

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



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

“Supuestos no regulados por la legislación en torno al tiempo de trabajo”

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

AUTOR

Yhohanna Fiorella Cravero Cisneros

ASESOR:

César Lengua Apolaya

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20088266

AÑO

2017

RESUMEN

La presente investigación se concentra en el estudio de algunos supuestos no regulados por la legislación en torno a la jornada de trabajo que hemos calificado como “zonas grises”. Entre estas zonas grises podemos mencionar el tiempo que el trabajador invierte en el cambio de ropa y en desplazarse desde el umbral del centro de trabajo hasta su puesto donde finalmente se entiende, empieza a encontrarse a disposición efectiva del empleador.

Determinar el tiempo de trabajo no solo es importante a efectos de verificar el límite máximo de la jornada, sino también para determinar si corresponde una compensación económica por el mismo o si es posible establecer otras reglas de medición al encontrarnos ante un supuesto ubicado en la “zona gris”; es decir, donde no puede establecerse claramente si estamos frente a tiempo de trabajo efectivo o tiempo personal.

Ahora bien, esta omisión que comentamos no solo es legislativa. Si bien hemos anotado algunos casos en la jurisprudencia, aun no existe una posición particular y firme sobre el tema. En vista de ello, el estudio también toma en cuenta pronunciamientos internacionales sobre casos similares.

Finalmente, otra de las omisiones del legislador que deben ser atendidas son las políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar, personal, en la que deben priorizarse especialmente alternativas que promuevan la corresponsabilidad familiar.

ÍNDICE

Introducción.....	4
1. Supuestos no regulados vinculados al estudio de la “jornada de trabajo”.....	5
1.1 (De) limitación del tiempo de trabajo.....	5
1.2 Casos concretos con relación a la “zona intermedia” o “zona gris”.....	12
1.3 Postura.....	17
1.4. ¿compensación económica o parte de la jornada máxima de trabajo?.....	18
2. Otros supuestos no regulados: políticas de conciliación de la vida laboral y personal.....	19
3. Tope máximo en caso de jornada extraordinaria.....	22
4. Conclusiones.....	23
5. Bibliografía.....	23



INTRODUCCIÓN

La regulación del tiempo de trabajo es una de las manifestaciones más importantes del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo. Lo que inició siendo una reivindicación social y política, es protegida ahora con el máximo reconocimiento que el ordenamiento jurídico podría otorgarle a un derecho: nos referimos al rango constitucional.

Esta regulación del tiempo de trabajo, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y lo desarrollado a nivel legislativo y jurisprudencial, tiene en su seno, el establecimiento de una limitación razonable de las horas de trabajo y el reconocimiento del derecho al descanso y disfrute del tiempo libre del trabajador.

Sin embargo, conforme puede desprenderse de lo establecido por el artículo 25 de la Constitución y de lo contemplado por normas inferiores, nuestro ordenamiento solo ha regulado de manera expresa la limitación de la jornada de trabajo, estableciendo que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, omitiendo referirse a la delimitación del concepto.

En este sentido, consideramos que una correcta medición de las horas de trabajo y la verificación del respeto de una jornada de trabajo prescrita como máxima (limitación), debe acompañarse de una necesaria definición (delimitación) del concepto. Naturalmente, la duración del trabajo solo podría medirse si se tienen identificados los momentos que suponen una prestación efectiva de servicios y/o disponibilidad positiva en beneficio del empleador, aspectos que han sido admitidos por nuestro Tribunal Constitucional y por la doctrina de manera pacífica, como definición del concepto de jornada de trabajo.

En efecto, pese a la valoración jurídico-política de este derecho, la delimitación de la jornada de trabajo ha sido un campo inexplorado por el legislador y nuestros jueces, lo que hace patente la necesidad de que exista un debate poco tratado en la doctrina y jurisprudencia sobre la definición de la jornada de trabajo y que, a nuestro entender, debe excluir todos aquellos tiempos, en los que se advierta la ausencia de trabajo productivo o la imposibilidad de estar en condiciones de producir un bien o prestar un servicio (disponibilidad positiva). Sobre el particular, la presente investigación realiza un estudio de “zonas grises” en las que se advierte la necesidad de delimitar el concepto.

Entendemos que es una cuestión de filigrana realizar la distinción entre tiempo de trabajo efectivo y puesta a disposición, cuando en el medio de estos dos elementos, aparece una zona gris como expondremos más adelante. Así, con el propósito de esclarecer dicha zona, analizaremos lo

contemplado en la legislación comparada y pronunciamientos internacionales sobre la materia a fin de establecer, si estos tiempos deben reputarse como horas de trabajo.

Otra de las omisiones del legislador con relación al tiempo de trabajo es la que refiere a las políticas de conciliación entre el tiempo de trabajo y el tiempo personal, sobre el que se plantearán algunas alternativas a partir de la experiencia de otros países.

1. Supuestos no regulados vinculados al estudio de la “jornada de trabajo”

Como expondremos a continuación, existen supuestos específicos cuyo tratamiento –legislativo o judicial– aún queda pendiente de debatirse. Nos referimos al estudio de zonas grises y su consideración o no como parte de la jornada de trabajo. Como veremos, pese a la importancia que tiene este concepto al constituirse como parte fundamental del contrato de trabajo y, en definitiva, del trabajador al establecer la duración de la actividad laborativa que deberá poner a disposición del empleador, no ha sido regulado por nuestra normativa.

En este sentido, la presente investigación tiene como propósito poner en evidencia los efectos de no regular el concepto de jornada de trabajo y las posibles soluciones frente a este problema. Entre estos supuestos, iniciaremos por el estudio de lo que hemos denominado “zonas grises o intermedias” y, otros supuestos que abordan una problemática aún mayor, como lo es las políticas de conciliación entre la vida familiar y laboral.

Finalmente, otro supuesto no regulado y relacionado al tiempo de trabajo es el de las horas extraordinarias, sobre el que únicamente se han impuesto límites vinculados a la razonabilidad y seguridad y salud en el trabajo.

1.1 (De) limitación del tiempo de trabajo

El concepto de jornada de trabajo no ha sido expresamente regulado en nuestra legislación. En su lugar, la Constitución y las leyes se han ocupado de regular sus límites y exclusiones, omitiendo pronunciarse sobre los actos o ejecuciones que forman parte de ella.

En efecto, el artículo 25 de la Constitución, al igual que algunos instrumentos internacionales, establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, como máximo, pudiendo ser superado en casos de jornadas atípicas o acumulativas.

Convenio No. 1 de la OIT	Artículo 2.- «En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal <u>no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana</u> », salvo las excepciones establecidas en el citado convenio.
Declaración Universal de Derechos Humanos	Artículo 24.- «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, <u>a una limitación razonable de la duración del trabajo</u> y a vacaciones periódicas pagadas».
Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	Artículo 7.- 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: d) «El descanso, el disfrute del tiempo libre, <u>la limitación razonable de las horas de trabajo</u> y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos	Artículo 7.- Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen: g) « <u>la limitación razonable de las horas de trabajo</u> , tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos»

A nivel infraconstitucional, el artículo 1 del Decreto Supremo No. 007-2002-TR establece que: *«la 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 otros pronunciamientos –como en la sentencia emblemática del caso Southern Perú– el Tribunal Constitucional al referirse a la jornada de trabajo, también desarrolla el concepto a partir de los límites, señalando en extenso que, el parámetro constitucional sobre el cual se asienta la jornada establece una limitación razonable de las horas de trabajo.

No obstante, existe otra norma en nuestro ordenamiento que resulta de especial relevancia de cara a determinar el concepto de jornada de trabajo.

El artículo 7 del Decreto Supremo No. 011-2006-TR, que establece que: *«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»,* lo cual demostraría que la presencia del trabajador en el centro de trabajo, supondría estar a disposición del empleador.

Ello nos conduce al estudio de las tres teorías que se han construido sobre el concepto de jornada de trabajo.

Montenegro Baca¹, quien realizó un estudio minucioso sobre la jornada de trabajo y descansos remunerados, ha desarrollado tres criterios para medir la duración de la materia analizada. Estos criterios han sido estudiados también por Pasco Cosmópolis², a quien en adelante, nos referiremos.

- a) Criterio del tiempo efectivo de trabajo: La jornada de trabajo solo abarca el tiempo en que el trabajador efectivamente presta su esfuerzo al empleador.
- b) Criterio de la dependencia en sentido restringido: La jornada abarca todo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo. Este es el criterio que, según nuestra jurisprudencia y legislación, es la que ha adoptado nuestro ordenamiento. Al respecto, nótese que el artículo 7 antes citado establece la presunción de que el empleador ha dispuesto la mano de obra del trabajador si este ingresa antes del horario de trabajo o permanece después de este. Es decir, opta por el criterio de la puesta a disposición.
- c) Criterio de la dependencia en sentido amplio: La jornada de trabajo no solo debe abarcar el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, sino también fuera de él³.

En palabras de Montenegro Baca⁴, la duración del trabajo es «*el tiempo durante el cual el trabajador presta al empleador, servicios remunerados, gozando de los descansos correlativos*».

Para Mejía, la jornada de trabajo es «*el tiempo a través del cual el trabajador se encuentra a disposición de su empleador para cumplir con las actividades para las cuales ha sido contratado*».

Al respecto, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente No. 00027-

¹ MONTENEGRO BACA, José. Jornada de trabajo y descansos remunerados. Trujillo. 1953. Tomo I. pp. 5.

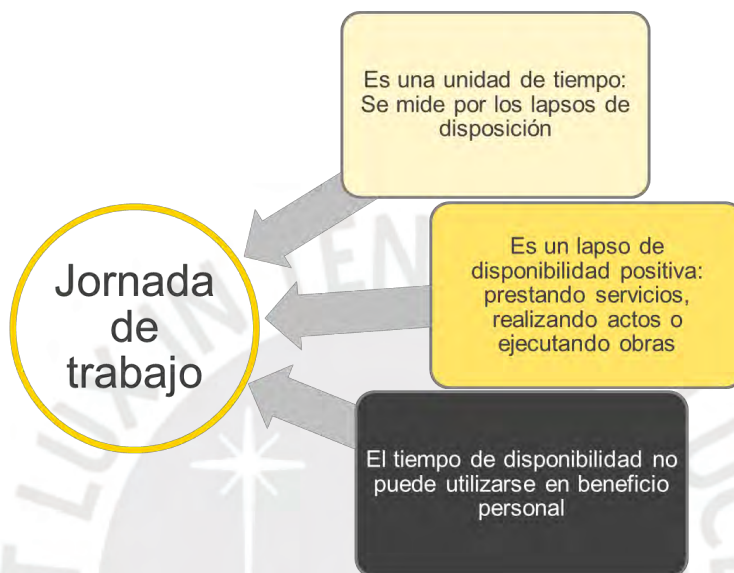
² PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Jornada y descansos remunerados en el Perú. En DE BUEN, Néstor (Coordinador). *Jornada de trabajo y descansos remunerados: perspectiva iberoamericana*. México: Porrúa S.A. 1993. pp. 417.

³ Ejemplo de ello, fue la propuesta de Montenegro Baca de incluir dentro de la jornada laboral, el tiempo de trayecto desde el domicilio del trabajador hacia el centro de trabajo, ya que a su criterio, el trabajador se encontraba a disposición del empleador desde que salía de su casa a prestar el servicio.

⁴ MONTENEGRO BACA, José. Importancia de la jornada de trabajo. En: *Revista Universitaria de la Universidad Nacional de Trujillo*. No. 11 y 12. 1958. pp. 1.

2006-PI, señaló que:

«La jornada de trabajo es, por definición, una unidad de tiempo. Se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio, realizando actos o ejecutando obras. Dicho lapso de tiempo no puede ser empleado en beneficio personal».



Ahora bien, a partir de lo expuesto, podemos concluir que el concepto de jornada de trabajo, se define en contraposición al tiempo libre, ya que como afirma el Tribunal Constitucional, dicho tiempo no podrá ser usado en beneficio personal.

De otro lado, el Convenio No. 30 de la OIT –aun no ratificado por el Perú–, introduce una mención al respecto cuando define el concepto de horas de trabajo.

El artículo 2 destaca que, las horas de trabajo comprende el *«tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador, siendo excluidos los descansos durante los cuales, el personal no se halle a disposición del empleador»*. Es decir, sobre la base de este convenio, la jornada de trabajo no implicaría, únicamente el tiempo de trabajo efectivo, sino el de disponibilidad en favor del empleador.

A mayor precisión, el Estudio General sobre horas de trabajo realizado por la OIT⁵ sobre los

⁵ Informe III, Estudio General de las memorias relativas al Convenio No. 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919 y al Convenio No. 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930.

Convenios No. 1 y No. 30, precisa que las horas de trabajo referidas en los convenios atienden a criterios de «disponibilidad para el empleador».

(...)

51. 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».

En efecto, para dicha organización, la «disponibilidad para el empleador» se mide según las circunstancias específicas de cada caso concreto y, en definitiva, se dirige a determinar en qué medida, el trabajador se encuentra limitado a realizar actividades personales durante las horas de atención continuada, para ser considerado que está efectivamente a disposición del empleador.

La definición de la jornada de trabajo, en términos de trabajo efectivo y disponibilidad, también ha sido desarrollada en otras legislaciones. Al respecto, podemos comentar algunas.

a. España

La legislación Española es una de las más completas en temas de jornada de trabajo. El Estatuto de Trabajadores contempla la regla de que el tiempo de trabajo, será aquel que se determine por convenio colectivo o acuerdo individual. A falta de ello, opera el límite máximo legal establecido en 40 horas semanales, de trabajo efectivo, en promedio computados de manera anual.

El artículo 34 del Estatuto de Trabajadores señala que:

«La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».

Nótese que la norma refiere enfáticamente al trabajo efectivo, lo mismo que sucede cuando regula el cómputo de la jornada de trabajo: «5. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria, el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo».

No obstante, el artículo 2.1. de la Directiva 2003/88/CE define al tiempo de trabajo en términos de disposición:

«Artículo 2.1.- Tiempo de trabajo: todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales».

En este sentido, el cómputo de la jornada de trabajo comprende el trabajo efectivo, pero también los momentos en que el trabajador se encuentre a disposición del empleador.

b. Chile

El artículo 21 del Código del Trabajo, en su inciso 1 dispone que la jornada de trabajo comprende la prestación efectiva de servicios.

«Artículo 21.- Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato».

c. Estados Unidos

La Ley "Portal to Portal Act" (1947), define a las horas de trabajo, por el tiempo en el cual el trabajador es empleador; es decir, cuando se encuentra realizando una labor efectiva, excluyendo el tiempo que este pasa cambiándose de ropa o bañándose al inicio o al final de cada día.

d. México

El artículo 58 de la Ley Federal del Trabajo prevé que: «la jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo».

e. Argentina

El artículo 197 de la Ley de Contrato de Trabajo considera como jornada de trabajo: « (...) todo tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Integrarán la jornada de trabajo, los periodos de inactividad a que obliguen la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador».

f. Uruguay

El artículo 6 del Decreto del 29 de octubre de 1957 establece que a efectos del cómputo de las horas de trabajo se considera trabajo efectivo «todo el tiempo en que un obrero o empleado deja de

disponer libremente de su voluntad o está presente en su puesto respectivo o, a la disposición de un patrono o superior jerárquico, salvo las excepciones previstas por la misma normativa».

En síntesis, consideramos que la definición de la jornada de trabajo se encuentra delimitada en función al tiempo de trabajo y tiempo libre. Todo lo que no sea considerado, tiempo de trabajo, será reputado como tiempo libre. Asimismo, que pocas legislaciones, como la de Estados Unidos, establecen referencias en cuanto al cómputo de la jornada de trabajo, concepto que no debe confundirse con el horario de trabajo o definición del tiempo de trabajo, pese a su similitud.

El horario de trabajo, según Toyama, *«representa el periodo “temporal” durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios. De esta manera, el horario comprende desde el ingreso hasta la salida del trabajador del puesto o centro de trabajo»*⁶. En términos más sencillos, el horario de trabajo responde a la interrogante: ¿desde y hasta qué hora el trabajador prestará su actividad laborativa en favor del empleador?; mientras que el cómputo de la jornada de trabajo precisa qué actividad marca la pauta inicial o final de la actividad laborativa del trabajador. Este último precepto es de utilidad para determinar si una actividad debe ser considerada dentro de los linderos de la jornada de trabajo o, si por el contrario, debe ser estimada como tiempo de descanso.

Al respecto, Arce considera que, el cómputo de la jornada de trabajo debe seguirse por el criterio de razonabilidad. Señala que *«si queda claro que la causa final o finalidad del contrato de trabajo es el intercambio de trabajo por salario, en orden a la creación de bienes o servicios, entonces todos los momentos previos o posteriores a la creación de bienes o servicios estarían excluidos. Así, solo habrá que computar el periodo de tiempo que el trabajador pasa en su puesto de labores, ya sea trabajando en sentido estricto o realizando los comportamientos necesarios para empezar a trabajar»*⁷.

No obstante, creemos importante poner atención a supuestos en los que no es absolutamente claro, si una actividad debe ser considerada o no, como tiempo de trabajo o tiempo libre.

Dentro de la zona intermedia, podemos ubicar las siguientes actividades: i) tiempo que el trabajador destina al cambio de ropa y, en algunos casos, aseo posterior; ii) tiempo de desplazamiento interno (dentro del centro de trabajo); iii) trabajadores “on call”; iv) tiempo que los choferes destinan para

⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *«Derecho Individual del Trabajo»*. Primera Edición. Diciembre 2011. Lima: Gaceta Jurídica S.A. pp. 338.

⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. *«Derecho Individual del Trabajo en el Perú»* Segunda Edición. Julio. 2013. Lima: Palestra. pp. 440.

los descansos intercalados.

Determinar si tales actividades constituyen tiempo de trabajo o de descanso, es importante desde al menos dos puntos de vista: i) si es tiempo de trabajo, deberá ser remunerado y; ii) si es tiempo de trabajo podrá ser o no, computable para efectos de la jornada máxima establecida por el artículo 25 de la Constitución.

1.2 Casos concretos con relación a la “zona intermedia” o “zona gris”

a. Cambio de ropa y aseo posterior (España y Estados Unidos):

a.1. En una reciente sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Islas Baleares (Palma), se pronunció sobre la discrepancia presentada por una empresa con relación al cómputo de las horas de trabajo efectivo regulado por convenio colectivo.

En el caso concreto, el convenio colectivo definió a la hora de trabajo efectivo como *«aquella en que el trabajador deberá encontrarse tanto al comienzo como al final de su jornada laboral en su puesto de trabajo en condiciones de realizar sus funciones profesionales»*.

Pues bien, para analizar dicho tiempo, el TSJ recurrió a lo previsto en el artículo 34.5 del ET, a partir de la cual concluyó que *«el tiempo dedicado al aseo y cambio de ropa, queda excluido del cómputo de trabajo efectivo»*, citando otros pronunciamientos en los que se resolvió de la misma manera: STSJ de Madrid de 03.07.2006 v STSJ de Asturias de 28.01.2008 y STSJ de Galicia de 25.03.2011.

«No es tiempo de trabajo el invertido en el cambio de ropa o aseo, salvo que lo exila la salud laboral (SSTS 11/12/84; 26/11/87; 22/04/86; 15/11/91) o si media exposición a agentes biológicos (RD 664/1997, EDL. 1997/23280 de 12 de mayo) o cancerígenos (RD 665/1997, EDL 1997/23279, de 12 de mayo)».

a.2 Cambio de ropa y aseo posterior (EEUU): En el año 1956, al resolver el caso Steiner V. Mitchell⁸ –después de la enmienda a la Ley Fair Labour Standards Acts (1949) –, la Corte señaló que *«cambiarse de ropa y ducharse puede, en algunas circunstancias, ser considerado "una parte integral e indispensable de las actividades principales para las cuales los trabajadores*

⁸Los trabajadores laboraban en la zona de producción de pilas para una Compañía de baterías (actividad principal de la Compañía). En este sentido, se encontraban expuestos a metal de plomo, óxido de plomo, sulfato de plomo, peróxido de plomo y ácido sulfúrico. Algunas sustancias tenían forma líquida, otras en forma de polvo y sólido. En el proceso de manufactura, algunos de los materiales producían vapores peligrosos que se esparcían en el aire. La exposición regular de los trabajadores era de 1.5 miligramos o más por cada 10 metros cúbicos de plomo.

cubiertos son empleados bajo los términos de lo establecido en el artículo 203 (...)».

La Corte precisó que dicha conclusión debía aplicarse bajo ciertas circunstancias. Es decir, por regla general, el cambio de ropa deberá excluirse de la jornada de trabajo en aplicación de lo establecido por la Ley Portal to Portal Act y Fair Labour Standards Acts. La Corte dejó claro que su conclusión no refiere al cambio de ropa y aseo que un trabajador puede realizar en condiciones normales, pues ello constituiría un ejemplo típico de actividades preliminares o posteriores excluidas del trabajo compensable bajo los términos del artículo 203⁹.

Antes bien, pueden existir algunos casos en los que el cambio de ropa y aseo sean parte integrante e indispensable de la producción –en el caso específico, los trabajadores se encargaban de la producción de pilas, por lo que la exposición a los tóxicos y metales era considerable– y que van acompañados a cuestiones de seguridad y salud en el trabajo.

Creemos que esta zona gris puede esclarecerse y, por ende, reputarse como tiempo de trabajo, bajo dos supuestos concretos: i) cuando es impuesto por mandato legal, de manera que el empleador se vea obligado a exigir el uso de determinada indumentaria a los trabajadores; ii) cuando por exigencia contractual, el uso de la indumentaria implique una restricción importante del tiempo libre del trabajador.

Por el contrario, cuando el uso de la indumentaria sea exigido por conveniencia empresarial y el trabajador se encuentre –más o menos libre–, de hacerlo en su casa deberá excluirse como tiempo de trabajo.

b. Desplazamiento interno (Francia y España):

b.1 En el año 2009, la Sala Social de la Corte de Casación de Francia determinó que el tiempo de trayecto entre los vestidores y el marcador de asistencia constituye tiempo de trabajo efectivo, en razón a que, durante dicho periodo, los trabajadores se encuentran a disposición del empleador y deben acatar las directrices que este dicte sin poder dedicarse libremente a sus ocupaciones personales.

En el caso concreto, los trabajadores estaban obligados a llevar un uniforme de trabajo (disfraz) inspirado en los temas del lugar donde trabajan -EuroDisney-, así como una insignia que los

⁹ «Sec.203.- Al determinar para los propósitos de las secciones 206 y 207 de este título las horas para las cuales un empleado está empleado, se excluirá cualquier tiempo pasado en el cambio de ropa o lavado al principio o al final de cada día de trabajo que fue excluido del tiempo de trabajo medido durante la semana involucrado por los términos expresos de o por la costumbre o la práctica bajo un convenio colectivo de buena fe de negociación aplicable al empleado en particular».

identifique. A tal efecto, la Compañía les había asignado un único local donde podían vestirse y desvestirse.

Así, para resolver el caso, la Corte de Casación tomó en consideración algunas alegaciones debatidas por el Tribunal de Apelaciones luego de una constatación judicial que determinó lo siguiente:

- Los trabajadores recogen sus disfraces, se cambian en el vestidor y retornan a su puesto de trabajo, teniendo algunas pausas durante las cuales ellos se dedican a distintas actividades antes de marcar su registro de ingreso. El lugar de vestuario tenía un panel que indicaba «En bastidores, ustedes están en el escenario, estén presentables», junto a pictogramas que prohíben fumar o comer.
- Los trabajadores se encontraban a disposición del empleador y debían acatar sus directivas, sin poder dedicarse libremente a asuntos personales.
- Durante el trayecto a través de zonas abiertas al público, los visitantes podían hacer requerimientos a los trabajadores identificados como tales por los fotochecks. No obstante, cabe señalar que, ello no fue comprobado durante el proceso.

b.2 Al analizar si conforme al artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, el tiempo invertido en el desplazamiento¹⁰ al inicio y al final de la jornada realizada por un trabajador que no tiene un centro de trabajo fijo, sino diferente cada día, constituiría tiempo de trabajo, el Tribunal Supremo concluyó que dicho lapso no podía considerarse tiempo de trabajo.

A mayor precisión, Mena Alvarez¹¹, quien ha estudiado con detenimiento, los casos expuestos ante el Tribunal de Justicia español, ha detectado que son tres los elementos que deben concurrir en la delimitación del tiempo de trabajo establecidas por el Estatuto de Trabajo y la Directiva 2003/88/CE:

¹⁰ Aunque no refiera de manera directa al cambio de uniforme, consideramos que el desplazamiento de un trabajador desde su domicilio hacia un lugar distinto cada día, comparte la misma naturaleza que la que estudiamos en el presente informe, ya que no es claro si ese tiempo debe ser considerado tiempo de trabajo, en su acepción de puesta a disposición en favor del empleador.

¹¹ MENA ALVAREZ, Álvaro. Estudio Jurídico del concepto de “tiempo de trabajo” en el marco legal español y marco legal de la Unión Europea. pp. 14-16.

- a) Todo periodo durante el cual permanezca en el trabajo: Se privilegia el elemento locativo. Aunque no exista prestación efectiva, el hecho de encontrarse en su puesto de trabajo ya podría ser considerado como puesta a disposición en beneficio del empleador.

- b) Todo periodo durante el cual el trabajador permanezca a disposición del empresario: Se estudia desde el grado de limitación que sufran los trabajadores para organizar su tiempo personal.

- c) Todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones: Es decir, el periodo en el cual el trabajador realiza las funciones propias o consustanciales a su puesto de trabajo.

En este supuesto, el criterio de la restricción importante del tiempo libre operará para determinar si se trata de tiempo de trabajo o de descanso.

c. Trabajadores on call (Reino Unido)

Sobre el particular, resulta ilustrativo el caso Shannon v Rampersad & Rampersad T/A Clifton House Residential Home UKEAT/0050/15/LA dictaminado por el Tribunal de Apelación de Empleo del Reino Unido de fecha 31 de julio de 2015 sobre los denominados trabajadores «*on call*».

En el caso concreto, el reclamante era un asistente de atención nocturna al que se le pidió que estuviera en el hogar de cuidado de 22:00 horas hasta las 07:00 horas de la mañana, permitiéndosele dormir durante esas horas. Sin embargo, es de resaltar que este se encontraba obligado a responder cualquier solicitud de asistencia por parte del trabajador nocturno de turno en el hogar.

El Tribunal de Apelación del Empleo estimó que el trabajador no se encontraba trabajando a lo largo de cada turno de noche. En este sentido, precisó que el trabajo debía ser remunerado solo en aquellas raras ocasiones en que fue llamado a hacerlo por el trabajador nocturno de turno, excluyendo el tiempo en el cual, el trabajador se encontraba dormido¹.

Si bien, la normativa del Reino Unido contiene una disposición específica sobre lo que debe considerarse horas de trabajo en casos como el resuelto, el razonamiento del Tribunal de Apelación del Empleo radicaba en que la sola presencia del trabajador no daba derecho a una compensación, si es que este no tenía el propósito de trabajar. Entiéndase el propósito como requerimiento.

En este supuesto, el criterio de la restricción importante del tiempo libre operará para determinar si se trata de tiempo de trabajo o de descanso.

d. Descanso intercalado e intrajornada (Perú)

Existen diversos pronunciamientos de la Corte Suprema –Casación Laboral No. 16329-2015-Lima; Casación Laboral No. 3780-2014-Lima; Casación Laboral No. 9850-2014-Lima– en los que se concluye que las horas de descanso no deben considerarse como trabajo efectivo.

En el caso específico de la Casación Laboral No. 16329-2015-Lima, los trabajadores de una empresa de servicio de transporte interprovincial, demandaron que las horas de descanso dentro del ómnibus, sean considerados como tiempo de trabajo efectivo. Argumentaron que si bien el artículo 5 del Decreto Supremo No. 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, excluye de la jornada máxima de trabajo “a los trabajadores de dirección, a los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia” –como los conductores–, lo cierto es que la empresa tenía una forma de fiscalizar el tiempo de trabajo de estos chóferes a través del llenado de la Hoja de Ruta.

Al respecto, la Corte Suprema añadió que de acuerdo con lo establecido en el I Pleno Jurisdiccional en materia laboral, se acordó por unanimidad que los trabajadores en espera, vigilancia o custodia no están comprendidos en la jornada máxima solo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitente.

Así, se concluyó que la jornada de conducción se entiende como el tiempo dedicado a dicha tarea durante el tiempo de circulación del vehículo (conducción efectiva del vehículo), en tal sentido el tiempo de descanso no puede considerarse como labor efectiva; por lo que, se concluye que al ser trabajadores intermitentes las horas de descanso de estos trabajadores no forman parte de la jornada de conducción.

La Corte Suprema yerra al confundir el concepto de trabajo intermitente –actividad que se desarrolla con importantes lapsos de inactividad y que vienen determinadas por la naturaleza especial de la actividad– con los descansos intercalados en los que si bien, no existe trabajo efectivo, tampoco existe tiempo de descanso propiamente dicho. En efecto, mientras el conductor se encuentra “descansando” al interior del ómnibus, en realidad, no es completamente libre para dedicarse a actividades personales, con lo cual este tiempo deberá reputarse como tiempo de trabajo.

Al respecto, también es de considerar que de acuerdo con lo que establecía el Convenio No. 67 OIT –derogado en el año en el curso aunque importante por las referencias que establece–, los

descansos intercalados eran considerados como horas de trabajo.

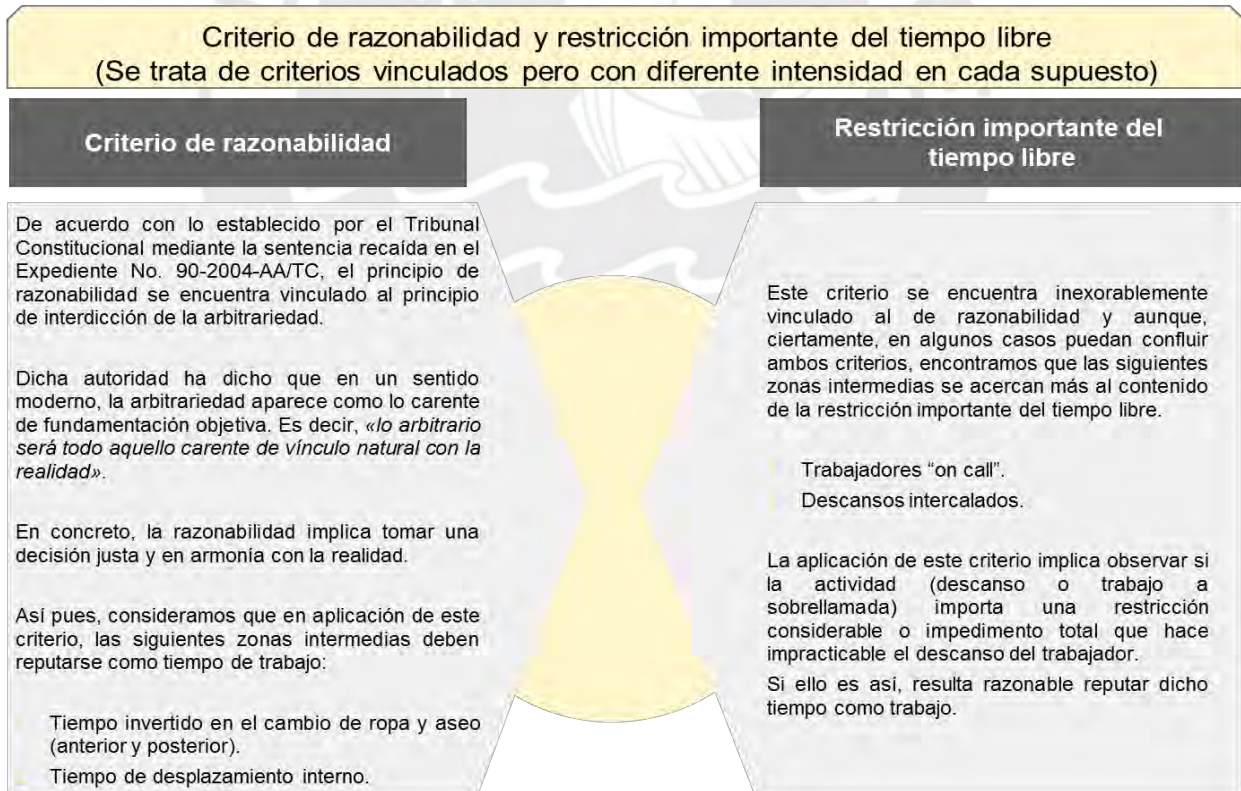
Para concluir este punto, debe tenerse claro que la discusión de si el tiempo de descanso debe considerarse como tiempo de trabajo, parte de la premisa de que estos choferes sí se encuentran sujetos a la jornada máxima por existir alguna medida de fiscalización del trabajo.

De otro lado, es importante mencionar que el descanso intrajornada tampoco se encuentra regulado en nuestra legislación. Con ello, desde una perspectiva netamente teórica, sería posible que un trabajador labore 16 horas seguidas mientras que cumpla el tope de las 48 horas semanales, dado que el descanso entre el inicio y término de la jornada no se encuentra regulado.

1.3 Postura: zonas intermedias o grises que pueden ser consideradas tiempo de trabajo según los siguientes alcances

La postura que adoptamos radica en analizar los supuestos de zonas intermedias y, verificar en cada caso concreto, si a partir del criterio de razonabilidad o al de la restricción del tiempo libre, dicho tiempo podría reputarse como tiempo de trabajo.

A continuación, nuestra postura sobre el particular.



Explicación de cada caso

Cambio de ropa y aseo posterior

Si el uso de una indumentaria especial viene determinada por ley (por ejemplo, por normas de seguridad y salud en el trabajo) y no por las partes del contrato, resulta razonable que el empleador asuma las consecuencias de la exigencia legal.

Incluimos también aquellos supuestos en los que el empleador exige a sus trabajadores que el cambio de ropa se realice, necesariamente, en el centro de trabajo por cuestiones de originalidad (disfraces de Disney) o seguridad (uniforme con láminas de oro) por ejemplo, entre otros de similar connotación. En este supuesto, el segundo criterio (la limitación gravosa del tiempo libre), justificará que el empleador asuma las consecuencias de su exigencia contractual.

Desplazamiento interno

Como quiera que la ubicación del puesto de trabajo es una decisión que recae exclusivamente en el empleador, al igual que en el otro caso, corresponde que este asuma las consecuencias de su exigencia contractual. Estos casos se observan en el trabajo minero, donde el puesto de trabajo podría estar localizado a una distancia considerable (1 hora de trayecto en algunos casos) del ingreso al centro minero.

Trabajadores on call

Si bien en el caso del Reino Unido, se desestima que el tiempo de espera del trabajador sea tiempo de trabajo; es de destacar que para dicha autoridad, la restricción importante del tiempo libre se medirá atendiendo a cada caso particular y en función a la intensidad de la restricción. En estos casos, deberá preguntarse si durante ese lapso, el trabajador ha dedicado la mayor parte de su tiempo a sus actividades personales o a encontrarse a disposición del empleador.

Descanso intercalado

El razonamiento es el mismo que en el caso de los trabajadores a sobrelamada, aunque la restricción en este supuesto es más visible y severa. Piénsese en los choferes de transporte interprovincial que no pueden salir del ómnibus mientras este se encuentra en trayecto y conducido por otro chofer.

1.4. ¿compensación económica o parte de la jornada máxima de trabajo?

Ahora bien, como hemos adelantado, esta consideración de si determinadas zonas grises constituyen tiempo de trabajo, trae consigo dos cuestiones: i) si estas deben considerarse como parte del cálculo de la jornada máxima de trabajo o, ii) si debe existir algún tipo de compensación económica especial que repare el trabajo. Evidentemente, estas opciones son excluyentes entre sí. Nuevamente, creemos que la respuesta debe encontrarse aplicando el criterio de la razonabilidad en cada caso concreto. En efecto, existirán algunos supuestos en lo que escapará de toda lógica, considerar que el tiempo bajo análisis de una zona gris, deba ser computado dentro de la jornada máxima de trabajo.

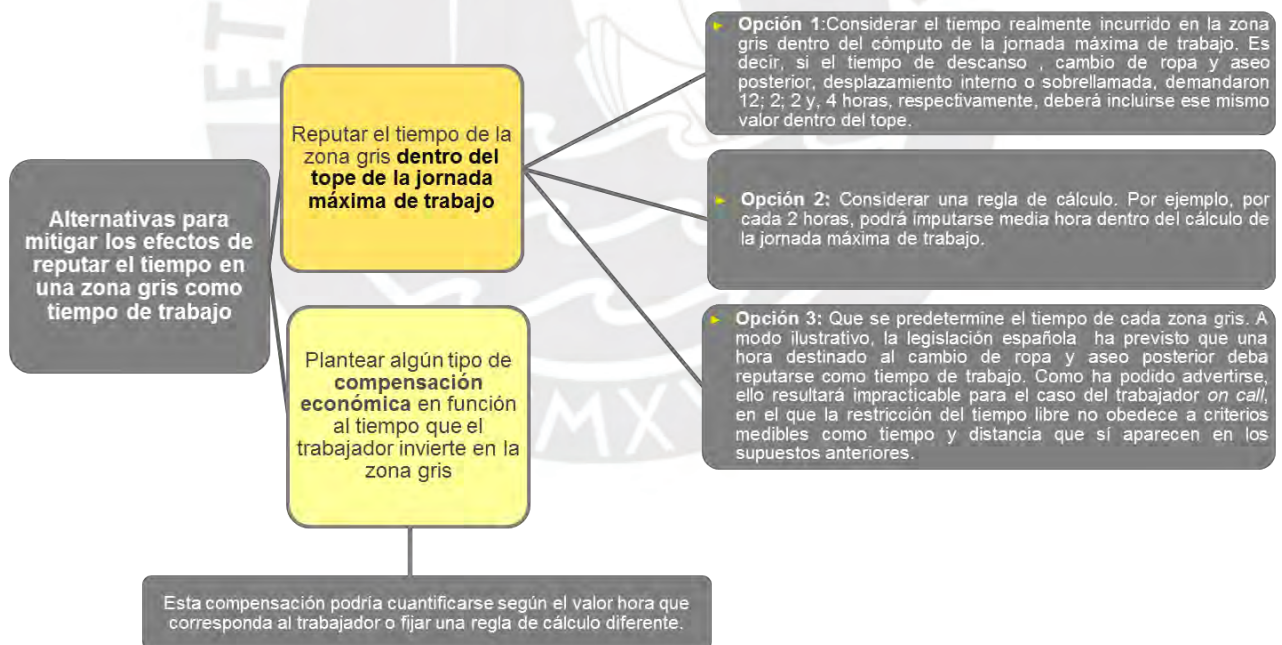
Piénsese en el desplazamiento interno que, en el sector minero, requiere de aproximadamente dos o más horas, entre la ida y retorno al ingreso del centro minero. ¿será razonable que el tope máximo de trabajo se vea afectado por tiempo de inactividad en la que si bien el trabajador no es completamente libre de dedicarse a actividades personales como hemos mencionado, no realiza un esfuerzo físico ni se somete a órdenes del empleador en el sentido estricto del término?

Aún más para hacer el caso más cuestionable, repárese en los descansos intercalados de los

chóferes de transporte interprovincial. Si partimos de la premisa de que están sujetos a la jornada máxima de trabajo de 48 horas y que su tiempo de descanso dentro del ómnibus equivale a aproximadamente 12 horas para rutas de larga distancia, al cabo de un solo viaje, el trabajador ya habría completado el máximo de 48 horas. En ese supuesto, ¿será razonable reputar las 12 horas de descanso intercalado dentro del cálculo de la jornada máxima? Creemos que no.

Claramente existen otros supuestos en los que el tiempo que demanda la zona gris no resulta tan problemática; por ejemplo, en el tiempo dedicado al cambio de ropa y aseo posterior que, por lo general, podría demandar una hora o dos horas al día, aunque ciertamente todo dependerá del tipo de indumentaria que se exija. No es lo mismo ponerse un disfraz del pato Donald que ponerse el uniforme de protección que requiere un fabricante de pilas o quien se dedica a la producción de alimentos.

Al respecto, consideramos que pueden plantearse dos alternativas respecto de la misma problemática, siempre claro que se admita que cada solución dependerá del caso concreto. Asimismo, la determinación del tiempo o compensación económica podría determinarse por el legislador; unilateralmente por el empleador sujeto a una revisión judicial si los trabajadores lo consideran apropiado o, establecerse mediante negociación colectiva.



2. Otros supuestos no regulados: políticas de conciliación de la vida laboral y personal

Como se ha puesto de relieve anteriormente, la problemática vinculada a las políticas de conciliación tiene una importante connotación, pues como quiera que estas inciden en aspectos del entorno familiar y personal, los actores involucrados no solo afectarán al trabajador sino también a quienes

estén bajo su cuidado. En este último supuesto, piénsese en la madre trabajadora y a la exposición de la “doble jornada” como se le conoce doctrinariamente.

Si bien existen leyes como, por ejemplo, la de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que promueve la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo y otras condiciones, estas no desarrollan medidas concretas para alcanzar dicha finalidad como las que sí se regulan en otros países.

Más aún, cuando el Estado ha ratificado el Convenio No. 156 de la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

Lo cierto es que el deber de cuidado se ha delegado a la madre, sino piénsese en por qué la legislación establece la posibilidad de acumular vacaciones después del descanso post natal solo para las mujeres o, por qué la licencia de los padres solo es de 4 días a diferencia del de la mujer que dura 49 días después del alumbramiento. Hubiera sido más conveniente que el Estado delegue la facultad de elección a los padres.

Vinculado a ello se encuentra la planificación anual de vacaciones. Como señala, Rodríguez, la preferencia en la elección de vacaciones por necesidades de conciliación familiar es otra dimensión de la organización del tiempo de trabajo. Como ejemplo, destaca que en España, la negociación colectiva ha tratado de cubrir esa omisión legislativa, en la que se vienen incluyendo cláusulas que priorizan los intereses de los trabajadores con responsabilidades familiares¹².

Cierto es que el Estado ha dado un paso al enfoque igualitario del cuidado en caso de responsabilidad familiares al dictar la Ley No. 27409 sobre licencia remunerada en caso de adopción; sin embargo, es necesario reforzar dicho avance con políticas que incidan en un reparto equitativo de las responsabilidades familiares, lo que redundaría además en una reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres que se pretende con políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Algunas alternativas al respecto:

- Posibilidad de que trabajadores con responsabilidades familiares puedan solicitar la reducción de la jornada sin que ello impacte en la promoción o ascenso de categoría.

¹² RODRÍGUEZ GONZÁLES, Sarai. “Tiempo de trabajo y vida privada”. Granada: Comares S.L.2016. pp. 108.

- Preferencia en la programación de las vacaciones anuales, sobre todo en épocas álgidas.

Esta tarea no solo debe ser de cargo del Estado, aunque ciertamente es el principal actor social que debería implementarla. Los empleadores podrían empezar a tomar nota de estas omisiones y regular políticas internas que, aunque impacten principalmente en su reputación e imagen empresarial, implicarían un avance importante. De hecho, desde el 2013 aproximadamente, el Estado promueve el desarrollo de estas políticas internas vinculando la elaboración de las mismas a supuestos de Responsabilidad Social Empresarial.

Al respecto, realizaremos una breve exposición sobre el concepto.

Este concepto ha sido definido también como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y ambientales en sus operaciones empresariales y sus relaciones con sus interlocutores»¹³.

Como puede advertirse, el elemento volitivo es fundamental en la adopción de medidas en favor del respeto de derechos sociales, cuya titularidad recae principalmente en la comunidad. Adicionalmente se ha destacado que la valoración de una empresa como socialmente responsable, implica que esta deba ir más allá del cumplimiento de la ley o convenios colectivos; es decir, la responsabilidad social no es equivalente a la responsabilidad legal; por ello la omisión advertida encaja en este concepto.

Al respecto, resulta ilustrativo lo comentado por Aparicio Tovar y Baylos Grau sobre el particular:

«[U]na empresa no puede ser obligada a ser socialmente responsable[...] la observancia de la ley y de los convenios colectivos es la premisa inicial de las empresas que proclaman ser socialmente responsables, de forma tal que la RSE vendría a ser un 'plus' añadido que trasciende las exigencias normativas, aun cuando se corre el riesgo de que la RSE acabe siendo utilizada por las empresas como una alternativa a la reglamentación e intervención de los gobiernos con respecto a sus responsabilidades y actividades [...]»¹⁴.

¹³ Citado por: BRONSTEIN, Arturo. «*Derecho Internacional y Comparado del Trabajo: desafíos actuales*». Madrid: Plaza y Valdés. 2010. pp. 133.

¹⁴ Estudio coordinado por la Fundación Sindical de Estudios y elaborado por el equipo de trabajo dirigido por los profesores J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau. «*Responsabilidad Social Corporativa: Su dimensión laboral*». Madrid: Fundación Sindical de Estudios. 2005. pp. 8.

A partir de dicha enunciación, es posible destacar dos aspectos trascendentales de la Responsabilidad Social Empresarial.

- **El contenido debe exceder lo que se establece en la ley:** Queda claro, que el texto de un instrumento de RSE no debería limitarse a reseñar o remitir las leyes nacionales de un Estado, pues estas serían para las empresas, obligatorias de todos modos.

Resulta, por lo menos, evidente que estos instrumentos deberían tender a reforzar la protección de los derechos de los trabajadores aunque los Estados no prevean determinada protección en su legislación nacional. Así, una empresa socialmente responsable sería aquella que, además de cumplir con la normativa vigente, va más allá de ello, comprometiéndose a otorgar un cobijo adicional a los derechos involucrados: «invirtiendo “más” en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores»¹⁵.

- **Es adoptado de manera voluntaria:** En este sentido, el rol de promoción que pueda ejercer el Estado resulta fundamental. A modo ejemplificativo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha implementado desde el año 2013, el premio de Buenas Prácticas Laborales para premiar a las empresas que adopten una política de Responsabilidad Social Empresarial. Si bien, esta medida tiene ciertas deficiencias (el listado de categorías, en su mayoría, refieren al cumplimiento de los convenios fundamentales de la OIT), es notable que se haya considerado la categoría “Promoción del trabajo-familia”.

3. Tope máximo en caso de jornada extraordinaria

La ley considera que toda aquella actividad realizada por encima de la jornada pactada (sea menor o igual al tope máximo constitucional) se considerará jornada extraordinaria.

A mayor precisión, el artículo 9 de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo contempla que, el trabajo en sobretiempo es voluntario tanto en su otorgamiento como en su prestación; es decir, esta no debe imponerse o pactarse previamente en un contrato o convenio colectivo dado su carácter extraordinario. Antes bien, esta debería renovarse en cada oportunidad en la que el trabajador tenga que laborar más allá de su jornada diaria de trabajo.

La ley solo regula ciertos supuestos en lo que el trabajo en sobretiempo puede imponerse, tales

¹⁵ Definición contenida en el Libro Verde-Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Ver: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52001DC0366>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2017.

como, en circunstancias derivadas por un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente: i) a las personas; ii) bienes del centro de trabajo o; iii) la continuidad de la actividad productiva. En este sentido, cualquier imposición de jornada extraordinaria se admite únicamente en estos supuestos. Sin embargo, olvida pronunciarse sobre un tope máximo.

En concreto, nuestra regulación podría permitir que un trabajador labore 5 horas extraordinarias de manera diaria. En efecto, nuestra legislación no establece un límite al trabajo en sobretiempo diario que pueda prestar un trabajador; aunque ciertamente el principio de razonabilidad y seguridad y salud en el trabajo debieran servir como sustento para imponerlo.

Por tanto, es necesario que el legislador diseñe límites precisos y claros que puedan determinar que haya un número exacto relacionado al máximo número de horas extras que puede realizar un trabajador diaria, semanal o mensualmente.

4. Conclusiones

- Con relación a las zonas grises, es necesario establecer que por jornada de trabajo, deba entenderse el tiempo de trabajo efectivo y la puesta a disposición del trabajador en beneficio del empleador. Esta disposición ha de ser positiva; es decir, el trabajador deberá encontrarse apto y en condiciones de poder prestar el servicio o producir el bien para el que fue contratado.
- Es prioritario que, nuestra normativa interna defina lo que debe entenderse por jornada de trabajo. En este sentido, proponemos que la delimitación del término dependa del tiempo efectivo de servicios y de los tiempos en los que el trabajador se halle a disposición del empleador, en tanto no la utilice en beneficio propio.
- Otra de las omisiones del legislador que deben ser atendidas son las políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar, personal, en la que deben priorizarse especialmente alternativas que promuevan la corresponsabilidad familiar.
- Asimismo, se hace patente que el legislador establezca un tope sobre el trabajo en sobretiempo.

5. Bibliografía

ARCE ORTIZ, Elmer. «*Derecho Individual del Trabajo en el Perú*» Segunda Edición. Julio. 2013. Lima: Palestra.

BRONSTEIN, Arturo. «Derecho Internacional y Comparado del Trabajo: desafíos actuales». Madrid: Plaza y Valdés. 2010.

MENA ALVAREZ, Álvaro. Estudio Jurídico del concepto de “tiempo de trabajo” en el marco legal español y marco legal de la Unión Europea.

MONTENEGRO BACA, José. Jornada de trabajo y descansos remunerados. Trujillo. 1953. Tomo I.

MONTENEGRO BACA, José. Importancia de la jornada de trabajo. En: *Revista Universitaria de la Universidad Nacional de Trujillo*. No. 11 y 12. 1958.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Jornada y descansos remunerados en el Perú. En DE BUEN, Néstor (Coordinador). *Jornada de trabajo y descansos remunerados: perspectiva iberoamericana*. México: Porrúa S.A. 1993.

RODRÍGUEZ GONZÁLES, Sarai. «*Tiempo de trabajo y vida privada*». Granada: Comares S.L.2016.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «*Derecho Individual del Trabajo*». Primera Edición. Diciembre 2011. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Informe III, Estudio General de las memorias relativas al Convenio No. 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919 y al Convenio No. 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930.

Estudio coordinado por la Fundación Sindical de Estudios y elaborado por el equipo de trabajo dirigido por los profesores J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau. «*Responsabilidad Social Corporativa: Su dimensión laboral*». Madrid: Fundación Sindical de Estudios. 2005.