por los sujetos colectivos laborales

I. ANTECEDENTES

Mediante carta sin número, enviada por APM Terminals Callao S.A. —en uso del derecho de petición administrativa regulado en el artículo 106° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General— se nos consulta sobre la exclusión, por la vía de un acuerdo colectivo, del tiempo de refrigerio de la jornada de trabajo.

Cabe recordar que el artículo 7° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo modificado por la Ley N° 27671, establece lo siguiente: «en el caso de trabajo en horario corrido, 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. El tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos. El tiempo de refrigerio no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto» (subrayado agregado).

En el caso analizado, el convenio colectivo de trabajo de fecha 5 de marzo de 2007, celebrado entre la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU) y el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos (SITENAPU) modificó los horarios de trabajo y los turnos del área operativa del Terminal Portuario de Callao, de la siguiente forma:

<i>Horarios y turnos anteriores</i>	<i>Horarios y turnos a partir de 2007</i>
De 07:00 a 14:00 horas	Primer turno: De 07:00 a 15:00 horas
De 14:00 a 21:00 horas	Segundo turno: De 15:00 a 23:00 horas
De 18:00 a 01:00 horas	Tercer turno: De 23:00 a 07:00 horas
De 01:00 a 07:00 horas	

Las partes declararon que la finalidad de dicho acuerdo consistía en permitir el aprovechamiento adecuado del personal, ya que programar cuatro turnos de 6 horas, disminuía la cantidad de trabajadores por turno. En la misma Acta se llegaron a los siguientes acuerdos:



"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

«2. La modificación de jornadas, horarios y turnos de trabajo a que se refiere el numeral anterior implica:

- 2.1 La ampliación de jornada de trabajo, extendiéndola hasta el máximo establecido por ley, vale decir 08 horas diarias y 48 horas semanales, otorgándose a los trabajadores el incremento remunerativo en función al tiempo adicional laborado.
- 2.2 La exclusión del tiempo de refrigerio, equivalente a 45 minutos, para incrementar el número de horas efectivas de trabajo, a fin de alcanzar la jornada ordinaria máxima, otorgándose a los trabajadores el incremento remunerativo correspondiente por laborar en forma ininterrumpida dicho período de tiempo»

II. ANÁLISIS

Como se sabe, la autonomía colectiva contiene tres manifestaciones: el derecho de libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga. El derecho a la negociación colectiva es, a su vez, un derecho garantizado por la Constitución en su artículo 28°, que específicamente ordena al Estado su fomento. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha establecido que nuestro país ha acogido un modelo *horizontal* de negociación colectiva, lo que supone que la legislación laboral «deja en gran medida a la discrecionalidad de las partes de la relación negocial, los alcances de las convenciones colectivas».¹

El convenio colectivo es el producto normativo de la negociación colectiva. Se le considera como la fuente del Derecho Laboral por excelencia, dada su especificidad en el sistema de relaciones colectivas de trabajo. El artículo 41° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT), lo define como «el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (...)».

En nuestro ordenamiento, las normas laborales heterónomas generalmente establecen un piso mínimo de derechos, a fin de que mediante la negociación colectiva, estos puedan ser mejorados. Dentro del contenido del convenio colectivo, se encuentran aquellas cláusulas que tienen por objeto la ordenación de las relaciones laborales dentro del ámbito (nos referimos a las llamadas "*cláusulas normativas*"), las mismas que son definidas en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 011-92-TR como aquellas «que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento. Durante su vigencia se interpretan como normas jurídicas (...)». Sin embargo, tal como lo establece la doctrina, los convenios colectivos no deben de ser incorporados a los contratos de trabajo, sino que por el *principio de automaticidad*, el convenio colectivo como fuente creadora de derecho objetivo es de aplicación automática, por ello el contrato de trabajo no debe de regular condiciones laborales menos beneficiosas que el convenio colectivo.²

Dentro de los amplios contenidos negociales que pueden abordarse en los convenios colectivos, el tiempo de trabajo es una materia frecuente. Las horas efectivamente

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 008-2005-TR, fundamento 32.

² BOZA PRÖ, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2011, p. 121



“Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo”

trabajadas son un objeto de especial preocupación por parte de los sujetos colectivos. Ellas se refieren al tiempo dedicado al desempeño de actividades que contribuyen a la producción de bienes y/o servicios durante un período de referencia determinado, ya sea corto o largo. Las horas efectivamente trabajadas se aplican a todos los tipos de trabajos y no están vinculadas con conceptos administrativos o jurídicos.³

La jornada de trabajo alude a la duración del tiempo por el cual el empleador dispone de la actividad del trabajador. La medida del tiempo de trabajo puede hacerse en forma diaria o semanal, como se desprende del artículo 25° de la Constitución Política del Perú: «la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo (...)». En vista de que esta es una norma imperativa que establece un *máximo de derecho necesario* (es decir, tiene por efecto impedir su ampliación por encima de un tope o techo), la autonomía colectiva podrá establecer jornadas de trabajo siempre por debajo de ese contenido imperativo que la norma constitucional protege.

En el caso del refrigerio, el artículo 7° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR establece que cuando se presten servicios dentro de un horario corrido, 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*» (subrayado agregado). El ámbito subjetivo de esta norma está referido a los trabajadores que se encuentran sujetos a jornadas de trabajo con un horario continuo de puesta a disposición a su empresario. En atención a que el trabajo prestado produce un desgaste físico y psicológico en la persona, la ley otorga un tiempo de descanso para que se recupere —que doctrinariamente se conoce como *descanso intra-jornada*—, el mismo que opera como límite imperativo a la distribución del tiempo de trabajo: no puede eludirse por la vía convencional ni mucho menos por la facultad normativa reconocida al empresario para la ordenación de las relaciones laborales.

Aunque la ley nacional denomina a este tiempo de descanso intra jornada como “horario de refrigerio” —algo similar ocurre en España, por ejemplo, donde el mismo derecho es conocido como *tiempo de bocadillo*— su función no se limita a la alimentación, sino a la satisfacción de otras necesidades personales del trabajador. Así, el horario de refrigerio constituye un *mínimo de derecho necesario* (no puede derogarse o reducirse por debajo del “piso” establecido por el legislador: 45 minutos diarios) frente al cual el papel de la negociación colectiva puede mejorar dicho mínimo, considerarlo (en forma ficta) tiempo de trabajo efectivo, y también podría incidir en otros aspectos relacionados con ese descanso, como pueden ser las condiciones en que se desarrollará o el momento en que tendrá lugar.⁴

En ese orden de ideas, la correcta interpretación del artículo 7° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR otorga a la autonomía colectiva un margen de disponibilidad para fijar el horario del refrigerio —pero no para suprimirlo—, de tal forma que esta regulación bilateral se *contrapone* a aquella unilateral del empleador para establecer dicho horario. Tal sería el sentido en que puede existir un *pacto en contrario* dentro de lo previsto por

³ OIT. *Informe de la Decimotercera conferencia internacional de estadísticos del trabajo*. Ginebra, 24 de noviembre - 5 de diciembre de 2008. En: <www.ilo.org>, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2011.

⁴ NORES TORRES, Luis Enrique. «Los descansos intra-jornada e inter-jornadas». En *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Jose María Goerlich Peset (Coordinador). Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008. p. 104.



"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

la ley.⁵ La disponibilidad que tienen los sujetos colectivos para regular el horario del refrigerio resulta limitada y no es absoluta, pues no se podría atentar por la vía de un convenio colectivo contra la salud e integridad del trabajador (derechos fundamentales de atención prioritaria) por la vía de un acuerdo colectivo. Como se recuerda, los sindicatos no pueden disponer sobre los derechos de los trabajadores individualmente considerados cuando tales derechos son conferidos por ley,⁶ y en consecuencia las cláusulas de los convenios colectivos solamente pueden regular válidamente aquellos aspectos que se encuentran dentro del margen dispositivo que las normas imperativas laborales conceden: sean tope máximos o mínimos.

En consecuencia, el empleador está obligado a conceder al menos 45 minutos como *tiempo de descanso*, el mismo que está dedicado por los trabajadores para el reposo, la higiene o el refrigerio en estricto. Sin embargo, en principio, el legislador nacional no contempla al tiempo de refrigerio dentro de la jornada ni del horario de trabajo, «salvo que por convenio colectivo se determine algo distinto». Este pacto en contrario tampoco podría interpretarse en el sentido de que es posible excluir de la jornada de trabajo la oportunidad del disfrute del horario de refrigerio, pues dicha interpretación se opondría directamente al contenido imperativo del artículo 7° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR. En efecto, la norma citada establece claramente el derecho de los trabajadores sujetos a horarios corridos a tomar sus alimentos durante la jornada, quedando la determinación del horario específico del refrigerio dentro de la facultad normativa del empleador, en primer lugar, o dentro de la autonomía colectiva, cuando existiera acuerdo entre las partes.

Debe ponerse en relieve que los sujetos colectivos poseen la facultad de establecer el horario del refrigerio (contenido dispositivo de la norma comentada) mas no el de excluir dicho derecho (contenido imperativo de la norma comentada) de la jornada. En esa línea interpretativa, los 45 minutos (o más) que se establezcan como refrigerio por la vía convencional pueden considerarse o no dentro de la jornada de trabajo para efectos salariales, bajo dos modelos:

- *Primer supuesto.*- En una empresa se aplica una jornada de trabajo de 8 horas diarias, las mismas que excluyen al horario de refrigerio de 45 minutos. Los trabajadores prestan servicios durante 8 horas y se les retribuye por tales servicios, pero mantienen a salvo su derecho a gozar del horario de refrigerio.
- *Segundo supuesto.*- En una empresa se aplica una jornada de trabajo de 8 horas diarias, las mismas que incluyen un horario de refrigerio de 45 minutos. Los trabajadores prestan servicios durante 7 horas y 15 minutos cada día y se les retribuye como si trabajasen 8 horas cada día.

En el caso concreto, observamos que el convenio colectivo establece el incremento de la jornada de trabajo hasta el máximo permitido, con un aumento de la remuneración proporcional a este, con la consecuente disminución de turnos de trabajo, de acuerdo a lo previsto en la normativa laboral.⁷ El problema que presenta este convenio colectivo —

⁵ Sin embargo, cabe señalar que, aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado específicamente sobre la validez de los acuerdos de exclusión del horario de refrigerio en las jornadas de trabajo, en alguna sentencia, sin haber analizado el tema en cuestión, ha parecido convalidar este tipo de convenios. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4169-2004-AA/TC, del 15 de mayo de 2006.

⁶ BOZA PRÓ, Guillermo. *Op. cit.*, p. 180.

⁷ Artículo 3 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo



"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

y que motiva la consulta que absolvemos— se encuentra en la cláusula 2.2, donde las partes pretenden excluir al tiempo del refrigerio no solamente del cómputo de las horas que el empleador debe reconocer como horas efectivamente trabajadas, sino que también se buscaría excluir al refrigerio de la jornada de trabajo, contraviniendo de esta manera una norma imperativa. En efecto, la literalidad del acuerdo permite inferir que las partes han planteado una venta del horario del refrigerio, por la cual los trabajadores renuncian al mismo con el fin de incrementar su salario. Este extremo del acuerdo es evidentemente inválido, por lo que corresponde que las partes inapliquen dicho extremo, contenido de la cláusula 2.2, y restablezcan la vigencia al horario de refrigerio dentro de la empresa.

Debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo de trabajo en cuestión ha establecido tres turnos de trabajo, de ocho horas cada uno (primera cláusula del convenio colectivo de trabajo). Este es el marco regulatorio que vincula a la empresa y al sindicato y su vigencia se mantiene firme hasta que un nuevo acuerdo entre las partes la sustituya, por efecto de la eficacia vinculante del convenio colectivo de trabajo (artículo 42° de la LRCT):

- Primer turno: desde las 7:00 hasta las 15:00 horas, de corrido
- Segundo turno: desde las 15:00 hasta las 23:00 horas, de corrido
- Tercer turno: desde las 23:00 hasta las 7:00 horas, de corrido

De otro lado, aunque resulta inválida, la cláusula 2.2 del convenio evidencia el interés confluyente de ambas partes en que la jornada de trabajo se incremente a ocho horas diarias y que como consecuencia de este incremento las remuneraciones percibidas por los trabajadores también experimenten un aumento.

Entonces, para corregir la situación expuesta, recomendamos a las partes que establezcan en trato directo una reformulación de este acuerdo en concreto. Mientras tanto, la jornada de trabajo y los turnos instaurados por el convenio colectivo de trabajo deberían aplicarse, en la medida de lo posible, pero debiendo observarse el cumplimiento efectivo del derecho de refrigerio. En otras palabras, APM Terminals Callao deberá aplicar los turnos establecidos en el convenio colectivo de trabajo antecedente, y dentro de ellos, tiene el deber de introducir al menos el tiempo de refrigerio mínimo (45 minutos) o uno mayor, sin que asuma por ello la obligación de remunerar dicho tiempo destinado a el descanso, la higiene o el refrigerio de sus trabajadores.

La fijación del refrigerio en este caso deberá hacerse con arreglo a un criterio de proporcionalidad y razonabilidad, estableciendo dicho horario de descanso en un punto medio de la jornada de trabajo, y no al inicio o al término de la misma, pues la esencia del llamado *horario de refrigerio* no solamente se limita a cubrir necesidades alimenticias, sino que ofrece a los trabajadores la oportunidad de contar con una pausa en el trabajo para destinarla al descanso, a la higiene, entre otras actividades necesarias. De acuerdo con la doctrina, el momento de disfrute del descanso intra-jornada debe tener lugar *a lo largo de la jornada*, sin que pueda fijarse como adelanto de la hora de salida —disfrute al final de la jornada— o un retraso en la hora de entrada —disfrute al inicio de la misma— dada la naturaleza del descanso en cuestión.⁵

⁵ NORES TORRES. *Op. cit.* p. 108.



"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

Finalmente, corresponde aclarar que el horario de refrigerio también corresponde a los trabajadores que prestan servicios dentro de la jornada nocturna establecida en la empresa (de 23:00 horas a 7:00 horas), pues ellos al igual que quienes prestan servicios durante el día deben contar con una pausa en la jornada para satisfacer necesidades de carácter personal como las mencionadas en el párrafo anterior.

III. CONCLUSIONES

El derecho a contar con un horario de refrigerio constituye parte del contenido imperativo del artículo 7° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, el mismo que establece la posibilidad de que la autonomía colectiva establezca un pacto distinto al horario que pueda establecer cada empleador en una empresa. Dicho horario de refrigerio no puede ser menor de los 45 minutos.

La parte dispositiva de la referida norma tiene que ver con:

- La posibilidad de que la autonomía colectiva establezca el refrigerio en un horario distinto al establecido por el empleador
- La posibilidad de que por convenio o medida unilateral se establezca un horario de refrigerio mayor a los 45 minutos
- La posibilidad de que por convenio colectivo se establezca que el tiempo de refrigerio forme parte de la jornada de trabajo para los efectos salariales (se incluye al refrigerio dentro del tiempo que se considera efectivamente trabajado)

En función de lo explicado, en el caso concreto APM Terminals deberá propiciar una nueva negociación colectiva con su contraparte laboral para reconducir la cláusula 2.2 del convenio colectivo de 5 de marzo de 2007 al margen de la legalidad. Mientras tanto, en consideración de la eficacia vinculante de los convenios colectivos, la empresa está obligada por ley a incorporar, dentro del horario y los turnos pactados, los horarios de refrigerio dentro de la jornada, ni al inicio ni al final de la misma.

Sin otro particular, me despido.


CHRISTIAN SANCHEZ REYES
Director General de Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
CSR/101