RESOLUCION DIRECTORAL Nº 117 -2011-GOB.REG.-DRTPE-PIURA-DPSC

Piura, 01 de diciembre de 2011

COPIA

VISTO: El Expediente N° PS-037-2010-DRTPE-PIURA-ZTPET materia del procedimiento administrativo sancionador seguido al empleador: **DIVING DEL PERU S.A.C.,** con RUC N° **20441938846**, viene a este Despacho en mérito al recurso de apelación interpuesto por el representante de la empresa don Omar Fernando Munguía Vergara, mediante escrito de registro N° 7054 de fecha 09 de noviembre del 2011, contra lo resuelto mediante Resolución Zonal Nº 01-19-C-044-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011;

CONSIDERANDO:

1. Que, habiéndose emitido resolución en Primera Instancia, corresponde a este Despacho emitir pronunciamiento en Segunda y última Instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 41° de la Ley N° 28806 "Ley General de Inspección del Trabajo".

2. Que, mediante Resolución Zonal Nº 01-19-C-044-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011, la Autoridad Administrativa de Trabajo de Primera Instancia sanciona con multa de S/. 14,400.00 (Catorce mil cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) al empleador: **DIVING DEL PERU S.A.C.,** por incurrir en Infracciones en materia de Relaciones Laborales: Leve: Impedir la obligación de consignar la hora de entrada y salida del personal que labora en alta mar en el Registro Permanente de Control de Asistencia. Muy Graves: a) No acreditar el pago de feriados laborados de enero a diciembre del 2008; y, b) No acreditar el registro de Horas Extras en las boletas de pago. Lo que afecta a treinta y tres (33) trabajadores.

3. Que, el recurrente fundamenta su apelación señalando respecto a la nulidad del Acta de Infracción Nº 037-2010, que en ella existen severas incongruencias, ya que no se condice lo expuesto por los inspectores con la realidad demostrada a lo largo del procedimiento inspectivo, al no haber un correcto juicio de subsunción entre los hechos y la normatividad aplicada para arribar a sus conclusiones, máxime si han aportado todos los elementos necesarios para acreditar el cumplimiento de las disposiciones laborales supervisadas, tales como el Decreto Supremo Nº 007-2002-TR Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo modificado por la Ley Nº 27671; Decreto Supremo Nº 004-2006-TR Registro de Asistencia y Decreto Legislativo Nº 713 Pago de día feriado. Así mismo, señala el recurrente, que se evidencia una falta de unidad de criterios, respecto a los mismos temas, ya que inclusive han sido materia de visita inspectiva por parte de equipos de profesionales que han inspeccionado a su representada sin que se haya advertido infracción alguna respecto de los temas que hoy generan el Acta de Infracción que considera inmotivada; por lo que, deberá archivarse el presente procedimiento sancionador, ello sobre la base del principio de predictibilidad de los fallos y resoluciones administrativas a lo cual se suma la circunstancia de que existen temas que no han sido materia de inspección y que han sido abordados como tales por parte de la Jefatura Zonal imponiendo sanciones por situaciones no contempladas en el Acta de Infracción lo que atenta contra su derecho a la defensa, el cual ha sido conculcado a lo largo de la visita inspectiva, cuyos yerros fueron advertidos en segunda instancia cuando se declarara la nulidad de la Resolución que imponía una multa a su representada por falta de motivación situación que se vuelve a presentar en el caso de esta nueva resolución.

4. Que, precisa el recurrente que las incongruencias y omisiones fácticas advertidas en el Acta de infracción, son: **i)** Respecto al punto IV Hechos comprobados, en el punto segundo se ha indicado que ***"... se verificó las boletas de pago de remuneraciones, la empresa inspeccionada no consigna el pago de las horas extras del personal (buzos), se tuvo a la vista los reportes diarios de trabajo de buceo, donde se refleja la hora de salida Muelle: 6 Horas, hora de llegada muelle 18.00, permaneciendo a bordo de la embarcación, con una jornada de 12 horas diarias, se verificó el rol de guardias, siendo su jornada de trabajo de 24 días por 08 días de descanso, con un horario de trabajo de 06 horas a 18 horas y de acuerdo a órdenes de trabajo continúan trabajando, en dicho reporte diario, se refleja las labores de los buzos..."***. En relación a este punto acota el recurrente, que la visita inspectiva a debido compilar la información por sí sola para la verificación de vulneración alguna de los derechos de los trabajadores contemplados en las normas verificadas, el Acta de Infracción se soporta fácticamente como textualmente lo indica en el punto segundo de los Hechos comprobados:***"... se tuvo a la vista el expediente***

COPIA

326-2009, donde obra el informe correspondiente ..."; lo que resulta irregular, teniendo en consideración que las visitas inspectivas tal como lo establece el artículo 1° de la Ley Nº 28806, tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las normas sociolaborales, lo cual debe darse en un determinado tiempo y espacio geográfico, por lo que a tenor de los principios ordenadores regulados en el artículo 2° de la antes acotada, esta visita no ha debido remitirse a los actuados de otras visitas toda vez que los datos y circunstancias que se consignan en dichos informes resultan ser otros momentos y no siempre se dan las circunstancias de manera similar todos los días, por ello es que, la visita inspectiva, contiene vicios que la hacen inválida, debido a que para tomar una decisión como la de informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo de la existencia de una infracción, se han debido fundamentar tales infracciones supuestamente incurridas con los hechos que los mismos inspectores han verificado, y no pretender que para "mayor abundamiento" como erróneamente señalan, se van a remitir a otras actuaciones que no guardan relación con ésta inspección y que para complementar la irregularidad en el presente procedimiento no se les ha corrido traslado a fin de poder absolver adecuadamente, lo que vulnera su derecho al debido procedimiento, privándoles de tales elementos de juicio que iban a tener incidencia en los presentes actuados lo cual es un inadmisible recorte a su derecho a la defensa, el que por mandato constitucional resulta irrestricto y que también se le ha privado de su derecho a probar, toda vez que al no saber de los hechos consignados en la visita realizada en el expediente 326-2009, y su incidencia en el presente procedimiento no tendría razón para rebatirlos y realizar actividad probatoria concerniente a sus intereses al respecto. A ello se suma el hecho de que luego de haberse dispuesto la nulidad de la resolución de primera instancia se ha debido disponer además la nulidad del Acta de Infracción pues el vicio o defecto se advierte desde dicho acto administrativo, lo que lo hace también inválido por atentar contra los derechos de los administrados en este caso su representada que ve afectado su derecho por una falta de traslado respecto de dichas imputaciones, que han generado una sanción respecto de la cual hace valer su derecho. **ii)** Respecto al punto segundo de los hechos comprobados, los inspectores indican que: ***"...constataron que en la Barcaza Susan Lynn II exisitía una lista de los buzos de 1era y 2da del Susan Lynn (...) y en aplicación de Primacía de la Realidad se verificó que éstos trabajadores realizan, parte de la labor propiamente de buceo, otras labores; según cuadro que se tuvo a la vista en cargo y responsabilidad del día..."***; lo que es inaudito, ya que los inspectores que aparentemente se han encontrado presentes en un artefacto naval verificando las labores que supuestamente realizan los trabajadores tengan que remitirse a un cuadro que se tuvo a la vista, hecho descalificador de la forma poco proba y veraz con la que actuaron los inspectores a quienes por medio de este descargo reiteran lo que por norma y praxis profesional deberían cuanto menos conocer, como lo es el concepto de Primacía de la Realidad, permitiéndose señalar las acciones que los inspectores han debido realizar entre éstas: **a)** Consultar a cada uno de los trabajadores cuales eran las labores específicas de su puesto según el Manual de Organización y Funciones que pese a haber estado a bordo, los inspectores no han revisado, entendiendo que fue por la premura del tiempo; **b)** Sí se verificó en el cuadro que existían labores que no correspondían a las funciones del cargo para el cual han sido contratados y consideraba el inspector que no se encuentran capacitados, debió impedirse que se prosiga con cualquier tipo de trabajo, máxime si es que la labor de buceo es una labor que implica un alto riesgo para la vida humana; **c)** De considerar que tenían la suficiente capacitación, debieron verificar si efectivamente las labores que realizaban eran labores permanentes o adicionales a sus labores o si era únicamente una labor de apoyo provisional que en nada afecta a la labor para la cual ha sido contratado o si era un poco de actuación de los trabajadores, como ponerse a realizar cosas que no le competen para luego indicar que hacen otras cosas distintas al buceo y por ende querer cobrar horas extras mientras son transportados a sus locaciones de trabajo. En lugar de sólo revisar un cuadrito y regresar a tierra sin contrastar los documentos con la realidad. Precisa también que ninguna de esas acciones se adoptó sino por el contrario se remitieron únicamente al cuadro antes aludido. Respecto al tema de las funciones que se asignan a cada trabajador por parte de los supervisores, ello viene siendo dado por las características del cargo que desempeña a bordo, por lo cual resulta además obvio que los trabajos de corte y soldadura submarina no van a ser jornadas asignadas -como se pretende- al personal que no tiene la categoría de buzo, por ello es que a tales trabajadores se les remunera de manera diferenciada con los que no ostentan ésta condición ya que como resulta evidente la actividad de mayor riesgo la realiza un buzo respecto de un maniobrista, ello también se ha podido determinar en la visita operativa, sin embargo, de ello no existe constancia tal vez por no resultar ser conveniente

COPIA

resaltar este tema que ha ahondado las diferencias de criterios. **iii)** Resalta el recurrente que otra incongruencia fáctica, es el hecho mismo de haber considerado a personal de las dos cuadrillas de buceo inspeccionadas como parte de un solo grupo que desarrolla sus actividades de manera similar y en una misma locación haciendo prevalecer las condiciones de uno en el otro grupo, lo que resulta incongruente con lo que se da en la realidad y que para aclarar el panorama a los inspectores acota que el grupo que labora a bordo de la barcaza Susan Lynn II, es un personal que es trasladado hasta donde se encuentra su locación de trabajo y que durante el trayecto va sin desarrollar actividad alguna como lo hace la otra cuadrilla, que pese a no realizar labores desarrolla sus actividades de manera distinta por ser una locación disitinta en la cual desarrollan sus actividades. Adiciona que a la fecha su representada cuenta con tres cuadrillas de trabajos y que cada una tiene diferencias en su forma de traslado y en los mecanismos que utilizan para desarrollar sus actividades, lo cual no se ha tomado en consideración, ya que la forma de trasladarse a sus locaciones resulta siendo diferenciada y por ende no puede aplicarse los mismos conceptos para el integro de los trabajadores, lo que denota, una clara falta de un trabajo inspectivo de campo y de investigación de los inspectores quienes sin conocer como es que se desarrolla el trabajo han emitido opinión por la imposición de una sanción cuyos fundamentos no soportan el más mínimo análisis lógico, éstas diferenciaciones no han sido consideradas dado lo incompleto, sesgado y confuso que resulta el informe que sin una lógica ni orden alguno, pretende recomendar sanciones que difícilmente resultan entendibles de tal texto, lo que lo hace inválido por no decir arbitrario. **iv)** Que, continuando con las incongruencias señala el recurrente que se han incluido datos falsos, como el hecho de que no existen registros de asistencia para el personal buzo cuando, éste a criterio del inspector realiza más actividades que las de solamente buceo, por lo que se pregunta ¿no es acaso parte de su actividad el hecho de prepararse para ingresar al mar colocándose sus implementos de seguridad y revisar los mismos antes de realizar la labor?, al parecer los señores inspectores pretenden que su representada supla con personal independiente las labores que un mismo buzo debe realizar, que son las de colocarse su traje, o contratar personal especializado o capacitado únicamente para que coloque cascos de buceo, nada más alejado de la realidad de la misma actividad, circunstancia comprensible dada la poca difusión que tiene la actividad del buceo comercial que ahora debe ser analizado por persona que desconoce como es que se desarrollan las actividades de buceo. Resalta también que una de las medidas de seguridad que adopta el personal que realiza la actividad de buceo es precisamente la revisión de sus implementos, debido a que se trata de una actividad de alto riesgo, y que bajo circunstancia alguna el mismo buzo, cuya vida pende de los implementos de seguridad y su correcto funcionamiento, va a permitir que se le sustituya de manera arbitraria en esa actividad vital para su supervivencia, lo cual denota un pobre conocimiento sobre la actividad a la cual se le pretende dar el trato de una que no genera ningún tipo de riesgo. Así mismo acota el recurrente que es tal el desconocimiento y el poco análisis de la actividad,debido al corto tiempo que han permanecido los inspectores a bordo y la poca capacitación, que se ha aludido en el punto tercero de los hechos constatados que se han precisado algunas actividades como si se trataran de actividades constantes y continuas dentro de su trabajo continuo de los buzos, como lo es el entregar y recuperar manga realizando dicha labor los maniobristas funciones que están especificadas en el MOF, que según los inspectores han revisado a detalle y que han podido certificar y cerciorarse en contra de dicho manual de que los buzos entregan y recuperan manga, tal afirmación daría pié a que su representada adopte tal recomendación para poder prescindir de los maniobristas que se asignan a cada cuadrilla, dado que según lo informado ellos no realizan la labor que por contrato se encuentran obligados a realizar. Así mismo reitera la poca profundidad y análisis de la actividad puesto que si es que han llegado a realizar una visita inspectiva operativa se habrían dado cuenta los inspectores que los buzos una vez que han realizado su actividad y luego de haber efectuado su descompresión dentro de la cámara hiperbárica ya no pueden realizar actividad física alguna, de lo cual aparentemente los señores inspectores no han sido informados, por lo que de lo que se encuentran seguros es de que no la han inspeccionado, es por ello que solicita se realice una nueva visita con la presencia del mismo Jefe Zonal a efectos de que se pueda constatar en cada una de las cuadrillas que cada personal cuenta con su función debidamente delimitada y no se presentan estas actividades que de manera inusual están alterando lo que en realidad sucede. **v)** De otro lado señala el recurrente en relación a lo precisado por los inspectores en el punto cuarto de los hechos comprobados del Acta de Infracción, que éstos no corresponden a la realidad, como es de

COPIA

ver de la documentación presentada por su representada en fecha 04 de marzo de 2010, ya que los montos por concepto de feriados laborados en el 2009 han sido cancelados vía reintegro por su representada en el mes de enero del 2010, por lo que mal hacen los inspectores con citar que su representada no consigna en las boletas de 2008 los feriados trabajados en dicho año, cuando desconoce si es que los trabajadores han laborado en días feriados como se pretendería, circunstancia que no se encuentra acreditada y que corresponde en todo caso a quien lo alega demostrarlo, lo que no se puede verificar de una inspección como la que nos ocupa, por lo que se trata de una incongruencia en el acta de infracción por no corresponder a la realidad de los hechos que se consignan, deviniendo en inválida el acta de infracción y/o nula pòr contener hechos falsos que no son tales sino meras especulaciones de sus autores. **vi)** Finalmente, señala que en el punto octavo se encuentra una nueva incongruencia en el sentido que se consigna que "...la empresa no acredita cartas cursadas del personal que realiza labores de buceo y que por el mismo cargo corresponde a la de un trabajador de dirección y confianza...", sobre este punto resalta que las categorías de personal de dirección y confianza son conceptualizados por la ley y que la naturaleza de las funciones que desempeña cada persona dentro de una empresa le otorgan dicha categoría

5. Que, precisa el recurrente respecto a cada uno de los puntos que son materia de sanción lo siguiente: **i)** Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, que la legislación vigente prevé en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 007-2002-TR que, ***"El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación. Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva. La imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo Nº 910, Ley General de Inspección del Trabajo, y sus normas reglamentarias, el empleador infractor deberá pagar al Trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando éste demuestre que fue impuesta (...)".*** De otro lado también se debe tener presente que de conformidad con el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 012-2002-TR, ***"la determinación de la cantidad de horas extras laboradas para efecto de la aplicación de las sobtretasas, se calcula sobre el trabajo en sobretiempo que exceda la jornada diaria de trabajo. El sobretiempo puede ocurrir antes de la hora de ingreso o de la hora de salida establecida. Cuando el sobretiempo es menor a una hora se pagará la parte proporcional del recargo horario. (...) . El empleador y el trabajador podrán acordar compensar el trabajo prestado en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso."*** Ante lo cual le queda absolutamente claro el tema de que existe una obligación de cumplimiento de pago de horas extras siempre que las mismas sean efectivamente laboradas por el trabajador, quien a mayor abundamiento se encuentra en obligación de acreditarlas. Así mismo, el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 007-2002-TR TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, establece que ***"No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia"***, norma que se complementa y concuerda con lo dispuesto por el inciso b) del artículo 10º del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR reglamento de la Ley, el cual establece que ***"Para efectos del artículo 5º de la Ley se consiera como (...) b) Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad; (...)",*** conceptualizaciones dadas por nuestra normatividad vigente que pese a que en reiteradas oportunidades han sido expuestas a los inspectores y ante la misma Autoridad de Trabajo no vienen siendo consideradas para estos casos en particular, en los cuales el supuesto de hecho viene siendo dado por el trabajo en específico que realiza el personal que se desempeña en Diving del Perú S.A.C. en el cargo de buzos quienes conforme es de verse de sus contratos de trabajo, los cuales ya obran en la presente investigación realizan actividades de alto riesgo que por su propia naturaleza les impediría realizar esfuerzo físico de buceo durante 8 horas consecutivas contabilizando inclusive el tiempo en el que dicho trabajador se encuentra en Cámara Hiperbárica, mucho menos les permitiría realizar actividades de esta naturaleza en una jornada que supera ampliamente a las 8 horas, como de manera errónea perciben quienes pretenden que se considere como jornada laborada una que supera las 8 horas que jamás se llegan a cumplir de labor efectiva a bordo, lo que manifiesta debido a que una de las infracciones en la que aparentemente ha incurrido su representada es la de no contar con un registro de asistencia, lo cual no permitiría registrar el

COPIA

trabajo prestado en sobretiempo, circunstancia que lleva a determinar que existe un prejuzgamiento por parte de la Autoridad de Trabajo en relación a las horas que efectivamente labora el personal de su representada, en especial el personal que tiene el cargo de Buzo, ya que se considera que no se registran horas extras como si los trabajadores las realizaran, circunstancia no verificada y que debe ser materia de análisis por parte del superior, teniéndose en cuenta la imposibilidad física de poderse bucear más de ocho horas continuas. No obstante ello y como ha demostrado con sus planillas y boletas de pago que han adjuntado al presente, existen trabajadores que no estando exonerados del registro de asistencia sí perciben horas extras, toda vez que tienen una jornada de inicio y fin establecido y no variable y realizan actividades permanentes dentro de sus puestos para los cuales han sido contratados, circunstancia no analizada pese a que en autos obran los elementos para ello, sin embargo los inspectores únicamente tomaron preocupación por los puntos que a lo largo de esta inspección podrían generar una infracción sancionable, sin percatarse que en el camino las cosas cambian y que en ello han visto alterado todo el panorama inclusive respecto del número de trabajadores, número de afiliados, pagos efectuados, convenio colectivo suscrito en medio de la visita inspectiva, cumplimiento del convenio, entre otros temas que jamás serán considerados y por los cuales tiene la plena seguridad de que de no otorgárseles la razón cualquier tribunal se los otorgará porque la fuerza de los fundamentos esgrimidos por su representada resultan tener más lógica que los casi nulos sustentos de las infracciones. Resalta el recurrente que como es de verse de los Organigramas y Manuales de Organización y Funciones que han adjuntado, cada personal desarrolla una actividad en específico, por lo que existe personal capacitado y especializado para cada una de las labores que se realizan a bordo; sin embargo, por circunstancias extrictamente de conveniencia, cada trabajador al momento de la visita inspectiva –como lo advirtiera en su oportunidad – busca realizar cualquier actividad no asociada a sus funciones en específico, a efectos de que la Autoridad de Trabajo se vea sorprendida, para lo cual obviamente la experiencia y el criterio se imponen como no ha sucedido en este caso, lo cual cree obedece a la impericia involuntaria de los inspectores, lo que manifiesta debido a que el personal que se ha mencionado como parte del personal afectado, existen trabajadores que si firman registros de asistencia, y personal que inclusive desempeña el cargo de supervisor, y se encuentran exonerados de la firma de dicho registro como así lo han acreditado con las copias de las cartas que han adjuntado hasta en dos oportunidades a la presente inspección, precisa finalmente en relación a este punto que no se ha realizado un juicio de subsunción del hecho constatado con el supuesto normativo, por lo que siendo la legalidad uno de los principios de la actuación inspectiva, resulta inviable que el Despacho con tan poco análisis de los hechos y el derecho, pueda llegar a conclusión alguna, por ello respecto a este punto precisa que tal como lo establece el Decreto Supremo Nº 004-2006-TR en su artículo 1º, ***"(...) No existe obligación de llevar registro de asistencia para trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes durante el día ..."***, circunstancia que en primer lugar se complementa con las normas aludidas en el punto precedente relacionadas con los trabajadores que prestan servicios con tiempos de espera y actividad, lo cual no les permitiría jamás llegar a contabilizar cuantas horas de labor efectiva realizan los trabajadores salvo que el registro de asistencia sea utilizado únicamente para registrar el ingreso a la locación ya que el trabajador al momento de concluir su labor y terminar su descompresión en la cámara hiperbárica ha concluido su jornada, dado que por prescripción médica no puede efectuar ningún tipo de actividad, y si por circunstancias de apoyo llegara a operar la cámara hiperbárica en momentáneo reemplazo de quien se encuentra designado para tal fin (hecho no verificado por los inspectores), y sí ello ocurría con cada uno de los buzos que salen de cámara, llegaríamos a un supuesto tal (según análisis de los inspectores) de tener hasta 6 personas manejando la cámara hiperbárica, situación lógica pero que así se ha delimitado con la finalidad de pretender una infracción a todas luces inexistente. No obstante ello y teniendo en consideración los parámetros legales que son los que soportan su posición debe precisar que en autos ha demostrado que existe por parte de su representada una comunicación en la cual se le exonera al trabajador de la firma de registro de asistencia debido al tipo de jornada atípica, en la cual desarrolla sus actividades diarias a lo que deben indicar que dichas cartas y convenios de exoneración de registro de asistencia no han sido impugnadas a la fecha por los trabajadores de conformidad a lo dispuesto por el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo. Adicionalmente a ello, manifiesta que debido a la actividad específica que realizan los trabajadores que se desempeñan como buzos, y al no existir normatividad relacionada con esta actividad, los parámetros de aplicación de la norma

COPIA

trabajo prestado en sobretiempo, circunstancia que lleva a determinar que existe un prejuzgamiento por parte de la Autoridad de Trabajo en relación a las horas que efectivamente labora el personal de su representada, en especial el personal que tiene el cargo de Buzo, ya que se considera que no se registran horas extras como si los trabajadores las realizaran, circunstancia no verificada y que debe ser materia de análisis por parte del superior, teniéndose en cuenta la imposibilidad física de poderse bucear más de ocho horas continuas. No obstante ello y como ha demostrado con sus planillas y boletas de pago que han adjuntado al presente, existen trabajadores que no estando exonerados del registro de asistencia sí perciben horas extras, toda vez que tienen una jornada de inicio y fin establecido y no variable y realizan actividades permanentes dentro de sus puestos para los cuales han sido contratados, circunstancia no analizada pese a que en autos obran los elementos para ello, sin embargo los inspectores únicamente tomaron preocupación por los puntos que a lo largo de esta inspección podrían generar una infracción sancionable, sin percatarse que en el camino las cosas cambian y que en ello han visto alterado todo el panorama inclusive respecto del número de trabajadores, número de afiliados, pagos efectuados, convenio colectivo suscrito en medio de la visita inspectiva, cumplimiento del convenio, entre otros temas que jamás serán considerados y por los cuales tiene la plena seguridad de que de no otorgárseles la razón cualquier tribunal se los otorgará porque la fuerza de los fundamentos esgrimidos por su representada resultan tener más lógica que los casi nulos sustentos de las infracciones. Resalta el recurrente que como es de verse de los Organigramas y Manuales de Organización y Funciones que han adjuntado, cada personal desarrolla una actividad en específico, por lo que existe personal capacitado y especializado para cada una de las labores que se realizan a bordo; sin embargo, por circunstancias extrictamente de conveniencia, cada trabajador al momento de la visita inspectiva –como lo advirtiera en su oportunidad – busca realizar cualquier actividad no asociada a sus funciones en específico, a efectos de que la Autoridad de Trabajo se vea sorprendida, para lo cual obviamente la experiencia y el criterio se imponen como no ha sucedido en este caso, lo cual cree obedece a la impericia involuntaria de los inspectores, lo que manifiesta debido a que el personal que se ha mencionado como parte del personal afectado, existen trabajadores que si firman registros de asistencia, y personal que inclusive desempeña el cargo de supervisor, y se encuentran exonerados de la firma de dicho registro como así lo han acreditado con las copias de las cartas que han adjuntado hasta en dos oportunidades a la presente inspección, precisa finalmente en relación a este punto que no se ha realizado un juicio de subsunción del hecho constatado con el supuesto normativo, por lo que siendo la legalidad uno de los principios de la actuación inspectiva, resulta inviable que el Despacho con tan poco análisis de los hechos y el derecho, pueda llegar a conclusión alguna, por ello respecto a este punto precisa que tal como lo establece el Decreto Supremo Nº 004-2006-TR en su artículo 1º, ***"(...) No existe obligación de llevar registro de asistencia para trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes durante el día ..."***, circunstancia que en primer lugar se complementa con las normas aludidas en el punto precedente relacionadas con los trabajadores que prestan servicios con tiempos de espera y actividad, lo cual no les permitiría jamás llegar a contabilizar cuantas horas de labor efectiva realizan los trabajadores salvo que el registro de asistencia sea utilizado únicamente para registrar el ingreso a la locación ya que el trabajador al momento de concluir su labor y terminar su descompresión en la cámara hiperbárica ha concluido su jornada, dado que por prescripción médica no puede efectuar ningún tipo de actividad, y si por circunstancias de apoyo llegara a operar la cámara hiperbárica en momentáneo reemplazo de quien se encuentra designado para tal fin (hecho no verificado por los inspectores), y sí ello ocurría con cada uno de los buzos que salen de cámara, llegaríamos a un supuesto tal (según análisis de los inspectores) de tener hasta 6 personas manejando la cámara hiperbárica, situación lógica pero que así se ha delimitado con la finalidad de pretender una infracción a todas luces inexistente. No obstante ello y teniendo en consideración los parámetros legales que son los que soportan su posición debe precisar que en autos ha demostrado que existe por parte de su representada una comunicación en la cual se le exonera al trabajador de la firma de registro de asistencia debido al tipo de jornada atípica, en la cual desarrolla sus actividades diarias a lo que deben indicar que dichas cartas y convenios de exoneración de registro de asistencia no han sido impugnadas a la fecha por los trabajadores de conformidad a lo dispuesto por el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo. Adicionalmente a ello, manifiesta que debido a la actividad específica que realizan los trabajadores que se desempeñan como buzos, y al no existir normatividad relacionada con esta actividad, los parámetros de aplicación de la norma

COPIA

laboral deben tener en consideración los procedimientos que regularmente se utilizan en las empresas de buceo, situación de la que esperaban un profundo análisis, conocedores de la incidencia que tendrá la resolución que se emita en el presente procedimiento, sin embargo se ha sorprendido por una resolución que no tiene siquiera un juicio de subsunción que soporte su determinación. Finalmente recalca que considera sustancial en su escrito de fecha 4 de abril, lo relacionado al hecho de que como es de verse del Anexo al Acta de requerimiento en el punto segundo se ha indicado que ***"Se verificó que estos trabajadores realizan, parte de la labor propiamente de buceo, otras labores de apoyo al trabajo mismo de buceo, como manejo y control de cámara hiperbárica, cambio de botellas de oxígeno, entregar y recuperar manga del buzo en el trabajo submarino, apoyo en las maniobras que el buzo, efectúa cambio y abastecimiento de los cilindros de oxigeno y otras labores en adición a sus funciones";*** sin embargo, conforme se ha acreditado con los respectivos Organigramas y Manuales de Organización y Funciones de cada uno de los puestos operativos de una cuadrilla, existe personal que por sus funciones propias realiza las labores que se han detallado anteriormente, lo cual debe considerarse, adicionalmente al hecho mismo de que el buzo por la propia actividad que realiza y el esfuerzo físico se encuentra prohibido de realizar cualquier tipo de actividad con posterioridad al buceo efectuado, es por ello que ingresan inclusive a descompresión y recuperación en cámara hiperbárica, de lo cual no se aprecia absolutamente nada en el Acta de requerimiento porque la evaluación se hará al momento de declarar el cierre de la actuación inspectiva, ya que de otro modo no se explicaría el motivo por el cual no se está considerando estas circunstancias, pese a que los Inspectores han tenido acceso a todos los manuales de trabajo de buceo. ii) Pago de días feriados, respecto a este punto se ha indicado en el punto segundo de los hechos comprobados que existe un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores respecto al pago de los días feriados, desmintiendo categóricamente la falta del cumplimiento de algún acuerdo adoptado con el Sindicato Unico de los Trabajadores de la empresa Diving del Perú S.A.C.-SUTRADIV, máxime si como es de verse del Convenio Colectivo de fecha 16 de noviembre de 2009, este ha sido cumplido a cabalidad como así se ha dejado constancia ante la misma Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo mediante Acta de Acuerdo de Reunión Extraproceso de fecha 26 de enero de 2010, en la cual en el punto cuarto se ha establecido que "Ambas partes luego de deliberar el motivo de la citación del presente extraproceso, coinciden en determinar que en ningún momento ha habido incumplimiento de convenio colectivo correspondiente al período 2009-2010, lo cual han acreditado en su escrito de descargo con las actas de su propósito y con las copias de las boletas correspondientes al mes de enero de 2010, en la cual se puede apreciar el pago del concepto Feriados que en el caso de los trabajadores que han laborado en dichas fechas se les ha efectuado un reintegro por dicho concepto, lo cual ha llevado al mismo Sindicato a declarar de manera expresa y ante la Autoridad de Trabajo de Lima que no ha existido incumplimiento en este extremo por lo que, con los documentos adjuntados en el escrito de fecha 4 de marzo han absuelto y satisfecho tal acotación que bajo circunstancia alguna debería generar algún tipo de imputación respecto de infracción, ante lo cual debe tenerse presente que si los Inspectores de Trabajo hubieran tomado en cuenta el escrito antes mencionado ninguna de las infracciones aludidas hubiera tenido sustento, sin embargo, aparentemente la falta de predisposición a la revisión de la documentación aportada por su representada ha llevado a la administración a tomar una decisión sin poderla justificar de la manera como lo exige nuestra normatividad, ello es contrastando los hechos con el derecho. A lo antes expuestos adicionan que en esta oportunidad la resolución alude a un incumplimiento por parte de su representada respecto de la inclusión de dicho concepto en las boletas del año 2008 cuando la imputación se realiza por otro período, hecho que no guarda congruencia y por lo cual deberá declararse la nulidad en segunda instancia.

6. Que, del estudio y análisis de los autos resulta imperativo tener presente que la Ley N° 28806 "Ley General de Inspección del Trabajo" señala que la Inspección del Trabajo, es el servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, así como exigir las responsabilidades administrativas que procedan en caso de verificarse la vulneración a las mismas.

7. Que, el Procedimiento Administrativo Sancionador en materia sociolaboral, es el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones que se inicia siempre de oficio mediante Acta de Infracción de la Inspección del Trabajo, y se dirige a la presentación de alegaciones y pruebas, en su descargo, por los sujetos identificados como responsables

COPIA

de la comisión de infracciones, así como a la adopción de la resolución sancionadora, que proceda, por los órganos y autoridades administrativas competentes para sancionar.

8. Que, conforme se ha señalado en el segundo considerando se le ha imputado al sujeto inspeccionado como infracción leve el Impedir la obligación de consignar la hora de entrada y salida del personal que labora en alta mar en el Registro Permanente de Control de Asistencia lo que afecta a los treinta y tres (33) trabajadores consignados en la cláusula sexta de la resolución apelada. Al respecto, el sujeto inspeccionado ha señalado que no corresponde tal exigencia por cuanto conforme lo refiere el último párrafo del artículo 1º del Decreto Supremo Nº 004-2006-TR "Dictan disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada" modificado por Decreto Supremo Nº 010-2008-TR, "No existe obligación de llevar un registro de control de asistencia para trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes durante el día. Por tanto, corresponde a la Autoridad Inspectiva para determinar su incumplimiento, determinar la vulneración de los supuestos precisados en la norma, a tal efecto se ha verificado y consignado en el Acta de Infracción de fecha 08 de marzo de 2010, que los afectados, a excepción del Sr. Villegas Iman Carlos Enrique, no ocupan cargo de Dirección. En relación a la fiscalización inmediata debe tenerse en cuenta que conforme lo ha señalado el propio recurrente, los trabajadores se encuentran bajo la fiscalización de un supervisor, por lo que respecto de éste supuesto se verifica su inobservancia; sin embargo, respecto a las labores intermitentes los Inspectores de Trabajo actuantes no han determinado que las labores de los buzos no sean intermitentes o que en su defecto no existan en el desarrollo de dichas labores lapsos de inactividad o espera; por lo que siendo así, no se demostrado dicha vulneración al supuesto legal último precisado. Consecuentemente, debe dejarse sin efecto la imputación de infracción en este extremo.

9. Que, respecto a la infracción referida a: No acreditar el pago en las respectivas boletas de pago de remuneraciones de los feriados laborados de enero a diciembre de 2008, sobre el particular debe señalarse, lo siguiente: El sujeto inspeccionado no ha acreditado mediante la instrumental idónea durante el procedimiento inspectivo, ni en los descargos presentados ni mediante su recurso impugnatorio de apelación, el haber efectuado éstos pagos a sus trabajadores, por lo que corresponde precisar al sujeto inspeccionado que la infracción imputada no está referida al incumplimiento de cláusula convencional sino al cumplimiento de una disposición legal, cuya inobservancia persiste a la fecha; por lo que siendo así, los argumentos expuestos por el recurrente en este extremo devienen en deleznables.

10. Que, respecto a la infracción referida a: No acreditar el registro de Horas Extras en las boletas de pago. Al respecto debe tenerse presente lo señalado en el considerando 8, así como también lo regulado en el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 007-2002-TR que aprueba el "Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo modificado por Ley Nº 27671" el cual señala que: "No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia."; siendo así, no debe ser confundida la jornada de trabajo con el horario de trabajo el cual está referido a la hora de ingreso y salida del trabajador conforme lo regula el artículo 6º del dispositivo antes señalado, el cual se ha señalado va de 06.00 a 18.00 horas; por lo que, en ese sentido corresponde aclarar cual es la jornada de trabajo a efectos de determinar el sobretiempo, situación que en el presente caso no se aplica en atención a lo expuesto precedentemente. Consecuentemente, debe dejarse sin efecto la imputación de infracción en este extremo.

11. Que, estando a los fundamentos expuestos por este Despacho, corresponde declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por ende se procede a dejar sin efecto las infracciones referidas a: Leve: Impedir la obligación de consignar la hora de entrada y salida del personal que labora en alta mar en el Registro Permanente de Control de Asistencia; y, Muy Grave: No acreditar el registro de Horas Extras en las boletas de pago. Y confirmar la Resolución Zonal Nº 01-19-C-044-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011 en el extremo de la sanción referida a la infracción Muy Grave: No acreditar el pago de feriados laborados de enero a diciembre del 2008. Consecuentemente, regúlese y

COPIA

adecúese la multa de S/. 14,400.00 (Catorce mil cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) a S/. 6,336.00 (Seis mil trescientos treinta y seis con 00/100 Nuevos Soles)

Por las consideraciones expuestas y en uso de las facultades conferidas a este Despacho por la Ley N° 28806, su reglamento Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo N° 019-2007-TR y Decreto Supremo N° 001-93-TR, modificado por Decreto Supremo N° 017-2003-TR y Decreto Supremo N° 001-2008-TR.

SE RESUELVE:

Declárese FUNDADO en parte el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Entidad don Omar Fernando Munguía Vergara, mediante registro N° 7054 de fecha 09 de noviembre de 2011. Consecuentemente déjese sin efecto las infracciones referidas a: Leve: Impedir la obligación de consignar la hora de entrada y salida del personal que labora en alta mar en el Registro Permanente de Control de Asistencia; y, Muy Grave: No acreditar el registro de Horas Extras en las boletas de pago; y, Confírmese la Resolución Zonal N° 01-19-C-044-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011 en el extremo de la sanción referida a la infracción Muy Grave: No acreditar el pago de feriados laborados de enero a diciembre del 2008. Regulándose y adecuándose la multa de S/. 14,400.00 (Catorce mil cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) a S/. 6,336.00 (Seis mil trescientos treinta y seis con 00/100 Nuevos Soles) impuesta al empleador: **DIVING DEL PERU S.A.C.,** con RUC N° **20441938846**, en mérito a los fundamentos expuestos en la presente resolución; y, vuelvan los autos a la zona de origen para sus fines. HAGASE SABER. - Firmado en original Abog. Leslye Eduardo Zapata Gallo.- Director (e) de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales.- Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo Piura.- Lo que notifico a Usted con arreglo a Ley.-

Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo Piura
Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales

Socorro Elizabeth Castillo Campos
Esp. Adm. I Direc. Prev. Sol. Conf. Lab
Dirección Regional de Trabajo y P.E. Piura