

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

El derecho al descanso físico vacacional de los trabajadores
portuarios y su no exclusión con la remuneración vacacional

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autor:

Oriana Fernanda Cerna La Torre

Asesor:

Ricardo Arturo Herrera Toscano


Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, HERRERA TOSCANO, RICARDO ARTURO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “El derecho al descanso físico vacacional de los trabajadores portuarios y su no exclusión con la remuneración vacacional” del autor CERNA LA TORRE, ORIANA FERNANDA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 17%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 01 de marzo de 2023

<u>HERRERA TOSCANO, RICARDO ARTURO</u>	
DNI: 44259741	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0001-9028-4454	

RESUMEN

La presente investigación surge a propósito de numerosos casos en la práctica portuaria de trabajadores portuarios que, a pesar de acumular cuantiosas jornadas en un año, no gozan de descanso físico vacacional. Así, se encuentra normalizado que los trabajadores perciban solo el concepto de remuneración vacacional mas no gocen de descanso físico efectivo debido a una práctica común asentada por los empleadores que sostienen que no es preciso reconocer descanso físico, toda vez que se trata de una actividad con jornadas atípicas. Con el fin de dilucidar si la remuneración vacacional y el goce de descanso son excluyentes, se analizará en el trabajo académico la relación entre este régimen laboral especial en contrato y el régimen común, el carácter de derecho fundamental de descanso vacacional, y finalmente cómo es que puede garantizarse este derecho a los trabajadores portuarios que ejercen esta labor especial.

Palabras clave

[descanso vacacional, trabajo portuario, remuneración vacacional]

ABSTRACT

The investigation in below was elaborated with regard numerous cases of dock workers that despite having hard and heavy working days in a year, do not have real vacation rest. In that sense, it is normalized that dock workers receive just the concept of vacation pay instead of having actual vacations because of employers' common practice to allege that the vacational physical rest must not be recognized because of the atypical working days. Aiming to elucidate if vacation pay and vacation physical rest is exclusive between them, we will analyze the link among dock work special labor regime and the common regime, the fundamental right of vacation, and in the end how we can guarantee the exercise of this right to dock workers.

Keywords

[dock work, labor law, vacation pay]

Contenido

I: INTRODUCCIÓN	0
II: ¿cuál es la naturaleza laboral del trabajador portuario?	2
2.1 La Ley N° 27866, Ley de Trabajo Portuario y su relación con el régimen privado.....	4
2.2 El caso de los trabajadores portuarios de la organización sindical SUNESPORT y el descanso físico vacacional	8
2.3 Artículo 21.- En los casos de trabajo discontinuo o de temporada, por su propia naturaleza, no procede el descanso físico, sino el pago previsto en el Artículo 21. del Decreto Legislativo. (subrayado nuestro)”	10
III. ¿Los trabajadores portuarios pueden gozar de descanso físico vacacional?.....	11
IV. ¿la remuneración vacacional es excluyente del descanso físico vacacional?.....	16
V. Conclusiones	21
VI. Bibliografía	23

I: INTRODUCCIÓN

El trabajo portuario representa en el Perú unas de las actividades más prósperas económicamente. En evidencia, el tráfico portuario se asienta en los principales puertos del Perú; no obstante, en la presente investigación tomaremos ejemplos de controversias judiciales interpuestas por trabajadores del puerto situado en el Callao. En dicho puerto, precisamente, dos grandes empresas explotan económicamente la actividad portuaria: DP WORLD y APM TERMINALS, que desde la privatización del puerto del Callao, antes explotado por el Estado, emplean a varios miles de trabajadores.

Según el artículo 2 y 3 de la Ley N° 27866 Ley de Trabajo Portuario, la actividad abarca las labores de carga y descarga de naves marítimas que llegan al puerto con fines comerciales, incluyendo las tareas de carga, descarga, estiba, desestiba, transbordo, movilización de mercancías entre naves y consolidado y desconsolidado de contenedores. Así, estas labores se sitúan como parte de la cadena logística del proceso de exportación y por lo tanto, resultan parte de una actividad sumamente explotada en vista a su atractivo económico.

Debido al constante flujo de embarcaciones en el puerto, la actividad económica determina que los empleadores contraten trabajadores bajo una jornada atípica laboral. Así, estos últimos son contratados de manera rotativa a través de “nombradas”, es decir, son contratados a partir del “llamado” o “nombramiento” por parte de la empresa al trabajador a fin de que realice una labor en específico por jornada semanal. De esta manera, a partir de la existencia de un Registro de Trabajadores Portuarios exigida por la Ley N° 27866, los empleadores seleccionan trabajadores en dicha lista por un determinado tiempo a fin de que vayan rotando entre sí y finalmente todos realicen trabajo efectivo en el puerto.

La contratación laboral en el Trabajo Portuario se realiza en aplicación de la mencionada Ley N° 27866 que indica que esta debe ser a plazo indeterminado, pero con la particularidad de tener actividad discontinua. Así, es una actividad a plazo indefinido -debido a que es una labor permanente- con carácter

discontinuo en vista al flujo de barcos, recogida en el ordenamiento jurídico como un régimen laboral especial. Si bien esto se debe a la naturaleza particular de la actividad, cabe resaltar que el régimen común privado se aplica supletoriamente en todo aquel elemento no anómalo propio de la actividad portuaria a fin de proteger la igualdad entre trabajadores portuarios y no portuarios. De esta manera, como veremos, las reglas sobre disfrute y pago de vacaciones para los trabajadores portuarios se rigen por el régimen común -TUO del D.L. N° 728- por mandato expreso de la Ley N° 27866.

Como se observará en la presente investigación, existen numerosos casos en la práctica portuaria de trabajadores portuarios que acumulan numerosas jornadas en un año, equiparando e incluso superando las realizadas por una actividad “común” del sector privado. Así, se encuentra normalizado que los trabajadores perciban solo el concepto de remuneración vacacional mas no gocen de descanso físico efectivo a pesar del arduo trabajo y continuas jornadas desempeñadas, debido a una práctica común asentada por los empleadores que sostienen que no es preciso reconocer descanso físico, toda vez que se trata de una actividad con jornadas atípicas. Con el fin de dilucidar si la remuneración vacacional y el goce de descanso son excluyentes, se analizará en los siguientes capítulos en primer lugar, la relación entre este régimen laboral especial en contrato y el régimen común; en segundo lugar, el carácter de derecho fundamental de descanso vacacional; y finalmente cómo es que puede garantizarse este derecho a los trabajadores portuarios que ejercen esta labor especial.

II: ¿cuál es la naturaleza laboral del trabajador portuario?

Los trabajadores portuarios son empleados a través del régimen laboral especial recogido en la Ley N° 27866 promulgada en el año 2002 por las empresas concesionarias que explotan los puertos del Perú. Así, ejecutan labores permanentes de manera discontinua, debido al flujo cambiante de la llegada y salida de embarcaciones. Según el artículo 3 de dicho dispositivo, el trabajador portuario puede ejecutar diversas labores para dicho fin:

“Artículo 3.

El trabajador portuario es la persona natural que bajo relación de subordinación al empleador portuario, realiza un servicio específico destinado a la ejecución de labores propias del trabajo portuario, tales como, estibador, tarjador, winchero, gruero, portalonero, levantador de costa de nave y/o demás especialidades que según las particularidades de cada puerto establezca el Reglamento de la presente Ley.

Para la ejecución de la respectiva especialidad, el trabajador portuario deberá estar debidamente capacitado.”

Como se observa, la actividad portuaria resulta amplia y no quiere de una especialización técnica por parte de los trabajadores. En efecto, el Decreto Supremo N° 002-87-MA, que aprueba el Reglamento de Capitanías y de las actividades marítimas, fluviales y lacustres define el trabajo marítimo como aquellas *“(…) labores que son efectuadas en los puertos marítimos, fluviales y lacustres, en faenas de embarque, desembarque, transbordo y movilización de carga en naves mercantes, de muelle a nave o viceversa y en bahía (…)*”.

Por ejemplo, con la llegada de un barco extranjero, las mercancías que contiene son transportadas a zonas de carga a fin de ser distribuidas. Luego, se continúa con la descarga de dichas mercancías en el muelle, momento en el que se coloca la carga en vehículos de transporte. Estas actividades en su totalidad se caracterizan por un tráfico constante en el puerto, acompañado a su vez de la rotación de los trabajadores en el puerto a fin de abastecer las necesidades de carga y descarga de mercancías.

A partir de las características descritas, resulta evidente que la actividad portuaria y las labores que la contienen tienen una naturaleza permanente y en consecuencia, los trabajadores que se empleen deben ser contratados a través de contratos a plazo indefinido. No cabe duda entonces que la actividad es necesaria permanentemente en vista a que el flujo comercial está en constante movimiento y es necesaria para la economía. Así, esto se encuentra plenamente reconocido por la Ley de Trabajo portuario que en su artículo 14 señala que tiene naturaleza indeterminada. Asimismo, en el artículo 13 precisa que el trabajador portuario es abarcado por el régimen laboral de la actividad privada y por lo tanto le corresponden todos los derechos y beneficios que se recogen en este. Frente a lo regulado, en consecuencia, no se encuentra bajo discusión que los trabajadores portuarios tengan una relación laboral a plazo indeterminado a pesar de tener periodos de inactividad que se interrumpen con el nombramiento, es decir, con el nuevo “llamado” a laborar a partir del flujo de barcos en el puerto.

Finalmente, sobre los aspectos formales en la contratación de los trabajadores, los derechos laborales se abonan por jornada o destajo y los pagos se realizan semanalmente; asimismo, los trabajadores se encuentran asegurados al Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado y son beneficiarios de EsSalud.

2.1 La Ley N° 27866, Ley de Trabajo Portuario y su relación con el régimen privado

Según Ojeda (2008), los regímenes laborales especiales se producen en actividades donde la organización del trabajo resulta distinta a la estructura aplicada en un espacio habitual de trabajo (pp. 37). Así, las relaciones laborales especiales recogen actividades especiales que contienen elementos atípicos o “anormales” que requieren aplicar distintas reglas solo en dichos aspectos. De esta manera, se distinguen de la típica actividad laboral con un modo de dirección y organización tradicional del trabajo.

El trabajo portuario se considera por nuestro ordenamiento como un régimen laboral especial debido a la naturaleza particular de dicha actividad económica en función del comercio marítimo. ¿qué implica a efectos prácticos que una actividad contrate trabajadores bajo un régimen laboral especial? Que ciertos aspectos anómalos de dicha actividad serán regulados de manera particular, en lugar de aplicar directamente las reglas del régimen laboral común tal como precisa Ojeda (2008). No obstante, en todo lo demás, es aplicable directamente las disposiciones del régimen común.

Es preciso tener en cuenta que a fin de no ejercer alguna diferenciación prohibida entre trabajadores -por ejemplo, que un trabajador ejerza la misma labor que otro, pero ambos tengan distintos tipos de contratación- la existencia de un régimen laboral especial debe ser justificada. Así, se busca que diferenciaciones recogidas en dichos regímenes, sean justificadas en función a la naturaleza misma de la actividad. En ese sentido, debido a que el régimen especial determina que se apliquen distintas reglas en algunos aspectos anómalos, es preciso justificar bajo un test de igualdad el mérito de su creación como un régimen particular, toda vez que la regla en materia de contratación es la aplicación del régimen laboral común.

Según Ojeda (2008) la manera en cómo los ordenamientos recogen los regímenes especiales laborales se diferencia según la región: existen ejemplos de legislaciones que exponen secuencialmente el conjunto de regímenes especiales sin proporcionar una definición general; también existen legislaciones por otro lado, como la italiana, que proponen un concepto de régimen del cual finalmente se deriva la calificación en cada caso. En el caso peruano, la legislación laboral común recogida en el Decreto Legislativo N° 728 no establece un concepto de régimen especial laboral, y directamente, establece mediante distintas leyes, dichos regímenes, señalando en cada uno de estos su relación con el régimen común.

El mismo autor propone los siguientes rasgos primordiales de una relación laboral especial: (i) abarca actividades laborales, no solo elementos del contrato de trabajo; (ii) son anómalas; (iii) son indicadas como tales por una norma con rango legal y así el legislador es facultado solo por una habilitación expresa al gobierno, toda vez que este no tiene permitido hacer discriminaciones en materia de contratación; y finalmente, (iv) indica una regulación específica en los aspectos anómalos del contrato de trabajo (2008, pp. 27).

Asimismo, a fin de verificar que un régimen especial laboral no ejerza una diferenciación prohibida, es preciso que se elabore un test de igualdad, el cual según Quiñones y Sánchez (2009) se conforma de tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El primero y segundo de estos se cuestiona si existen medios alternativos que sean menos gravosos para los derechos y si es que son los más adecuados para llegar al fin determinado; y el subprincipio de proporcionalidad plantea que una política o régimen laboral especial sea temporal y su aplicación sea evaluada periódicamente a fin de verificarse la medida de su gravosidad (2009, pp. 307). Este test de igualdad, en efecto, ha sido señalado por el Tribunal Constitucional como una “guía metodológica” para determinar si un trato desigual vulnera el derecho-principio a la igualdad (Cuadros, F. y Quiñones, S. 2010).

En atención a los rasgos propuestos por los autores aplicados al régimen laboral especial de trabajo portuario y los criterios determinados por el Tribunal

Constitucional recogidos en el Exp. N° 0027-2006-PI, se afirma la aplicación supletoria del régimen común en todo aspecto salvo mención expresa de la Ley de Trabajo Portuario. Así entonces, a fin de proteger los derechos laborales de los trabajadores portuarios, les es aplicable el régimen común, salvo excepciones relacionadas directamente a características anómalas de la actividad portuaria que así lo ameriten.

Toda vez que no se encuentra en controversia que el régimen laboral común se aplica de manera supletoria por mención expresa de la Ley Portuaria en su artículo 13, ahora cabe cuestionarnos con el fin de ahondar en nuestra investigación sobre derecho al descanso: ¿cuáles son las normas aplicables al descanso vacacional de los trabajadores portuarios en vista al carácter discontinuo de su labor?: la legislación especial del trabajo portuario no incluye una disposición en específico sobre el descanso vacacional, no obstante en remisión al artículo 13 de la Ley, se indica lo siguiente:

“Artículo 13

*El trabajador portuario se encuentra comprendido en el régimen laboral de la actividad privada, **correspondiéndole todos los derechos y beneficios en él establecidos, con las particularidades que determina la presente Ley y su Reglamento.** (subrayado nuestro)”*

Aplicando dicha regla, observemos la norma aplicable al régimen común sobre el descanso vacacional: el Decreto Legislativo N° 713 que consolida la legislación sobre descansos remunerados de dicho régimen, e indica en sus artículos 10 y 15 que los trabajadores tienen derecho a treinta días de descanso vacacional pagados por cada año completo de servicio.

Dicho decreto sostiene asimismo sobre el trabajo discontinuo -aplicable en el caso portuario- en su artículo 21 que: *“en los casos de trabajo discontinuo o de temporada cuya duración fuere inferior a un año y no menor a un mes, el trabajador percibirá un dozavo de la remuneración vacacional por cada mes completo de labor efectiva. Toda fracción se considerará por treintavos; en tal*

caso se aplica dicha proporcionalidad respecto a la duración del goce vacacional”.

El citado artículo supone entonces que en los contratos discontinuos superiores a un mes, pero inferiores a un año, el goce vacacional es proporcional al tiempo laborado: “(...) *trabajo continuo o de temporada cuya duración fuere inferior a un año y no menor a un mes corresponde un dozavo de remuneración vacacional por cada mes de labor*”. Se observa entonces que el dispositivo no realiza una regulación expresa de qué sucede en el caso de contratos discontinuos a plazo indefinido; sin embargo, resulta evidente que, se indica que el goce vacacional debe ser proporcional al tiempo trabajado para contratos discontinuos a plazo fijo, también lo será para contratos a plazo indeterminado, en tanto no habría una justificación para que en caso de trabajadores a plazo indeterminado, estos reciban un trato desigual injustificado para el goce del derecho al descanso físico. Una interpretación contraria incurriría en una diferenciación prohibida: ¿por qué los trabajadores contratados por contrato modal sí podrían gozar de vacaciones proporcionales al tiempo laborado y los contratados a plazo indefinido no?

Consideramos esta premisa relevante en la investigación en tanto así se explicita que la norma que consolida la legislación sobre descansos remunerados del régimen laboral común, aplica una regla acorde a la garantía de derechos fundamentales. Así, en tanto no existe en nuestro ordenamiento un dispositivo que precise qué sucede cuando estamos frente al goce de vacaciones para contratos discontinuos a plazo indefinido, mediante una lectura conjunta de normas como el D.L. N° 713 y su interpretación sistemática, podemos obtener una regla que se encuentra en armonía con el goce de derechos vacacionales, aún para trabajadores de regímenes laborales especiales, tan como el portuario.

Ahora, conviene en este punto distinguir finalmente las “vacaciones” o más propiamente el “derecho al descanso físico” del “derecho a percibir la remuneración vacacional” a fin de posteriormente, establecer una no exclusión entre ambos. El primero implica que todo trabajador debe gozar de efectivo descanso físico, mientras que el segundo es el pago que se efectúa al

trabajador por no haber gozado de descanso físico, en el caso portuario, semanalmente.

2.2 El caso de los trabajadores portuarios de la organización sindical SUNESPORT y el descanso físico vacacional

En el 2019, trabajadores portuarios del Callao contratados por DP WORLD denunciaron que la empresa no reconocía a su favor el derecho al descanso físico vacacional a pesar de que, en la práctica, laboraban al año un número de jornadas equiparables o superiores que las jornadas usuales en el régimen laboral común. Así, el artículo 10 del Decreto Legislativo 713 establece que, para gozar del descanso vacacional, los trabajadores deben cumplir con un récord mínimo de días laborales, de 260 días en un año en jornadas ordinarias de 6 días a la semana, y 210 días en un año para jornadas ordinarias de 5 días. Evaluando la práctica, según la Autoridad Inspectiva, los trabajadores portuarios realizan al año en muchos casos más de 300 días de labor en un año.

Se observa entonces, que, no obstante los trabajadores de DPWORLD realizan extenuantes jornadas, nunca han percibido descanso físico vacacional y tan solo han percibido pagos por el concepto de remuneración vacacional. Esta vulneración al derecho al descanso físico vacacional de los trabajadores portuarios de DP WORLD se discutió en la vía inspectiva y actualmente por la vía judicial tal como se analizará posteriormente.

En ese sentido, a fin de analizar si en efecto los trabajadores portuarios deben exigir el reconocimiento de descanso físico vacacional, comentaremos el caso particular de los trabajadores portuarios de la organización sindical

SUNESPORT del puerto del Callao que solicitaron el reconocimiento de dicho derecho en las vías mencionadas.

Para dicho fin, analizaremos si la posición sostenida por el Ministerio de Trabajo en el informe N° 89-2017-MTPE/2/14.1, referida al caso en concreto, y distintas sentencias en primera instancia emitidas por la Corte Superior del Callao frente a las demandas de los trabajadores afiliados a SUNESPORT resultan constitucionales. En evidencia, ambos operadores jurídicos y las empresas portuarias afirman en el caso que, en tanto la labor portuaria es una prestación de servicios discontinua/intermitente, no habría obligación del empleador de otorgar descanso físico vacacional a trabajadores de dicho régimen, sino tan solo el pago de remuneración vacacional.

Aplicando dicho razonamiento, la empresa había incurrido previamente en esta vulneración, negando este derecho a 91 trabajadores portuarios precisamente bajo el supuesto vacío jurídico sobre el descanso para este régimen de trabajo con contrato a plazo indeterminado y discontinuo. En evidencia, la Autoridad Inspectiva se pronunció al respecto en la Resolución Dictatorial N° 036-2019-GRC-GRDS-DRTPEC-DIT de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao del 11 de febrero, en el procedimiento sancionador interpuesto contra la misma empresa, con respecto a jornada, horario de trabajo y descansos remunerados (vacaciones).

En dicha resolución, la Autoridad Inspectiva sanciona a DP WORLD debido a que no realizó el pago de indemnización equivalente a una remuneración a los trabajadores por no haber disfrutado del descanso vacacional correspondiente a los periodos 2010/2011;2011/2012;2012/2013; 2013/2014 y 2014/2015. Así, la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao afirmó que los trabajadores bajo este régimen deben recibir remuneraciones por no haber disfrutado de descanso vacacional en su oportunidad, es decir, sí deben gozar de descanso físico.

Los trabajadores portuarios de SUNESPORT, frente al pronunciamiento de la Autoridad y al ver vulnerado el derecho al descanso físico, solicitaron posteriormente en procesos judiciales que el empleador reconozca el pago de vacaciones no recibido en todo el tiempo laboral y descanso físico vacacional

proporcional. En dichos procesos, como se observará más adelante, el Juzgado del Callao sostuvo en primera instancia que los trabajadores portuarios no deben gozar de descanso físico sino el pago regulado en el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 713 en una lectura conjunta con el artículo 21 de su propio Reglamento recogido en el Decreto Supremo N° 012-92-TR. Ambos dispositivos sostienen lo siguiente respectivamente:

“Artículo 21.- En los casos de trabajo discontinuo o de temporada cuya duración fuere inferior a un año y no menor a un mes, el trabajador percibirá un dozavo de la remuneración vacacional por cada mes completo de labor efectiva. Toda fracción se considerará por treintavos; en tal caso se aplica dicha proporcionalidad respecto a la duración del goce vacacional.”

2.3 Artículo 21.- En los casos de trabajo discontinuo o de temporada, por su propia naturaleza, no procede el descanso físico, sino el pago previsto en el Artículo 21. del Decreto Legislativo. (subrayado nuestro)”

Como se observa, la Judicatura indica que no procede el descanso físico para trabajadores con contratos a plazo discontinuo o de temporada debido a su “naturaleza”. Dicho razonamiento resulta cuestionable y vulneratorio del derecho fundamental de descanso físico vacacional. Aplicado al caso portuario, resulta irrazonable que un trabajador a plazo indeterminado, pero con periodos de inactividad, no goce en ningún momento de un efectivo descanso físico de las labores.

Como se sostendrá más adelante, una lectura a la luz de la Constitución y la legislación y la garantía de derechos fundamentales debe garantizar el goce de descanso físico para todo tipo de trabajadores, sin distinción, a menos que su naturaleza lo impida. La naturaleza del trabajo portuario no impide que los trabajadores gocen de descanso vacacional; el mismo Decreto Legislativo N° 713 establece que se aplique proporcionalmente el goce vacacional para contratos discontinuos a tiempo parcial. Así, la vía de la proporcionalidad

garantiza el respeto al derecho de vacaciones y el no establecimiento de distinciones injustificadas.

Así entonces, analizaremos en las siguientes secciones si a partir de reconocimiento del derecho al descanso físico como un derecho fundamental, la decisión sostenida por Poder Judicial es conforme al ordenamiento jurídico actual.

III. ¿Los trabajadores portuarios pueden gozar de descanso físico vacacional?

3.1 Situación actual de trabajadores portuarios en el Perú

Con el objetivo de evaluar la situación actual de los trabajadores portuarios, es preciso plasmar en cifras la actividad portuaria en el Perú. Según el Anuario Anual del 2021 elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a fines del 2021 se registraban 2958 trabajadores, consolidándose la tendencia de 2700 en promedio a lo largo de ese año. Así, por ejemplo, al 2017 los trabajadores portuarios registrados en planilla representaban el 0.10% de trabajadores del total de trabajadores en el régimen laboral de la actividad privada según el Anuario 2011-2017 (Salguero 2019, pp. 62). Se observa entonces que, en comparación a los trabajadores del sector privado, los trabajadores portuarios representan un porcentaje reducido.

Cabe resaltar que, según Salguero, previamente a la concesión del Terminal el Callao en el 2011 a las empresas privadas DPWORLD y APM TERMINALS la cantidad de trabajadores en planilla era el doble. En dicho contexto, actualmente el Terminal Portuario del Callao se ha asentado como el terminal más grande del país y el que aglomera a la mayor cantidad de trabajadores en el país. Asimismo, es la empresa APM TERMINALS la que emplea más trabajadores (Salguero 2019, pp.65).

En este contexto, nos centraremos en el caso de los trabajadores del puerto del Callao, considerado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) como el segundo puerto con mejor conectividad marítima. El puerto fue construido en el año 1960 y explotado por el Estado a través de la entidad ENAPU, hasta que en el año 2011, año en que se realizó la concesión a las empresas portuarias privadas APM TERMINALS y DP WORLD por el plazo de 30 años.

Por último, dentro de las labores que se ejercen en la actividad portuaria, según la Autoridad Portuaria Nacional (2017), la que cuenta con más trabajadores es la de “estibador”, seguida por la de “tarjador”. Por otro lado, respecto al perfil usual de los trabajadores portuarios, la mayoría tiene en promedio entre 45-50 años y no cuenta con capacitación técnica ni profesional -la mayoría cumple con secundaria completa- (Salguero, 2019). El autor lo refleja a través de cifras:

“(…) el rango de edad que agrupa una mayor cantidad de trabajadores se concentra entre 35-45 años con 194 trabajadores, y de 45-60 años con 270. Esto permite inferir que la mediana se encuentra aproximadamente en los 50 años a más. Asimismo, este rango de edad junto con la reiteración de una sola especialidad nos permite concluir que este terminal portuario los trabajadores cuentan con poca especialización. Asimismo, considerando el rango etario de los trabajadores podemos concluir que muchos de ellos se encuentran próximos a la edad de jubilación, lo cual genera una preocupación en este grupo de trabajadores. (2019, pp. 66-67)”

Consolidando lo dicho, los trabajadores portuarios representan una baja cantidad del total de trabajadores que se ocupan en el régimen general privado. De manera específica en el Puerto del Callao, que nos interesa para el desarrollo de la presente investigación, los trabajadores laboran en un puerto sumamente activo y con gran afluencia de barcos, lo que evidencia una carga constante de trabajo. La mayoría de los trabajadores tiene en promedio más de 50 años y se encuentra cerca a la edad de jubilación, es decir, no tiene las mismas capacidades físicas que un trabajador joven. Dicho punto es

importante en tanto nos demuestra que las capacidades físicas de aguantar largas jornadas acumuladas en un año para los trabajadores en promedio en el puerto del Callao resultan más arduas.

Por último, los trabajadores no cuentan con una especialización técnica o académica, lo que los pone en mayor riesgo en caso pierdan su trabajo, debido a la poca empleabilidad de trabajadores de esa edad. En evidencia, INEI indica que en el 2018 la PEA ocupada masculina en el rango de 45 a 64 años es de 29.3% a comparación del 37.6% para la edad de 30 a 44 años.

3.2 Reconocimiento del descanso físico vacacional a nivel constitucional e internacional

Luego de situar el panorama de trabajo portuario en el puerto del Callao, es preciso ahora describir el reconocimiento del derecho al descanso físico a fin de sostener que este debe ser gozado por todo trabajador sin distinción. El descanso físico vacacional es un derecho fundamental recogido actualmente a nivel constitucional. En efecto, el artículo 25 de la Constitución vigente lo consagra como derecho fundamental:

*“**Artículo 25.-** 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.*

***Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados.** Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio. (subrayado nuestro)”*

El derecho al descanso se encuentra reconocido a su vez en tratados de Derechos Humanos, Convenios OIT y normas especiales. Las vacaciones son un derecho laboral recogido en instrumentos de Derechos Humanos, siendo su aplicación y regulación variable en cada sistema normativo de manera específica. En efecto, este derecho es reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.”

A nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo recoge también en los convenios emitidos el derecho al descanso físico vacacional. Así, el Convenio de las vacaciones pagadas N° 132 de la OIT se pronuncia sobre el derecho al descanso y, aunque no se encuentra ratificado por el Perú, brinda una adecuada protección toda vez que precisa que las vacaciones se deben otorgar en proporción al tiempo de trabajo efectivamente ejercido. El Convenio ejerce entonces una adecuada garantía del ejercicio de descanso físico para todos los trabajadores, no excluyendo a aquellos que no se circunscriben al modelo “tradicional” de contrato de trabajo:

*“1. Toda persona cuyo periodo de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior **tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año**” (subrayado nuestro).*

En ese sentido, en el supuesto de no cumplimiento con el mínimo periodo laborado para acceder al descanso, se consolida como regla que el descanso físico debe ser protegido y satisfecho proporcionalmente al número de horas trabajadas. Aplicada dicha regla al caso portuario es preciso que el Estado y empleadores en general reconozcan el goce efectivo de descanso vacacional en proporción al número de horas trabajadas en el año a fin de no realizar tratos desiguales injustificados.

Para la aplicación de esta figura, cada país fija mediante legislación interna un periodo mínimo de servicios que debe ejercer el trabajador como requisito de gozar de vacaciones anuales pagadas -artículo 5 del Convenio 132-. En el caso peruano, el Decreto Legislativo N° 713 indica que en el régimen común privado, el trabajador tiene derecho a treinta días de descanso vacacional por cada año completo de servicios.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre las vacaciones anuales pagadas recogidas en el Convenio N° 132 sostiene que:

“La finalidad de estas disposiciones es proteger a aquellos trabajadores que, debido al carácter estacional u ocasional de su trabajo, no están empleados durante toda la duración del período mínimo de servicios exigido para tener derecho a vacaciones anuales” (2018, pp. 116).

Así, se observa que la aplicación de proporcionalidad en el descanso protege a trabajadores que llevan a cabo actividades estacionales, tal como la portuaria que es discontinua debido a la naturaleza en función a la fluctuación de naves. Recordemos que esta actividad, al encontrarse determinada por la demanda del mercado, tiene un carácter estacional y por lo tanto existen periodos en que los trabajadores no trabajan, cabiendo así la posibilidad de que los trabajadores bajo este régimen no cumplan con un mínimo establecido para gozar de descanso como en el sector privado. Como mencionamos, en nuestra posición el reconocimiento de vacaciones pagadas debería ser proporcional al tiempo trabajado efectivamente al año a fin de que gocen de vacaciones:

“La Comisión resalta la importancia de garantizar que los trabajadores disfruten de unas vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio que hayan prestado, cuando el empleo cese antes de que el trabajador haya completado el período de servicio necesario para disfrutar de este derecho” (subrayado nuestro).

A partir de lo señalado, el derecho al descanso físico no puede verse destinado solo para los trabajadores con contratos comunes, sino también para trabajadores bajo contrato a plazo indeterminado y discontinuo. De esta manera, en tanto nos encontramos frente a la garantía de un derecho fundamental en el marco de la relación laboral, es preciso que las normas se lean en clave de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores. Entre estos, se encuentra evidentemente el derecho a que goce de descanso físico sin importar el régimen o tipo de contrato que ostenten.

IV. ¿la remuneración vacacional es excluyente del descanso físico vacacional?

4.1 Posición del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Autoridad Inspectiva

Sobre el descanso vacacional en la actividad portuaria, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el informe N° 89-2017-MTPE/2/14.1 afirmó que, en tanto la labor portuaria es una prestación de servicios discontinua/intermitente, no habría obligación del empleador de otorgar descanso físico vacacional a trabajadores de dicho régimen. Así, sostuvo que el empleador portuario debe abonar la remuneración vacacional de forma semanal y cancelatoriamente en vista a la naturaleza “discontinua” de la labor.

El informe respondió a la solicitud de opinión técnica de APM TERMINALS CALLAO S.A. sobre si asiste a los trabajadores portuarios –sujetos al régimen de la Ley N° 27866- el derecho a una indemnización por no gozar del descanso físico vacacional. El MTPE señala en el documento que los trabajadores portuarios no deben gozar de descanso físico, y solo se mantiene la obligación legal de abonar la remuneración vacacional de forma semanal a los trabajadores.

La Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo, quien elabora el informe comentado, invoca el artículo 13 de la Ley de Trabajo Portuario, según el cual los trabajadores portuarios se sujetan –supletoriamente- al régimen laboral de la actividad privada, y así, al gozar de todos los beneficios establecidos para esta actividad, también lo hacen de la remuneración vacacional que se otorga con periodicidad semanal. En nuestra opinión, dicha premisa es correcta: en tanto se reconocen los mismos derechos que el régimen laboral común salvo se señala lo contrario, los trabajadores portuarios deben percibir el pago de remuneración vacacional. Dicho extremo no se encuentra en discusión, mas si su exclusión con el descanso físico vacacional.

El Ministerio sostiene que el trabajo portuario, al ser un trabajo con naturaleza discontinua e intermitente frente a una “falta de una regulación especial distinta”, le es aplicable el artículo 21 del Decreto Supremo N° 012-92-TR. En consecuencia, el MTPE sostiene que el empleador solo debe pagar una remuneración vacacional observado en dicho artículo, mas no se ve obligado a reconocer el descanso físico de los trabajadores portuarios. Esta interpretación resulta contraria a la posición de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, el Convenio N° 132 y la Constitución vigente, que reconocen derecho al descanso físico para todos los trabajadores sin distinción.

Este informe, si bien no tiene carácter vinculante, resulta controversial debido a que niega el derecho constitucional al descanso físico de los trabajadores portuarios y su exclusión con la remuneración vacacional. Resulta perjudicial que una entidad como la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo del MTPE emita este tipo de opiniones, que a su vez han sido replicadas por DPWORLD en sus argumentos defendiéndose contra las demandas interpuestas en la vía judicial por los trabajadores portuarios afectados a partir del pronunciamiento favorable de la Autoridad Inspectiva.

Es unos años después que la misma Dirección cambia radicalmente de opinión y confirma la hipótesis sustentada en el presente trabajo de investigación mediante el Informe N° 309-2022-MTPE/2/14.1: no resulta aplicable el artículo 21 del DS N° 012-92-TR ya que no es el mismo supuesto de hecho: los trabajadores portuarios sí tienen una relación laboral a plazo indeterminado con periodos de inactividad que se interrumpen con la nombrada. Luego, el Informe, concluye que el pago de remuneración vacacional no es excluyente del descanso físico vacacional:

“V. CONCLUSIÓN.

*5.1 Esta Dirección concluye que **no resulta aplicable lo señalado en el artículo 21 del Decreto Supremo N° 012-92-TR para los trabajadores portuarios, ya que no nos encontramos ante el mismo supuesto de hecho: en el caso de los trabajadores portuarios, estamos***

ante una relación laboral indeterminada con periodos de inactividad que se interrumpen con la nombrada.

5.2 *Finalmente, en relación al derecho a las vacaciones, debe tenerse en cuenta que, **el pago de la remuneración vacacional cancelatoria, no enerva la obligación de otorgar el descanso vacacional.**(subrayado nuestro)”*

En nuestra posición, consideramos correcto el razonamiento del Ministerio en el último informe emitido sobre el descanso vacacional para los trabajadores portuarios debido a las siguientes razones: (i) determina como no aplicable el artículo 21 que indica que los trabajadores con contrato discontinuo no merecen descanso físico, (ii) reafirma la naturaleza indeterminada del contrato de trabajo portuario, y finalmente (iii) a partir de una interpretación legal y en clave de garantía de derechos fundamentales, no excluye derechos y reconoce también el pago de remuneración vacacional.

3.2 Posición del Poder Judicial

El caso de los trabajadores portuarios contratados por la empresa DPWORLD del puerto del Callao, llegó hasta el Poder Judicial en vista a la vulneración de su derecho constitucional al descanso físico. Como se mencionó, la Autoridad Inspectiva sostuvo en la Resolución Dictatorial N° 036-2019-GRC-GRDS-DRTPEC-DIT y la Resolución Sub Directoral N° 029-2019 que en efecto la empresa había vulnerado los derechos de 91 trabajadores en tanto habían trabajado las suficientes jornadas como para acceder a descanso físico. Dicha resolución, aplica sanción a DP WORLD CALLAO -la demandada- en tanto se acreditó que no realizó el pago de la indemnización equivalente a una remuneración a dichos trabajadores por no haber disfrutado del descanso vacacional correspondiente a los periodos 2010/2011;2011/2012;2012/2013; 2013/2014 y 2014/2015 a pesar de que los

mismos trabajadores habían laborado más de 260 turnos -de ocho horas cada uno- en el período de un año.

En ese sentido, muchos de estos accionaron vía judicial, solicitando en todos los casos el mismo petitorio: primero, que se otorgue el pago dejado de percibir por descanso vacacional remunerado en razón de las normas que amparan a los trabajadores del régimen laboral privado, y segundo, que se otorgue descanso físico vacacional desde el comienzo de labores en favor de la demandada.

El Juzgado en todos los casos declaró infundada la demanda en base a los siguientes argumentos: sostuvo que los trabajadores portuarios no deben gozar de descanso físico sino el pago regulado en el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 713 y el artículo 21 de su propio Reglamento recogido en el Decreto Supremo N° 012-92-TR:

“2.20. En cuanto a la vulneración de los artículos 25 de la Constitución y 21 del Decreto Legislativo N° 713, dicha alegación carece de amparo legal, toda vez que el primero de ellos, establece que el disfrute y compensación de las vacaciones se regula de acuerdo a ley o por convenio; y lo previsto en el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 713 resulta concordante con el artículo 21 de su propio Reglamento, justificado en la naturaleza discontinua de labores de los trabajadores portuarios, al prestar servicios intermitentes por su propia naturaleza.”

Dicha interpretación va en contra del último pronunciamiento del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y resulta sumamente perjudicial debido a que: (i) emite una decisión judicial que establece un razonamiento inconstitucional y en perjuicio de otros trabajadores portuarios en todo el Perú que quieran accionar contra su empleador debido a que no les reconocieron descanso físico vacacional, y (ii) desampara a los trabajadores que a lo largo de muchos años luego de recurrir a la Autoridad Inspectiva de Trabajo no ven reconocido aún el derecho a descansar físicamente a pesar de que en la práctica hayan ejercido jornadas anuales elevadas.

3.3 No exclusión entre descanso físico vacacional y la remuneración vacacional

Luego de observar las distintas posiciones del Ejecutivo y Poder Judicial, podemos confirmar nuestra hipótesis a la luz de los Convenios OIT y el reconocimiento del derecho al descanso físico a nivel constitucional. En ese sentido, el descanso físico vacacional y el pago de remuneración vacacional para los trabajadores portuarios no es excluyente a la luz de la aplicación universal de las vacaciones para los trabajadores sin distinción.

¿Por qué estos conceptos no son excluyentes? Con base en las siguientes razones: (i) la remuneración vacacional se paga con mérito al régimen especial de trabajo portuario según el artículo 15 de la Ley de Trabajo Portuario y no establece su exclusión con el goce de descanso físico vacacional, (ii) el derecho al descanso físico, en tanto derecho constitucional y reconocido por el Convenio 132 OIT es un derecho que debe ser garantizado para los trabajadores en general sin distinción. En ese sentido, su disfrute debe ser priorizado y asegurado, y (iii) en clave de garantía de los derechos fundamentales una interpretación sistemática de las normas del régimen laboral común y el régimen especial portuario no determina la exclusión, sino la proporcionalidad del descanso físico.

Así, nos alineamos a lo sostenido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el Informe N° 309-2022-MTPE/S/14.1 del 10 de agosto de 2022 que indica en el mismo sentido la no exclusión. En evidencia, sostuvo que no es aplicable el artículo 21 del Decreto Supremo N° 012-92-TR que indica que los trabajadores con contrato discontinuo no merecen descanso físico debido a que el supuesto de hecho no es el mismo toda vez que en el caso de trabajadores portuarios -relación laboral indeterminada- mientras que el artículo 21 regula casos de trabajo discontinuo o de temporada menores a un año:

“Artículo 21.- En los casos de trabajo discontinuo o de temporada, por su propia naturaleza, no procede el descanso físico, sino el pago previsto en el artículo 21. Del Decreto Legislativo.”

Este supuesto se aplica al siguiente artículo:

“Artículo 21.- En los casos de trabajo discontinuo o de temporada cuya duración fuere inferior a un año y no menor a un mes, el trabajador percibirá un dozavo de la remuneración vacacional por cada mes completo de labor efectiva.

El Ministerio indica en ese sentido: *“en el caso portuario, no nos encontramos ante un trabajo menor a un año o menor a un mes, ni de naturaleza discontinua o de temporada, estos son trabajadores con contrato de naturaleza indeterminada y discontinua conforma lo señala el artículo 14 de la Ley de Trabajo Portuario.*

Por lo tanto, la posición sostenida por el Poder Judicial y la defensa de empresas portuarias basada en la aplicación del artículo 21 del Reglamento es rebatida en tanto el supuesto de hecho no es aplicable al trabajo portuario, que en la Ley que recoge su régimen laboral especial establece su naturaleza indeterminada.

En conclusión, la vía de la aplicación proporcional de las vacaciones resulta la solución que permite garantizar el derecho fundamental de descanso físico. Asimismo, dicha vía se justifica en un contexto en el que el descanso físico vacacional no es reconocido generalmente a actividades laborales “atípicas”, problemática que merece ser atendida en atención a la aplicación del principio-derecho de igualdad y no trato desigual injustificado.

V. Conclusiones

- La actividad portuaria se caracteriza por su discontinuidad: el constante flujo de naves marítimas en los puertos requiere que los trabajadores roten entre sí.

- La actividad portuaria a pesar de tener naturaleza discontinua satisface una necesidad económica permanente y por lo tanto las relaciones de trabajo son a plazo indeterminado. Dicha naturaleza es reconocida por nuestro ordenamiento en el Régimen de Trabajo Portuario.
- Los regímenes especiales laborales se crean por mandato expreso del Gobierno en una ley, debido a la preferencia de la aplicación del régimen laboral común. Así, a fin de no realizar una diferenciación prohibida, la aplicación de un régimen especial debe ser justificada y relacionada a aspectos anómalos de determinada actividad.
- El régimen laboral común se aplica de manera supletoria al régimen de trabajo portuario según la Ley N° 27866. Solo establece diferenciaciones en extremos específicos y en todo lo demás se aplica el régimen privado.
- En ese sentido, el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 713 que consolida la legislación sobre descansos remunerados de dicho régimen indica que el trabajo continuo o de temporada cuya duración fuere inferior a un año y no menor a un mes corresponde un dozavo de remuneración vacacional por cada mes de labor”. Aplicando el razonamiento de aplicación de proporcionalidad, la misma regla se aplica a contratos discontinuos a plazo indeterminado.
- El goce vacacional debe ser proporcional en tanto no habría una justificación para que los trabajadores contratados a plazo indeterminado, reciban un trato desigual injustificado para el goce del derecho al descanso físico, el cual es aplicable a todos los trabajadores según su naturaleza. Una interpretación contraria incurriría en una diferenciación prohibida.
- De esta manera, en tanto nos encontramos frente a la garantía de un derecho fundamental en el marco de la relación laboral, es preciso que las normas se lean en clave de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores. Entre estos, se encuentra evidentemente el derecho a que goce de descanso físico sin importar el régimen o tipo de contrato que ostenten.
- No resulta excluyente el goce de descanso físico vacacional y la remuneración vacacional con base en lo sostenido por el Ministerio de

Trabajo y Promoción del Empleo en el Informe N° 309-2022-MTPE/S/14.1 el cual indica que no es aplicable el artículo 21 del Decreto Supremo N° 012-92-TR que sostiene que los trabajadores con contrato discontinuo no merecen descanso físico. Esto debido a que el supuesto de hecho no es el mismo toda vez que en el caso de trabajadores portuarios, se aplica la relación laboral indeterminada, mientras que el artículo 21 regula casos de trabajo discontinuo o de temporada menores a un año.

VI. Bibliografía

Conferencia Internacional del Trabajo (2018). Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro

Constitución Política del Perú (1993)

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el informe (2017). Informe N° 89-2017-MTPE/2/14.1

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el informe (2017). Informe N° 309-2022-MTPE/2/14.1

Ley N° 27866, Ley de Trabajo Portuario

Decreto Legislativo N° 713 Legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada

Convenio OIT Num.137 sobre el trabajo portuario

Pautas sobre formación en el sector portuario OIT

OJEDA, A (2008). Las relaciones laborales especiales. En: *Laborem*. Número 8. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 37 y 38.

Blancas, C (2011). La cláusula de Estado Social en la Constitución. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salguero, S (2019). Los cambios en el sistema de gestión portuaria y la necesaria revisión del régimen laboral aplicable a los trabajadores portuarios. Tesis para optar por el grado académico de magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Quiñónez, S y Sánchez, C (2009). "Igualdad ante la Ley y regímenes laborales especiales". En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica, Grijley, pp. 291-307.

Cuadros, F. y Quiñones, S. (2010). "Cuando la excepción se vuelve la regla: ¿cuál es el régimen laboral "general" en el Perú?". *Revista Soluciones Laborales*. Lima, Número 32, pp. 99-105.

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia recogida en el Expediente N° 0027-2006-PI.