

JORNADA LABORAL: IMPORTANCIA Y ASPECTOS CRÍTICOS DE SU REGULACIÓN

THE WORKDAY: IMPORTANCE AND CRITICAL ASPECTS OF ITS REGULATION

Brian Ávalos Rodríguez*
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

The present article analyzes the benefits of the limitations on the working day and the reasons why this measure benefits workers, the State and society as a whole.

The author refers to the regulation in the Peruvian legal system and presents proposals that allow greater flexibility for workers, in order for the workers to fully develop.

KEY WORDS: *workday; leisure time; right to leisure; right to health; working time.*

En el presente artículo se analizan los beneficios de la limitación de la jornada laboral y las razones por las cuales dicha medida beneficia a los trabajadores, al Estado y a la sociedad en su conjunto.

El autor hace referencia a la regulación de la jornada laboral en el ordenamiento jurídico peruano y presenta propuestas que permiten mayor flexibilidad para el trabajador, de forma que este pueda desarrollarse plenamente.

PALABRAS CLAVE: *jornada laboral; tiempo libre; derecho al ocio; derecho a la salud; tiempo de trabajo.*

* Abogado. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado senior de Payet, Rey, Cauvi, Perez Abogados. Contacto: bar@prcp.com.pe.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el 09 de junio de 2019 y aceptado por el mismo el 9 de agosto de 2019.

I. TIEMPO DE TRABAJO: IMPORTANCIA Y PRINCIPALES PROBLEMAS EN EL PERÚ

Han pasado más de 100 años desde que se empezó a regular la jornada laboral máxima legal de 8 horas diarias en el Perú (enero 1919), y conviene analizar el estado actual de dicha regulación y cuáles son los aspectos necesarios para mejorar.

La jornada máxima legal tiene como finalidad limitar el tiempo de trabajo para que el trabajador pueda disfrutar de su tiempo libre (derecho al ocio), obtenga ingresos adicionales (horas extras), evite daños en su salud (enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo), entre otros aspectos. Su regulación tiene importancia, pues nos encontramos en una nueva revalorización del tiempo libre, donde la tecnología ayuda en la eficiencia y se busca que el trabajador se capacite para que sea más productivo (sin tener que trabajar más tiempo) logrando que, de esa forma, se reduzca el conflicto social¹. Un caso interesante es el de los abogados que prestan servicios en firmas, quienes si bien en varios países —como el Perú— son considerados como autónomos o en regímenes especiales, sufren temas relacionados al estrés y sus consecuencias, lo que viene generando algunas discusiones sobre como medir su trabajo (horas facturables u otros elementos).

Lo cierto es que existe un exiguo tratamiento en la doctrina sobre la jornada de trabajo y la jurisprudencia no ha cumplido con delimitar aspectos tan importantes como la definición de tiempo de trabajo, límites entre jornadas, las excepciones, etc. Asimismo, vemos escasas inspecciones sobre jornadas y pocas sentencias que ordenen el pago de horas extras. Es por ello que, lamentablemente, no es difícil escuchar a muchos trabajadores que realizan horas extras sin pago adicional alguno, otros que trabajan 70 horas a la semana², algunos que no registran asistencia o su jornada en el papel es de 8 horas, pero laboran de 10 a 12 horas diarias, entre otros casos.

Aunque parezca un problema que solo perjudica al trabajador, en realidad el Estado y el propio empleador se ven afectados, toda vez que el trabajo extremo es una de las principales causas de accidentes laborales y enfermedades profesionales. Esto conlleva que la empresa asuma mayores costos (aumento del valor de la prima de los seguros, menos horas hombre, demandas judiciales por da-

ños y perjuicios y podrían ser denunciados penalmente), y que el trabajador sea menos productivo en la realización de sus labores. Lamentablemente, cada vez es más común escuchar en las noticias, referencias al estrés laboral (estrés negativo producido básicamente por una sobrecarga continua y permanente de trabajo que genera ansiedad o depresión, y que se considera como la causa principal del ausentismo laboral). Asimismo, un efecto extremo del estrés laboral es la llamado *burnout* o síndrome del trabajador quemado, el cual genera una sensación de agotamiento, cinismo o sentimientos negativos relacionados con su trabajo y eficacia profesional reducida. En el Perú, se ha estimado que el 60% de los trabajadores sufre de estrés laboral, aunque consideramos que aún no existen estudios concluyentes que pongan el tema en la agenda del legislativo o que exista un debate a conciencia del problema del estrés laboral.

En adelante, vamos a desarrollar los principales aspectos que justifican la regulación de la jornada, para luego analizar la normatividad actual y ver los principales problemas del tiempo de trabajo en el Perú. Consideramos que es importante empezar el presente análisis desde la importancia de la regulación de la jornada de trabajo, pues nos ayuda a comprender el problema y la necesidad de aclarar las normas para cumplir con su finalidad (la cual está implícita en la importancia de regular y controlar el tiempo de trabajo). Esperamos que este trabajo sirva para la reevaluar la normatividad aplicable a la jornada de trabajo en el Perú y repensar la importancia de limitar la jornada.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Antes de analizar las normas aplicables a la jornada de trabajo, conviene entender cuáles han sido las razones que justifican su regulación. En ese sentido, debemos respondernos por qué es importante tener un límite a la jornada de trabajo, a quien beneficia este límite y que es lo que se espera al restringir su duración.

Podemos adelantar que el límite al tiempo de prestación beneficia evidentemente al trabajador; sin embargo, este agente social no es el único o principal beneficiado. Es fundamental señala el rol que cumple el Estado, ya que este debe buscar que se respete la jornada, con lo cual se garantiza la salud y la productividad de la masa laboral (percibe tri-

¹ Al respecto, ver a L. Valencia (2019).

² De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), hasta el 2015, los peruanos trabajaron un promedio de 70 horas a la semana.

butos cuando labora y no otorga prestaciones de la seguridad social). Por otro lado, el empleador se verá afectado en caso de producirse un accidente laboral, ya que tendrá que asumir diversas consecuencias (reemplazo, costos derivados, demandas, denuncias, etc.), así como un mayor costo derivado de la extensión de la jornada no productiva (agua, luz, teléfono, internet, etc.).

A. Criterios que justifican la regulación del trabajo

Para Alfonso Mellado, existen cinco criterios que justifican la regulación del tiempo de trabajo (2007, p. 57); sin embargo, hemos agregado una razón adicional (*dumping* social), la cual consideramos debe ser determinante para la regulación a nivel local y regional, más aún en un contexto de economía global y de informalidad laboral. El presente análisis no pretende englobar todas las razones para regular el tiempo de trabajo (es decir, no es una clasificación taxativa), sino que hemos considerado que –dentro de nuestra realidad– tiene sentido analizar los motivos establecidos para regular el tiempo de trabajo.

1. El tiempo de trabajo para configurar el precio del trabajo

Alfonso Mellado señala que la regulación del tiempo de trabajo permite identificar el valor del trabajo por el tiempo del servicio, teniendo efectos económicos no solo en el campo individual, sino también en el macroeconómico, en cuanto a la distribución de las rentas en la sociedad, con lo que se produce un efecto redistributivo (2007, p. 57).

En efecto, al margen de cómo se configura el salario, es decir, en base a una medición temporal (hora, semana, mes) y/o por rendimiento (remuneración variable e ingresos complementarios), para determinar el valor del trabajo (otorgamiento de la fuerza de trabajo) resulta indispensable limitarlo en función a un periodo de tiempo determinado o determinable. En otras palabras, si no existe un límite a la jornada, va a ser imposible determinar el valor del trabajo, pues este se va a difuminar en función al tiempo real de los servicios del trabajador, quedando dicha discreción en el empleador, lo cual podría presentarse como una arbitrariedad en perjuicio del trabajador³.

Por tanto, resulta indispensable regular el tiempo de trabajo para poder hallar el valor real de la puesta a disposición de la fuerza del trabajo. Sin este límite, no solo sería complicado hallar el valor del trabajo de forma individual (poder calcular el valor hora, semana o mes del trabajo realizado, quedando a discreción del empleador), sino que tendría efectos macroeconómicos, pues finalmente se afectarían los ingresos de los trabajadores (al ser discrecionales del empleador y evidentemente tender a la baja); lo cual tendría directa relación con la distribución de la riqueza en la sociedad.

2. El tiempo de trabajo como política pública de empleo

La regulación del tiempo de trabajo podría determinar una política de empleo. Al respecto, Alfonso Mellado señala que, de acuerdo con el número de horas que limitan el tiempo de trabajo, se puede repartir el empleo entre más o menos trabajadores (2007, p. 57). Siendo ello así, en la medida que no haya un límite a la duración de la jornada –o si existe y se determina un número mayor de horas– habrá un menor número de trabajadores en el mercado y habrán problemas relacionados con el acceso al empleo, pues es probable que el empleador requiera que se realice la prestación con menos trabajadores (evitando el costo de contratación y capacitación) o que el mismo trabajador –bajo el incentivo del salario por rendimiento– aglomere los servicios.

Es así como la sobretasa por las horas extras, el descanso semanal obligatorio, y el tiempo de vacaciones (monto mayor al valor hora, indemnizaciones o resarcimientos por no gozar de vacaciones) tienen por finalidad desincentivar la generación del trabajo en sobretiempo, y consecuentemente, la distribución del empleo contratando a más trabajadores. Es más, el aumentar el valor hora o establecer una sobretasa al trabajo realizado fuera de la jornada, tiene por finalidad incentivar al empleador a la contratación de otros trabajadores para que realicen dicho servicio u obra, como es una distribución del trabajo en turnos. Asimismo, la limitación de la jornada y el sobrecosto también benefician la contratación a tiempo parcial, reducen la informalidad e incentivan la contratación juvenil.

³ De acuerdo con Marx el valor del trabajo es –en realidad– la puesta a disposición de la fuerza del trabajo para obtener un ingreso mínimo que cubra sus necesidades vitales; por lo que el empleador recibe esta fuerza de trabajo y puede producir algún bien o servicio en un periodo de tiempo (el autor compara lo que representan las horas del trabajador para producir ese ingreso mínimo y la producción real o plusvalía que genera el trabajador y que es aprovechada por el empleador en relación al tiempo restante). Si no existiera un límite a esta disposición (que en un primer momento fue el horario diurno pues no existía el gas o electricidad para trabajar de noche), el empleador podría producir más a costa de menos ingresos del trabajador, menor tiempo libre y una afectación a su salud (1985).

3. El tiempo de trabajo y su relación con el derecho al ocio

La regulación del tiempo de trabajo permite conciliar la vida personal y laboral. Al respecto, Monereo Pérez y Gorelli Hernández (2009, p.59) han señalado que –desde una perspectiva actual– la reducción del tiempo de trabajo supone un mecanismo de mejora de las condiciones de los trabajadores. Se trata –afirman dichos autores– de disponer de mayores dosis de tiempo para el ocio.

Los autores plantean el problema de que la reducción del tiempo de trabajo genera una consecuente reducción del salario (el cual principalmente está amarrado al tiempo). Pero el derecho al ocio no solamente pasa por reducir el horario o tiempo de trabajo, sino también por establecer reglas que fijen, en primer lugar, el cumplimiento de la jornada máxima u ordinaria establecida y no desnaturalizar las horas extras (alargar la jornada establecida o que no tengan un límite las horas extras, por ejemplo, al margen de la voluntariedad en su generación). Este derecho no solo implica que el trabajador tenga tiempo libre, sino que pueda renovar sus fuerzas, pueda capacitarse para aumentar su productividad y pueda desarrollarse como persona.

4. La regulación del tiempo de trabajo y su relación con su ámbito local o regional

La regulación del tiempo de trabajo permite reconocer comportamientos y costumbres arraigadas en la sociedad, como es el caso de los feriados, la duración de vacaciones, los turnos de verano, los refrigerios alargados, entre otros. A modo de ejemplo, las jornadas de trabajo en un inicio eran básicamente diurnas, ya que no existía el alumbrado a gas que permita la prestación en turno nocturno. Además, en nuestro país, en algunas provincias –y en actividades específicas– todavía existen horarios de refrigerio alargados de acuerdo con temas climáticos o de costumbre regional, como, por ejemplo, en el caso de las instituciones bancarias o servicios, en los cuales no hay atención entre la 1 p.m. y las 4 p.m.

5. La regulación del tiempo de trabajo para evitar daños a la salud del personal

La regulación del tiempo de trabajo tiene una finalidad preventiva, de acuerdo con las normas de seguridad y salud en el trabajo. En relación a ello, Lastra Lastra afirma lo siguiente:

(...) La medicina del trabajo repite, con insistencia, que el trabajo continuo puede ser perjudicial para la salud del trabajador, puede ocasionar un decaimiento y agotamiento de

sus energías físicas e intelectuales y, con ello, un menor rendimiento y disminución de la producción, siendo el rendimiento inversamente proporcional a la duración de la jornada laborable, además del peligro que representa el cansancio natural que puede producir accidentes de trabajo (1997, p. 424).

Así, la jornada excesiva –o falta de límites en la configuración del tiempo de trabajo– tiene un impacto directo en la generación de accidentes de trabajo, produce un mayor riesgo a adquirir enfermedades profesionales e impacta en la disminución de la productividad del trabajador (producto de la carga de trabajo), generando en ese sentido mayores costos para la empresa (aumento del valor de la prima de los seguros, costos por daños y perjuicios producto de accidentes o enfermedades de trabajo, multas administrativas, etc.). Respecto a los costos por mayor frecuencia de accidentes o mayor generación de enfermedades profesionales, el costo se representa por el efecto que tendría la empresa, puesto que dejaría de producir. Asimismo, la empresa tendrá que asumir el costo de reemplazar al trabajador, lo que supone un costo adicional no solo por la experiencia y capacitación de este (que de acuerdo con el grado de especialidad podría ser más significativo), sino además por el valor que podría tener dicho personal en el mercado.

Otro costo para la empresa serían los daños y perjuicios por los que debe responder misma frente al mismo trabajador y a terceros (bienes y personales). Así, el trabajador podría interponer una demanda por daños y perjuicios –al margen de la pensión por incapacidad o las prestaciones que otorgan el seguro– respondiendo principalmente por el daño moral, el cual es variable de acuerdo con la actividad del trabajador. Es decir, la empresa, al margen de la contratación de un seguro contra accidentes, puede llegar a responder por daños al trabajador en la vía laboral. En adición a ello, otro costo que podría ser perjudicial para la empresa son las inspecciones de trabajo en materia de seguridad y salud en el trabajo, ocasionando multas que podrían ser reiterativas.

6. La regulación del tiempo de trabajo para evitar el *dumping* social

Si bien Alfonso Mellado (2007) no lo incluye como un factor determinante, consideramos que la regulación del tiempo de trabajo representa un límite al denominado **dumping social**, el cual es definido como la indebida ventaja competitiva entre mercados o empresas y que conlleva la inclusión del factor del ahorro del costo laboral como un elemento para competir (reducción del costo laboral –mediante la informalidad– para ser más compe-

titivo en el mercado con un menor costo del producto final). Así, de no existir un control y una clara regulación del tiempo de trabajo, es evidente que las empresas jugarían con las jornadas para hallar una ventaja competitiva.

Así, vemos que existen empresas que han trasladado sus plantas de producción a países donde existe menor control del tiempo de trabajo o mayor flexibilidad en la jornada. A modo de ejemplo, la marca Nike fabricó en el 2013 aproximadamente el 98% de su producción de zapatillas en Vietnam, China e Indonesia, empleando a un total de 312.667, 249.655 y 168.167 trabajadores, respectivamente (Riera, 2014). A raíz de esta práctica, han surgido diversos debates en relación con los incumplimientos de condiciones laborales y la falta de control de las marcas que subcontratan los servicios de otras empresas fabricantes de sus productos (EcoDiario, 2010).

B. Importancia y regulación del tiempo de trabajo

En los puntos precedentes hemos revisado algunos criterios que justifican la regulación del tiempo de trabajo, algunos de los cuales han tomado mayor protagonismo en los últimos tiempos cuando se discute el derecho al ocio y el derecho a la salud. Como podemos observar, la importancia de regular el tiempo de trabajo no solo implica la búsqueda de un beneficio para el trabajador, sino también supone un beneficio para la sociedad en su conjunto, pues garantiza el empleo, la salud, y finalmente, el desarrollo de la persona como ser humano. Por ello, la presente discusión no se trata únicamente de que se reconozcan las horas extras, sino que la limitación de la jornada trascienda ello y se entienda como una revalorización del tiempo para el ser humano.

A continuación, analizaremos si la normatividad laboral peruana se encuentra en concordancia con la nueva visión y revalorización del tiempo de trabajo. Asimismo, buscaremos centrarnos en los puntos críticos que podrían relativizar el derecho o generar desprotección al trabajador.

III. REGULACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO EN EL PERÚ

A. Ámbito constitucional

Desde el ámbito constitucional, el límite máximo a la jornada de trabajo ha sido regulado en el artículo 25 de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece que la jornada ordinaria de trabajo

es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. De esta forma, el texto reitera lo establecido en la constitución precedente (1979) respecto a la jornada máxima legal (medición diaria y semanal), la cual establecía en el artículo 44 que:

La jornada de trabajo es de ocho horas y cuarenta y ocho horas semanales. Puede reducirse por convenio o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada de trabajo se remunera extraordinariamente. La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas. Determina las condiciones del trabajo de menores y mujeres. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios. También tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo (1979).

A diferencia de la Constitución Política actual y la precedente, las constituciones del Perú de los años 1920 y 1933, como señala Blancas Bustamante (2011, p. 531), solo regulaban los límites a las condiciones laborales perjudiciales para el trabajador, como el trabajo prolongado, es decir, no existía en la constitución una regulación específica en relación con la jornada ni al tiempo de descanso.

La actual constitución —a diferencia de la de 1979— incorpora en el artículo 25 el disyuntivo “o” para fijar la jornada o “por hora” o “por semana”, lo que implica dos alternativas distintas, que nos permiten incorporar una medición mayor a lo que se entiende justamente como jornada atípica.

Por otro lado, para entender los alcances de los límites de la jornada, debemos leer dicho precepto en concordancia con el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución Política, norma que señala lo siguiente: “[...] Toda persona tiene derecho: [...] 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Así, la limitación a la jornada no es simplemente un límite cuantitativo en el trabajo, sino debe ser valorado en relación con el desarrollo del ser humano en todas sus acepciones.

Ahora bien, en relación con el ámbito supraconstitucional⁴, el Perú ha ratificado el Convenio 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1919), el cual regula la jornada laboral de 48 horas; sin embargo, esta norma internacional

⁴ Se debe tomar en cuenta que existen mecanismos que nos ayudan a interpretar los alcances y límites de las normas constitucionales. En efecto, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú (1993), señala expresamente lo siguiente:

establece excepciones temporales (excepciones de carácter político) y excepciones permanentes (se exceptúan de la limitación ciertas categorías de trabajadores como los inspectores, el personal de dirección, etc.) y no define el concepto de jornada. Es por ello que para poder entender el alcance del límite de la jornada se debe interpretar la norma constitucional en relación con las normas internacionales ratificadas por el Perú, tales como el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁵ el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ y el artículo XV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷. Resulta interesante citar la Sentencia 4635-2004-AA/TC para el caso del Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos (precedente vinculante), que apunta hacia la limitación de la utilización de las jornadas atípicas en actividades que pueden poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

Por tanto, desde los ámbitos constitucional y supraconstitucional, no solamente se ha establecido un límite de tiempo, sino que el mismo se enmarca en el reconocimiento del derecho de descanso y disfrute del trabajador (derecho al ocio), por lo que su interpretación deberá estar acorde con los tratados internacionales que ha suscrito el Perú.

B. Jornada de trabajo: marco conceptual y legal

1. Ámbito legal

Desde el ámbito legal, el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo 007-2002-TR (en adelante, LJT) establece que “[l]a jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo [...]”.

En relación con el tope máximo legal, existen autores que cuestionan la utilización del disyuntivo “o” (o 8 horas diarias o 48 horas semanales), debido a que alegan que podría justificar jornadas prolon-

gadas en menos días de la semana. Al respecto, Arce Ortiz (2008, p. 440) considera que se debería interpretar dicho límite en relación con el Convenio 1 de la OIT (1919) y aplicar el “y” para que el límite de la jornada diaria sea máximo de 8 horas. Desde nuestro punto de vista, consideramos que no es correcta esta interpretación, pues la configuración del disyuntivo “o” tiene la finalidad de darle una mayor flexibilidad a la configuración de la jornada (incorporando incluso la atípica). Ahora, creemos que, si lo que se quiere evitar son jornadas extensas sin razonabilidad, se debería incorporar en la norma la obligación de descansos de por lo menos 11 horas entre dos turnos, tal como se establece en la Recomendación 178 de la OIT (Recomendación sobre el trabajo nocturno), que insta a la incorporación de la configuración de descansos entre turnos (1990). A modo de ejemplo, podría establecerse una jornada de 12 horas en 4 días a la semana y tener 3 días de descanso, lo que podría ser más eficiente para el empleador y también para el trabajador, pues reduce el tiempo de traslado, los costos que este implica y podría suponer un periodo mayor de descanso (3 días) para que el trabajador pueda conciliar su vida familiar de forma más eficiente. Una evidencia de ello es el caso de la empresa Perpetual Guardian de Nueva Zelanda, la cual estableció una jornada de 4 días a la semana, reduciendo el estrés, generando mayor productividad y siendo más eficiente para que el trabajo concilie su vida familiar (El Mundo, 2018).

Otro tema interesante es la diferencia que existe entre la jornada máxima legal y la ordinaria. En relación con la primera, el tope máximo se encuentra regulado en la normatividad laboral peruana y es indisponible, es decir, que no se puede pactar un periodo mayor). Por otro lado, la jornada ordinaria de la empresa, se fija en cada establecimiento y podría coincidir, pero en ningún caso puede ser mayor a la máxima legal.

2. Criterios para definir a la jornada de trabajo

Un primer elemento que debemos tomar en cuenta es que en nuestra normatividad laboral peruana

te: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Asimismo, en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución se establece que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁵ El artículo 24 establece lo siguiente: “[...] 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”.

⁶ El artículo 7 señala: “[...] Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: “[...] d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

⁷ El artículo XV señala: “[...] Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”.

na no existe una definición de jornada de trabajo. Si bien el tema no parece relevante, en realidad es un tema complejo, sobre todo al momento de medir el inicio o fin de la jornada (si el ingreso dista del lugar de trabajo). Cabe preguntarse entonces qué sucede si el trabajador utiliza las instalaciones para tomar una ducha o desayuno antes de empezar sus servicios, o durante la prestación se presentan periodos de inactividad (interrumpe sus servicios y va a tomar un café, ve un partido de fútbol, etc.), qué sucede si el trabajador tiene que salir de las instalaciones para brindar sus servicios, así como otros supuestos que podrían generar cuestionamientos si nos encontramos —o no— dentro de la jornada.

Al respecto, existen tres criterios para determinar una jornada de trabajo. En primer lugar, el trabajo efectivo, criterio que solo considera como jornada de trabajo el tiempo efectivo o exclusivo que el trabajador incurre para la prestación de sus servicios. De esta forma, se elimina el denominado tiempo muerto, la inactividad o actividades no relacionadas con su contratación, así como los tiempos de desplazamiento entre la puerta de ingreso al centro de trabajo o de operaciones con el momento en que inicia su prestación, se eliminan los tiempos de aseo, llamadas personales, etc. El presente criterio tiene problemas en la medida que resulta complicado registrar el tiempo efectivo o exclusivo de prestación del trabajador (Beltrán Quiroga, 2006, p.168); más aún cuando se debe trasladar ese tiempo a un valor económico y se busca que el mismo no resulte arbitrario (es evidente que es el empleador quien va a determinar o resolver finalmente los tiempos que se van a considerar como muertos o inactivos).

En segundo lugar, la dependencia restringida, la cual es definida por Beltrán Quiroga como:

[...] El tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, sin importar la actividad o inactividad en que se encuentre, debido a que es la actividad o el puesto de trabajo el que demandará una actuación constante del servidor o no [...] de modo que mientras no se produzca el evento que se espera o la orden del superior que dirige la labor, el trabajador no tendrá nada que hacer, sin que sea su responsabilidad (2006, p. 168).

En este criterio se evita el problema del control del empleador sobre actos privados y la medición se establece en función a la puesta en disposición de la fuerza del trabajo, durante la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo. El problema, en este caso, surge cuando los trabajadores deben salir del centro de trabajo, pues deben prestar sus

servicios fuera o el empleador tiene distintos centros de operaciones.

En tercer lugar, respecto a la dependencia extendida, Beltrán Quiroga señala sobre esta teoría lo siguiente:

[...] La jornada no solo debe abarcar el tiempo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador “dentro del centro de trabajo”, sino también “fuera de él”, esto es, no solo cuando cumple tareas fuera del lugar permanente de labor, por encargo del empleador, sino también el tiempo que emplea el servidor para trasladarse desde su hogar o domicilio hacia el centro de trabajo, así como el retorno a éste [...] (2006).

Esta teoría no solo incluye los desplazamientos como consecuencia de la disposición del trabajador frente al empleador (encargo de la prestación de servicios fuera del centro de trabajo), sino incluso toma en consideración el tiempo del traslado de la vivienda del trabajador hasta llegar a su centro de trabajo (y viceversa). El problema radica en la complejidad para medir el tiempo de traslado, así como el incentivo que tendrían los que viven lejos del centro de trabajo para que se compute dicho periodo de tiempo, en desmedro de los trabajadores que viven cerca. Asimismo, también hay un efecto perverso, pues la entidad empleadora buscaría otorgar el puesto a los trabajadores que vivan cerca a la empresa (Ulloa Millares, 2015, pp. 861-874).

Tras conocer los tres criterios para determinar una jornada de trabajo, consideramos que el criterio que se debería utilizar en el Perú es el de la dependencia restringida, en tanto el trabajador se sujeta a la disposición del empleador, ya que este mantiene el riesgo de la actividad y la facultad de poder utilizar —o no— la fuerza de trabajo. De esta forma, las pausas naturales de la prestación no deberían implicar una interrupción del tiempo de servicios, al encontrarse a disposición de las órdenes del empleador (salvo el refrigerio o aquellas interrupciones donde el trabajador tenga la facultad y libertad para decidir qué va a hacer con su tiempo). Asimismo, también se debería utilizar parcialmente el criterio de la dependencia extendida para el caso en que el trabajador deba salir del centro de trabajo por mandato del empleador y para la prestación de sus servicios, sin que ello implique una interrupción de su jornada.

3. Aproximaciones a la definición de la jornada de trabajo.

Si bien en la norma peruana no existe una definición específica de la jornada de trabajo, el artículo

7 del Decreto Supremo 004-2006-TR, norma que regula el control de asistencia, señala expresamente lo siguiente:

Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable. Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo.

En base a dicha norma se podría establecer un intento por regular el concepto de tiempo de trabajo, en el cual se fija un criterio de permanencia en el centro de trabajo, presumiendo –bajo prueba en contrario– su ubicación. El referido criterio se ubica en una visión centralista de la producción (fordista) –definición que no considera el tiempo de traslado fuera por indicación del empleador o los periodos de guardia–; es decir, que la sola presencia del trabajador en el centro de trabajo ya determina el inicio y fin de la prestación, presumiéndose, en esa línea, que su mera permanencia implica una prestación efectiva.

A nivel de los convenios de la OIT, fue recién el Convenio 30 el cual otorgó una definición que, si bien no ha sido aceptada por el Perú a través de la respectiva ratificación, nos puede ayudar en la delimitación conceptual. Este convenio estableció a la letra que “la expresión ‘horas de trabajo’ significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador”. En ese sentido, a nivel de la OIT observamos que el criterio que define la jornada es la puesta a disposición del trabajador respecto al empleador. Sin embargo, no resulta claro qué debe entenderse por tal expresión.

Al respecto, mediante el Informe III (Parte 1b), la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado lo siguiente:

Debería establecerse una clara distinción entre periodos de trabajo, periodos de descanso y periodos en que el trabajador permanece a disposición del empleador sin realizar efectivamente un trabajo. Cabe mencionar que los criterios de estar a disposición del empleador no exigen que se esté exclusivamente a esa disposición y al parecer, permite al trabajador utilizar parte de su tiempo en sus actividades personales o, para expresarlo de otro modo, la utilización de la frase “a disposición del empleador”

no impide que el trabajador pueda realizar algunas actividades personales. La cuestión es en qué medida el trabajador se ve limitado a realizar actividades personales durante las horas de atención continuada, para ser considerado que está efectivamente a disposición del empleador. Esto deberá considerarse según las circunstancias de cada caso (2004, p. 21).

Pues bien, como se observa, para la OIT la jornada de trabajo está comprendida por el tiempo en que el trabajador realiza labor efectiva y el tiempo en que el mismo se encuentra a disposición del empleador, aunque no realice labor efectiva. En este último caso, la puesta a disposición no impediría que el trabajador realice actividades personales, pero deberá privilegiar el **llamado** del empleador, limitando sus actividades personales en la medida que el empleador lo requiera.

En relación con la doctrina laboral peruana, Toyama Miyagusuku ha señalado lo siguiente:

Si bien no se realiza una precisión, consideramos que, centralmente, se apuesta por el cómputo de la jornada de trabajo sobre la base de la “puesta a disposición efectiva” del trabajador. En otras palabras, la jornada máxima o la ordinaria en cada centro de trabajo se determinan sobre la base de la puesta a disposición efectiva del trabajador. Esta afirmación se derivaría de las siguientes características de la normativa peruana: el carácter contraprestativo de la remuneración, la precisión de que las horas extras son aquellas que efectivamente se prestan, la expresa exclusión del refrigerio de la jornada de trabajo, la consideración del trabajo intermitente de espera como un supuesto de exclusión de la jornada de trabajo, etc. De lo expresado, no estarían comprendidos dentro de la jornada de trabajo la mera presencia del trabajador en la empresa, el cambio de ropa, el traslado interno, etc. en tanto resulten razonables dentro de la diaria prestación laboral. Por el contrario, la puesta efectiva a disposición del trabajador –aun cuando no exista un trabajo real– se encuentra dentro de la jornada de trabajo [...] (2011, p. 326).

A partir del texto citado, podríamos inferir que una **puesta a disposición efectiva** constituye un estado de sujeción en el que bastará que el empleador dé las órdenes, instrucciones, materiales o equipos necesarios para que se inicie o reanude la prestación efectiva de labores. Ello a su vez implica que la inactividad de los trabajadores dependa únicamente de la empresa y nunca de los trabajadores mismos, pues, si dependiera de ellos o estuviera bajo su control el inicio o la reanudación de las labores, ya no nos encontraríamos frente a un estado de sujeción.

En lo referente a los pronunciamientos judiciales, la Casación Laboral 9387-2014-Lima Norte, publicada en el año 2016, ha señalado lo siguiente:

[...] El tiempo que el trabajador utiliza para cambiarse de ropa, cuando la labor lo exige, debe incluirse dentro de la jornada de trabajo, en razón a que el trabajador ya ingresó a su centro laboral a trabajar y está a disposición del empleador [...].

Al respecto, de la interpretación de la Corte Suprema, se entiende que se debería incluir dentro de la jornada el tiempo en el que el trabajador está disponible para realizar su actividad y sus obligaciones laborales (en este caso, era una obligación contar con uniforme). Por el contrario, si no existe obligación de cambiarse y utilizar las duchas para asearse, nos preguntamos ¿debería considerarse este tiempo como parte de la jornada? Si bien esta casación aborda un tema interesante, lo realiza a partir del cuestionamiento del Reglamento Interno de Trabajo (RIT), dejando pasar la oportunidad de desarrollar lo que se entiende por jornada de trabajo y profundizar en el concepto de puesta a disposición frente a la libertad del trabajador para realizar dentro de las instalaciones actividades no relacionadas a sus obligaciones laborales.

Cabe destacar que una propuesta que se ha venido trabajando es la planteada en el Proyecto de la Ley General del Trabajo, el mismo que precisa en su artículo 234 lo siguiente: “La jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador presta el servicio contratado con el empleador. Integran dicha jornada los periodos de inactividad requeridos por la prestación contratada”. La referida definición incorpora a la inactividad como parte de la jornada, lo que representa un gran avance; sin embargo, consideramos que hubiera sido mejor que se incorpore el concepto de **puesta a disposición** a efectos de trasladar el riesgo al empleador y evitar que se confunda el tiempo de trabajo con la prestación efectiva. En efecto, esta definición amarra el tiempo al servicio en general, pero no nos otorga luces respecto a los lapsos de inactividad donde el trabajador tiene libertad para realizar lo que desee, o no permite nos aclarar qué sucede cuando el trabajador ingresa a las instalaciones del empleador, pero no se inicia el “servicio contratado”.

Por tanto, consideramos importante que se debata la definición de lo que se considera como jornada de trabajo o en todo caso, se delimite en la vía jurisdiccional. Ello nos ayudaría a definir la puesta a

disposición del trabajador, cuándo inicia o finaliza la prestación y nos daría luces para tratar el tema de inamovilidad o espera.

C. Excepciones a la jornada máxima legal

Otro tema interesante que se debería revisar son las excepciones a la limitación de la jornada de trabajo. En efecto, el artículo 5 de la LJTS (Decreto Supremo 007-2002-TR), señala lo siguiente:

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.

El artículo 10 del RLJTS (Decreto Supremo 008-2002-TR), define cada uno de estos tipos de categorías de trabajadores exceptuados de la jornada laboral. Asimismo, el artículo 11 de la misma norma, precisa la situación especial de los trabajadores de confianza, pues, si bien en un momento establece que estos no se encuentran comprendidos en la jornada máxima de trabajo, la misma norma exceptúa de dicha exoneración a los que se encuentra bajo un control efectivo por parte de la entidad empleadora. En otras palabras, el hecho de ser calificado como trabajador de confianza, no lo exonera del cumplimiento de la jornada máxima de trabajo.

Por otro lado, el artículo 1 del Decreto Supremo 004-2006-TR señala lo siguiente: “[...] 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”. En ese sentido, la norma que regula el registro de asistencia, además excluye de la obligación del control a los trabajadores de dirección, no sujetos a fiscalización e intermitentes.

Ahora bien, un tema preliminar es analizar si es correcto que existan excepciones a nivel reglamentario a la jornada máxima legal, bajo el argumento principal que dicha excepción afecta normas constitucionales como la jornada de trabajo y el tiempo de descanso. Sin embargo, analizando la evolución de los Convenios de la OIT relacionados a la jornada⁸, podemos identificar que existen ciertas categorías de trabajadores que forman parte de las excepciones temporales y permanentes. Dentro de los supuestos de excepción se encuentran el trabajador miembro de una familia del empleador,

⁸ Son en total 15 convenios de la OIT que regulan temas vinculados al tiempo de trabajo. El Perú solo ha ratificado el Convenio 1, y el convenio 67, el cual ha sido derogado en el año 2017.

el trabajador complementario o preparatorio, el trabajador de dirección, inspección, intermitente, viajantes, representantes, entre otros.

A nuestro criterio, la excepción –a priori– no afecta el derecho constitucional a la jornada, toda vez que su no sujeción a la jornada máxima se sustenta en la propia naturaleza de su cargo que determina que sea imposible controlar o que no tenga sentido dicha obligación.

Ahora bien, a continuación, analizaremos si cada una de las excepciones planteadas en la normatividad peruana es válida o podría vaciar el contenido de la norma constitucional. Esto último considerando la importancia de regular la jornada laboral y los derechos constitucionales y supraconstitucionales que se vinculan y delimitan.

1. Personal de dirección

En relación al personal de dirección, el artículo 10 de la LJTS (Decreto Supremo 007-2002-TR) y el artículo 43 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR) (en adelante, LPCL), definen –en su conjunto– a los trabajadores de dirección como aquellos que ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o frente a terceros, o que lo sustituyen, o que comparte con aquel las funciones de administración o control de la empresa, y cuyo grado de responsabilidad va a ver reflejado el resultado de la actividad desempeñada por la empresa.

Esta categoría es la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que existe una razón trascendental en su excepción; es decir, que el empleador no puede controlarse a sí mismo (situación que está claramente determinada en los convenios de la OIT). El problema es ¿quién representa al empleador? y ¿cuál es el límite para calificarlo como personal de dirección?

De acuerdo con lo analizado, existe en nuestra normatividad laboral peruana una definición flexible de lo que se considera personal de dirección, entendido como todo aquel que ejerce los actos de representación y control del empleador, y maneja información que sirve para la toma de decisiones. Desde este punto de vista, el empleador podría calificar en la estructura orgánica de una empresa –sobre todo compleja– a un sinnúmero de trabajadores que ocupen un cargo de jerarquía, es decir, contar con personal subordinado, y que puede tomar decisiones en el ámbito de su actividad, tomando en consideración que maneja información sensible.

Es así como cargos que tienen una relación de jerarquía (supervisores, jefes, etc.) y toman decisiones dentro de su ámbito –al margen de la denominación de sus puestos– son calificados como de dirección. Incluso se puede observar denominaciones que contribuyen a la calificación del personal (gerentes, directores, presidentes, etc.). El problema no es la desnaturalización de la figura, sino la relativización del concepto, lo que lo hace legal cuando encubre una afectación a la jornada laboral. Asimismo, la relativización del concepto no solo afecta el tema de la jornada de trabajo, sino que tiene otras implicancias y limitaciones, como es el caso de la extensión del periodo prueba, la no reposición, la no afiliación sindical, entre otros aspectos.

Un caso interesante es el que se plantea en la Sentencia de la Sala Laboral de Lima (Expediente 3145-1998-Lima), en la que se analiza al administrador de una agencia y se concluye lo siguiente:

[...] El demandante prestó servicios para el banco demandado como Administrador de la Agencia de Monterrico (...) los administradores en razón de ejercer funciones de representación de su empleador y de control frente al personal tienen la calidad de trabajadores de dirección [...].

La pregunta es si un administrador de una agencia es un trabajador de dirección, sobre todo cuando seguramente labora dentro de una estructura compleja. Por lo pronto, entendemos que la Sala lo considera como personal de dirección, quizás porque la norma es flexible en su definición. Sería importante que se debata cuál es el límite de la definición desde el ámbito constitucional, el cual podría estar afectando a todo un grupo importante de trabajadores que no solamente no tienen derecho a horas extras, sino tampoco a ciertas protecciones adicionales (no les corresponde la reposición, período de prueba extendido, etc.).

Por tanto, cuando hablamos del personal de dirección, no hablamos de cualquier trabajador que ejerce un poder frente a otro o que maneje información confidencial, sino que se trata de aquel que subsume las facultades propias del empleador. Es cierto que se diluye esa representación conforme va creciendo la empresa (seguramente en un inicio era identificable al dueño del negocio o sus representantes), pero también la complejidad de la definición del empleador se ha relativizado. Es por ello por lo que resulta trascendente limitar y fijar quién es un personal de dirección, más aun cuando su calificación implica cierta reducción de protección de la norma laboral.

2. Personal no sujeto a fiscalización

Respecto al personal no sujeto a fiscalización, el artículo 10 del RLJTS, define a los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata como:

[...] Aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes.

El primer problema radica en la bifurcación de su definición que contiene dos tipos incorporados (con subtipos: por un lado, los que laboran sin supervisión –total o parcial– y, por otro lado, los que realizan sus servicios fuera del centro de trabajo –total o parcial–). Ello hace que esta excepción abarque a un número importante de trabajadores y que su elección dependa generalmente del propio empleador, reduciendo su posibilidad al control de su tiempo y a los derechos constitucionales comentados en los capítulos precedentes. El segundo problema que hemos analizado es cómo podemos determinar el porcentaje de permanencia en el establecimiento para excluirlo –o no– de la jornada laboral, situación que generaliza el supuesto, pues es el empleador quien puede definir esta situación en base a su facultad de dirección.

Ahora bien, con el avance de las nuevas tecnologías, tales como el GPS, teléfono celular, cámaras, acceso a internet, entre otros, la conexión y control del empleador traspasa las fronteras del espacio físico o presencia *in situ* (Toyama Miyagusuku, 2014), por lo que es posible que la empresa supervise a distancia, sobre todo cuando dicha prestación tiene un inicio y/o fin generalmente en las instalaciones de la empresa. En ese sentido, todo trabajador que debe asistir a prestar servicios a las instalaciones del empleador –incluso cuando dicha prestación sea parcial o porcentual– deberá considerarse dentro del régimen de la jornada máxima.

Por consiguiente, y tal como lo hemos analizado precedentemente, existe una restringida categoría de trabajadores que laboran sin intervención del empleador y no requieren asistir al centro de trabajo, como son los casos del vendedor comisionista puro, un agente de ventas, un geógrafo, un explorador, etc. Este personal podría ser exceptuado de la jornada de trabajo por el grado de independencia y autonomía en su prestación, la cual no depende del control del empleador (por lo que el mismo renuncia a sancionar su falta de asistencia o a tener un control director en su prestación, etc.). Estos supuestos son excepcionales, por lo que los trabajadores tienen plena libertad para realizar lo

que estimen pertinente en cualquier momento, mezclando en el tiempo su prestación con servicios personales o para su propio interés.

Resulta interesante en este caso el voto en discordia del magistrado Arias Lazarte en la Casación Laboral 3780-2014-La Libertad, en la que se pronuncia sobre los choferes de líneas interprovinciales, en relación con el personal no sujeto a fiscalización, en la cual señala lo siguiente:

Quinto [...].- En el caso de los trabajadores que laboran fuera del centro de trabajo, debe de cumplirse el siguiente presupuesto para que no se encuentre presente la fiscalización inmediata: no deben de estar sujetos a vigilancia en la prestación de sus labores; presupuesto que no se cumple en el caso de los conductores de vehículos de transporte interprovincial, ya que normalmente los choferes cuentan con inspectores, sistemas de control satelital, tacómetro, hoja de ruta y otros medios que permiten la supervisión del trabajo que realizan. La no presencia en el vehículo del piloto y copiloto puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria para el trabajador y administrativa para la empresa (...). Además, estos trabajadores cumplen con tiempos específicos para llegar a su destino y para volver al lugar de partida; debiendo recorrer determinada distancia consumiendo determinada cantidad de combustible, y cumplir con estrictas especificaciones sobre sus paradas y demás especificaciones contenidas en el reglamento interno, además de lo especificado en las normas técnicas del sector de transporte terrestre; razones por las cuales estos trabajadores no pueden ser considerados como personal no sujeto a fiscalización inmediata; [...] (2016).

Es interesante como el voto en discordia analiza la situación de los choferes interprovinciales, es decir, aquellos trabajadores que parten de un lugar determinado y llegan a una estación, y que tienen una prestación limitada incluso por una norma relacionada al transporte, el Decreto Supremo 025-2017-MTC. Así, el voto en discordia señala que este tipo de trabajador no puede ser considerado como “no sujeto a fiscalización”, pues su labor es claramente fiscalizable debido al uso de las nuevas tecnologías, como el GPS. Coincidimos con el voto en discordia, pues la tecnología ha sido un elemento que nos permite cuestionar la razón de ser de esta excepción y su defensa en este siglo, en el que el celular, el GPS y otras tecnologías relativizan su validez. Respecto a estos temas, volveremos en las conclusiones.

Por tanto, consideramos que –tal como se encuentra regulado en el Perú– la presente excep-

ción puede validar el uso irregular de esta figura, o en todo caso, incorporar a trabajadores que si cuentan con un control del empleador (o con la posibilidad que lo tengan), solo que el empleador puede acondicionar esta situación para restar los beneficios de una jornada laboral.

3. Personal intermitente

En relación con el personal que realiza labores intermitentes, el artículo 10 del RLJTS define a esta categoría de la siguiente manera: “[...] Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad”.

Ahora bien, consideramos que el artículo comentado hace referencia a los “lapsos de inactividad” entendidos como interrupciones en beneficio del propio trabajador, que tiene plena libertad para realizar actividades en beneficio propio. Es evidente que no tendrá esta capacidad si se ubica dentro del establecimiento o en el centro de operaciones a merced de las ordenes de empleador o si es el empleador quien determina cuándo se llevan a cabo las pausas. De Manuele concluye lo siguiente:

[...] Toda disposición del tiempo por el trabajador para ser voluntaria no debe estar condicionada por las necesidades funcionales de la empresa, es decir que si es ésta la que establece cuando se efectúa la pausa breve, y cuál es su objeto, máxime si se retiene al trabajador dentro del establecimiento, no podrá invocarse que hay disposición de tiempo en beneficio propio, porque disponer del tiempo es hacerlo en libertad [...] (2013, p.106).

Respecto a la definición de lapsos de inactividad, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral en mayo del 2012 ha llegado a la conclusión de que se encuentran excluidos de la jornada de trabajo aquellos trabajadores que cuentan con tiempos de espera, así se encuentren a disposición del empleador para efectuar dichas labores. Así, el referido Pleno señala lo siguiente:

El sustento para excluir de la jornada máxima de trabajo a los trabajadores que prestan servicios de vigilancia o custodia radica en que sus labores se desarrollan de manera alternada con lapsos de inactividad, en los cuales no se realiza un trabajo activo en forma permanente, sino que el esfuerzo e intensidad para el desarrollo de su labor es menor en comparación con otras labores, lo que supone una indisponibilidad de tiempo diferente que no son

asimilables a las desplegadas en otros ámbitos del quehacer económico y social; empero ello no obsta para que se acredite, en contrario, respecto a la real naturaleza de los servicios prestados por un trabajador con labores intermitentes, que éstos eventualmente (y en determinadas circunstancias) han sido desplegadas de manera permanente.

Un elemento interesante que establece el Primer Pleno es que define al personal que realiza actividades intermitentes como aquel que realiza un menor **esfuerzo** o la intensidad es menor durante la jornada, lo cual difiere de otras actividades económicas. Desde esta definición, no interesa la libertad que tiene el individuo para realizar actos en beneficio propio, sino que las pausas en sí mismas representan —en toda la jornada— una facilidad que permite exceptuarlo de la jornada laboral.

En relación con los pronunciamientos judiciales, la Casación Laboral 2525-2011-Lima considera que el chofer de ambulancia era un trabajador intermitente con lapsos de inactividad. Entre las razones planteadas, la Corte Suprema señala lo siguiente:

[...] Décimo Sexto: En ese sentido, el sustento para excluir de la jornada máxima de trabajo a los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, radica en que sus labores se desarrolla de manera alternada con lapsos de inactividad, en los cuales no se realiza un trabajo activo en forma permanente sino que el esfuerzo e intensidad para el desarrollo de su labor es menor en comparación con otras labores, lo que supone una disponibilidad de tiempo diferente que no son asimilables a las desplegadas en otros ámbitos del quehacer económico y social; lo que no obsta para que se acredite, en contrario, respecto a la real naturaleza de los servicios prestados por un trabajador de Chofer cuando su actividad implica un trabajo permanentemente activo, tal y como lo ha establecido la OIT en el Convenio 67, respecto a las horas de trabajo y descanso en el transporte de carretera, y en el Convenio 153, sobre duración del trabajo y periodos de descanso en los transportes por carretera.

Como lo hemos anotado en este proceso, la Corte Suprema considera que, en este tipo de labores, la intensidad es menor que en otros servicios: al no existir un trabajo activo permanente, se permite la excepción de la jornada. Consideramos que esta última tesis responde a un criterio de flexibilización de esta figura, pues no importa que el trabajador esté a disposición del empleador y que

no pueda utilizar ese tiempo para lo que estime conveniente, exceptuando al chofer de la ambulancia que debe estar pendiente a que exista una emergencia sin importar el tiempo que realice esta función (dentro del ámbito de dominio del empleador).

Es por ello, que, bajo esta definición, no interesa si el trabajador realiza actos administrativos durante las pausas, o si permanece en el centro de trabajo o bajo disposición del empleador, ya que, en todos estos casos, estaría exceptuado de la jornada por esta supuesta **desvalorización** de la prestación.

4. Sobretiempo

Si bien el sobretiempo representa una prestación fuera del límite de la jornada, es importante analizar su regulación, pues la misma podría implicar una afectación a los derechos constitucionales. Nos explicamos: si el trabajador realiza constantemente horas extras –al margen que estas sean voluntarias– podría entenderse como una extensión de su jornada.

En el Perú, la norma que regula la jornada laboral es el Decreto Supremo 007-2002-TR que corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (LJTS), así como su Reglamento (RLJTS). Sin embargo, es importante señalar que en la actual Constitución Política –a diferencia de la norma constitucional anterior– no cuenta con una regulación específica sobre el trabajo en sobretiempo. En efecto, en lo que refiere a la LJTS, el artículo 9 establece la posibilidad que el trabajador acuerde con el empleador el trabajo en sobretiempo, siempre que sea voluntario y se genere el pago de una sobretasa.

Un primer elemento interesante es que la norma establece que quien labora en horas extras deberá recibir una compensación económica equivalente al 25% por las 2 primeras horas y, a partir de la tercera hora, deberá recibir una compensación equivalente al 35% del valor hora. Esto quiere decir que el empleador paga más por trabajar fuera de la jornada, aunque cuenta con la posibilidad de realizar una compensación, previo acuerdo con el trabajador. La pregunta es, si lo que se busca es conciliar el sobretiempo con el tiempo de ocio, quizá una alternativa sería aumentar el valor de la sobretasa; sin embargo, consideramos que ello no es correcto, pues se realizaría un incentivo perverso por el que el trabajador podría preferir trabajar más a costa de su tiempo de descanso. De esta forma, tal vez un límite a los efectos de jornadas excesivas es restringir la posibilidad de generar horas extras, lo cual va a incentivar al empleador

a contratar más trabajadores si es que el ritmo de trabajo así lo determina.

La LJTS define al sobretiempo como voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación, precisando, además, que nadie puede ser obligado a trabajar bajo esta condición. Asimismo, esta misma ley establece que el que obliga o fuerza a trabajar deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando este demuestre que le fue impuesta. En adición a ello, la Ley General de Inspección de Trabajo (Ley 28806) y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 019-2006-TR, establecen que corresponde una infracción muy grave el incumplimiento de las disposiciones de trabajo en sobretiempo. Incluso podría interpretarse que podría existir responsabilidad penal de funcionarios por parte del empleador, al haberse incorporado en el Código Penal el artículo 168-B, el cual señala lo siguiente:

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años (1991).

Al respecto, el artículo 9 de la LJTS establece que, en caso de acreditarse una prestación de servicios en calidad de sobretiempo, aun cuando no hubiera disposición expresa del empleador, se entenderá que ésta ha sido otorgada tácitamente, por lo que procede el pago de la remuneración correspondiente por el sobretiempo trabajado. Sobre el particular, el artículo 22 del RLJTS señala que la prestación de servicios en sobretiempo que no cuenta con disposición expresa del empleador se entenderá prestada con su autorización tácita y en forma voluntaria por el trabajador.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que el Decreto Supremo 004-2006-TR –norma que regula el registro de asistencia– establece una serie de presunciones respecto a la generación de trabajo en sobretiempo. Así, la norma señala lo siguiente:

(...) Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable. Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo.

De esta forma, si el trabajador demuestra su permanencia en el centro de trabajo, se presume el acuerdo tácito del empleador para la generación de trabajo en sobretiempo.

El artículo 10 de la LJTS, al pronunciarse sobre la obligación del empleador respecto al registro de asistencia, señala lo siguiente: "(...) La deficiencia en el sistema de registro no impedirá el pago del trabajo realizado en sobretiempo, si el trabajador acredita mediante otros medios su real y efectiva realización". Si no se cuenta con el registro donde se constate las horas extras, para que el trabajador reclame dicho beneficio debe acreditar su prestación (si no hay servicio no hay obligación de pago).

Por tanto, si bien existen una serie de reglas en relación al sobretiempo, identificamos ciertas deficiencias en la norma que hacen que los trabajadores realicen jornadas excesivas a costa de su derecho al ocio y a la salud en el trabajo, tales como no tener un límite a las horas extras, trasladarse la carga de la prueba cuando no existe registro de asistencia (lo cual hace preferible no tener control). En definitiva, estos temas deberían ser revisados para hacer eficiente el control de la jornada y privilegiar el tiempo de ocio del trabajador.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como lo hemos analizado, la jornada de trabajo está materializada en una de las normas más antiguas e importantes del derecho laboral peruano; sin embargo, actualmente es una de las más flexibles, poco fiscalizadas y cuya pretensión, en casos específicos, es muy pocas veces amparada en el Poder Judicial. Consideramos que es momento oportuno para que se reevalúe la jornada de trabajo y todos sus efectos, pues no solo beneficia al trabajador, sino al propio empleador, al Estado y a la sociedad en general.

Un primer tema para mejorar es incorporar la definición de jornada de trabajo o debatir sobre sus alcances, partiendo de la definición que se propone en el Proyecto de Ley General del Trabajo. Respecto a las excepciones, se debería limitar la definición de las categorías exceptuadas, pero para ello se requiere una modificación normativa que precise el concepto. Respecto al sobretiempo, se debería establecer un límite mensual y regular un tiempo de descanso entre jornadas, a efectos de evitar la extensión de la jornada o prestaciones que pongan en riesgo la salud del trabajador.

Quizá aún no sea el momento de evaluar o discutir sobre la posibilidad de la reducción de la jornada

(aunque en algunos sectores incluso se viene aplicando, como es el caso de la jornada reducida de verano o situaciones similares), hecho que en el mundo está en boga, ya que se entiende que se debe trabajar menos para ser más productivos. En esta oportunidad consideramos que se debe evaluar la definición de jornada de trabajo, regular el límite al sobretiempo, analizar los alcances de las excepciones, regular el procedimiento de calificación del personal (no solo de dirección y confianza, sino los no sujetos a fiscalización e intermitentes) y la reversión de la carga de la prueba en caso no exista control de asistencia.

Estos puntos los consideramos críticos y relevantes para una próxima modificación normativa. Creemos necesario, en primer lugar, por lo menos la generación de un debate sobre el tema en el mundo laboral, sobre todo ahora que se han cumplido 100 años desde la primera vez que la jornada laboral fue regulada en el Perú. 🇵🇪

REFERENCIAS

- Alfonso Mellado, C. (2007). Las Horas Extraordinarias. En: Aparicio Tovar, J. y J. López Gandía (coords.). *Tiempo de Trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Associated Press (6 de mayo de 2019). "El gigante francés de telecomunicaciones Orange en juicio por suicidios del personal". En: *New York Post*. Recuperado de: <https://nypost.com/2019/05/06/french-telecom-giant-orange-on-trial-over-staff-suicides/>
- Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Palestra.
- Beltrán Quiroga, J. (2006). Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo. En: *Revista Laborum* 6.
- Blancas Bustamante, C. (2011). La cláusula de estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ecodiario.es (1 de octubre de 2010). "Las fábricas de Nike, Puma o Adidas: así es la nueva esclavitud del siglo XXI". En: *Ecodiario.es*. Recuperado de: <http://ecodiario.economista.es/deportes/noticias/2490830/10/10/Las-fabricas-de-Nike-Puma-o-Adidas-asi-es-la-nueva-esclavitud-del-siglo-XXI.html>
- El Economista América (15 de marzo de 2018). "Trabajadores con estrés están propensos

- al Síndrome de Burnout". En: *El Economista América*. Recuperado de: <https://www.economistaamerica.pe/actualidad-eAm-peru/noticias/9008518/03/18/Trabajadores-con-estres-estran-propensos-al-Sindrome-de-Burnout.html>
- El Mundo (4 de octubre de 2018). "La semana laboral de cuatro días empieza a aplicarse en Nueva Zelanda". En: *El Mundo*. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2018/10/04/5bb5c053e5fdea85518b46a6.html>
- Lastra Lastra, J. (1997). *Instituciones de derecho del trabajo y la seguridad social. La jornada de trabajo*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Marx, K. y F. Engels (1985). *Obras Escogidas. Trabajo Asalariado y Capital*. Moscú: Progreso.
- Monereo Pérez, J.L. y J. Gorelli Hernández (2009). *Tiempo de Trabajo y Ciclos Vitales*. Granada: Comares.
- Mouzo, J. (28 de mayo de 2019). "El 'burnout' toma peso en la lista de dolencias de la OMS. El síndrome del trabajador quemado se sitúa en problemas asociados al empleo". En: *El País*. Disponible en: https://el-pais.com/sociedad/2019/05/27/actualidad/1558956228_933147.html
- Oficina Internacional del Trabajo (2004). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.
- Riera, S. (28 de mayo de 2014). "La fábrica de Nike: 744 centros de producción y un millón de trabajadores en 43 países". En: *modaes.es*. Disponible en: <https://www.modaes.es/entorno/la-fabrica-de-nike-744-centros-de-produccion-y-un-millon-de-trabajadores-en-43-paises.html>
- Toyama Miyagusuku, J. (2011). *Derecho individual del trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2014). GPS Laboral: La facultad de Fiscalización del Empleador a partir de las Nuevas Tecnologías de la Información. En: *Ius Et Veritas* 49.
- Ulloa Millares, D. - El Tiempo de Trabajo: Algunas ideas para su definición. En: Zavala Costa, J. y A. de los Heros Pérez-Albela (eds.) (2015). *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: SPDTSS.
- Valencia, L (29 de julio de 2019). "Horas de trabajo, "medallas de guerra". En: *LexLatin*. Disponible en: <https://www.lexlatin.com/reportajes/horas-de-trabajo-medallas-de-guerra>
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Casación Laboral 9387-2014-Lima Norte, de la Corte Suprema de Justicia.
- Casación Laboral 3780-2014-La Libertad, de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- Convenio C001 de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las horas de trabajo, 28 de noviembre de 1919.
- Convenio C030 de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las horas de trabajo, 28 de junio de 1930.
- Constitución para la República del Perú. Promulgada el 12 de julio de 1979
- Constitución Política del Perú. Promulgada el 01 de enero de 1994.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la IX Conferencia Internacional Americana. Aprobada en 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.
- Decreto Supremo 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Promulgado el 27 de marzo de 1993.
- Decreto Supremo 007-2002-TR. Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo. Promulgado en 2002.
- Decreto Supremo 008-2002-TR. Aprueban Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo. Promulgado el 03 de julio de 2002.
- Decreto Supremo 004-2006-TR. Dictan disposiciones sobre el registro de control de asistencia y

de salida en el régimen laboral de la actividad privada, 05 de abril de 2006.

Expediente 3145-1998-Lima, de la Sala Laboral de la Corte Superior de Lima.

Ley 28806. Ley General de Inspección del Trabajo. En: Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2006.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Primer Pleno Jurisdiccional Supremo, de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. En: *Solvi-ma Graf*, agosto 2013.

Recomendación 178 de la Organización Internacional del Trabajo. Recomendación sobre el trabajo nocturno, 1990.

Sentencia 4635-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú. Expedida el 17 de abril de 2006.