

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



EXCEPCIONES A LA JORNADA DE TRABAJO: LÍMITES Y ALTERNATIVAS

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTOR

Brian Avalos Rodríguez

ASESOR:

Daniel Augusto Ulloa Millares

Abril, 2018

RESUMEN

Esta tesis versa sobre la validez de las excepciones a la jornada de trabajo desde la perspectiva constitucional y supraconstitucional, en la medida que existe una normatividad laboral peruana que permite exceptuar de la jornada a cierta categoría de trabajadores como la persona de dirección, los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata y el personal intermitente con lapsos de inactividad. Resulta relevante revisar la excepción, la definición de dichas categorías y sus límites, toda vez que resulta un número importante de trabajadores que no tendrían la posibilidad de registrar su tiempo de trabajo, no tendrían derecho a las sobre tasas por horas extras. Sin embargo, los efectos negativos no solo son de tipo económico o de medición del tiempo, sino que involucran temas de seguridad y salud en el trabajo, derecho al ocio, desarrollo de la persona e incluso como política de empleo.

Así, la flexibilidad normativa de las categorías exceptuadas de la jornada de trabajo – aunado al hecho que la jurisprudencia no ha podido delimitar – ha generado una desprotección del derecho constitucional a la jornada y a la afectación a la irrenunciabilidad de los derechos constitucionales. En el presente trabajo hemos analizado la importancia del concepto tiempo de trabajo y la justificación del derecho constitucional. En el segundo capítulo, hemos analizado las excepciones a la jornada y su validez desde el ámbito constitucional y supraconstitucional; concluyendo en el tercer capítulo con las limitaciones a las excepciones, así como las recomendaciones para modificar la normatividad que regula actualmente esta materia, a fin de hacerla compatible con el derecho constitucional a la jornada de trabajo, derecho al ocio y dignidad de la persona.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	2
ÍNDICE	3
CAPITULO I: IMPORTANCIA, JUSTIFICACION Y DEFINICION DEL TIEMPO DE TRABAJO	
1.	8
1.1.	8
1.2.	8
1.2.1.	9
1.2.2.	13
1.3.	18
1.3.1.	18
1.3.2.	19
1.3.3.	20
1.3.4.	20
1.3.5.	21
1.3.6.	22
1.4.	22
1.4.1.	23
1.4.2.	23
1.4.3.	24
1.5.	25

1.5.1.	EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA OIT	26
1.5.2.	DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA UNION EUROPEA	28
1.5.3.	DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA	31
1.5.4	EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA DOCTRINA	32
1.5.5	EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NORMATIVA LABORAL PERUANA	36
1.6.	ESTADO DE LA DISCUSIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO	41

CAPÍTULO II: LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA DE TRABAJO, VALIDEZ CONSTITUCIONAL Y LIMITACIONES

2.	LA EXTENSIÓN DE LA JORNADA LABORAL	44
2.1	VALIDEZ DE LA EXTENSIÓN DE LA JORNADA, IRRENUNCIABILIDAD Y VOLUNTAD DE LAS PARTES.	
2.2	EI TRABAJO EN SOBRETIEMPO.	48
2.2.1.	DEFINICIÓN DE TRABAJO EN SOBRE TIEMPO Y JUSTIFICACIÓN.	48
2.2.2.	ÁMBITO LEGAL EN LA NORMATIVIDAD LABORAL PERUANA	49
2.2.3.	SOBRETIEMPO CON CARÁCTER VOLUNTARIO	49
2.2.4.	SOBRETIEMPO CON CARÁCTER FORZOSO	54
2.2.5.	COMPENSACIÓN Y SOBRETASA	55
2.2.6.	ÁMBITO SUPRACONSTITUCIONAL	56
2.2.7.	LÍMITES AL SOBRETIEMPO	57
2.3.	LAS EXCEPCIONES AL REGIMEN DE LA JORNADA LABORAL	57
2.3.1.	DIFERENCIA ENTRE EXCEPCIÓN Y EXCLUSIÓN	58
2.3.2	TIPOS DE EXCEPCIONES A LA JORNADA LABORAL	59
2.3.3	EFFECTOS DE LAS EXCEPCIONES POR CATEGORÍA	60
2.3.4	ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE LA JORNADA Y VALIDEZ DE LA EXCEPCIÓN	61
2.3.5	ANTECEDENTES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA	64

2.3.6	ÁMBITO CONSTITUCIONAL ACTUAL	64
2.3.7	LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL E INTERPRETACIÓN	65
2.3.8	LAS EXCEPCIONES EN LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN	67
2.4.	DESARROLLO DE LAS EXCEPCIONES EN LA OIT Y EVOLUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO	68
2.4.1.	CONVENIOS DE LA OIT SOBRE JORNADA DE TRABAJO CON CARÁCTER GENERAL	70
2.4.2	CONVENIOS DE LA OIT SOBRE JORNADA DE TRABAJO CON CARÁCTER ESPECÍFICO	80
2.4.3.	CONVENIOS REFERIDOS A LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA	91
2.4.4	LAS EXCEPCIONES EN LOS CONVENIOS DE LA OIT Y EVOLUCIÓN DE LA JORNADA	92
2.5	ÁMBITO LEGAL DE LA EXCEPCIÓN	95
2.5.1.	ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES LEGALES POR LA ACTIVIDAD DEL TRABAJADOR	96
2.5.2.	TRABAJADORES DE DIRECCIÓN	96
2.5.3.	TRABAJADORES NO SUJETOS A FISCALIZACIÓN INMEDIATA	105
2.5.4.	TRABAJADORES INTERMITENTES CON LAPROS DE INACTIVIDAD	115
CAPÍTULO III: LIMITES A LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA LABORAL Y ALTERNATIVAS		
3.	LIMITES A LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA LABORAL	129
3.1	EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN	129
3.2.	POSICIONES FRENTE A LA POSIBILIDAD DE LIMITAR LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA	130
3.3	¿SE DEBEN ELIMINAR LAS EXCEPCIONES O SE DEBE RESTRINGIR SU APLICACIÓN?	133
3.4.	¿EXISTEN TRABAJADORES CUYO TIEMPO DE PRESTACIÓN NO PUEDE SER MEDIDO?	135
3.5.	LA DEFINICIÓN DE JORNADA DE TRABAJO EN EL PERÚ.	136

3.5.1.	LA IMPORTANCIA DE ESTABLECER UNA DEFINICIÓN.	136
3.5.2	EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO Y LA DEFINICIÓN DE JORNADA DE TRABAJO.	137
3.5.3	PROPUESTA DE DEFINICIÓN	137
3.5.4	OTROS ASPECTOS RELACIONADOS A LA JORNADA	140
3.6.	FLEXIBILIDAD EN LA DEFINICIÓN DE LAS CATEGORÍAS	141
3.6.1.	EL CASO DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y LA LIMITACIÓN EN SU DEFINICIÓN	142
3.6.2	EL CASO DE LOS TRABAJADORES NO SUJETOS A DIRECCIÓN INMEDIATA Y LA FLEXIBILIDAD DE LA CATEGORÍA	145
3.6.3	EL PROBLEMA DE LA VOLUNTAD EN EL CASO DEL PERSONAL INTERMITENTE CON LAPROS DE INACTIVIDAD	149
3.7	EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DE LAS EXCEPCIONES	152
	CONCLUSIONES	153
	BIBLIOGRAFIA	155





CAPITULO I: IMPORTANCIA, JUSTIFICACIÓN Y DEFINICIÓN
DEL TIEMPO DE TRABAJO

1. IMPORTANCIA, JUSTIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. -

1.1 TIEMPO DE TRABAJO Y JORNADA DE TRABAJO

En adelante utilizaremos la denominación “tiempo de trabajo” en lugar de “jornada de trabajo”, pues consideramos que el primer término es más general y abarca la complejidad normativa y funcional del tiempo en relación con el trabajo. Por otro lado, la jornada – desde el punto de vista etimológico - está relacionada al trabajo diario; por lo cual, si se utiliza el término “jornada” de esta forma, la discusión podría reducirse a una simple determinación cuantitativa del tiempo de trabajo (Aragón Medina *et. al.*, 2012)¹. De esta manera, “tiempo de trabajo” es el término utilizado por la doctrina internacional, así como por las normas internacionales, las cuales nos van a permitir acercarnos a su definición e importancia, más aún dado el escaso desarrollo normativo y doctrinario sobre el tema en nuestro país.

1.2 EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACION LABORAL

Antes de analizar la definición del tiempo de trabajo en la doctrina, normas locales, regionales o internacionales, tratados, etcétera, debemos entender la importancia del concepto tiempo de trabajo en la evolución y definición de la relación laboral. Podemos adelantar que el tiempo de trabajo ha estado siempre ligado al origen y a la evolución misma del Derecho del Trabajo; es más, estuvo presente en las primeras y más importantes reivindicaciones y luchas obreras (Ulloa Millares 2009, p.47), siendo materia de debates socio-filosóficos (Marx y Engels, ed. 1985, p.67)² En nuestro país, el concepto de tiempo de trabajo se sanciona con la aprobación de la jornada general de 8 horas de trabajo, en el año 1919 (Romero Montes, 2006, p.191)³. Esta conquista legal se da incluso antes del Convenio N° 1 de la OIT, tal como veremos más adelante; lo que demuestra su importancia y la evolución de esta materia en la actualidad.

¹ El autor Aragón Medina (2012), señala que no sólo es importante conocer la duración de la jornada, sino además otros aspectos, tales como la distribución de la jornada, la intensidad del trabajo; así como elementos contractuales o relativos a la vida laboral de las personas.

² Cabe destacar que Marx, en el año 1867, analiza los límites a la jornada laboral en el Libro I de El Capital (Capítulo VIII).

³ Al respecto, el autor menciona que dicha norma se obtiene luego de un paro nacional, encabezado por Manuel Gonzales Prada, durante el segundo gobierno del presidente José Pardo y Barreda.

Así, el debate del tiempo de trabajo ha tenido – y tiene - diversos enfoques para abordarlo; como el sociológico (como parte del movimiento social reivindicativo), filosófico (el valor adicional del trabajo, como sería la plusvalía), económico (relacionado a la productividad y eficiencia en el trabajo), normativo (relacionado al tiempo de prestación de servicios y a los efectos en la dirección del empleador), entre otros aspectos.

En el presente capítulo nos centraremos en el aspecto normativo, es decir en la importancia que tiene la regulación del tiempo de trabajo en el marco del derecho del trabajo. En efecto, para comprender la importancia del tiempo de trabajo en la relación laboral, es relevante repasar los antecedentes del derecho del trabajo, para entender su vinculación con la definición y su finalidad. Luego, analizaremos los elementos esenciales de la relación laboral y su vinculación con el tiempo de trabajo, para determinar – por lo menos en su origen – cuál era objeto de su regulación.

1.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

El antecedente normativo más antiguo del trabajo libre y por cuenta ajena proviene del derecho romano, el cual reguló el contrato de *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios) y posteriormente el contrato *locatio conductio operis* (arrendamiento de obra) (Boza Pro, 2011, p.17). Ambos contratos contenían el presupuesto de trabajo por cuenta ajena, retribuido y bajo la premisa de libertad e igualdad de las partes (Neves Mujica, 2007, p.67), toda vez que fueron regulados para hombres libres de condición precaria (o esclavos que habían conseguido su libertad) y bajo la necesidad de mano de obra por falta de esclavos para cultivar las tierras de las clases acomodadas romanas (el *locatio conductio operis* fue regulado principalmente para la relación contractual aplicada a artesanos).

Como lo señala el autor Guillermo Boza Pro (2014, pp.13-26), el trabajo o la prestación del servicio efectuado era considerado como un objeto, siendo su dueño el propietario; es decir, era un valor intercambiable en el mercado y el dueño era quien disponía plenamente del trabajo y su forma de prestación.

En la Edad Media no hubo mayor modificación en relación al contrato de locación de servicios y de obra, apareciendo la relación feudal entre el propietario y el siervo. Dicha relación, como señala Guillermo Boza, consistía en un sistema de complejas relaciones

personales entre el señor feudal y sus siervos –también denominados siervos de la gleba–, quienes eran reconocidos como sujetos de derecho; pero tenían un status que, precisamente, les obligaba a trabajar la tierra que era propiedad de su señor feudal a cambio de protección (Boza Pro, 2014, p.15). Precisa el autor que la condición de siervos se transmitía hereditariamente, por lo que en ese sentido podrían ser equiparados a los esclavos de la Antigüedad.

Producto de cambios sociales y económicos a finales del siglo XV, es decir la crisis del feudalismo y el inicio de grandes migraciones a las ciudades -que iban surgiendo por el intercambio comercial- se configura el nuevo trabajo asalariado en talleres de artesanos⁴ donde el titular o dueño del taller era el maestro y sus ayudantes asalariados eran los oficiales (Boza Pro, 2014, p.16). Un punto relevante para entender la evolución del Derecho del Trabajo consiste en que, en estas épocas, los oficiales controlaban su trabajo y el producto de este; es decir, participaban en todos los ámbitos de la producción, generalmente hasta el producto final, por lo que al cabo de algunos años un oficial podía independizarse y convertirse en maestro.

Posteriormente, en la medida que los talleres se multiplicaban, los maestros se agruparon en gremios (tales como los panaderos, artesanos, herreros, etc.), para monopolizar el servicio requerido en la ciudad y evitar el ingreso de otros talleres (barreras de mercado). Dicha práctica fue consolidando su poder económico y social, derivando en una progresiva desvinculación con sus empleados (tratando de obtener una mayor rentabilidad y reducción de costos). Por otro lado, y como efecto inmediato, los oficiales se agruparon para reclamar ciertos beneficios o condiciones frente a un naciente capitalismo salvaje, los que se denominan como proto-sindicatos.

De forma paralela, en la Europa del Siglo XVIII, las ciudades agrupan cada vez más a un mayor número de migrantes que son empleados en unidades productivas de mayor tamaño, las cuales son controladas por los dueños del capital. Es así como se verifica el requerimiento intensivo de mano de obra, efectos en la salubridad de las ciudades y conflictos geopolíticos en Europa, lo que determina la congregación de intereses socioeconómicos de la naciente clase obrera.

⁴ En esta relación sinalagmática se puede acreditar el elemento de subordinación, donde el maestro controlaba y dirigía intensamente la prestación del servicio.

Asimismo, en dicha época la ideología imperante era el Liberalismo (fines del siglo XVIII y siglo XIX), tal como señala Guillermo Boza (2014): “(...) *Las condiciones de trabajo y de vida que este régimen supuso tiene ejemplos sobradamente conocidos: (i) Bajos salarios; (ii) largas y agotadoras jornadas de trabajo; (iii) precarias condiciones de seguridad e higiene; y (iv) alta mortandad de la mano de obra, en particular de los niños y mujeres. (...)*” (p.17). Es decir, en la sociedad se operó una transformación que se materializó en el capitalismo, donde el trabajo dejó de ser un bien de uso para convertirse en un bien de consumo. Esto a la vez implicó que se modifique la apreciación del concepto y de la función del trabajo humano (Flores Olea, 1996, P.11)⁵.

Es así como comienza una crítica constante a la validez de la existencia de los principios de libertad e igualdad que imperaban en toda relación sinalagmática, entrando en colisión cuando entre las partes existía una subordinación y una dirección de la prestación (el poder del dueño del capital, en su búsqueda de mayores ingresos sobre la reducción de costos y condiciones mínimas para la prestación del servicio).

Esta diferencia y sus efectos nocivos frente a la parte débil, es decir el trabajador, marcó la necesidad de la intervención del Estado para la protección de los derechos básicos del trabajador (vida, salud y seguridad). Así nace el derecho del trabajo, como un mecanismo que busca disminuir la desigualdad natural entre las partes (falta de equilibrio en la relación de poder), limitando los efectos nocivos del poder de dirección frente al trabajador y equilibrando la relación laboral, no solo desde un punto de vista individual o colectivo sino como una política de Estado. El derecho del trabajo tiene por finalidad disminuir los conflictos sociales en busca de la paz social, creando verdaderos mecanismos distributivos de riqueza para toda la sociedad (beneficios laborales mínimos). Por consiguiente, el derecho del trabajo nace relacionado con el carácter tuitivo (protector) a favor del

⁵ Al respecto, el autor precisa lo siguiente: “(...) *¿Qué significa esa transformación? Significa, a los ojos de Marx, que en los otros “modos” de producción, anteriores al capitalismo, el trabajo del hombre “conservaba” una cierta relación con los objetos de ese trabajo, que se producían como satisfactores de necesidades humanas, elaborados para ser usados, para ser utilizados. (...) Así el trabajador, el productor, se reconocía en los productos de su esfuerzo: su trabajo era útil para él y los demás hombres. En el sistema capitalista (y ésta sería su gran innovación, su “novedad” histórica y su característica esencial), al contrario, los productos no se elaboran para ser utilizados (...) sino que son fabricados para el mercado, para el cambio, para la compra y la venta (...) la función social del trabajo ha variado radicalmente, la función y el significado del trabajo humano, del trabajador mismo. La fuerza de trabajo no está más ya dirigida a la satisfacción y producción de valores de uso, sino orientada exclusivamente a la venta, al cambio, a la acumulación del capital.*”

trabajador, el cual no es solamente el productor sino también el consumidor, lo que finalmente garantiza y protege al mercado.

Si bien el tiempo de trabajo (como duración de la prestación) no es un elemento exclusivo del derecho del trabajo, vemos que los límites establecidos a la jornada ha sido una de las primeras reivindicaciones obreras⁶ que se ha plasmado en normas laborales (juntamente con normas relacionadas a la seguridad y salud de madres y menores de edad, como parte de las primeras intervenciones del Estado en la regulación laboral a nivel mundial). Pese a su antigüedad, el tema de reducción de jornada, límite al trabajo en sobretiempo, exclusión de jornada, jornadas acumulativas, trabajo nocturno, entre otros aspectos, se encuentran en la palestra de la discusión doctrinaria y jurisprudencial a nivel global, toda vez que el mercado se va adaptando a los cambios y a la flexibilización de la economía; así como a cambios sociales respecto a la finalidad del hombre: temas del derecho al ocio o al desarrollo de la persona, que incluso ya cuentan con reconocimiento en normas internacionales o normas constitucionales en algunas legislaciones⁷, como lo veremos más adelante.

De acuerdo a lo expresado, se puede acreditar la evolución que ha tenido el Derecho del Trabajo a través de la historia, marcada en un origen por la concepción del trabajo como uso del hombre y para el hombre (ser productivo); luego en una necesidad de mano de obra por parte de hombres libres -entendiendo al trabajo como un objeto intercambiable-, para que finalmente se trastoque el concepto de trabajo influenciado en el poder del dueño del capital y en la falta de equilibrio en la relación de trabajo (búsqueda implícita de la libertad del hombre para recuperar el bienestar de las clases sociales). Así, resulta relevante citar a Francisco José Trillo Párraga (2010), quien señala lo siguiente: “(...) *la configuración actual del Derecho del Trabajo promociona, en atención a un cierto desfase entre base social de la relación de trabajo y su normativización, a una revitalización de la concepción de trabajo como cosa –fuerza de trabajo– desgajado de la persona que proporciona dicha energía –el trabajador– en consonancia con aquellas exigencias de flexibilidad del sistema económico capitalista (...)*” (p. 26).

⁶ Recordemos que la extensión de la jornada ha sido considerada como uno de los elementos circunstanciales que se generó producto del denominado “capitalismo salvaje”.

⁷ Podemos consultar, por ejemplo, la Constitución Española que recoge dicho derecho.

Sobre el particular, Ballester Pastor (2013, p.56) critica el sistema de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, pues señala que el cambio en el sistema productivo (de *fordismo* a *toyotismo*) y las crisis económicas han puesto en peligro la continuidad del vínculo laboral y han relativizado el tiempo de trabajo. Sin embargo, toda aquella flexibilidad tiene por finalidad beneficiar única y exclusivamente al empleador en desmedro del trabajador, al reducir este último la gestión de su tiempo libre y laboral.

A continuación, analizaremos la vinculación que tiene el tiempo de trabajo en la relación laboral y la evolución producto de los cambios en la sociedad y en el mercado, para ver hacia dónde estamos yendo y cuáles son los límites que plantea el Derecho del Trabajo.

1.2.2 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL

La doctrina ha considerado como elementos esenciales de toda relación laboral a los siguientes elementos: (i) subordinación; (ii) prestación efectiva; y, (iii) remuneración. Así, el tiempo de trabajo tiene una especial incidencia en la relación laboral, tanto desde un ámbito cuantitativo (medición del tiempo mediante el cual el trabajador queda a disposición del empleador), como cualitativo (tiempo en el que el empleador puede ejercer sus facultades de dirección) (Monereo Pérez y Gorelli Hernández, 2009, p.84).

Ahora veremos en qué forma se plasma el tiempo de trabajo en cada uno de los elementos esenciales de la relación laboral, lo cual nos permite concluir su importancia al momento de definir y configurar la relación laboral.

1.2.2.1 EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA SUBORDINACIÓN

En relación con la subordinación, la doctrina la define como el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla (Neves Mujica, 2007, p.31). Es decir, encontramos dos elementos intrínsecos en la definición: la sujeción del trabajador y el poder de dirección del empleador. Así, el poder de dirección se manifiesta en la posibilidad de dirigir la prestación, fiscalizar y sancionar al trabajador, quien ha delegado su fuerza de trabajo y la posibilidad que el empleador dirija su actividad; poder limitado en un extremo

por la razonabilidad, y en el otro, por los derechos fundamentales del trabajador (Rendón Vázquez, 2000, p.32).

Dichos límites no solo se utilizan para proteger las condiciones de trabajo (fijar la labor motivo de contratación) así como el lugar de prestación; tenemos además al tiempo de trabajo como límite de la duración de la prestación y del tiempo que va a estar sujeto a las órdenes del empleador. Si bien se ha cedido la facultad de dirigir la actividad del trabajador, la prestación no puede efectuarse todo el día y de forma efectiva, todas las semanas o los 365 días del año (aunque veremos que se admiten modificaciones a la jornada y horario dentro del límite de la razonabilidad).

Si bien se ha flexibilizado la definición de la subordinación en los últimos tiempos⁸, la doctrina considera que un elemento para acreditarla es la existencia de un horario o jornada, lo cual nos permite acreditar con mayor claridad la incidencia del control del empleador. Así, la doctrina señala que el concepto de subordinación actualmente es flexible, amplio y vago⁹; por lo que la acreditación –o no– del horario o jornada funciona como un criterio orientativo. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que un trabajador esté sujeto a un horario o jornada evidencia que no dispone de la autonomía suficiente como para desarrollar su prestación de trabajo organizándola él mismo (Monereo Pérez y Gorelli Hernández, 2009, p.89).

Por consiguiente, el tiempo de trabajo se encuentra intrínseco en la definición de subordinación (ámbito cuantitativo como cualitativo); es más, incluso el tiempo de trabajo define y limita el ámbito de subordinación, siendo un indicio para acreditar la misma y donde se plasma el propio poder de dirección¹⁰. Es cierto que en las últimas décadas la noción de subordinación se ha difuminado respecto a su vinculación con el tiempo de trabajo (Valdés Dal-Ré, 1999, p.11)¹¹; ello no obsta para reconocer su importancia en la

⁸ Recordemos que se han intensificado los procesos productivos que implican una descentralización de la labor fuera de las instalaciones de la empresa, lo que ha complicado la inmediatez del control del empleador (a modo de ejemplo, el trabajo a domicilio o teletrabajo).

⁹ El tiempo de trabajo nos sirve además para poder acreditar la evolución del Derecho del Trabajo desde una entidad empleadora cuyo modelo de producción era esencialmente fordista (producción en masa), con un horario rígido (en un principio de acuerdo al turno diurno, pues no existía la tecnología para operar en turno de noche), dentro de un centro de trabajo identificado y con un control directo de la producción.

¹⁰ La jurisprudencia ha considerado a la existencia de un horario como un elemento que acreditaría la relación laboral, pues demuestra que el trabajador no tiene control de sus propios tiempos y en estos espacios no puede ser subordinado, lo que podría configurar como una relación autónoma (relación civil).

¹¹ Al respecto, el autor señala que en las últimas décadas se acredita el quiebre del modelo clásico de tiempo de trabajo, señalando las siguientes causas: (i) tendencia desreguladora del tiempo de trabajo (se eliminan

configuración del concepto, más aún cuando es en el tiempo de trabajo donde se plasma con mayor claridad el poder de la entidad empleadora sobre el trabajador.

1.2.2.2 LA PRESTACIÓN EFECTIVA Y EL TIEMPO DE TRABAJO

La prestación efectiva de servicios como elemento de la relación laboral tiene directa relación con la puesta a disposición de la fuerza de trabajo (actividad que solo sería posible durante un tiempo limitado al día, semana, mes, etc.), precisando Jorge Rendón Vásquez (2000) lo siguiente: “(...) *El trabajador no puede ser obligado a permanecer a disposición del empleador más allá del tiempo convenido ni del máximo fijado legalmente, salvo excepciones basadas en el estado de necesidad (...)*” (p.41).

En este mismo sentido, José Luis Monereo Pérez y Juan Gorelli Hernández (2009, p.90) señalan que el tiempo de trabajo es un elemento esencial para la determinación del cumplimiento del contrato de trabajo; es por ello por lo que, en el caso de un despido disciplinario por abandono del centro de labores (tardanzas reiterativas e inasistencias), el despido se justifica por el incumplimiento en la distribución del tiempo de trabajo acordado previamente entre el empleador y el trabajador¹². El tiempo de trabajo permite medir la prestación del servicio (ámbito cuantitativo), tiempo en el cual el trabajador estará sujeto a las órdenes del empleador y este último puede utilizar la mano de obra (hay algunos supuestos excepcionales que permiten su utilización en el tiempo de descanso, pero son supuestos claramente restringidos)¹³.

Otro elemento relevante del tiempo de trabajo en la prestación del servicio será la relación con el sistema organizativo de la producción (la actividad productiva de la empresa está directamente relacionada al sistema de horarios y turnos, para la mayor eficiencia de la

límites de tiempo o se excluyen de los límites legales a ciertas actividades, por ejemplo); (ii) ruptura del principio de uniformidad (se crea una diversidad de horarios); (iii) se quiebra la generalidad para fomentar la personalización.

¹² El artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 03-97-TR – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)- regula el supuesto de incumplimiento del contrato de trabajo por abandono del centro de trabajo.

¹³ Un ejemplo de las excepciones reguladas en relación con la prestación de servicios fuera de la jornada es el trabajo en sobretiempo obligatorio en relación a casos fortuitos o de fuerza mayor (terremoto que obliga al empleador a utilizar a los trabajadores para reforzar las instalaciones o proteger las maquinarias de producción). También existen algunos sistemas laborales desconcentrados del centro de trabajo donde se podría presentar la prestación de servicios sin una limitación específica en relación con el tiempo de trabajo, como es el teletrabajo o trabajo a domicilio, pues lo que se privilegia es el resultado sobre el tiempo de realización del servicio o producción, o en todo caso, pues el control de la prestación es imposible o restringido.

producción). Es decir, el tiempo de trabajo transcurre de manera paralela con el sistema productivo implementado por la empresa (por ejemplo, mantener prendida la maquinaria de producción o la prestación condicionada a los horarios de producción); es por ello por lo que se precisa que el tiempo de trabajo va a depender del sistema productivo que se implemente.

1.2.2.3 LA REMUNERACIÓN Y EL TIEMPO DE TRABAJO

Finalmente, incluso en la remuneración, Javier Neves Mujica (2007, p.35) precisa que el tiempo de trabajo resulta –comúnmente– la forma de medición del cálculo de la remuneración (días, semanas, meses); aunque podemos encontrar otras formas de medición en base al rendimiento del trabajador.

Así, tenemos dos formas de medición del salario: la primera, denominada “salario tiempo” (cuya base es estrictamente temporal); y la segunda, en base al “rendimiento” (producto o resultado del trabajo). Si bien ambos sistemas se usan en el mercado, es común encontrar una mezcla de ambos sistemas salariales (básico fijo más variable por resultados o productividad) (Monereo Pérez y Gorelli Hernández, 2009, p.94)¹⁴. El tiempo de trabajo tiene directa relación con el elemento de remuneración, en la medida que el salario principalmente está fijado por un ámbito temporal (hora, día, semana).

1.2.3 EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL

De acuerdo a lo señalado en los puntos precedentes, podemos concluir que una manifestación fundamental de la relación de trabajo –en sus elementos constitutivos– es el tiempo empleado por el trabajador para la prestación de sus servicios; tiempo que va a suponer una puesta a disposición de su fuerza de trabajo, limitada por la sujeción ante la entidad empleadora (facultades de dirección, sanción, etc.), quien va a dirigir la prestación en tanto que es el dueño del capital, y consecuentemente, del riesgo de la actividad.

¹⁴ Los autores precisan que, si bien actualmente se han incrementado los sistemas salariales de rendimiento, los mismos podrían ser perjudiciales para el trabajador en la medida que van a estimular el incremento de las horas laboradas (incluso superando los límites legales), con lo cual el ingreso podría depender de los resultados del mercado o las variaciones del mismo, falta de estabilidad económica, entre otros. Para la empresa podría resultar un sistema eficiente, adaptable a la situación económica de la empresa, pero que implica un mayor control y fiscalización en la determinación del ingreso (para evitar conductas arbitrarias).

Al respecto, en esta misma línea, Jorge Aragón Medina (2012) señala lo siguiente:

“(…) Bajo esta perspectiva, se pone de relieve que existe una estrecha relación entre el tiempo de trabajo y la propia relación laboral, ya que en muchas ocasiones constituye un elemento de cuantificación y de delimitación del trabajo realizado, así como factor determinante en otras condiciones laborales, como por ejemplo las retribuciones salariales. De hecho, tradicionalmente la relación entre el trabajo y el tiempo es tan íntima que se llega a la práctica identificación de ambos conceptos, habiéndose afirmado de manera lapidaria que el trabajo, el trabajo por cuenta ajena, no es otra cosa sino tiempo que se cede a otro para desempeñar las tareas acordadas. En definitiva, el tiempo es trabajo, el trabajo es tiempo” (Prieto et al, 2008), poniendo de manifiesto que el tiempo de trabajo ha sido (y sigue siendo) un elemento esencial y constitutivo de la propia relación laboral.” (p.23)

María Amparo Ballester Pastor (2013, p.54) precisa que, si bien en las últimas décadas el concepto se ha ido flexibilizando¹⁵, cuestionando su vinculación con la relación de trabajo (por ejemplo, en algunas actividades el salario medido en el tiempo ha perdido espacio frente a ingresos por rendimiento), aún no ha perdido su importancia (tanto cuantitativa como cualitativa). Es más, se sigue utilizando prioritariamente en la medición del tiempo de servicios; así como nuevos temas se vienen discutiendo actualmente en relación al tiempo de trabajo (disponibilidad, localización, variación de jornadas, etc.).

El deudor, en este caso el trabajador, en el lapso que va a implicar la jornada de trabajo, va a estar sujeto a la orden, dirección y reglas de la entidad empleadora; lo cual implica una sujeción que limita su facultad individual para realizar –de forma autónoma e independiente– su prestación e incluso restringe su libertad para realizar lo que considere pertinente. Ello no quiere decir que en dicho tiempo el trabajador no pueda realizar actividades personales o propias de su vida personal (efectuar o recibir llamadas, revisar medios de información, enviar o recibir correos electrónicos, fumar, tomarse un café, etc.), de acuerdo con sus derechos inespecíficos¹⁶; aunque evidentemente dichas facultades y prerrogativas están limitadas en función al cumplimiento de sus obligaciones laborales.

¹⁵ Al respecto, la autora Ballester Pastor (2013, p. 54) ha señalado: “*Resulta interesante que la pérdida de control del tiempo personal se ha asumido durante años con gran docilidad, ya como parte del sistema productivo (del fordismo al toyotismo) ya como parte del sacrificio que requería la crisis económica para el mantenimiento de los puestos de trabajo (...)*”.

¹⁶ Derechos fundamentales que se aplican en el tiempo de trabajo (intimidad, dignidad, secreto de las comunicaciones, etc.).

Es así como el tiempo de trabajo forma parte de la definición de la relación laboral, en tanto que el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo para percibir una contraprestación (salario en función al tiempo o rendimiento), dentro de un tiempo específico y delimitado, en el cual el empleador ejerce su poder de dirección y limita la libertad del trabajador (hasta un límite que cuadra con los derechos inespecíficos del trabajador). Entender el tiempo de trabajo, implica no solo reconocer la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, sino a delimitarlo en base a los derechos que impiden que el trabajador permanezca un tiempo mayor a la jornada ordinaria o máxima, o en todo caso, que tenga periodos de descanso semanal o anual, sino además a ejercer una serie de derechos fundamentales relacionados a su vida personal y familiar.

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Ahora bien, conviene analizar cuáles han sido las razones que justifican la regulación del tiempo de trabajo. Cabe mencionar que para Carlos Alfonso Mellado (2007, p.57), existen cinco criterios que justifican la regulación del tiempo de trabajo; sin embargo, hemos agregado una razón adicional (*dumping* social) que consideramos debe ser determinante para la regulación del tiempo de trabajo a nivel local y regional, más aún en un contexto de economía global.

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.

1.3.1 EL TIEMPO DE TRABAJO PARA CONFIGURAR EL PRECIO DEL TRABAJO

La regulación del tiempo influye en el precio del trabajo, es decir, nos permite contar con un elemento objetivo para definir cuál es el precio real que el empleador abona por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Al respecto, Carlos Alfonso Mellado (2007, p.57) señala que dicha regulación 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 (efecto redistributivo).

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. Es decir, si no existe un límite a la jornada, va a ser imposible determinar el valor del trabajo, pues éste 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 trabajador.

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 discretionales del empleador y evidentemente tender a la baja); lo cual tendría directa relación con la distribución de la riqueza en la sociedad.

1.3.2 EL TIEMPO DE TRABAJO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE EMPLEO

La regulación del tiempo de trabajo podría determinar una política de empleo. Al respecto, Carlos Alfonso Mellado (2007, p.57) señala que de acuerdo con el número de horas que limitan el tiempo de trabajo, se podrá repartir el empleo entre más o menos trabajadores.

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 menor número de trabajadores en el mercado (problemas relacionados con el acceso al empleo), pues es probable que el empleador requiera que se realice con menos trabajadores (evitando el costo de contratación) o que el mismo trabajador -bajo el incentivo del salario por rendimiento- aglomere los servicios.

Es así como la sobretasa por las horas extras, descanso semanal obligatorio, 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.

1.3.3 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, José Luis Monereo y Juan Gorelli Hernández (2009, p.59) han señalado que –desde una perspectiva actual– la reducción del tiempo de trabajo queda planteado como 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 de establecer reglas que fijen en primer lugar el cumplimiento de la jornada máxima u ordinaria establecida, 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).

1.3.4 LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y SU RELACIÓN CON SU ÁMBITO LOCAL O REGIONAL

La regulación del tiempo de trabajo permite reconocer costumbres y comportamientos arraigados en la sociedad, tal es el caso de los feriados, duración de vacaciones, turnos de verano, refrigerios alargados, etc. A modo de ejemplo, las jornadas de trabajo en un inicio eran básicamente diurnas, en función a que no existía el alumbrado a gas que permita la prestación en turno nocturno. Es más, 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, las instituciones bancarias o servicios (no se atiende entre la 1pm y las 4pm).

1.3.5 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. Afirma José Manuel Lastra (1997) 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”* (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, incide en el mayor riesgo a adquirir enfermedades profesionales, en la disminución de la productividad del trabajador (producto de la carga de trabajo), generando 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 pues dejaría de producir; asimismo, por el costo de reemplazar al trabajador, lo que ya es 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 la empresa 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 que se acepta y 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. Otro costo que podría ser medido por la empresa son las inspecciones de trabajo en materia de seguridad y salud en el trabajo, ocasionando multas que podrían ser reiterativas.

1.3.6 LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA EVITAR EL *DUMPING* SOCIAL

Si bien Carlos 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, utilizando el factor del ahorro del costo laboral como un factor para competir (reducción del costo laboral –mediante la informalidad- para ser más competitivo 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 año 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).

1.4 EL TIEMPO DE TRABAJO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.

A efectos de delimitar la importancia del concepto de tiempo de trabajo, resulta relevante analizar diversas normas internacionales vinculadas a los derechos humanos que recogen y regulan el tiempo de trabajo como un derecho fundamental del ser humano. Se debe tomar en cuenta que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú (1993) señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que hayan sido ratificados por el Perú.

Por tanto, toda regulación nacional referida al tiempo de trabajo será examinada e interpretada en razón a las normas internacionales debidamente ratificadas por el Perú y los derechos humanos. A continuación, detallaremos las referidas normas internacionales, precisando los artículos que definen y regulan el tiempo de trabajo.

1.4.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) norma internacional ratificada por el Perú y que se aplica mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, se regula el derecho al tiempo de trabajo de la siguiente manera: “(...) *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.*”

De la interpretación del artículo, encontramos por un lado la obligación de limitar la duración del trabajo -límite que está fijado en función a la razonabilidad (Real Academia de la Lengua [RAE], 2014)¹⁷-; y, por otro lado, entendemos que la razonabilidad está relacionada intrínsecamente con el contenido del derecho al tiempo libre y al descanso, entendiendo que lo limitado de la jornada está en función a la posibilidad que tiene el trabajador de disfrutar el tiempo libre, es decir del poder que tendría el trabajador para realizar lo que estime conveniente fuera de dicho espacio temporal (para obrar o no obrar de acuerdo a su propia voluntad).

1.4.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), fue suscrito en Nueva York (Estados Unidos), el 16 de diciembre de 1966. Asimismo, fue firmado por el Perú el 11 de agosto de 1977 y ratificado en abril de 1978. Al respecto, el artículo 7 señala lo siguiente:

¹⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2014), *razonable* significa: adecuado, conforme a razón, proporcionado, no exagerado.

“(…) 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:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

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.”

Nuevamente la limitación de las horas de trabajo, que se enmarcan en una duración razonable, dándole sentido a la razonabilidad y proporcionalidad del propio disfrute del descanso y del tiempo libre. Es decir, no podría entenderse la limitación de la jornada sin la facultad del hombre de disfrutar su tiempo libre o de descanso. Cualquier circunstancia que limite dicha facultad para disfrutar estaría vaciando de contenido al derecho fundamental.

1.4.3 DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948), fue suscrita en Bogotá (Colombia) en 1948. Al respecto, la referida declaración se pronuncia sobre el tiempo de trabajo y de descanso: *“Derecho al descanso y a su aprovechamiento - Artículo XV: 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.”*

En el presente punto se puede verificar que la definición está referida más al tiempo libre que a la limitación a la jornada, buscando la plena realización del hombre en el campo espiritual, cultural y físico.

1.5 ALCANCE Y DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO

En el presente capítulo analizaremos las definiciones que se han venido dando en la doctrina y normas nacionales e internacionales sobre el tiempo de trabajo. Así, el tiempo de trabajo es entendido como un espacio temporal donde el trabajador deberá poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

Pese a la aparente simplicidad del término o definición, se pueden acreditar una serie de interrogantes como: ¿Cuándo inicia y finaliza el tiempo de trabajo? Es decir ¿desde la salida del domicilio? ¿Ingreso y salida del centro de trabajo por la entrada? ¿Desde el inicio efectivo de la prestación?, etc. Asimismo, la definición del tiempo de trabajo nos llevará a resolver cuándo nos encontramos ante un tiempo de descanso, llegando incluso a preguntarnos si existen categorías intermedias entre uno u otro.

Para poder entender la complejidad del tiempo de trabajo, debemos transitar por la doctrina, jurisprudencia local e internacional, así como por las normas nacionales e internacionales, incluyendo a la Unión Europea y a la OIT (Ulloa Millares, 2015, pp.861-874)¹⁸. Definir el concepto de tiempo de trabajo representa el primer objetivo de la presente tesis, lo cual nos permitirá luego entender qué es tiempo de descanso (como contraposición o como una definición independiente), así como comprender sus límites y exclusiones.

Es claro que el tiempo de trabajo está relacionado al momento en el cual el trabajador debe poner a disposición su fuerza de trabajo y el empleador podrá ejercer sus facultades de dirección; sin embargo, no existe un criterio único para su definición y sus límites tanto en la doctrina como en las normas internacionales. Resulta un tema prioritario para nuestro país, toda vez que en nuestra normatividad laboral no existe una definición expresa de tiempo o jornada de trabajo, lo que nos ayudará a entender cuándo nos encontramos ante un tiempo de trabajo y cuándo no; o en todo caso, cuáles serían los factores de exclusión de dicha definición (los cuales analizaremos en los siguientes capítulos de la presente tesis).

¹⁸ Para la definición de *Tiempo de Trabajo* vamos a seguir la estructura planteada por el Dr. Ulloa Millares, en la medida que consideramos que la jornada de trabajo regulada en nuestro país se sustenta —en algún sentido— por las fuentes citadas en dicho artículo académico.

1.5.1 DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA OIT

A nivel internacional, existen una serie de normatividades que definen y regulan el tiempo de trabajo. Nos centraremos en la definición establecida en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como ente máximo de las normas internacionales referidas al Derecho del Trabajo.

De acuerdo con el artículo 2 del Convenio N° 1 de la OIT, denominado “Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919” (OIT, 1919b), la norma señala expresamente lo siguiente:

“(…) 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 no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación:

(a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza;

(b) cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes de los patronos y de los obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria;

(c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.” (OIT, 1919b).

Como se puede apreciar en el Convenio 1 de la OIT, no existe una definición expresa de tiempo de trabajo, simplemente se hace referencia a la jornada máxima establecida para el sector industrial. Es decir, el referido Convenio se enfrentó a un primer escollo, el cual era definir cuándo nos encontrábamos dentro de la jornada para poder aplicar el límite temporal de la misma (8 horas y 48 horas a la semana). La segunda observación ha sido que dicho convenio fue aplicable única y exclusivamente al sector industrial, que si bien era el sector típico donde se presentaron abusos en la extensión del tiempo de trabajo, no era el único

sector aplicable. Esta crítica además debe considerar que la redacción y precisiones del convenio están enmarcadas en el ámbito del sector industrial, tratando de responder a la lógica productiva imperante a inicios del siglo XX, es decir una lógica claramente *fordista* de la producción.

Por otro lado, el Convenio N° 30 de la OIT, denominado “Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) – 1939” (OIT, 1939), señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, 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.”

“Artículo 3

Las horas de trabajo del personal al que se aplique el presente Convenio no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día, reserva de las disposiciones de los artículos siguientes.”

“Artículo 4

Las horas de trabajo por semana previstas en el artículo 3 podrán ser distribuidas de suerte que el trabajo de cada día no exceda de diez horas.”

Así, el Convenio 30 de la OIT (1939) define al tiempo de trabajo como “*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*”.

La definición de la OIT tiene algunos vacíos, como lo precisa el autor Daniel Ulloa Millares al señalar que esta definición no permite aclarar desde cuándo el trabajador permanece a disposición del empleador, es decir desde el domicilio o al ingreso del centro de trabajo o cuál es el momento en el que se encuentra a disposición (Ulloa Millares, 2015, p.864). Se debe tomar en cuenta que la definición introducida proviene del acuerdo de Londres de marzo de 1924 (Montenegro Baca, 1958, p.6), el cual tenía por finalidad establecer las reglas de aplicación del Convenio 1 de la OIT.

No debe dejar de extrañarnos que la definición en cierta forma refleje la cosmovisión de una empresa de inicios del siglo XX, es decir con un centro de trabajo ubicable y donde el trabajador se encontraba a inmediata disposición del empleador; siendo la lógica imperante la definición de trabajo efectivo (inicio de la jornada con el inicio de la prestación del

servicio). Por otro lado, se continua con el cuestionamiento de la rigidez de los Convenios 1 y 30 de la OIT pues solo son aplicables a ciertos sectores, como el industrial y el de comercio (ámbito de aplicación de los convenios) y, sobre todo, porque los mismos no permiten regular nuevas formas de organización de la producción y del trabajo, lo que responde a una lógica de producción claramente *fordista*.

Ahora bien, actualmente existe un amplio consenso que establece que tanto la definición como el contenido de los Convenios 1 y 30 de la OIT deberían ser revisados. En efecto, Renato Mejía Madrid (2012) precisa que, en el Estudio General sobre los referidos convenios, la Comisión de Expertos recomendó lo siguiente: “(...) *en la actualidad sigue siendo válido el principio de incorporar a la regulación de las horas de trabajo la perspectiva de los derechos humanos y que cada trabajador de la economía mundial debe tener derecho a la protección de una norma mínima que establezca la duración máxima de su trabajo y la duración mínima de su descanso*” (p.52). Asimismo, dicho autor recalca que la Comisión de Expertos ha aceptado que los convenios no reflejan la realidad contemporánea y en algunos casos son obsoletos, por lo que se justifica su revisión (Mejía Madrid, 2012, p.52).

Si bien actualmente no se ha emitido un nuevo convenio de la OIT sobre tiempo de trabajo ni se ha efectuado la revisión de los Convenios 1 y 30 de la OIT, se deberá tomar en cuenta que existen además una serie de normas internacionales que regulan el tiempo de trabajo como un derecho fundamental del hombre. Ello permitirá una adecuada interpretación y contextualización de dicho derecho fundamental de cara a los nuevos cambios productivos, lo cual analizaremos en el siguiente capítulo.

1.5.2 DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA

Hemos considerado relevante utilizar las normas de la Unión Europea, toda vez que han desarrollado la definición del tiempo de trabajo y sus límites. Asimismo, estas normas comunitarias representan límites a la normatividad laboral española, la cual abordaremos en el siguiente punto, pues tiene una estrecha vinculación con la normatividad laboral peruana y nos sirve de fuente.

Actualmente, en la Unión Europea existe la Directiva 2003/88/CE, que regula el tiempo de trabajo¹⁹ en relación con la seguridad y salud en el trabajo (SST) de los países miembros (Unión Europea [UE], 2003). No significa que el tiempo de trabajo sea exclusivo de la SST, sino que por intermedio de dicha regulación se pudo tratar el tiempo de trabajo e introducirlo como una Directiva aplicable a la Unión Europea.

Antes de la Directiva 2003/88/CE, su predecesora la Directiva 93/104/CEE (UE, 1993) del 23 de noviembre de 1993, establecía como mecanismos de protección los descansos diarios, semanal, vacaciones anuales, duración de trabajo nocturno, horarios especiales (de acuerdo a funciones que implicaban mayor riesgo para la salud del trabajador); pero por otro lado, facultaba a las legislaciones nacionales o a la convención colectiva, a dejar sin efecto la jornada máxima (48 horas) por el mecanismo denominado *opting out*, que consiste en que el trabajador voluntariamente decide la inaplicación de la jornada, o a reducir las vacaciones a tres semanas por un periodo determinado (Valdés Dal-Ré, 1999, p.15).

Así, la Directiva 2003/88/CE ha continuado con la finalidad de su predecesora, es decir por un lado protectora de derechos mínimos aplicables a las legislaciones de los países miembros, y por otra, dentro de una lógica de flexibilidad. En efecto, para Jaime Cabeza Pereiro (2008, p.13), la Directiva 2003/88/CE tiene dos caras: una protectora y otra desprotectora. Respecto a la primera, ello es así debido a la amplitud del ámbito subjetivo de la Directiva, pues se aplica a todos los sectores de la actividad privada y pública (incluyendo a países de Europa del Este, los cuales tienen normas menos favorables a favor del trabajador). La cara desprotectora está referida a las posibilidades que tienen las empresas para salir de su ámbito protector (existen ámbitos de flexibilidad como el *opt-out* –propio del Reino Unido– que es la renuncia voluntaria del trabajador a sujetarse a la jornada de trabajo bajo ciertos requisitos y condiciones) (Ferradans Carames, 2006, p.108)²⁰.

Ahora bien, en relación con la definición de tiempo de trabajo, la Directiva 2003/88/CE (UE, 2003) la define de la siguiente manera:

¹⁹ Descanso diario, las pausas, los períodos de descanso semanal, las vacaciones anuales, así como algunos aspectos del trabajo nocturno y del trabajo por turnos.

²⁰ El *opt-out* es la posibilidad que los estados miembros de la Unión Europea puedan inaplicar el límite de la jornada, siempre que se garantice –entre otros aspectos– que el trabajador pueda decir voluntariamente la exclusión de la jornada máxima.

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) tiempo de trabajo: todo período 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;

2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo;(…)”.

La definición de tiempo de trabajo establecida en la Directiva 2003/88/CE presenta el siguiente problema: que se define al tiempo de descanso en contraposición al tiempo de trabajo. Como dice Carmen Ferradans Carames (2006): *“(…) no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un periodo determinado solo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso”* (p.121).

Ahora bien, dicha definición viene siendo cuestionada –o precisada- en base a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJUE), en los casos JAEGER (TJUE, 2003) o SIMAP (TJUE, 2000); toda vez que se considera tiempo de servicios al efectuado en atención continuada o guardias (localización del médico en el centro de trabajo pero que se encuentra descansando); o en el caso del tiempo invertido, para aquellos que efectúan servicios para los que son llamados. Así, vemos que la definición de tiempo de trabajo en la Directiva no concuerda con algunas actividades, como son las relacionadas a los servicios sanitarios (y específicamente a las guardias)²¹, toda vez que la definición no permite espacios intermedios entre tiempo de descanso o tiempo de trabajo.

La precisión establecida por la jurisprudencia ha generado que se cuestione la definición de tiempo de trabajo e incluso la definición de tiempo de descanso, estableciéndose la posibilidad de que exista un tercer campo denominado como “tiempo de inactividad”. Es así que Carmen Ferradans Carames (2006, p.123) plantea las siguientes alternativas para evitar los problemas relacionados en el sector sanitario (que es que se defina al tiempo de inactividad producto de guardias): (i) permitir que las legislaciones nacionales deroguen la definición propuesta por la jurisprudencia del TJUE; (ii) alterar el contenido de la referida Directiva para crear una nueva categoría “tiempo de inactividad”; o (iii) Modificar la definición

²¹ Se debe tomar en cuenta que no solamente se incluyen los servicios sanitarios. Por ejemplo, en la sentencia ABDELKADER DELLAS (TJUE, 2005), se establece el caso de los vigilantes nocturnos de albergues, a los cuales se les aplica un decreto mediante el cual, cada 9 horas de guardia se computa como 3 horas de trabajo, añadiéndose 30 minutos cada hora adicional.

de tiempo de trabajo, para eliminar la posibilidad que dicha inactividad sea considerada como tiempo de trabajo. En cualquier caso, se puede verificar los problemas que se han generado en relación con la definición de tiempo de trabajo y a los pronunciamientos del TJUE, lo que debería llevar –según la conclusión del autor– una posible y pronta modificación de la Directiva 2003/88/CE.

1.5.3 DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA

Ahora bien, es importante citar la definición de tiempo de trabajo en la normatividad española, la cual ha servido de referencia normativa para nuestro país y la región en temas del Derecho del Trabajo. El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET) (Real Decreto Legislativo 2/2015) regula el tiempo de trabajo, precisando lo siguiente:

“(...) 1. 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 cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

(...)

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.

(...)

8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas. (...)”

La definición la encontramos en el artículo 34.5 del ET, cuando señala que el tiempo “se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. La definición denota una relación intrínseca entre la permanencia en el puesto y la definición del tiempo, es decir existe una clara referencia al sistema *fordista* de trabajo, el cual concebía a la prestación dentro de un centro de trabajo bajo la supervisión directa del empleador.

Con relación a la evolución normativa de la legislación española, el autor Guillermo Rodríguez Pastor (2014, p.89), precisa los siguientes objetivos que marcaron dicha evolución: (i) la tutela del trabajador (RD del 3 de abril de 1919); (ii) la flexibilidad en la organización del tiempo (las modificaciones normativas de L 11/94 o la L 3/2012); (iii) la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (L 39/1999).

Como señala Soledad Murillo (s/f, p.12): “(...) los efectos sobre el uso del tiempo que tendrán los aumentos de competitividad destinada a reducir los costes de producción, así como relacionar el -indiscutible- avance sobre la calidad teniendo presente que ésta viene determinada por los ritmos de trabajo programables en virtud de la automatización; es decir, por un tiempo externo al trabajador, lo que disminuye considerablemente la autonomía y el control de éste sobre su propio trabajo.”

El trabajador ha ido perdiendo el control de su propio tiempo, como consecuencia de las modificaciones normativas que tienden a una mayor flexibilidad, pues se alega que ello va a de acuerdo con los nuevos procesos productivos: la corriente “*just in time*” o “*toyotismo*”, es decir producción por pedido para ahorrar costos por tiempo muerto (Ballester Pastor, 2013, p.53). Asimismo, como hemos tenido oportunidad de precisar, las Directivas de la Unión Europea también han influido en la incorporación de regulaciones que buscan la flexibilidad en el tiempo de trabajo, como ha sido el tema del *opt out* (renuncia voluntaria a la jornada de trabajo). Aunado a todo ello, la crisis del 2008 viene consolidando el proceso de flexibilidad en el tiempo de trabajo, con la consigna de mantener los puestos de trabajo a costa de los derechos laborales de los trabajadores.

1.5.4 DEFINICIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA DOCTRINA

Desde un punto de vista etimológico, debemos precisar que la palabra “jornada” deriva del latín *diurnus*, que significa diario (Lastra, 1997, p.423). Así, Manuel Alonso Olea (1968), señala que es “*el tiempo que cada día se dedica por el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo; el tiempo de trabajo diario*” (p.113).

En cuanto a la doctrina nacional, Jorge Rendón (2000, p.202) menciona que la jornada y semanas ordinarias son el tiempo diario y semanal durante el cual el trabajador pone a disposición del empleador su capacidad de trabajo, definición esta que dimana del concepto

de contrato de trabajo: entrega de la fuerza de trabajo por una remuneración. Por otro lado, Jaime Beltrán Quiroga (2006) explica que “(...) *está referido a la “duración del tiempo de labor”, a la extensión de las horas o días que están dedicadas al trabajo y que generan la compensación retributiva, sobre todo los momentos que se inicia, se prolonga y se concluye la labor dependiente*” (p.167). Una definición más reciente es la de Renato Mejía Madrid (2012), quien señala que jornada de trabajo es “(...) *el tiempo que un trabajador se encuentra a disposición de su empleador para cumplir con las actividades para las que ha sido contratado*”(p. 52).

En relación con la doctrina internacional, Jorge Aragón Medina (2012) señala que “(...) *En el marco del contrato de trabajo, el trabajador asume la obligación de desarrollar una prestación, prolongada en el tiempo, pero en ningún caso de forma ininterrumpida, sometiéndose igualmente esta actividad a limitaciones temporales, ya sea por razones naturales o legales*” (p.21). El citado autor (Aragón Medina, 2012, p.22) especifica que hay cuatro dimensiones a la hora de analizar el tema de tiempo de trabajo, que se resumen en las siguientes preguntas: ¿Cuánto se trabaja?, ¿Cuándo se trabaja?, ¿Cómo se trabaja? y ¿Quién trabaja?; lo cual podría resumirse en dos aspectos del tiempo de trabajo: el ámbito cuantitativo (que respondería a las preguntas de cuánto y cuándo se trabaja) y el ámbito cualitativo (que respondería a las preguntas cómo se trabaja y quién trabaja).

La puesta a disposición de la fuerza de trabajo a favor de la entidad empleadora se efectúa –como ya lo hemos visto- en base a las facultades de la empresa, quien es el propietario del capital y consecuentemente del riesgo de la actividad. Es por ello que el trabajador debe cumplir con las obligaciones que le exige el empleador –o las indicaciones que este le imparta- dentro de un tiempo determinado, no pudiendo trasladarse al trabajador el riesgo de percibir menos ingresos cuando no haya las condiciones para la prestación del servicio (por ejemplo se acaban los materiales, se va la luz, etc.); o el tiempo para ponerse el equipo de protección o la ropa indispensable para la prestación del servicio (por ser una condición indispensable para el trabajo).

Ahora bien, existen tres criterios para la definición de jornada de trabajo: (i) como trabajo efectivo; (ii) como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo; y (iii) como tiempo a disposición general.

1.5.4.1 TIEMPO DE TRABAJO COMO TIEMPO EFECTIVO DE TRABAJO

Este criterio solo considera como jornada de trabajo el tiempo efectivo o exclusivo que el trabajador incurre para la prestación de sus servicios, es decir, el tiempo en que se encuentra en actividad directamente relacionada a su contratación. De esta forma, se elimina el denominado tiempo muerto, la inactividad o actividades no relacionadas con su contratación, 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 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).

Otro problema que surge, si se opta por este criterio, consiste en que no solo se alargaría el tiempo en el centro de trabajo (pues se restarían los tiempos muertos de forma infinita), sino que el trabajador tendría menores opciones para dedicarse a sus asuntos personales (incluso ni importaría la hora de ingreso o salida), al margen de la libertad que tendría en el centro de trabajo para realizar sus actividades personales sin un control sobre las actividades que realiza. Esta libertad que tendría el trabajador para realizar sus actividades puede ser perjudicial para el trabajador, pues solo va a ser remunerado en función a su prestación efectiva (al margen de cómo se defina económicamente), desvinculando al empleador en su obligación funcional de regular y fiscalizar la prestación.

Así, en la jornada entendida como el trabajo efectivo, el trabajador parece más un socio en la actividad que un personal subordinado, situación que implica un traslado del riesgo de la actividad. En efecto, esta manera de regular la jornada podría generar distorsiones en perjuicio de los trabajadores, pues la prestación de los servicios no solo depende del trabajador sino de factores externos, como son la falta de demanda del servicio o producto por parte de los clientes, que puede generar que el trabajador no tenga actividad que realizar y que a su vez no perciba ingresos.

Algunos países de Europa adoptaron la definición de trabajo efectivo en 1926 (como Alemania, Gran Bretaña, Italia entre otros), en la cual se adoptó el criterio de considerar “(...) *la duración del trabajo como el tiempo durante el cual el personal permanece a disposición del empresario, no comprendiendo los descansos, durante los cuales el personal no se encuentra a disposición de aquel. Tampoco fueron incluidos en la idea de trabajo efectivo el referente a ocupaciones que exigen, por su naturaleza y calidad, trabajo discontinuo o de simple espera o custodia. El tiempo en que el trabajador no se encuentra a disposición del patrono, según este criterio, fue considerado tiempo libre para aquel; esto es, no computable durante la jornada de trabajo.*” (Lastra Lastra, 1997, p.425).

Finalmente, se ha dejado de lado este criterio por las complicaciones al momento de registrar y controlar el tiempo efectivo (más aún cuando se va difuminando el poder de dirección, como consecuencia de la evolución de los procesos productivos) y las evidentes arbitrariedades en su determinación, es decir en poder de la entidad empleadora.

1.5.4.2 DEPENDENCIA RESTRINGIDA

Esta teoría es definida por Jaime Beltrán Quiroga (2006), quien señala expresamente que “(...) *la jornada abarca 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*”. (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. Este criterio tendría mucho sentido en los talleres artesanales o industriales de principios del siglo XIX (producción *fordista*) donde los trabajadores ingresaban a laborar, producían y luego retornaban a su vivienda; y donde el empleador controlaba todo el proceso productivo que se hallaba centralizado en un solo lugar. Ahora bien, este criterio tiene problemas cuando en muchos casos los trabajadores deben salir del centro de trabajo (pues deben prestar sus servicios fuera o el empleador tiene distintos centros de operaciones).

1.5.4.3 DEPENDENCIA EXTENDIDA

En relación a esta teoría, Jaime Beltrán (2006) señala lo siguiente: “(...) *la jornada no solo debe abarcar 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 (...)*”.

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 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).

1.5.5 EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NORMATIVA LABORAL PERUANA

La regulación del tiempo de trabajo en la normatividad laboral peruana data del mes de enero de 1919 (incluso antes de la celebración del Convenio N° 1 de la OIT, que regulaba la jornada máxima de trabajo); y es producto de la reivindicación obrera a principios del siglo XX. Sin perjuicio de la antigüedad de la referida norma peruana, el tiempo de trabajo ha tenido un mayor desarrollo normativo recién en los años noventa, justamente con motivos de flexibilizarla para adaptarla a la nueva economía de mercado. No es extraña la falta de interés en un tema tan relevante como es el tiempo de trabajo, más aún cuando la doctrina tampoco ha tenido mayor desarrollo o propuestas respecto a este tema.

En los siguientes puntos vamos a describir el desarrollo normativo del tiempo en el trabajo en la normatividad laboral peruana. Luego de comprender su evolución y el estado actual de la regulación, analizaremos las normas vigentes y los proyectos de ley que tratan sobre

el tema, a efectos de vislumbrar una definición del tiempo de trabajo y verificar el estado actual de las normas que regulan el tema.

1.5.5.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE JORNADA DE TRABAJO EN EL PERU

Hemos considerado relevante brindar un cuadro donde se podrá acreditar la evolución normativa en el tiempo, para luego analizar el desarrollo legislativo en relación con la definición de la jornada de trabajo o el tiempo de trabajo. Un elemento relevante es que las primeras regulaciones en materia de jornada de trabajo se establecieron con motivo de la lucha obrera en el Perú, siendo repelida la mayoría de las manifestaciones como criminales. Si bien no es materia de la presente investigación, consideramos relevante mencionar la Resolución Suprema de 1913, la misma que regula la descarga en el Muelle del Callao y Dársena del Callao, durante todos los días útiles del año y de 7am a 11am y de 1pm a 5pm. Esta norma fue dada en el gobierno del presidente Billinghurst, el 10 de enero de 1913; y tuvo como antecedente la huelga iniciada por los Jornaleros de la Unión General de Jornaleros del Callao, quienes solicitaban las 8 horas de trabajo y el abaratamiento del pan. Asimismo, en el año 1918 tenemos la Ley 2851 (28/11/1918), la misma que establece para las mujeres y menores entre 14 y 18 años, una jornada de 8 horas diarias y 45 horas semanales. Estos antecedentes a la regulación con carácter general – y no de excepción – establecieron la base para que el Estado reconozca este derecho fundamental, primero como ámbito normativo general para el sector público y privado en 1919, luego con la ratificación del Convenio 1 de la OIT el 8 de noviembre de 1945 e incorporando una referencia expresa a partir de la Constitución Política de 1979.

Cuadro N° 1: Evolución normativa de la jornada de trabajo en el Perú

Norma	Año	Contenido
Resolución Suprema de 1913	10/01/1913	Fijo la descarga en el Muelle y Dársena y en la Bahía del Callao todos los días útiles del año desde las 7am hasta las 11am y de 1pm a 5pm.
Ley 2851	19/11/1918	Norma que regula el trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena, precisando que el trabajo de las mujeres y los menores de 14 a 18 años, no excederá de 8 horas diarias ni de 45 horas semanales.
Decreto Supremo del 15.01.19	15/01/1919	Fijó en 8 horas el tiempo de trabajo en sector público y privado.

Constitución de 1979	1979	Artículo 44: 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.
Decreto Legislativo N° 692	05/11/1991	Los empleadores podían introducir modificaciones en la jornada y en el horario de trabajo siempre que se produjese en una negociación con los trabajadores o por medio de una resolución administrativa que lo aprobase.
Decreto Ley N° 25921	09/12/1992	Le otorga al empleador facultades para modificar turnos, días y horas de trabajo. Para esto, el empleador debe iniciar una negociación con sus trabajadores para lograr un acuerdo sobre las propuestas de modificación. En caso de que esta fracase, puede recurrir a la autoridad administrativa. Si se producía silencio administrativo, se entendía por aprobada la solicitud.
Decreto Ley N° 26136	24/12/1992	Fue la primera norma que regulaba globalmente la jornada de trabajo. Dispuso que la jornada de trabajo era de 8 horas diarias y de 48 horas a la semana, por lo que cualquier trabajo prestado fuera de la jornada ordinaria se remuneraba extraordinariamente. La sobretasa mínima era de 50% del valor de la hora ordinaria. Asimismo, incluyó que los centros de trabajo en los que se laboraba regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo o descanso, el límite diario de horas de trabajo podría no ser aplicable si es que el promedio de horas semanales de trabajo no excediese de 48 horas.
Constitución de 1993	15/06/1993	Artículo 25: La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.
Ley 26513	28/07/1995	Establece que el empleador pueda modificar turnos, días y horas de trabajo, sin necesidad de seguir procedimiento alguno, según la necesidad del centro de trabajo y bajo criterios de razonabilidad. Se amplían sustancialmente las facultades del empleador.

<p style="text-align: center;">Decreto Legislativo N° 854</p>	<p style="text-align: center;">01/10/1996</p>	<p>Reafirma lo dispuesto en la constitución de 1993: La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales como máximo.</p> <p>Se le siguen otorgando facultades al empleador tales como el establecimiento de la jornada de trabajo, diaria o semanal y el establecimiento de jornadas compensatorias de trabajo, con los que algunos días puede laborar por encima de la jornada ordinaria y en otras menor a ella, pero en ningún caso la jornada ordinaria excederá las 48 horas.</p> <p>Incluye la facultad del empleador la reducción o ampliación en el número de días de la jornada semanal del trabajo, estando autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso ésta no puede exceder en promedio cuarenta y ocho horas semanas.</p> <p>Con respecto a los centros de trabajo en que rijan jornadas menores de 8 horas diarias o cuarenta y ocho semanales, el reglamento dice que no se puede ampliar la jornada de trabajo para alcanzar la jornada ordinaria máxima, cuando la reducción de ésta haya sido establecida por ley o convenio colectivo.</p> <p>Elimina la sobretasa mínima de 25% por encima del valor de la hora ordinaria vigentes.</p>
---	---	---

Como se pueden verificar de los antecedentes normativos en las leyes laborales en el Perú es que no existe una definición normativa de lo que es tiempo de trabajo, simplemente se han fijado límites temporales o regulaciones sobre el sobretiempo, jornadas nocturnas o acumulativas, entre otras.

De acuerdo con la normatividad laboral peruana vigente, tampoco existe ninguna norma que defina expresamente el tiempo o la jornada de trabajo, lo que si encontramos es la norma constitucional que fija límites a la duración de la jornada, así como un desarrollo normativo en dicho extremo. Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, norma que regula el control de asistencia y salida, 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 o lo que podría entenderse como la definición para el legislador, en el cual se fija un criterio de permanencia en el centro de trabajo, presumiendo bajo prueba en contrario su ubicación. El referido criterio para el tiempo de trabajo nuevamente lo encontramos en función a una visión centralista de la producción (*fordista*) – definición que no considera el tiempo de traslado al centro de trabajo o 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, incluso presumiéndose que su permanencia implica una prestación efectiva.

1.5.5.2 PROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO

De acuerdo con el Proyecto de la Ley General del Trabajo (Ministerio de Trabajo [MINTRA], 2011), se establecen diversas normas que regulan el Tiempo de Trabajo:

“Artículo 234°. - Concepto de jornada de trabajo

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.”

“Artículo 235°. - Duración máxima de la jornada de trabajo

La jornada máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) horas semanales. En caso de jornadas atípicas o acumulativas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente debe observar dicho máximo. Para establecer el cumplimiento de dicho promedio debe dividirse el número de horas laboradas entre el número de días del periodo o ciclo. El periodo máximo de una jornada atípica o acumulativa no puede superar el ciclo o periodo de tres semanas.

El descanso semanal remunerado se redistribuye dentro del ciclo laboral. Los feriados no laborables se redistribuyen dentro del ciclo laboral o se compensan económicamente, de acuerdo a lo dispuesto por esta ley.

El incumplimiento de la jornada máxima de trabajo por el empleador constituye una grave infracción laboral y se sanciona de conformidad con la Ley de la materia. El trabajo en sobretiempo en las jornadas atípicas o acumulativas no podrá ser mayor a nueve (9) horas durante el período o ciclo correspondiente, salvo las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor reguladas en el artículo 247° de la presente Ley.”

“Artículo 236°. - Intervalo mínimo entre jornadas

Entre la conclusión de la jornada ordinaria del día de trabajo y el comienzo de la siguiente debe mediar, como mínimo, un intervalo de doce (12) horas, salvo cambios de turno.”

“Artículo 237°. - Exclusión de la Jornada máxima

No se encuentran comprendidos en la jornada máxima de trabajo el personal de dirección y de confianza, los trabajadores que prestan servicios sin fiscalización inmediata y quienes realizan labores intermitentes de vigilancia, custodia o espera que incluyen de manera alternada lapsos de inactividad.”

“Artículo 238°. - Trabajos preparatorios o complementarios

El tiempo laborado antes o después de la jornada de trabajo, con el carácter de preparatorio o complementario, se remunera de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 246° de la presente Ley.”

El referido proyecto – a diferencia de la normatividad laboral peruana – establece una definición de tiempo de trabajo: *“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 definición esbozada por el proyecto resulta general, sin poder definir si el periodo de inactividad implica o incluye el traslado del domicilio al centro de labores. Este punto lo veremos en el Capítulo 3 del presente trabajo.

1.6 ESTADO DE LA DISCUSIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO.

A lo largo del presente capítulo, hemos abordado en un principio la vinculación que existe entre el tiempo de trabajo y los elementos esenciales de la relación laboral, concluyendo que el tiempo de trabajo es un elemento intrínseco a dicha definición y que se ha ido diluyendo en la medida que se ha extendido el concepto de subordinación producto de los cambios en la producción (*fordista* a *toyotista*) y en la constante flexibilidad normativa producto de las crisis económicas, las cuales han reducido la libertad del trabajador a costas de mantener su empleo.

Sin embargo, ello no quiere decir que haya perdido su relevancia en los elementos esenciales de la relación laboral, es más y como lo vemos en la segunda parte del presente capítulo, la importancia de la regulación tiene diversas perspectivas (legales, sociales e incluso humanas), consolidándose el tiempo de trabajo como un derecho fundamental del hombre. Como lo hemos analizado a través del presente capítulo, la flexibilidad ha sido la justificación perfecta para trasladar los costos de la actividad al trabajador y tener una mayor rentabilidad (producto del dominio y disponibilidad del tiempo), a costa de la reducción de

la libertad del tiempo por parte de los trabajadores (disponer su tiempo para su trabajo, capacitación y ámbito personal).

En la tercera parte del presente capítulo, hemos abordado el tema de la definición del tiempo de trabajo, que en un principio podría reducirse a un tema cuantitativo (duración) pero que al repasar diversas definiciones hemos acreditado la complejidad del tema en base a incluir o excluir ciertos espacios de tiempo que podrían considerarse – dependiendo de la teoría que adoptemos – en tiempo de trabajo y estaría determinada por sus efectos. Hemos incluido en el análisis un breve repaso de la evolución normativa del tiempo de trabajo en el Perú, el cual estuvo marcado por la delimitación del tiempo, pero no en una definición propiamente dicha, incluso en la actualidad no existe una definición formal, simplemente una presunción en el trabajo, que nos permite acercarnos al tema del tiempo de trabajo, pero no poder determinar su definición. Existe el proyecto de la Ley General del Trabajo que incluye por primera vez la definición, la cual – por el tiempo que viene discutiéndose – determina una visión *fordista* del trabajo, que se termina trasladando a la definición del tiempo de trabajo.

Finalmente, debemos señalar que el tiempo de trabajo es un tema prioritario que ha sido dejado lado bajo la excusa de la flexibilidad por los nuevos sistemas productivos; sin existir un análisis real y objetivo que justifique el sacrificio derechos fundamentales sobre los beneficios de una de las partes. Ello se refleja de forma perfecta en nuestro país, toda vez que si bien es cierto las normas relacionadas al tiempo de trabajo son una de las normas más antiguas, su configuración ha estado marcada por una clara flexibilidad, que viene afectando el tiempo de ocio del trabajador y consecuentemente, su derecho fundamental (salud, vida, ocio, desarrollo personal, etc.).



CAPITULO II: LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA DE TRABAJO, VALIDEZ
CONSTITUCIONAL Y LIMITACIONES

2. LA EXTENSIÓN DE LA JORNADA LABORAL

Hemos analizado la jornada laboral y sus límites, ahora debemos analizar la posibilidad de la extensión de la jornada laboral y cuáles son los efectos que la norma establece.

2.1 VALIDEZ DE LA EXTENSIÓN DE LA JORNADA, IRRENUNCIABILIDAD Y VOLUNTAD DE LAS PARTES.

En primer lugar, nos preguntamos: ¿si existe un límite máximo a la jornada diaria o semanal, por qué se permite la prestación fuera de este límite? Es decir, si la jornada máxima (u ordinaria) tiene una protección constitucional y supraconstitucional²² ¿acaso la prestación en sobretiempo podría suponer - a la larga - una renuncia a este derecho? Lo mismo podría suceder con una indebida interpretación de las excepciones a la jornada laboral o una relativización de la definición de cada una de sus categorías.

A modo de ejemplo, si se realiza trabajo en sobretiempo, al margen que se compensen con horas de descanso o se pague la sobretasa, lo que va a suceder es que se va a reducir el tiempo de descanso diario, se va a disminuir el tiempo de ocio, se va a afectar la distribución de empleo, sobre todo en los casos donde el trabajador se ve forzado a realizar horas extras²³. La situación se agrava cuando no existe un límite máximo a la generación de sobretiempo ni una regulación que garantice un tiempo de descanso mínimo entre jornadas, lo que va a generar que este derecho constitucional pierda su finalidad, es decir proteger la salud del personal, no fomentaría el desarrollo personal y dejaría de ser un mecanismo que genere empleo.

Debemos analizar en este punto si es válida la extensión de la jornada laboral con la generación del trabajo en sobretiempo y, si se permite, qué límites tendría la utilización de este mecanismo frente a los derechos que protege la jornada laboral. Queda claro que el

²² Como lo hemos tratado en el primer capítulo, no solo por el artículo 25 de la Constitución, sino por otros artículos relacionados a salud y desarrollo de la persona.

²³ Si bien un elemento esencial del trabajo en sobretiempo es la voluntad de las partes para la generación de horas extras, lo cierto es que la falta de equilibrio podría ser motivo para que formalmente se acepte trabajar fuera de la jornada (si el trabajador consiente realizar todos los días horas extras, estaría en realidad en un supuesto de extensión de la jornada laboral). La protección del trabajador no es simplemente compensatoria o resarcitoria (no basta el pago de una sobretasa o que se difiera el descanso) sino que busca la protección de la salud del trabajador, al margen de la renuncia voluntaria a disfrutar del descanso a cambio de una sobretasa que incremente sus ingresos.

pacto o la aceptación del trabajador a una jornada mayor a 48 horas semanales es nulo y no tiene efectos, incluso cuando se establezca un pago adicional (sobre tasas) por dicho exceso, pero el acuerdo de horas extras, sin ningún límite, finalmente podría llevarnos a una renuncia de un derecho y a vaciar de contenido a la protección constitucional de la jornada laboral.

De esta forma, si un trabajador tiene una jornada ordinaria de 9 horas diarias de lunes a viernes (cumple con el límite máximo legal, es decir menos de 48 horas a la semana); sin embargo, debe realizar 5 horas diarias extras, debido a que el tiempo de su jornada ordinaria no alcanza a cubrir sus obligaciones. El empleador cumple con el pago de la sobretasa legal pues requiere de los servicios y el trabajador puede incrementar sus ingresos, lo cual evidentemente le favorece.

Así, termina realizando – en realidad – una jornada diaria de 14 horas de trabajo efectivo, sin contar el refrigerio, el tiempo de transporte y otras circunstancias que determinen que su tiempo de descanso es reducido. Nos preguntamos en este caso tan habitual ¿Estamos ante una necesidad operativa de horas extras? ¿Si existe voluntad de ambas partes, se podría consentir la extensión permanente de la jornada laboral? Estamos seguros de que existe la necesidad operativa y que el trabajador presta su consentimiento (sea por beneficio o sentirse amenazado por su posición), pero estos elementos no son suficientes para convalidar su validez: debe valorarse la perspectiva de la irrenunciabilidad de derechos y la finalidad constitucional del límite de la jornada máxima legal.

En primer lugar, debemos partir que la necesidad operativa de la empresa puede existir, el problema es cuando esta necesidad es regular y constante en el tiempo, con lo cual podría suponer que en realidad requiere de más trabajadores para suplir este requerimiento constante (con lo cual el validar la extensión de la jornada reduce la posibilidad de acceso al empleo)²⁴. Asimismo, el trabajador puede percibir un ingreso adicional producto de este

²⁴ Nos preguntamos cual es el límite para considerar un requerimiento de mayor prestación no habitual (servicios en sobretiempo) y cuándo se trata de una extensión de la jornada. Consideramos que este límite únicamente podría fijarlo el empleador – desde la perspectiva del negocio - pues es aquel que determina la prestación y la estrategia en el mercado (aunque evidentemente se mueve por la demanda). No se trata simplemente de un ahorro para la empresa en tanto que tenga que contratar a otro trabajador, pues la sobretasa adicional (25% adicional al valor hora) ya es un costo del empleador (si es que paga dicha sobretasa), sino que la nueva contratación podría implicar una serie de efectos que probablemente el empleador desea evitar, como por ejemplo; no tener que afrontar los costos de su desvinculación (reposición o indemnización); posibilidad que se ejerza sus derechos colectivos (más de 20 trabajadores); tener que pagar utilidades (para empresas que tienen más de 20 trabajadores); evaluar mecanismos de fomento al empleo para personas con discapacidad (para

sobretiempo, lo cual lo ayudará en su economía familiar; sin embargo, podrían afectar su salud, poner en riesgo a sus compañeros, etc.

Al respecto, José Luis Monereo y Juan Gorelli (2009), al analizar el incremento de la jornada por horas extraordinarias señalan que “(...) *dicha regulación obedece al intento de lograr un cierto equilibrio entre múltiples intereses en juego: el interés particular de los trabajadores por alcanzar una mayor retribución, el interés colectivo de mantener la protección de la salud dentro de unos márgenes razonables, el interés de la empresa de mejorar la distribución del tiempo de trabajo y adaptarlo a las mayores necesidades productivas, el interés de los desempleados de poder optar a un puesto de trabajo, etc.*” (p.137). Nos recuerdan correctamente dichos autores que el sobretiempo se justifica en las necesidades productivas de la empresa cuando - por ejemplo - en un sistema por turnos un trabajador debe quedarse por ausencia del trabajador del turno entrante o cuando la empresa requiere mantener la producción o adaptarla a una mayor demanda.

El sobretiempo es un mecanismo que permite el incremento de la jornada laboral, lo cual no está prohibido siempre que se trate de horas extraordinarias, lo cual es una herramienta frente a una necesidad del empleador por la variación propia de la demanda. La pregunta es si esta posibilidad legal podría atentar contra este derecho constitucional y cuál sería el límite de esta posibilidad. Veamos el principio de irrenunciabilidad.

En la doctrina, este principio es definido por el profesor Américo Plá (1998), como “*la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio*” (p.118). Debemos recordar que los derechos laborales se crearon (como derecho público) para equiparar los derechos del trabajador con respecto al empleador, pues existían diferencias económicas y sociales que ponían en desventaja al trabajador.

empresas con más de 50 trabajadores), entre otras. No todo significa un uso intencionado para evitar efectos laborales, sino que existe el riesgo – en cierto sentido fundado – que la empresa no pueda medir la necesidad real de asumir el costo de contratación o la necesidad real de un nuevo elemento, cuando este servicio puede ser realizado por otro trabajador, aumentando su presupuesto y sus gastos, en perjuicio de su utilidad. Es decir, la contratación de un trabajador va a implicar que la empresa siempre tenga que pagar sus ingresos (por lo menos un sueldo mínimo), en cambio, la hora extra se genera si es que se requiere, afrontando con flexibilidad las variaciones de la demanda sin afectar su presupuesto.

Así, como lo señala la doctrina (Ugarte Gonzales, 2010, p.4; Neves Mujica, 2007, p.102), el principio de irrenunciabilidad determina que “(...) *los derechos reconocidos a favor de los trabajadores no pueden ser dejados de lado por la voluntad de las partes, ya sea que estén contenidos en contratos individuales o aún en convenios colectivos. De ahí que de la renuncia a los derechos reconocidos por el ordenamiento laboral sería inválida.*”

El profesor Javier Neves explica claramente la diferencia entre los derechos y sus efectos:

- Las de derecho dispositivo, que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego en cualquier dirección (de mejora o de disminución);
- Las de derecho necesario relativo que fijan un piso a la autonomía privada, debajo de las cuales la intervención de esta queda prohibida;
- Las normas de máximos de derechos necesarios que establecen techos que la autonomía privada no puede sobrepasar; y,
- Las de derecho absoluto que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada.

Así, será un derecho necesario relativo la jornada máxima legal, es decir no se podrá pactar una jornada mayor a 48 horas semanales, pero será dispositivo el establecimiento del horario (ingreso o salida del centro de trabajo). Por otro lado, en relación con el sobretiempo, será indisponible la sobretasa mínima establecida (es decir el trabajador no podrá acordar que se pague un monto menor al establecido en la norma aplicable) pero se podría pactar un monto mayor por medio del convenio colectivo o de forma consensuada con el empleador. Asimismo, tampoco se podrá pactar la renuncia al carácter voluntario de las horas extraordinarias²⁵.

²⁵ No se podrá pactar de forma general que el empleador puede exigir al trabajador – y este acatar – la prestación de trabajo en sobretiempo, salvo cuando se haya acordado entre ambas partes la generación específica y el trabajador no asista o no cumpla, lo que en buena cuenta es un incumplimiento laboral.

En la Constitución Política del Perú de 1993 se regula el principio de irrenunciabilidad en su artículo 26°, al señalar: “*En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley*”. Al respecto, Javier Neves critica esta regulación debido a que la considera defectuosa, primero pues ni todos los derechos nacidos en la ley son irrenunciables, debido a que existen normas dispositivas o partes dispositivas de las normas, y, en segundo lugar, pues no son los únicos derechos que son irrenunciables sino aquellos que nacen de normas imperativas (como serían los que surgen del Convenio Colectivo y que son imperativos para las partes) (Neves Mujica, 1999, p.107).

Debemos analizar las normas peruanas que regulan el sobretiempo para determinar si su utilización desmedida podría implicar un supuesto de Irrenunciabilidad y cuál es el límite a su otorgamiento, y en todo caso, poder analizar el sobretiempo en relación con el derecho constitucional de la jornada laboral.

2.2 EI TRABAJO EN SOBRETIEMPO.

2.2.1 DEFINICIÓN DE TRABAJO EN SOBRE TIEMPO Y JUSTIFICACIÓN.

De acuerdo con José Luis Monereo y Juan Gorelli (2009), las horas extraordinarias “*se desarrollan en aquellos casos en los que se producen circunstancias anómalas que requieren de una ampliación puntual de la jornada de trabajo*” (p.137); precisando más adelante que existe la necesidad de mantener el esfuerzo productivo o prever las necesidades operativas de la empresa (citan el cambio de turno y la posibilidad que no venga a laborar al que le tocaba). Es decir, es un mecanismo que se otorga principalmente al empleador para poder hacer frente a las necesidades operativas, partiendo de una lógica claramente excepcional.

Lo excepcional del sobretiempo se sustenta en la misma jornada laboral y en el límite temporal que rige toda relación laboral. Sin embargo, nos recuerda José Luis Monereo (2009) que no existe una causa específica para que se realicen (no existe una lista cerrada de que circunstancias corresponden a la necesidad empresarial y que pueden implicar un acuerdo para su generación entre el empleador y el trabajador). Por ello, concluye el autor

que la sola existencia de la posibilidad de realizar horas extras incrementa la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo.

Nos recuerda el profesor Trillo Párraga (2010, p.172), que la regulación de la jornada extraordinaria en España nace con un carácter excepcional, permitiéndose en sus orígenes solo la extensión de la jornada en supuestos de necesidad (averías, reparación de siniestros, etc.), evolucionando hasta ser un mecanismo para la prolongación de la producción. Señala el autor que el trabajo en sobretiempo no solo beneficia al empleador como un mecanismo de flexibilidad para la producción (frente a la variación de la demanda), sino que ha significado para el trabajador una fuente de incremento de sus salarios y beneficios laborales.

Por tanto, el sobretiempo nace principalmente como una alternativa para enfrentar las necesidades operativas del empleador, pero desde sus orígenes esta facultad está limitada por la propia jornada laboral y por su carácter excepcional.

2.2.2 ÁMBITO LEGAL EN LA NORMATIVIDAD LABORAL PERUANA. -

En el Perú, la norma que regula la jornada laboral es el Decreto Supremo N° 007-2002-TR que corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (en adelante la "LJTS"), así como su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2002-TR (en adelante "RLJTS"). Así, el artículo 9 de la LJTS 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.

2.2.3 SOBRETIEMPO CON CARÁCTER VOLUNTARIO. -

La LJTS define al sobretiempo como voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación, precisando además que nadie puede ser obligado a trabajar en sobretiempo, salvo supuestos excepcionales, tal como lo veremos más adelante.

De esta forma, para que se pueda efectuar el trabajo en sobretiempo debe haber una conjunción en la toma de decisión entre el empleador y el trabajador, es decir, ni el trabajador puede estar obligado a realizar horas extras (salvo el supuesto de excepción) ni

el empleador a otorgarlas, sea que el trabajador necesite generar más horas de trabajo (e incrementar su salario) o incluso que la empresa tenga la necesidad de producir más. Otro ámbito de la voluntariedad del trabajo en sobretiempo es que el empleador no puede sancionar al trabajador por oponerse o no querer trabajar en sobretiempo, salvo en el supuesto de excepción o que exista un pacto o acuerdo²⁶.

De esta forma, la LJTS establece la aplicación de penalidades por el trabajo forzoso como pueden ser aplicable en el ámbito laboral, administrativo e incluso penal. Desde la perspectiva laboral, la LJTS establece que el empleador infractor deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando éste demuestre que le fue impuesta. La Ley 28806 – Ley General de Inspección de Trabajo (19/07/2006), y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR (28/10/2006), establecen que corresponde a una infracción muy grave el incumplimiento de las disposiciones de trabajo en sobretiempo. Incluso podría determinarse la responsabilidad penal de funcionarios del empleador, al haberse incorporado en el Código Penal (1991) el siguiente artículo 168-B (modificado por el artículo 2 de la Ley 30222, del 11/07/2014): *“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.”*

Por consiguiente, en la normatividad peruana vigente, no existe ningún tipo de límite a la generación de horas extras, siempre que ambas sean acordadas voluntariamente²⁷. Asimismo, en la norma no se establece en cuales supuestos proceden las horas extras, por lo que siempre que exista una necesidad y sea aceptada por el trabajador, será procedente pactar las horas extras. Como lo hemos analizado de manera precedente, es el empleador quien fija o puede determinar la necesidad operativa, pues aun existiendo una mayor demanda, es la empresa quien invierte para poder producir más. Esta libertad o flexibilidad natural, determina la complicación para controlar la generación de horas extras.

²⁶ Otro caso distinto es que ambas partes hayan acordado generar horas extras y el trabajador se haya comprometido a realizarlas. Si el trabajador ya no desea realizar las horas extras luego del acuerdo, el empleador no podrá exigirle su prestación (por la facultad constitucional a la libertad de trabajo) pero si podrá imponerle una sanción disciplinaria por incumplimiento de una obligación laboral acordada por las partes.

²⁷ Debemos precisar que la normatividad laboral si contenía un límite a las horas extras en el artículo 21 del RLJTS, el cual fue derogado por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 012-2002-TR, publicado el 9 de agosto de 2002, bajo el argumento que se requiere modificar la mencionada norma reglamentaria a fin de lograr una mejor aplicación de las disposiciones legales vigentes. Dicho artículo señalaba expresamente lo siguiente: *“(…) El trabajo efectuado en sobretiempo, es por naturaleza extraordinario, por lo que en promedio mensual no podrá exceder de cuatro quintos de la jornada ordinaria semanal.”*

Ahora bien, el acuerdo voluntario no solamente puede ser escrito sino también verbal, es decir la norma no obliga una formalidad específica. Es en este punto donde se complica la norma. Las partes de crear y modificar las condiciones contractuales de manera verbal²⁸. Al respecto, el Código Civil establece las reglas para la formación y validez de un contrato, así como dispone bajo qué supuestos un contrato será nulo. Sobre el particular debemos señalar que de conformidad con el artículo 143° del Código Civil, un contrato podría celebrarse bajo la forma acordada entre las partes, salvo que la ley designe una forma distinta. Bajo esa premisa, el artículo 1411° del Código Civil (Decreto Legislativo 285, 1984) señala que *“se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”*.

Lo anterior, ha sido reconocido en la doctrina (Roppo, 2009), la cual ha señalado lo siguiente: *“En el derecho moderno vale el principio de la libertad de la forma: para indicar que – como regla- un contrato puede válidamente formarse cualquiera sea la forma empleada para manifestar la voluntad contractual (...) es verdad que en casos particulares y en nombre de particulares exigencias, la ley prescribe que determinados contratos (llamados “con forma vinculada” o “formales” tout court) deban hacerse con esta o con aquella bien precisa técnica comunicativa, y con ninguna otra, vinculando consecuencias desventajosas a la inobservancia del vínculo de forma así impuesto. Pero se da por descontado que los contratos formales representan la excepción, siendo la regla siempre la de libertad de la forma contractual” (subrayado nuestro) (p.217).*

De acuerdo con ello, la libertad de la forma contractual será respetada tal y como las partes acuerden, teniendo solo por excepción aquellos casos en los cuales la ley establezca una formalidad distinta. Siendo ello así, debemos resaltar que ni el código civil, ni las normas laborales peruanas ni cualquier otra norma de nuestro ordenamiento restringen el acuerdo verbal ni desconocen sus efectos para los contratos laborales, sino todo lo contrario, se acepta una relación de forma verbal²⁹, siendo evidente que sus condiciones serán fijadas

²⁸ Al respecto, debemos señalar que un contrato (independientemente de que se trate de un contrato de trabajo o no), es un tipo de acto jurídico, en el cual, conforme a lo establecido en el artículo 1351 del Código Civil (Decreto Legislativo 295, 1984), intervienen “dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

²⁹ De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala lo siguiente: *“(...) En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente*

por común acuerdo entre ambas partes. Por tanto, queda claro que, para las horas extras, dado que no se establece una forma específica para la celebración del acto jurídico, serán las partes quienes decidan la formalidad que requieran, pudiendo elegir válidamente la forma verbal o escrita. Esta situación determina la flexibilidad para la concertación de la voluntad, sin necesidad de contar con un documento escrito, pero genera en contrapartida un tema probatorio de determinar la voluntad de las partes (que se intenta solucionar con las presunciones a favor del trabajador, establecidas en la norma).

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 cuente con disposición expresa del empleador se entenderá prestada con su autorización tácita y en forma voluntaria por el trabajador.

Es decir, la norma presume el acuerdo tácito del empleador y el trabajador respecto a la prestación de servicios. Pese a ello, si no existe prestación (por ejemplo, el trabajador se encuentra dentro de las instalaciones esperando un taxi o en la cafetería, fuera de su puesto) o el empleador demuestra que la misma no se ha realizado (por ejemplo, cuando el trabajador registra horas extras pero en realidad no estuvo presente u otra persona marcó su tiempo por él), no se generará el pago de horas extras pues no hubo prestación, al margen de haberse acordado – expresa o tácitamente – la generación de sobretiempo.

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*

por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. (...)”

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).

Así, tenemos las siguientes reglas en relación con la presunción con el trabajo en sobretiempo voluntario:

- (i) Debe existir un acuerdo voluntario entre el trabajador y el empleador para la generación de sobretiempo. Este acuerdo puede ser expreso, verbal o tácito.
- (ii) Si en el control de asistencia se acredita la permanencia del trabajador fuera de la jornada (por todo el tiempo de permanencia), se presume el acuerdo tácito del empleador a la generación de horas extras. Salvo prueba en contrario del empleador.
- (iii) Si no existe control de asistencia (o es deficiente), el trabajador deberá demostrar la prestación de servicios por cualquier medio (testigos, informes, correos, etc.), se presume el acuerdo tácito del empleador respecto al sobretiempo. Salvo prueba en contrario del empleador.

El supuesto (iii), contiene una regla contradictoria, es decir si el empleador no cumple con la norma de contar con el registro de asistencia, es el trabajador quien debe demostrar la prestación del servicio (no su permanencia) sino la efectiva realización de algún servicio. Es decir, de acuerdo con las reglas planteadas, será mejor para el empleador no exhibir el control de asistencia si es que no existe forma de demostrar los servicios realizados fuera de la jornada, sobre todo cuando es difícil demostrar el servicio realizado por cada día,

considerando que el trabajador – generalmente – interpone las demandas correspondientes una vez que se procede a la extinción del vínculo laboral³⁰.

De acuerdo con las presunciones establecidas en el Decreto Supremo 004-2006-TR, se ha creado reglas para poder demostrar el trabajo en sobretiempo, lo que puede ser rebatido por el empleador en la medida que no se han efectuado³¹, lo cual se justifica en la medida que es el empleador quien posee los mecanismos y las facultades para exigir a los trabajadores la finalización de sus servicios (Arce Ortiz, 2008, p.450).

2.2.4 SOBRETIEMPO CON CARÁCTER FORZOSO.

De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9 de la LJTS, nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

El artículo 19 del RLJTS señala que constituye caso fortuito o fuerza mayor, el hecho que tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible que haga necesaria la continuación de la prestación de labores del trabajador fuera de su jornada ordinaria. En este caso el trabajo en sobretiempo es obligatorio para el trabajador y se remunera con la sobretasa establecida en la LJTS (25% o al 35%).

Al respecto, el profesor José Luis Monereo Pérez (2009) señala que “(...) *se ha considerado obligatorio para el trabajador el desarrollo de horas extraordinarias cuando se presentan necesidades perentorias e imprevisibles, tales como puntas de producción, ausencias imprevistas de trabajadores, problemas generados por cambios de turno, etc. En este caso se impone la obligación laboral de buena fe y el deber de colaboración con el empresario, al interés individual del trabajador de no incrementar su jornada de trabajo*” (p.145-146). Es

³⁰ En razón a que recién se computa la prescripción laboral a partir de este momento y debido a que el trabajador prefiere no tener conflictos con su empleador durante la relación laboral.

³¹ Debemos recordar que se ha flexibilizado la regla de la prueba respecto al empleador, debido a que antes si la hora extra era menos de una hora, el empleador podía rebatir si no demostraba el trabajador su prestación (presunción relativa) pero si permanecía más de una hora, se consideraba como prestación efectiva (presunción absoluta). El artículo 7 del RLJTS fue modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 011-2006-TR, publicado el 06 junio 2006.

decir, se limita la voluntad del trabajador por un deber de buena fe frente al empleador, por hechos que no pueden ser planificados, por lo que el trabajador no se puede negar a realizarlos, y si fuera así – como concluye el autor – el empleador puede sancionar pues implica un incumplimiento contractual.

Por tanto, el sobretiempo obligatorio es un supuesto claramente excepcional y para situaciones imprevisibles para el empleador. Nace la obligación de colaboración del trabajador en la buena fe laboral, lo que determina que, si no se cumple dicho apoyo, el empleador puede proceder a sancionar al trabajador.

Así, vemos en este caso un supuesto de flexibilidad de la jornada laboral, pues en la medida que se exija el cumplimiento de trabajo en sobretiempo se limita el derecho a la salud y recambio de empleo, acción únicamente justificada en casos excepcionales. Ahora bien, aunado al hecho que la generación de sobretiempo en el Perú no tiene límites y que podría ser utilizado indiscriminadamente por el empleador, este supuesto de obligatoriedad pierde relevancia pues igual el empleador puede sentir que puede obligar a su personal a laborar en cualquier circunstancia (hecho previsible e imprevisible). Vemos una razón imprescindible para limitar el tiempo de trabajo en sobretiempo, como lo vamos a analizar más adelante.

2.2.5 COMPENSACIÓN Y SOBRETASA.

En principio, el artículo 10 de la LJTS establece que el sobretiempo tendrá un recargo en las dos primeras horas del 25% del valor hora, y por las horas restantes, del 35%. Esta regulación concuerda con lo señalado en el artículo 6 del Convenio N° 1 de la OIT (1919b), donde se establece que la sobretasa debe ser mínimo del 25% con relación al salario normal.

Ahora bien, nos preguntamos ¿si se incrementa el valor de la sobretasa podría ser suficiente para contrarrestar el efecto dañino del sobretiempo y la extensión de la jornada? Es decir, podría existir el argumento que señale que la compensación económica (mayores ingresos) puede paliar la reducción del tiempo de descanso del trabajador. Considerando que la extensión de la jornada no solo es un tema de afectación del trabajador (como perjuicio individual) sino colectivo, no es una solución incrementar la sobretasa para reducir

o desmotivar al empleador el uso del trabajo en sobretiempo. Por el contrario, incrementar el valor podría generar un efecto perverso, es decir que los trabajadores hagan más horas extras para obtener mayores ingresos y de esta forma consientan voluntariamente dicha extensión (Monereo Pérez y Gorelli Hernández, 2009, p.148)³².

Respecto a la compensación por tiempo de descanso, el artículo 10 de la LJTS señala que el empleador y el trabajador podrán acordar compensar el trabajo prestado en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso. El RLJTS señala que el acuerdo referido a la compensación del trabajo en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso deberá constar por escrito, debiendo realizarse tal compensación, dentro del mes calendario siguiente a aquel en que se realizó dicho trabajo, salvo pacto en contrario.

Una observación que se podría plantearse frente a este mecanismo de flexibilidad de la jornada es que diferir el descanso (dentro del mes siguiente de realizada la hora extra, o peor aún, en cualquier oportunidad pactada por las partes) podría afectar la salud del trabajador, aumenta el riesgo de accidentes, limita la posibilidad de contratación de nuevos trabajadores, etc. En efecto, al no existir un límite a la generación de horas extras diarias o semanales se podría multiplicar su generación, bajo la promesa de la compensación de los días de descanso, los cuales se podrían extender a un futuro incierto. Otro problema es que finalmente el tiempo de goce físico del descanso queda en poder del empleador, el cual va a adecuar el descanso a sus propias necesidades, perdiendo el carácter voluntario de esta figura.

2.2.6 ÁMBITO SUPRACONSTITUCIONAL

Asimismo, el Convenio N° 1 de la OIT (1919b) establece en artículo 6 la posibilidad que por vía reglamentaria de cada país se determine el número máximo de horas extraordinarias que pueden ser autorizadas, precisando incluso la tasa de por lo menos el 25% con relación al salario normal.

32 Al respecto, el autor José Luis Monereo se pronuncia respecto a una norma derogada que establecía una sobretasa del 75% del valor hora ordinario, señalando lo siguiente: "(...) se observa el interés del legislador de evitar que se produzca una retribución excesiva, retribución que haría especialmente interesante para los trabajadores la realización de horas extraordinarias, lo cual es contrario a su interés de limitar su desarrollo y procurar un mejor reparto de empleo."

De esta forma, por norma expresa se posibilita el acuerdo del trabajo en sobretiempo, regulación que debe ser interpretada restrictivamente, toda vez que la extensión de la jornada solo se permite de forma excepcional. Ahora bien, la no existencia de un límite al trabajo en sobretiempo determina una afectación constitucional, sobre todo cuando el Convenio N° 1 de la OIT ha establecido que la regulación de cada país debería establecerlo.

2.2.7 LÍMITES AL SOBRETIEMPO

Recordemos que el artículo 25 de la Constitución Política del Perú (1993) señala que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. Es decir, la jornada ordinaria o la jornada máxima no puede superar estos límites; sin embargo, la LJTS establece la posibilidad de realizar sobretiempo (que puede ser antes o luego de finalizar la jornada diaria). La LJTS señala que el tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal será considerado como sobretiempo. Ante ello, se puede deducir en primer lugar que el ordenamiento laboral peruano permite el sobretiempo, pero de forma excepcional.

De lo señalado, vemos como el uso del sobretiempo es una herramienta que de por sí ya determina la flexibilidad de la jornada laboral, lo que determina que la aplicación debería ser en casos de necesidad excepcional de necesidad operativa para la empresa (en el supuesto de voluntario) y caso fortuito y fuerza mayor (para el obligatorio). En el Perú, al no existir un límite máximo de horas extras ni una regulación sobre tiempo intermedio entre jornadas, lo que finalmente determina es que la norma laboral vigente afecta el artículo 25 de la Constitución Política del Perú, así como las normas internacionales aplicables, por lo que el permitirse una extensión ilimitada de las horas extras vulnera el principio de irrenunciabilidad establecido en el ordenamiento laboral.

2.3 LAS EXCEPCIONES AL REGIMEN DE LA JORNADA LABORAL

El régimen de la jornada laboral se sustenta en la limitación de la jornada para evitar los efectos perversos del exceso del tiempo en las personas y en la sociedad en su conjunto, efectos que hemos analizado en el primer capítulo de este trabajo. Sin embargo, en nuestra normativa laboral peruana se han establecido categoría de trabajadores exceptuados de la

jornada laboral, lo que en buena cuenta podría implicar una extensión sin límites y una utilización indiscriminada que haga finalmente que la limitación constitucional pierda sentido³³.

En adelante pasaremos a analizar si es válida la excepción desde la lectura de la constitución y de las normas internacionales. Asimismo, analizaremos la definición de cada categoría y sus efectos, para concluir en el tratamiento normativo y jurisprudencial de la figura. Previamente a ello, debemos precisar una situación terminológica, es decir si vamos a utilizar la palabra “excepción” o “exclusión”, o si es que es indistinto para nuestros fines.

2.3.1 DIFERENCIA ENTRE EXCEPCIÓN Y EXCLUSIÓN.

De acuerdo con la Real Academia Española (RAE) (2014), se define excluir como “(...) quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba o prescindir de él o de ello, excluir a alguien de una junta o comunidad. Dicho de dos cosas: ser incompatibles. Dicho de una persona: dejar de formar parte de algo voluntariamente”. Y se define a la excepción como “(...) la acción y efecto de exceptuar, así como cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie”.

Para el tema de tiempo de trabajo, en la exclusión, si bien se debería aplicar la limitación en esta situación, se quita este efecto por decisión del estado, basado en razones distintas al tiempo de trabajo (generalmente se aplica otro régimen). En cambio, en la excepción no se aplican los postulados de la jornada máxima para esa situación o persona, por lo que no es posible limitar su jornada (si está dentro del régimen aplicable, pero por su categoría no está sujeto a la jornada).

Al respecto, Sureda Graells (1966, p.24) señala que existe una marcada diferencia entre el hecho de no estar comprendido en las disposiciones de la ley y la circunstancia de estarlo, aunque comprendido en las excepciones. Así, la exclusión margina de la reglamentación

33 Se debe tomar en cuenta que la excepción de la jornada laboral también podría implicar que el personal – en realidad – labore menos tiempo al ordinario en la empresa, situación que no se puede medir pues no hay control. Sin embargo, este tipo de trabajadores – por lo general – labora por resultados, lo que implica que debe invertir mayor tiempo si es que desea mejorar sus ingresos, sobre todo cuando no percibe horas extras. En todo caso, si su jornada es reducida en horas reales, el empleador podría optar por el régimen a tiempo parcial, el cual representa menos costos para el empleador.

de la jornada a la actividad en cuestión, mientras que la excepción determina que no se apliquen, respecto de las categorías comprendidas en cada excepción, las normas destinadas a reglar el instituto en forma general.

Por estas razones consideramos que termino correcto es “excepción” y no “exclusión”, pues como señala De Manuele (2013): “(...) a diferencia de las exclusiones, en las excepciones se emplea el régimen general de limitación de la jornada, pero el mismo, por motivos especiales, se aplica con ciertas particularidades” (p.117). Cuando se habla de “exclusión” de la jornada, se entiende que no es aplicable la norma que regula la jornada de trabajo, pues están incluidos en otro régimen especial³⁴, en cambio en la excepción si están incluidos en el ámbito de la norma constitucional, pero por circunstancias particulares están exceptuados de la jornada laboral. En el presente trabajo nos referiremos a los supuestos de excepción regulados en la normatividad laboral peruana, es decir respecto a los trabajadores de dirección, no sujeto a fiscalización e intermitente con lapsos de inactividad.

2.3.2 TIPOS DE EXCEPCIONES A LA JORNADA LABORAL.

Ahora bien, debemos identificar los tipos de excepciones que se podrían identificar en la norma. En principio, podríamos hablar de excepciones por el tiempo (permanentes o temporales), o excepciones por la actividad o excepciones puntuales (lo que podría ser generales o especiales). Incluso podrían existir supuestos donde no se apique la excepción (trabajo insalubre, menores de edad, etc.).

En la doctrina argentina se han elaborado distintas clasificaciones para las excepciones (similares a algunos aspectos a la normativa peruana). El autor De Manuele (2013, p.119) cita a Despotin, el que propone la clasificación en: 1) generales y permanentes, que responden al imperio de la ley y no necesitan autorización para existir. 2) Generales y transitorias (o accidentales), son aquellas que están condicionadas a la autorización de la autoridad.

³⁴ Según la comisión de expertos de la OIT (1967) – citado por Abel Nicolás De Manuele (2013) – señala que la exclusión sobre aplicación de la norma fundamental de jornada no significa que no estén cubiertas por una reglamentación. Ello tiene sentido pues existen convenios de la OIT que regulan categorías especiales de trabajadores (trabajadores de minas, trabajo en construcción, marítimo, carretera, etc.) que tienen reglas especiales respecto a la jornada.

Para Zuretti (citado por De Manuele, 2013, p. 119), se puede clasificar de la siguiente forma: 1) por el carácter de empleo del trabajador, que se subdivide en a) trabajador de dirección; b) trabajos intermitentes, y, 2) por circunstancias permanentes o temporales, subdividiéndose en a) trabajo en equipo, b) casos de accidente, urgencia, fuerza mayor, c) trabajos preparatorios o complementarios, y d) demandas extraordinarias de trabajo.

De los autores consultados, en el Perú podría existir la siguiente clasificación de los tipos de excepción:

- (i) Por índole de la actividad que realiza el personal, es decir por ejemplo al trabajador de dirección, no sujeto a fiscalización e intermitente.
- (ii) Circunstancias permanentes o temporales que hagan admisibles las excepciones. La norma establece que podría haber una excepción a la jornada laboral en casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva³⁵. Es decir, cuando existe una urgencia debidamente motivada, el empleador podría extender la jornada (De Manuele, 2013, p.146)³⁶.

Para fines de este trabajo, nos centraremos en las excepciones por índole de la actividad del personal, es decir de aquellas personas que por las características propias de la actividad que realizan, están exceptuados de la limitación del tiempo de trabajo.

2.3.3 EFECTOS DE LAS EXCEPCIONES POR CATEGORÍA. -

Como ya lo hemos tratado en el primer capítulo de este trabajo, las excepciones a la jornada laboral implican que el personal no estará sujeto a un número determinado horas y por consiguiente no tendrá derecho al pago por el sobretiempo o a la compensación, no tendrá

³⁵ El artículo 3 del Convenio N° 1 de la OIT (1919b) establece: El límite de las horas de trabajo (...) podrá ser sobrepasado en caso de accidente grave o peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las maquinarias o instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero solamente lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa”.

³⁶ Al respecto, De Manuele (2013) señala que deben ser totalmente ajenas a la voluntad del empleador, es decir que no sean normales, corrientes, evitables y previsibles.

una jornada atípica compensable con descanso, entre otros aspectos. Asimismo, y saliendo del tema económico, dicho personal podría estar sujeto a una jornada excesiva, con lo cual podría afectar su salud o la de terceros, disminuyendo su tiempo de ocio o sus posibilidades de capacitarse. Desde una perspectiva de empleo, esta persona – sin límites temporales - impide que otras personas accedan a ocupar dicha plaza, pues el trabajador está supliendo la necesidad de mano de obra.

Otro aspecto interesante de la excepción es que estos trabajadores no están sujetos a la jornada laboral y al control de su prestación, por lo que incluso podrían laborar menos tiempo, con mayor libertad para realizar sus actividades personales y controlar personalmente su prestación (más cerca de una prestación por resultados). Este elemento se va difuminando cuando ya no se trata de aquellos que representan al empleador o del dueño mismo de la empresa (personal de dirección) sino de otros trabajadores que tienen mayor sujeción o control por parte del superior³⁷.

Por tanto, la excepción de la jornada laboral – en su aspecto negativo - no solo implica que el trabajador pierda beneficios económicos (como horas extras) sino que se vea expuesto a jornadas excesivas que limiten su tiempo de ocio, pongan en peligro su salud y la de terceros (pues una de las causas de accidentes de trabajo es justamente las jornadas excesivas). Asimismo, se debe tomar en cuenta que la jornada laboral es un derecho constitucional que no ha previsto en dicha norma limitación o excepción alguna, por lo que las interpretaciones de las normas legales deben ser claramente restrictivas. Es por ello por lo que vamos a analizar a continuación la excepción de la jornada para determinar su validez y sus límites.

2.3.4 ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE LA JORNADA Y VALIDEZ DE LA EXCEPCIÓN.

Un elemento que debemos analizar es la validez de las excepciones a la luz del derecho constitucional, es decir si la existencia de estas excepciones podría generar – por su indebida aplicación e interpretación - una renuncia al derecho constitucionalmente protegido. Veremos además como se incorporan las excepciones en nuestro ordenamiento

³⁷ A modo de ejemplo, si el personal no asiste o se retira cuando lo estima pertinente, vemos cómo va perdiendo fuerza la excepción, pues es evidente que el empleador podrá alegar el abandono de la prestación o el incumplimiento de sus obligaciones.

nacional y la posibilidad de la interpretación. Para esto último, veremos la evolución de las excepciones en los convenios de la OIT, principalmente respecto a los convenios ratificados por el Perú.

2.3.5 ANTECEDENTES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA. –

A continuación, analizaremos el desarrollo constitucional de la jornada en el Perú, así como todos los artículos referidos al tiempo de trabajo y de descanso, con la finalidad de verificar si existe alguna precisión a las excepciones de la jornada máxima y cuáles serían sus límites.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Perú de 1920, en su artículo 47 se regulaba lo siguiente:

Art. 47º.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

En los mismos términos, la Constitución Política del Perú de 1933, señalaba en su artículo 46 lo siguiente:

“Artículo 46.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.”

De esta forma, como señala Carlos Blancas (2011, p.531), las constituciones políticas del Perú de los años 1920 y 1933 regulaban los límites a las condiciones laborales perjudiciales para el trabajador, como el trabajo prolongado o excesivo, pero como un límite máximo, remitiendo a la norma para regular dicho aspecto. Es decir, no existía en la constitución una regulación específica en relación con la jornada ni al tiempo de descanso.

Es a partir de la Constitución Política del Perú del año 1979 que se regula en el artículo 44, la jornada de trabajo y de descanso, señalando lo siguiente:

“(...) La jornada diaria de trabajo es de ocho horas y de cuarenta y ocho semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente. La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en 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.”

Por primera vez se recoge expresamente el derecho constitucional a la jornada de trabajo, precisando el tiempo de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas a la semana como máximo, utilizando la letra “y” con lo cual fijaba la medición por días y por la semana. Ello limitó la posibilidad de regular las jornadas atípicas, que implicaban tiempos mayores a una semana. Debe quedar claro que se impuso el límite semanal de 48 horas, pues existían sectores que practicaban una jornada diaria de 8 horas, pero que, en un periodo semanal, hacía un total de 56 horas. Desde esta perspectiva, el límite del promedio a la semana tiene sentido a efectos de evitar que la jornada diaria restrinja el descanso semanal obligatorio.

Asimismo, aplicar el cómputo por semana, otorga mayor flexibilidad para poder regular los horarios, con días donde se podía trabajar más horas, compensando con días donde se laboraba menos horas (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2005, p.3)³⁸. Ahora contamos con una norma que, si bien establece los máximos aplicables, regula

³⁸ En el seno de la OIT también se discutió la fórmula de horas al día o promedio a la semana, en el año de 1919.

expresamente el tiempo de trabajo, producto de una reivindicación social por parte de los trabajadores. Sin embargo, en la norma comentada no se hace referencia a las excepciones, ni remite dicha precisión a un desarrollo infra constitucional.

2.3.6 ÁMBITO CONSTITUCIONAL ACTUAL. -

El artículo 25 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala expresamente lo siguiente:

*“Artículo 25.- Jornada ordinaria de trabajo
La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.”*

El texto constitucional reitera lo establecido en la constitución precedente respecto a la jornada máxima legal (medición diaria y semanal) e incorpora el “o” para fijar la jornada o por hora o por semana, incluso regulando la jornada atípica. A diferencia de la constitución de 1979, se elimina toda referencia a las horas extras. No existe ninguna referencia a supuestos de excepción o remite dicha precisión a la ley de la materia.

Ahora bien, autores como Elmer Arce señalan que el hecho de no estar establecida la excepción expresamente en la norma constitucional implicaría que se ponga en duda su constitucionalidad. Así, el autor (Arce, 2008) señala: “(...) *si la regla general tiene rango constitucional, solo se podrán aceptar excepciones del mismo rango jerárquico*” (p.441). En este punto, nos preguntamos ¿existe otra norma o mecanismo para interpretar el artículo 25 de la Constitución y poder dilucidar si es posible considerar la exclusión la jornada? Si no fuera posible, significaría que la norma legal – de inferior grado – sería abiertamente inconstitucional al establecer supuestos de excepción que la norma constitucional no ha previsto, o en todo caso, la regulación de excepciones podría afectar el ámbito constitucional si las mismas no se justifican en función a una característica especial que sustente su excepción.

Asimismo, ¿en qué grado o cómo se debe interpretar esta excepción en relación con el mandato constitucional? ¿existe algún mecanismo de interpretación para entender la jornada y los supuestos de excepción?

2.3.7 LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL E INTERPRETACIÓN.

El artículo 55 de la Constitución Política del Perú (1993) señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 55°. - Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

El convenio N° 1 de la OIT ha sido ratificado por el Perú, por lo que deberá ser incorporado a nuestra normatividad nacional. Se debe tomar en cuenta el inciso 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT (1919a), cuando se refiere a los efectos de los convenios sobre disposiciones que establezcan condiciones más favorables, señala lo siguiente: “(...) 8. *En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.*”

Por tanto, desde los efectos del convenio ratificado por el Perú, no se puede incorporar normas menos favorables para el trabajador a la normatividad nacional (como la establecida en el artículo 25 de la Constitución), pues se estaría afectando el artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Se debe tomar en cuenta que la Constitución Política del Perú (1993) incorpora la cuarta disposición final y transitoria, la misma que es el mecanismo que nos permite incorporar el derecho internacional general y especial a nuestra constitución. La cuarta disposición final y transitoria, señala expresamente lo siguiente:

*Cuarta. - Interpretación de los derechos fundamentales
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.*

El Dr. Marcial Rubio Correa (2005) señala lo siguiente respecto a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, “(...) *el contenido de las normas de la Declaración Universal y de los tratados sobre dichas materias, debe ser imperativamente aplicado en concordancia con la constitución para establecer el verdadero sentido que tienen las normas de este rango en el Derecho peruano. Esto quiere decir que cada vez que un tratado internacional (o la Declaración de Naciones Unidas), especifiquen o determinen un derecho de naturaleza constitucional, éste no puede ser aplicado con significaciones contrarias a ellos y, antes bien, su interpretación debe ser adaptada a las normas internacionales para adquirir adecuado sentido. En otras palabras, la Declaración de Naciones Unidas y los tratados ratificados por el Perú tienen valor hermenéutico para aplicar la constitución y, con ello, hay que concluir que no tienen solamente rango de ley sino constitucional: de otra manera no podrían condicionar la interpretación del texto constitucional pues sólo se interpreta un mandato mediante otro rango igual o superior, nunca de rango menores. Esta cuarta disposición final nos hace concluir que, dentro del texto constitucional, la Declaración Universal y los tratados ratificados por el Perú tienen rango de normas constitucionales en materia de derechos humanos y que es el propio texto de la constitución el que exige que deba hacerse una aplicación armónica de las normas constitucionales internas e internacionales en esta materia*” (p.109).

El profesor Javier Neves Mujica (1999) ha tratado este artículo de la Constitución desde una perspectiva laboral, y ha precisado que es una herramienta hermenéutica (de interpretación), que para poder utilizarse debe contar con los siguientes elementos:

- “a) Un derecho regulado simultáneamente por la Constitución y un tratado de derechos humanos.*
- b) Dicha regulación debe ser compatible y no conflictiva.*
- c) El tratado de derechos humanos debe encontrarse aprobado y ratificado por el Perú.”* (p. 97)

Como lo ha señalado el propio autor (Neves Mujica,1999, p.62), para aplicar la cuarta disposición final transitoria de la Constitución, se requiere que un precepto constitucional reconozca un derecho, el mismo que es regulado por un tratado sobre derechos humanos, aprobado y ratificado por el Perú, siendo ambas normas compatibles, por lo que para entender el sentido de la norma constitucional se debe acudir al tratado, precisando además que este tratado puede utilizar la jurisprudencia sobre el tratado (emitida por los órganos competentes).

Un elemento trascendental que refiere el profesor Javier Neves para interpretar un derecho constitucional con una norma internacional es que esta última haya sido ratificada y sea compatible con el precepto constitucional. Así, si tenemos una norma internacional que regula el derecho constitucional, pero limita o restringe el derecho, no podría aplicarse esta norma para su interpretación.

Ahora bien, el convenio N° 1 de la OIT regula la jornada laboral y ha sido ratificado por el Perú, por lo que debemos analizar si dicho convenio es compatible con el artículo 25 de la Constitución Política del Perú para poder interpretar el texto constitucional (en los siguientes puntos analizaremos esta interrogante)³⁹. Asimismo, existen otros convenios no ratificados y recomendaciones de la OIT que, si bien no nos permitirá aplicar una interpretación, vamos a poder entender la regulación internacional sobre la jornada y los supuestos de excepción.

Por consiguiente, antes de aplicar el convenio N° 1 de la OIT para interpretar el texto constitucional, debemos respondernos si dicha norma es compatible con la constitución. Más adelante responderemos a la pregunta si se puede interpretar un texto constitucional de forma restrictiva o que otras normas internacionales tenemos para interpretar la jornada de trabajo y los supuestos de excepción. Se debe tomar en cuenta que el inciso 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT habla que no puede aplicarse las normas de la OIT sobre normas más favorables al trabajador en el ordenamiento del país, lo cual es una clara restricción de los alcances de este convenio sobre lo establecido en el texto constitucional respecto a la jornada de trabajo (artículo 25 de la Constitución de Perú).

2.3.8 LAS EXCEPCIONES EN LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN. -

Como lo hemos analizado, es a partir de la Constitución del año de 1979 que se introduce una regulación expresa respecto a la jornada máxima legal (aunque en las precedentes se hablaba de condiciones máximas, sin que exista una regulación expresa en este ámbito), pero no se precisa nada sobre la posibilidad de la excepción. En la Constitución de 1993

³⁹ Conforme al párrafo 9 del artículo 19 de la Constitución de la OIT (1919a), será la eliminación de manera definitiva de todos los efectos jurídicos resultantes del convenio derogado. Así, en el mes de junio de 2017 se ha derogado el Convenio 67 de la OIT, el cual trataba sobre el transporte por carretera y había sido ratificado por el Perú. Cuando analicemos la evolución de los convenios de la OIT en relación con la jornada de trabajo, veremos el caso del Convenio N° 67 y su derogatoria.

se reitera la jornada máxima legal, utilizando el disyuntivo “o” e incorporando las jornadas atípicas, lo que implica una mayor flexibilidad para medir y regular el tiempo de trabajo.

Sin perjuicio de ello, no existe en ninguna norma constitucional (ni la actual ni las precedentes) alguna referencia a las excepciones a la jornada ni tampoco existe una precisión al desarrollo legal. Ahora bien, en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 existe una regulación donde se introduce el derecho internacional o supraconstitucional, mediante una técnica de interpretación, lo que nos permite indagar si existe en el tratado internacional general o especial alguna referencia a la excepción de la jornada legal o a la posibilidad de incorporar dentro del ordenamiento excepciones a la jornada máxima. Aunque esto sería discutible pues las normas internacionales no podrían crear límites a lo regulado por la Constitución.

Sobre la jornada laboral, Juan Raso Delgue (2014, p.17), refiere a la limitación del tiempo de trabajo como un derecho fundamental, debido a que tiene especial protección frente a modificaciones y manipulaciones ya sea a nivel de la legislación o de las partes del contrato. Para determinar su carácter de derecho fundamental, se deberá verificar su naturaleza universal en la medida que equivale a todos los trabajadores por igual sin importar su profesión (obreros, empleados, etc.) o estado personal (edad, sexo, etc.); su indisponibilidad activa (del propio trabajador) como pasiva (frente a terceros, como el propio Estado); su *estatus* conformado por reglas generales y abstractas (supra ordenadas a las demás normas)⁴⁰. Así, el autor concluye que la limitación del tiempo de trabajo corresponde a un derecho fundamental y que, por lo tanto, deberá asociarse a la indisponibilidad, lo que se llama bloque de constitucionalidad de los derechos humanos.

2.4 DESARROLLO DE LAS EXCEPCIONES EN LA OIT Y EVOLUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO. -

En adelante vamos a analizar si los convenios de la OIT que han sido ratificados por el Perú nos permiten interpretar el texto constitucional sobre la jornada laboral⁴¹. Además, aprovecharemos en desarrollar el tratamiento de las excepciones en los convenios de la

⁴⁰ Esta clasificación ha sido efectuada por Valdés-Dal Ré (citado por Raso Delgue, 2014, p.18).

⁴¹ En el punto pertinente sobre el Convenio N° 1 analizaremos la posibilidad si estar normas nos ayudan a interpretar el texto constitucional. Respecto al Convenio N° 67, este ha sido derogado.

OIT para ver su evolución en el tiempo y como se ha buscado adaptar la jornada a las diversas actividades (que podrían suponer los supuestos de “exclusión”).

Existen convenios de la OIT que abordan de forma directa el tema de la jornada de trabajo y otros que lo hacen de forma indirecta o complementaria, regulando la jornada nocturna, el descanso semanal, el trabajo a tiempo parcial y las vacaciones. Asimismo, existen diversas recomendaciones de la OIT – que, si bien no tienen la característica de norma internacional, sirven de criterio para la interpretación de la normatividad internacional (como por ejemplo las recomendaciones de la OIT).

Por consiguiente, entre los convenios que abordan directamente el tema de jornada de trabajo, tenemos (OIT, 2005, p.8):

- Convenio N° 01, Convenio sobre las horas de trabajo (industria) de 1919.
- Convenio N° 30, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) de 1930.
- Convenio N° 31, sobre las horas de trabajo (minas de carbón) de 1931.
- Convenio N° 43, sobre las fábricas de vidrio de 1934.
- Convenio N° 46 (revisado), sobre las horas de trabajo (minas de carbón) de 1935
- Convenio N°47, sobre las cuarenta horas de 1935
- Convenio N° 49, sobre la reducción de horas de trabajo (fábrica de botellas) de 1935.
- Convenio N° 51, sobre la reducción de horas de trabajo (obras públicas) de 1936.
- Convenio N° 57, sobre las horas de trabajo a bordo y dotación de 1936.
- Convenio N°61, sobre la reducción de horas de trabajo (industria textil) de 1937.
- Convenio N° 76, sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y dotación de 1946.
- Convenio N° 93, sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y dotación (revisado) de 1949.
- Convenio N° 109 sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y dotación (revisado) de 1958.

- Convenio N° 153, sobre duración de trabajo y descanso (transporte por carretera) de 1979.
- Convenio N° 180, sobre horas de trabajo a bordo y la dotación de buques de 1996.

En relación a los convenios de la OIT que regulan de forma directa la jornada de trabajo, consideramos que se subdividen en tres (3) tipos de convenios; (i) los que tienen por vocación regular de forma general el tiempo de trabajo (básicamente el convenio N° 1 y el convenio N° 30), (ii) los que regulan el tiempo de trabajo en relación a una actividad específica o particular; y, (iii) Los que regulan un tema en específico, como es la reducción de la jornada, sea en general o a una actividad en específico.

Así, tenemos en total 16 Convenios de la OIT que tratan de forma directa la jornada de trabajo, de los cuales solo se han ratificado 2 en el Perú: el convenio N° 1 (ratificado el 8 de noviembre de 1945), el cual está referido a las horas de trabajo en la industria. El otro convenio que había sido ratificado por el Perú era el convenio N° 67 (ratificado el 4 de abril de 1962), el que trataba sobre transporte por carretera; sin embargo, este convenio acaba de ser derogado en el mes de junio de 2017. Consideramos importante incluir el análisis de este convenio pues contiene información de la evolución, sobre todo cuando la OIT ha señalado que los países que han ratificado y se han opuesto a su derogatoria podrían incluirlo en su normatividad⁴².

Si bien el convenio N° 30 extiende los efectos del convenio N° 1 y precisa la definición del tiempo de trabajo, este convenio no ha sido ratificado por el Perú. Sin embargo, si será importante para nuestro análisis respecto a las limitaciones o excepciones a la jornada respecto a los convenios de la OIT.

2.4.1 CONVENIOS DE LA OIT SOBRE JORNADA DE TRABAJO CON CARÁCTER GENERAL.

A continuación, analizaremos el Convenio N° 1 OIT (1919b) (industria) y el Convenio N° 30 OIT (1939) (comercio y oficinas), toda vez que ambos instrumentos han tenido por vocación

⁴² Este punto será tratado en detalle cuando analicemos el Convenio N° 67.

regular el tiempo de trabajo de forma general, siendo los primeros en ser aprobados y consensuados entre los representantes de los empleadores, trabajadores y el Estado. Así, los referidos convenios establecen un límite temporal a la jornada de trabajo, pero también establecen excepciones a la regla. Nuestra finalidad será identificar cuáles son esas excepciones respecto a la categoría de los trabajadores, y si esa excepción se sustenta en un tema histórico progresivo (producto de la lucha social por extender el límite de la jornada) o si dentro de la naturaleza de la actividad misma no podría establecerse un límite a la jornada o existen dificultades para medir el tiempo por las características del servicio.

Se debe tomar en cuenta que el Perú solo ha ratificado el convenio N° 1; sin embargo, el convenio N° 30, buscó extender los efectos del primero, teniendo algunos matices que nos podrían ayudar a interpretarlo. Posteriormente a ello, analizaremos otros convenios y recomendaciones vinculadas a la jornada y al tiempo de descanso, para poder determinar los límites y excepciones a la regla.

a. Convenio N° 1 de la OIT y el tratamiento de las exclusiones.

Como lo hemos mencionado, el Convenio N° 1 (OIT, 1919b) no solo fue el primer convenio de la OIT, sino que representa el resultado del dialogo social sobre uno de los pilares de la lucha social, es decir el tiempo de trabajo. Así, los tres actores sociales (Estado, empleadores y trabajadores) se pusieron de acuerdo respecto a sus intereses y necesidades. El primer icono fue el tiempo de trabajo, que a través de los años había llegado a ser no solo un efecto nocivo para los trabajadores (con jornadas de labores de hasta 16 horas al día) sino para la sociedad en su conjunto (afectó el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo personal).

Lo primero que se debe notar es que en el convenio N° 1 no existe ninguna referencia expresa a la definición de las horas de trabajo, simplemente se establece la jornada máxima para los trabajadores de la industria, sin que se precise desde que momento se mide la jornada, que sucede con los tiempos muertos, si se considera o no los tiempos de trayecto, etc.

En relación con las excepciones a los límites a la jornada laboral, el Informe III (Parte 1B) de la OIT del año 2005 señala que dicha exclusión buscó *alcanzar un equilibrio entre las*

necesidades de los empleadores, ajustar los horarios de actividad y que proteja a los trabajadores mediante ciertos mecanismos de salvaguardia. Dicho informe señaló lo siguiente: “(...) desde un punto de vista conceptual, el Convenio núm. 1 se establece, por una parte, una norma general (la jornada de ocho horas y la semana de 48 horas) y autoriza, por otra parte, un número limitado de excepciones concretas” (OIT, 2005, p.4).

Las excepciones ya denotaban la necesidad de regular los casos particulares, donde no era posible establecer límites en la jornada a estas categorías de trabajadores (punto planteado por parte de los empleadores). Asimismo, las excepciones temporales o definitivas en este convenio acreditan la necesidad de conciliar a los tres actores sociales en sus propios intereses, es por ello que incluso existen varios artículos que se refieren a países en concreto y como se va a aplicar el convenio en relación a dichas realidades (lo que ayudaría a sustentar la tesis de las excepciones, por lo menos en su mayoría, son producto de la lucha social existente por extender los derechos sociales y la resistencia de situaciones particulares). En fin, tenemos excepciones por categorías de trabajadores (personal de dirección, con lapsos de intermitencia, etc.), por países, aplicación diferida, por trabajo de familiar no remunerado, etc. A continuación, analizaremos las excepciones que se plantean en el convenio N° 1, pero únicamente referidas a la categoría de los trabajadores (excluyendo los casos particulares referidos a países).

En el artículo 2 del convenio N° 1 de la OIT (1919b), se establece expresamente lo siguiente:

“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 solo estén contemplados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación:

a) Las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza (...)”

La primera excepción que se establece en el artículo 2 del convenio N° 1 es la referida a las industrias donde sólo estén empleados los “miembros de una misma familia”, los cuales están exceptuados de la jornada de trabajo debido a que existe una relación de sujeción dentro de la familia que excluye el ámbito de la relación laboral. Sin embargo, el texto del

artículo no es claro, debido a que hace referencia a la contratación de los miembros de la misma familia, sin considerar la titularidad del centro de trabajo, como por ejemplo cuando el empleador es un tercero y todos los que laboran en dicha industria son familiares entre sí. Asimismo, tampoco se ha definido el grado de consanguinidad o parentesco a que se considera familiar, lo cual es peligroso debido cuando es una excepción a una regla que limita derecho, lo cual su interpretación es restrictiva. Sin perjuicio de ello, recordemos que el tipo de trabajo humano productivo (es decir cuando esta labor le reporta un beneficio económico) (Neves Mujica, 2007, p. 18)⁴³ puede ser por cuenta ajena o por cuenta propia, es aquí donde se ubica el trabajo familiar, es decir que, si bien existe una prestación entre los miembros de la familia, el servicio se realiza a favor de la unidad familiar, por lo que se considera una prestación por cuenta propia⁴⁴.

Ahora bien, el literal a) del artículo 2 del Convenio N° 1 OIT (1919b), establece que están exceptuados de la jornada de 8 horas diarias y 48 horas a la semana, las labores preparatorias o complementarias, los puestos de inspección o de dirección o confianza. Debemos precisar que no existe en el convenio N° 1, ninguna definición de trabajos preparatorios, complementarios, trabajo de inspección, dirección y confianza. El numeral 1 del artículo 6 del convenio N° 1, señala expresamente lo siguiente:

Artículo 6

1. *La autoridad pública determinará, por medio de reglamentos de industrias o profesiones:*
 - a) *Las excepciones permanentes que puedan admitirse para los trabajadores preparatorios o complementarios que deben ejecutarse necesariamente fuera del límite asignado al trabajo general del establecimiento, o para ciertas clases de personas cuyo trabajo sea especialmente intermitente;*
 - b) *Las excepciones temporales que puedan admitirse para permitir que las empresas hagan frente a aumentos extraordinarios de trabajo.*
2. *Dichos reglamentos deberán dictarse previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y deberán determinar el número máximo de horas extraordinarias que puedan ser autorizadas en cada caso. La tasa del salario de dichas horas extraordinarias será*

⁴³ El autor excluye las labores domésticas pues estas no son productivas, sino que se realizan dentro del hogar y para beneficio de sus miembros. En cambio, cuando se realiza un trabajo productivo por cuenta propia, la persona es titular de los bienes o servicios producidos. Así, el autor señala que se considera como trabajo por cuenta propia, por excepción, pese a haber pluralidad de sujetos, el que presta un individuo a determinados núcleos a los que pertenece (trabajo realizado por padres e hijos en el hogar), es decir no se prestan servicios entre ellos, sino a la unidad familiar.

⁴⁴ Recordemos que la relación laboral es un trabajo humano, productivo, por cuenta ajena.

aumentada, por lo menos, en un 25 por ciento con relación al salario normal.

En el artículo 6 del convenio N° 1 se hace referencia a las excepciones permanentes y temporales dispuestas por la autoridad, en la cual en el literal a) se precisa a las personas que realizan actividades intermitentes. En el convenio N° 1 solo se hace referencia a las actividades intermitentes en el artículo 6; sin precisar la definición de esta categoría de trabajadores. Ahora bien, también se hace referencia a los trabajos preparatorios o complementarios, los cuales están fuera de la jornada del establecimiento donde se prestar, por ejemplo, tiempo para abrir o cerrar el establecimiento, excluyendo de la jornada estas prestaciones debido a que no están dentro del ámbito del control de la entidad empleadora. Resulta interesante que si bien el convenio N° 1 no define la jornada de trabajo, si se puede deducir ciertos elementos que se desarrollarán en los siguientes convenios, es decir los tiempos exceptuados de la jornada por no encontrarse vinculados a la prestación del servicio o no encontrarse dentro de la esfera del poder de dirección del empleador.

No existe ninguna otra referencia en el convenio N° 1 sobre la exclusión de alguna categoría de trabajadores respecto a la jornada de trabajo. Así, están exceptuados de la jornada de 8 horas y 48 horas semanales en el convenio N° 1 los siguientes trabajadores:

- El trabajador miembro de una familia.
- El trabajador complementario o preparatorio.
- El trabajador de inspección.
- El trabajador de dirección.
- El trabajador de confianza.
- El trabajador intermitente.

Por lo señalado, no existe una definición literal dentro del convenio de cada una de estas categorías o actividades, pero lo que sí se puede deducir es que estas actividades no están directamente relacionadas al control por parte del empleador (o dentro de la esfera de dominio), donde las interrupciones o los tiempos no pueden ser medidos de forma objetiva o por su puesto no puede ser controlado.

Por otro lado, el convenio N° 1 ha dejado un margen para que otras normas definan dichas categorías o situaciones, pudiéndose utilizar otras normativas (internacionales, nacionales,

etc.) para definir dichos tipos de actividades. Como veremos más adelante, los próximos convenios de la OIT están relacionados a actividades específicas y particulares (minería, transporte, construcción, etc.), pues existía el argumento – principalmente de los representantes de los empleadores – que no se podía aplicar la misma jornada máxima a ciertas actividades o sus particularidades se debían considerar para determinar la forma de medición de su jornada. Así, los actores sociales no dudaban que debía existir un límite a las horas de trabajo, pero la pregunta era – en este momento - ¿se podía aplicar a todos en general o cada actividad debía tener un cómputo distinto?

Finalmente, existen diversas exclusiones con relación a países y situaciones nacionales, lo que evidencia el carácter político del convenio N° 1, dentro de la progresión histórica de la jornada de trabajo. Si bien esta norma internacional sienta las bases sobre la jornada máxima y adopta una fórmula para medir el tiempo (de forma diaria y semanal), está condicionada a una serie de restricciones históricas que no le permiten tocar un aspecto trascendental, es decir la definición del tiempo de trabajo.

b. Convenio N° 30 de la OIT y la excepción de la jornada.

El convenio N° 30 regula el tiempo de trabajo, incluye nuevas categorías y establece definiciones de estas. En ese sentido, el Informe III (Parte 1B) (OIT, 2005, p.5) señala: “(...) *El objetivo del Convenio núm. 30 es hacer extensivas las disposiciones relativas a las horas de trabajo establecidas por el Convenio núm. 1 a todas las personas no abarcadas por ese instrumento (...) debían complementarse y completarse con decisiones en ese mismo sentido que beneficiaran a los trabajadores asalariados, de manera que también tuvieran garantías de protección internacionales que les pusieran en pie de igualdad con los trabajadores del sector industrial.*

Se debe tomar en cuenta que “*para obtener un equilibrio entre las exigencias empresariales y las necesidades de los trabajadores será necesario adoptar políticas relativas a la duración del trabajo que tengan presente cinco aspectos:*

Promover la salud y seguridad; ayudar a los trabajadores a mejorar el cumplimiento de sus responsabilidades familiares; alentar la igualdad de género; mejorar la

productividad, y facilitar la elección del trabajador e influencia sobre la duración del trabajo” (Messenger, 2004, pp.195-211).

En relación con la definición, el artículo 2 del Convenio N° 30 estableció lo siguiente:

“(…) A los efectos del presente Convenio, 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”.

Esta definición proviene de la conferencia de Ministros de Trabajo, celebrada en Londres en 1926, donde se acordó una definición similar a la que luego se incorporó en el artículo 2 del Convenio N° 30 (OIT, 2005, p.19). La palabra central de la definición es la “disponibilidad para el empleador” con relación a un estado de sujeción del trabajador para con el empleador, excluyéndose los descansos cuando no se encuentre en la posibilidad que el empleador tome su fuerza de trabajo.

Así, el convenio N° 30 se aplica a los establecimientos comerciales y a todos aquellos trabajos de oficina, incluso dentro de la industria y otras actividades, siempre que no se opongan a las mismas. Podemos verificar la primera exclusión del ámbito de aplicación en el artículo 1 del Convenio N° 30 de la OIT (1919b), el cual señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 1

(…) 3. La autoridad competente de cada país podrá exceptuar de la aplicación del Convenio a:

- a) Los establecimientos en que estén empleados solamente miembros de la familia del empleador;*
- b) Las oficinas públicas en las que el personal empleado actúe como órgano del poder público;*
- c) Las personas que desempeñen un cargo de dirección o de confianza;*
- d) Los viajantes y representantes, siempre que realicen su trabajo fuera del establecimiento.*

Se exceptúa – al igual del convenio N° 1 – a aquellos establecimientos en donde solo laboran miembros de la familia, nuevamente bajo la exclusión por ser un trabajo por cuenta propia, lo que lo excluye del ámbito de la regulación del derecho del trabajo. Sin embargo, el convenio N° 30 resuelve algunas observaciones que se habían efectuado en relación con el convenio N° 1, en el extremo que precisa que la exclusión es respecto a las oficinas

donde laboran solo los miembros de la familia del empleador, incorporando esta última referencia, lo cual limita la interpretación. Sin perjuicio de ello, no se ha precisado la relación de consanguinidad que debe existir para excluir a los miembros de la familia, regulación que se ha dejado para que sea precisada por cada uno de los ordenamientos nacionales.

A diferencia del convenio N° 1, en el convenio N° 30 se excluye la referencia al cargo de inspección, quedando las personas que desempeñen un cargo de dirección o de confianza. Nuevamente no existe una definición del concepto, pero se aprecia – al igual que en el convenio N° 1 – que son dos puestos que se configuran de forma distinta. Sin perjuicio de ello, el convenio N° 30 se hace referencia a aquel personal que ocupa una posición vinculada a los intereses del empleador y quienes deben controlar que el resto de los trabajadores cumplan las órdenes de este. Lo que pretende esta exclusión es evitar el conflicto de interés, al ser jueces y partes a la vez.

Por otro lado, se agrega una nueva categoría, es decir los viajantes y representantes, siempre que realicen su trabajo fuera del establecimiento. Nos encontramos ante trabajadores que realizan servicios de ventas, representación comercial, mantenimiento fuera de la ciudad, entre puestos similares (incluso sus ingresos se determinaban por resultados, como por ejemplo por comisiones, alejándose la medición de su remuneración respecto al tiempo de trabajo). El convenio excluye a los trabajadores que prestan sus servicios fuera del establecimiento, pues se entiende que no va a tener contacto con el empleador, lo que le otorga cierta autonomía en la prestación de sus servicios. Se debe tomar en cuenta que el convenio N° 30 fue celebrado en el año 1930, donde los avances en los medios de comunicación y de transporte eran aún incipientes y donde un viajante o representante no tenía contacto directo con el empleador durante su prestación. De la mano del artículo 2 del convenio N° 30, el tiempo de trabajo está relacionado a la disposición del empleador, por lo que su prestación fuera de las instalaciones de la empresa con motivo del viaje suponía o se podía presumir que no iba a tener ningún tipo de control respecto al tiempo incurrido.

Por otro lado, el artículo 7 del Convenio N° 30 (OIT, 1939) precisa las excepciones permanentes y temporales, incorporando nuevas categorías y definiciones, tal como se precisa a continuación:

“Artículo N° 7

Los reglamentos de la autoridad determinarán:

1. Las excepciones permanentes que puedan concederse para:

(a) ciertas clases de personas cuyo trabajo sea intermitente, a causa de la naturaleza de este, como, por ejemplo, los conserjes y las personas empleadas en trabajos de vigilancia y conservación de locales y depósitos;

(b) las personas directamente empleadas en trabajos preparatorios o complementarios que deban realizarse necesariamente fuera de los límites previstos para las horas de trabajo del resto de las personas empleadas en el establecimiento;

(c) los almacenes u otros establecimientos, cuando la naturaleza del trabajo, la importancia de la población o el número de personas empleadas hagan inaplicables las horas de trabajo fijadas en los artículos 3 y 4.

2. Las excepciones temporales que puedan concederse en los casos siguientes:

(a) en caso de accidente o grave peligro de accidente, en caso de fuerza mayor o de trabajos urgentes que deban efectuarse en las máquinas o en las instalaciones, pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en la marcha normal del establecimiento;

(b) para prevenir la pérdida de materias perecederas o evitar que se comprometa el resultado técnico del trabajo;

(c) para permitir trabajos especiales tales como inventarios y balances, vencimientos, liquidaciones y cierres de cuentas de todas clases;

(d) para permitir que los establecimientos hagan frente a los aumentos de trabajo extraordinarios, debidos a circunstancias especiales, siempre que no se pueda normalmente esperar del empleador que recurra a otras medidas.

3. Salvo en lo que respecta al apartado a) del párrafo 2, los reglamentos establecidos de conformidad con el presente artículo deberán determinar el número de horas de trabajo extraordinarias que podrán permitirse al día, y para las excepciones temporales, al año.

4. La tasa aplicada al pago de las horas de trabajo adicionales permitidas en virtud de los apartados b), c) y d) del párrafo 2 de este artículo estará aumentada en un veinticinco por ciento en relación con el salario normal.

El referido artículo 7 desarrolla las excepciones permanentes, otorgándole a cada país la posibilidad de incorporar las categorías o situaciones para excluir de la jornada de 8 horas al día y 48 horas a la semana, siempre que lo establezca dentro de su normatividad interna.

Así, nos habla de personas que tienen trabajos intermitentes, precisando el concepto mediante ejemplos o tipos de cargos. De esta forma, el artículo introduce la siguiente referencia *“por ejemplo, los conserjes y las personas empleadas en trabajos de vigilancia y conservación de locales y depósitos”*. No existe otra referencia, pero los puestos detallados, nos dan ciertas luces que se trata de labores que no se encuentran totalmente a disposición

del empleador o que la misma se encuentra limitada, concordándolo con la definición establecida en el artículo 2 del presente convenio. Estas labores de conservación y vigilancia de locales y depósitos, implica que se realice la función incluso fuera de la jornada regular del empleador, siendo característico que el trabajador deba permanecer en el local realizando rondas.

El artículo 7 nuevamente incorpora a los trabajadores que realizan funciones complementarias o preparatorias, las mismas que deben realizarse fuera de la jornada de trabajo del centro de trabajo. Un ejemplo de este tipo de labores son las que constituyen el prendido o apagado del horno, línea de producción, etc. Este tipo de labores está ligado a las actividades que se realizan fuera de la jornada regular y del control del empleador (es decir que no existe una disposición de este en el momento que le corresponde realizar la actividad), lo que concatenado a lo establecido en el artículo 2 del presente Convenio, se ratifica su exclusión pues no están a disposición en dichos momentos.

Un tercer tipo de personas excluidas son las que laboran en almacenes o establecimientos, donde la naturaleza del trabajo no permite aplicar la jornada de 8 horas diarias y 48 horas a la semana. Este supuesto se aplica cuando *“la naturaleza del trabajo, la importancia de la población o el número de personas empleadas hagan inaplicables las horas de trabajo fijadas en los artículos 3 y 4.”* La naturaleza de la función, importancia de la población o número de personas empleadas, tiene relación con el Artículo 3⁴⁵ y el Artículo 4⁴⁶ del Convenio N° 30 (OIT, 1939), donde se crea un cajón de sastre pues se entiende que se trata de establecimiento donde se debe atender al público y no se podría establecer un límite de horas pues el mismo supera dicho plazo, por lo que se entiende que el trabajador debe seguir laborando, incluso superando las horas máximas.

No existe ninguna otra referencia en el convenio N° 30 sobre la excepción de alguna categoría de trabajadores respecto a la jornada de trabajo. Así, están exceptuados de la jornada de 8 horas y 48 horas semanales en el convenio N° 30 los siguientes trabajadores:

45 El artículo 3 del Convenio No. 30 (OIT, 1939), señala expresamente lo siguiente: *“Las horas de trabajo del personal al que se aplique el presente Convenio no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día, reserva de las disposiciones de los artículos siguientes.”*

46 El artículo 4 del Convenio No. 30 (OIT, 1939) señala expresamente lo siguiente: *“Las horas de trabajo por semana previstas en el artículo 3 podrán ser distribuidas de suerte que el trabajo de cada día no exceda de diez horas.”*

- El trabajador miembro de una familia del empleador.
- El trabajador complementario o preparatorio.
- El trabajador de dirección.
- El trabajador de confianza.
- El trabajador intermitente.
- Viajantes y representantes.
- Trabajadores en almacén.

A diferencia del convenio N° 1, el convenio N° 30 otorga una definición de lo que es tiempo de trabajo, lo que permite determinar cuándo nos encontramos dentro de la jornada y del poder de dirección del empleador. Asimismo, este convenio precisa o agrega algunas categorías de trabajadores exceptuados de la jornada, aunque no se otorgan definiciones sobre los mismos. Si bien este convenio puede darnos algunas luces de lo que es – y no es – tiempo de trabajo, aún existe vacíos que vamos a analizar en los siguientes convenios sobre tiempo de trabajo.

2.4.2 CONVENIOS DE LA OIT SOBRE JORNADA DE TRABAJO CON CARÁCTER ESPECÍFICO.

a. Trabajo realizado en minas.

En el Convenio N° 31⁴⁷, sobre las horas de trabajo (minas de carbón) de 1931 (OIT, 1931)⁴⁸, se establece un sistema de medición de la jornada de acuerdo con el ingreso a la mina, tal como se precisa a continuación:

“En las minas subterráneas de hulla se considerará como horas de trabajo el tiempo de presencia en la mina, determinado de la manera siguiente:

1. Se considerará como tiempo de presencia en una mina subterránea el período transcurrido desde que el trabajador entra en la jaula para descender hasta que sale de la misma después de efectuada su ascensión;

2. En las minas en las que se entre por una galería, se considerará como tiempo de presencia en la mina el período transcurrido desde que el trabajador entra en la galería de acceso hasta su regreso a la superficie;

47 El referido Convenio N° 46 revisa el Convenio N° 31, ampliando su regulación. Sin embargo, para efectos de la regulación de la jornada y excepciones, no plantea ninguna diferencia.

48 El 30 de mayo de 2000, la OIT decidió el retiro del Convenio.

3. El tiempo de presencia de cada trabajador no podrá exceder de siete horas y cuarenta y cinco minutos al día en ninguna mina subterránea de hulla.”

El tiempo de trabajo se considera desde el ingreso físico del trabajador hasta la salida, sea a través de una jaula, una galería o similar. No existe un elemento de sujeción para la medición del tiempo sino su determinación es en función a la presencia física al interior de la mina.

En relación con la excepción de la aplicación del convenio, el artículo 2 señala que “(...) A los efectos del presente Convenio, el término trabajador significa:

- (a) en las minas subterráneas de carbón, toda persona empleada en trabajos subterráneos, sea cual fuere la empresa que la emplee o la naturaleza de los trabajos que realice, con excepción de las personas que desempeñen un cargo de vigilancia o de dirección y no participen normalmente en ningún trabajo manual;*
- (b) en las minas de carbón a cielo abierto, toda persona empleada directa o indirectamente en la extracción de carbón, con excepción de las personas que desempeñen cargos de vigilancia o de dirección y no participen normalmente en ningún trabajo manual.*

La referida norma excluye a todos aquellos que no realizan ninguna actividad manual y son trabajadores que realizan labores de vigilancia y dirección. En el referido convenio no se define que se entiende por personal de vigilancia o dirección; sin embargo, es evidente que ambas categorías están relacionadas a las facultades propias del empleador en relación con su poder de sujeción. Están exceptuados pues ellos representan a la entidad empleadora y debido a que se encargan de controlar al resto del personal (no pueden ser jueces y partes a la vez). Vemos además que esta regulación excluye a todos los que no tienen relación con el trabajo operativo o manual, lo que en buena cuenta podría explicarse en la evolución de la regulación y control del tiempo de trabajo, frente a los intereses comerciales que resistían este tipo de obligaciones. No existe otra exclusión en el convenio.

- b. Horas de trabajo en fábricas de vidrio.

Convenio N° 43 (OIT, 1934), sobre las fábricas de vidrio del año 1934. Este convenio se aplica a los trabajadores que laboran en operaciones continuas en las fábricas de vidrio que produzcan con máquinas automáticas vidrio plano para ventanas o vidrio de características similares que sólo difiera del primero en espesor y otras dimensiones. Este convenio se aplica a trabajo en grupo o por equipos y establece un promedio de 42 horas por semana; sin embargo, no establece ninguna excepción a la jornada.

c. En el sector construcción.

El convenio N° 51 (OIT, 1936a), denominado como “convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (obras públicas)”, aprobado en el mes de junio del año 1936, no fue ratificado por ningún país. El convenio se aplica a las personas directamente ocupadas en trabajos de construcción e ingeniería civil costeados o subvencionados por los gobiernos centrales. Se exceptúan de la aplicación del presente convenio: (a) a las personas empleadas en empresas en las que solamente estén ocupados los miembros de la familia del empleador; (b) a las personas que ocupen un puesto de dirección y no efectúen normalmente ningún trabajo manual. En primer lugar, se excluye a los miembros de la familia del empleador, situación que se reitera en los convenios precedentes. Asimismo, también se excluye al personal de dirección que no realiza una labor manual, reiterando la exclusión por su posición respecto al personal ordinario. Al excluir de esta regla al personal de dirección que “realiza una labor manual”, nos permite deducir que puede existir personal de dirección que además realiza servicios vinculados a la construcción, como serían los capataces o jefes de obra.

El artículo 2 del convenio señala que las horas de trabajo de las personas a las que se aplica no deberán exceder de un promedio de cuarenta por semana. Así, precisa lo siguiente: “(...) 5. *A los efectos del presente Convenio, la expresión horas de trabajo significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador y no comprende los períodos de descanso durante los cuales no esté a su disposición.*” Encontramos en este convenio una definición de horas de trabajo en base a la puesta a disposición del trabajador, excluyendo los tiempos que no medie sujeción y que el trabajador este descansando. De esta definición se podría deducir que, si estoy descansando, pero a disposición del empleador, entonces si estaría dentro de las horas de trabajo, existiendo casos límites como por ejemplo el trabajo bajo llamada, guardia o espera,

donde el trabajador está a la expectativa de la llamada del empleador. Se debe entender que en la época (1936) y por la actividad (construcción), el centro de trabajo estaba situado en un lugar específico y determinado, donde la posibilidad de control era evidente si el trabajador permanecía en el centro de trabajo, o lo contrario, si estaba fuera de él.

El artículo 3 del convenio establece excepciones para sobrepasar los límites establecidos, cuando nos encontremos ante: *“(a) personas empleadas en trabajos preparatorios o complementarios que deban ser efectuados necesariamente fuera de los límites señalados para el trabajo general de la empresa, de una de sus ramas o del equipo; y (b) personas empleadas en ocupaciones que, por su naturaleza, impliquen largos períodos de inactividad durante los cuales dichas personas no tengan que prestar una atención constante ni desplegar una actividad física, o no tengan que permanecer en su puesto sino para atender a posibles llamadas (...) 3. La autoridad competente podrá autorizar que se sobrepasen hasta un punto determinado los límites de las horas de trabajo prescritos en el artículo precedente, cuando ello sea necesario para evitar un entorpecimiento grave en la ejecución de un trabajo específico, con motivo de circunstancias excepcionales, tales como dificultades de acceso al lugar de trabajo o imposibilidad de emplear una mano de obra calificada y suficiente.”*

El convenio excluye al personal que realiza trabajo preparatorio o complementario fuera de la jornada, pero introduce la siguiente frase *“(...) necesariamente fuera de los límites señalados para el trabajo general de la empresa, de una de sus ramas o del equipo (...)”*. Estas actividades son las que corresponden a servicios que se realizan antes de iniciar la jornada o al finalizar, y están pensadas para aquellos trabajadores cuyo servicio es previo o posterior a los del resto de trabajadores del centro de trabajo.

Por otro lado, encontramos exceptuados al personal que tiene lapsos de inactividad. Este tipo de trabajadores son los llamados intermitentes cuya fuerza de trabajo o actividad es menor, o que prestan servicios bajo llamado, es decir cuando se les requiere (ya hemos analizado este tipo de trabajadores en la definición de horas de trabajo en este convenio). Más adelante el convenio refiere que las normas públicas o reglamentos deberían señalar el número máximas de horas que podrían laborar sobre trabajos complementarios o personal con lapsos de inactividad, lo cual implica que, si bien existe una flexibilidad en el tiempo máximo, este tiene un límite finalmente.

d. Transporte marítimo y fluvial

El convenio N° 57 (OIT, 1936b), denominado “sobre las horas de trabajo a bordo y dotación”, aprobado en octubre del año 1936, solo fue ratificado por 3 países, aunque no entró en vigor. Este convenio se aplica a “(...) *todo buque dedicado a la navegación marítima, de propulsión mecánica y de propiedad pública o privada, que reúna las condiciones siguientes: (a) estar matriculado en un territorio donde se halle en vigor el presente Convenio; (b) estar dedicado con un fin comercial al transporte de mercancías o de pasajeros; (c) efectuar un viaje internacional, es decir, un viaje desde el puerto de un país hasta un puerto situado fuera de ese país, considerándose como país distinto las colonias, los territorios de ultramar y los protectorados o territorios que estén bajo dominio o mandato*”. Se exceptúa a los veleros provistos de motores auxiliares; a los barcos dedicados a la pesca, incluso a la caza de la ballena y similares.

El artículo 2 del convenio, señala que “(...) *horas de trabajo significa el tiempo durante el cual un miembro de la tripulación está obligado, por orden de un superior, a efectuar un trabajo para el buque o para el armador, o a estar a la disposición de un superior, fuera del local que sirva de habitación a la tripulación.*” El convenio no se aplica – entre otros supuestos – “(...) *a las tripulaciones compuestas únicamente de miembros de la familia del armador (...)*”.

En los artículos 3 al 8 del convenio se establecen la jornada máxima de acuerdo con la tonelada del buque (más de 700 o 2000 toneladas), lugar de trabajo (fogón) y ocupación, oscilando entre 8 horas diarias y 48 a la semana, o 8 horas y hasta 56 horas a la semana. No existe exclusión respecto a la jornada al capitán ni ninguna referencia similar, aunque existe una prolongación de la jornada para el caso de guardia hasta por 12 horas.

El Convenio N° 76 (OIT, 1946), denominado “sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y dotación” del año de 1946, no ha sido ratificado por país alguno y no ha entrado en vigor. En relación con la definición de horas de trabajo las define como el tiempo durante el cual un miembro de la tripulación está obligado, por orden de un superior, a efectuar un trabajo para el buque o para el armador.

El convenio N° 93 (OIT, 1949), denominado “sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y dotación (revisado)” del año 1949, ha tenido 5 ratificaciones (Brasil, Uruguay, Iraq, Cuba y Filipinas) y no ha entrado en vigor.

Convenio N° 109 (OIT, 1958) sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y dotación (revisado) del año 1958. Este convenio ha sido ratificado por 15 países y no ha entrado en vigor.

Convenio No.180 (OIT, 1996), Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, del año 1996. Este convenio ha sido ratificado por 21 países⁴⁹. Asimismo, ha sido denunciado por todos ellos como consecuencia de la suscripción del Convenio MLC, 2006, sobre el trabajo marítimo. En el artículo 2 del convenio, se define a las horas de trabajo como el tiempo durante el cual un marino está obligado a efectuar un trabajo para el buque y las horas de descanso como el tiempo que no está comprendido en las horas de trabajo, precisando que no abarca las pausas breves.

En relación con el título referido a las horas de trabajo, el convenio señala “(...) *la pauta en materia de horas normales de trabajo de la gente de mar, al igual que la de los demás trabajadores, deberá basarse en una jornada laboral de ocho horas, con un día de descanso semanal y con los días de descanso que correspondan a los días festivos oficiales. No obstante, lo anterior no será óbice a que todo Miembro cuente con procedimientos para autorizar o registrar un convenio colectivo que determine las horas normales de trabajo de la gente de mar sobre una base que no sea menos favorable que la de dicha pauta.*”

El artículo 5 del convenio establece la siguiente fórmula sobre los límites a las horas de trabajo o los mínimos respecto a las horas de descanso. Así, tenemos los siguientes límites: (a) el número máximo de horas de trabajo no excederá de: (i) 14 horas por cada período de 24 horas; ni (ii) 72 horas por cada período de siete días; o bien, (b) el número mínimo de horas de descanso no será inferior a: (i) diez horas por cada período de 24 horas; ni (ii) 77 horas por cada período de siete días.

⁴⁹ De acuerdo con las Disposiciones Finales, se revisa el Convenio 109 sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1958; el Convenio 93 sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1949; el Convenio 76 sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1946, y el Convenio 57 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1936. A partir de la fecha en que entre en vigor el presente Convenio, los Convenios arriba enumerados dejarán de estar abiertos a la ratificación.

Entre los supuestos que regula el artículo 5 del convenio y que podrían encontrarse fuera de la jornada se encuentran las operaciones de salvamento, reuniones de urgencia y similares, precisando que se deberán realizar evitando que coincidan con el periodo de descanso o que produzcan fatiga. Asimismo, se regula el trabajo bajo llamada, señalando. *“(...) un marino está en espera de llamada, como cuando una sala de máquinas funciona sin presencia de personal, el marino deberá gozar de un período de descanso compensatorio adecuado si resulta perturbado su período de descanso por el hecho de haberse producido una llamada”.*

e. Sector transporte (carretera)

El Convenio N° 67 (OIT, 1962), referido al transporte en carretera, ha sido el segundo convenio relacionado al tiempo de trabajo que ha sido ratificado por el Perú, el 4 de abril de 1962. Este convenio solo ha sido ratificado por 4 países y solo en tres se encuentra en vigor (República Centroafricana, Cuba y Perú). Es por dicho motivo que en el año 2017 la OIT lo derogó este convenio al señalar que ha perdido su objeto o ya no aporta una contribución útil a la consecución de los objetivos de la OIT.

En el año 2015, entró en vigor el Instrumento de Enmienda de 1997 a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2014). De esta forma, la Conferencia está facultada para derogar, por mayoría de dos tercios y previa recomendación del Consejo de Administración, todo convenio en vigor que se considere ha perdido su objeto o ya no aporta una contribución útil a la consecución de los objetivos de la OIT. Al respecto, se debe tomar en cuenta lo que señala el Consejo de Administración en la 325.^a Reunión (Ginebra, Suiza) realizada entre el 29 de octubre y el 12 de noviembre de 2015 (OIT, 2015)⁵⁰, respecto a los efectos de la derogación:

“(...) A diferencia de la práctica inicial de «dejar de lado» los convenios obsoletos, el efecto de la derogación, en el sentido del nuevo párrafo 9 del artículo 19 de la Constitución de la OIT, será la eliminación de manera definitiva de todos los efectos jurídicos resultantes del convenio derogado entre la Organización y sus Miembros. Los convenios derogados se

⁵⁰ Información actualizada sobre la situación relativa a la ratificación de los instrumentos de enmienda de 1986 y de 1997 a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

eliminarán del corpus de normas de la OIT. Por consiguiente, los Miembros que hayan ratificado el convenio ya no estarán obligados a presentar memorias en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT y no será posible presentar en su contra reclamaciones (artículo 24) ni quejas (artículo 26) por incumplimiento del convenio de que se trate. Por su parte, los órganos de control de la OIT no estarán obligados a examinar la aplicación del convenio derogado y la Oficina pondrá término a todas las actividades pertinentes, en particular dejará de publicar el texto del convenio y la información oficial sobre la situación relativa a su ratificación.

9. Aunque un convenio que haya sido derogado deja de ser un convenio de la OIT, nada impide que los Estados Miembros que lo hayan ratificado (y que se hayan opuesto a su derogación) consideren que permanecen vinculados entre ellos por las disposiciones de dicho convenio. Ahora bien, en este caso, los Estados Miembros ya no podrán pedir a la OIT que supervise la aplicación de los convenios que ya no cumplen sus objetivos, que mantenga las obligaciones de procedimiento respecto de esos convenios ni que asuma las obligaciones presupuestarias que puedan derivarse.

En ese sentido, conforme se detalla en el Informe VII (2), la OIT, en la 106.^a Reunión (OIT, 2017), acuerda derogar el convenio 67, concluyendo lo siguiente:

“La gran mayoría de los gobiernos y de las organizaciones de trabajadores y de empleadores son partidarios de que se derogue este Convenio, que fue revisado por el Convenio núm. 153 y, se considera, ha perdido su objeto. No obstante, un gobierno y siete organizaciones de trabajadores consideraron que el Convenio seguía siendo relevante, entre otros motivos, porque permitía atender inquietudes propias del sector y no había sido incorporado a la legislación nacional de un Estado Miembro. Dos organizaciones de trabajadores destacaron que la derogación del Convenio perjudicaría a los trabajadores de los tres Estados que lo habían ratificado. Una organización de trabajadores que apoyaba la derogación del Convenio recalzó, sin embargo, la importancia de promover la ratificación del instrumento más moderno por los tres Estados Miembros para los que el Convenio seguía vigente. Dos organizaciones de trabajadores sugirieron que la derogación del Convenio núm. 67 se subordinara a la ratificación previa del Convenio núm. 153.”

En el caso del Perú, siendo uno de los países que había ratificado el convenio N° 67, aceptó que se debía derogar este convenio; sin embargo, la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP) opinó que no debía derogarse pues es un referente mínimo para el sector, en todo caso, opinó que la derogatoria debió estar sujeta al compromiso que el Estado suscriba nuevos convenios. Al respecto, la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (OIT, 2017) ha señalado: “(...) *El Convenio sirve como referente mínimo y exige a los Estados Miembros que observen las disposiciones relativas a las horas de descanso de los*

trabajadores del sector del transporte, quienes, en consecuencia, pueden interponer las quejas o reclamaciones necesarias en las jurisdicciones nacionales e internacionales. Dado que la legislación nacional del Perú no está en consonancia con los convenios de la OIT ratificados por el país, y que no se han adoptado suficientes medidas encaminadas a fortalecer el sistema nacional de inspección del trabajo, se necesitan normas mínimas internacionales para proteger los derechos de los trabajadores. En caso de derogación, la falta de un instrumento regulador provocaría un aumento del trabajo informal en el sector. La derogación debería estar sujeta al compromiso de los Estados de ratificar los nuevos convenios.”

Lo cierto es que la OIT derogó este convenio pues consideró que ya no era útil para los fines de esta organización. Si bien coincidimos que la OIT debe revisar y derogar los convenios, debería existir un mecanismo para que esta derogatoria no perjudique la interpretación de los convenios en cada país en concreto (como por ejemplo supeditar la derogatoria a la ratificación de un nuevo convenio). Pese a la derogatoria del convenio N° 67, consideramos relevante analizarlos pues incluso ha sido citado por la Corte Suprema. Este convenio se aplica a los choferes, ayudantes y personas que viajan en un vehículo utilizado en el transporte por carretera, tanto de personas o mercancías, incluyendo a todo tipo de vehículo de tracción mecánica.

El artículo 2 del convenio exceptúa la aplicación en el caso de vehículos privados para servicios personales, transporte agrícola o forestal, transporte de enfermos, transporte para defensa nacional y salvamento. Asimismo, el artículo 3 del convenio establece la posibilidad que el Estado exceptúe de la aplicación a los choferes propietarios o el trabajo de sus familiares que no sean asalariados, siempre que se acredite que no compitan con los no exceptuados o que la excepción no genere riesgos de accidentes.

Se define a las horas de trabajo como el tiempo durante el cual las personas interesadas estén a disposición del empleador o de otras personas que puedan reclamar sus servicios, o durante el cual los propietarios de los vehículos y los miembros de sus familias estén ocupados, por su propia cuenta, en trabajos relacionados con un vehículo utilizado en el transporte por carretera, con los pasajeros o con la carga. Dicho tiempo de trabajo incluye al periodo de circulación (desde la salida hasta la parada del vehículo, salvo el tiempo que esté interrumpida la circulación y puedan disponer libremente de su tiempo), el que incurran

en trabajos auxiliares (para temas administrativos), los periodos de presencia (para atender a llamadas o para reanudar su actividad en el momento fijado por el horario).

El artículo 5 del convenio señala no deberán exceder de cuarenta y ocho horas por semana, pudiendo incluso autorizarse límites semanales más elevados cuando sus servicios sean en mayor medida trabajos auxiliares o de simple presencia. El artículo 7 del convenio establece que en el día no podrá realizarse más de 8 horas, pudiéndose incrementar las horas si en promedio se cumplen las 48 horas o se realicen más trabajos auxiliares o de presencia.

El convenio señala que ningún conductor de vehículo podrá conducir durante un período ininterrumpido de más de cinco horas (período ininterrumpido se considera como dos períodos que no estén separados por un intervalo de una duración determinada por la autoridad competente). Se exceptúa a los conductores de vehículos que disfruten de intervalos adecuados durante la conducción, a consecuencia de interrupciones previstas por el horario o por el carácter intermitente del trabajo. Es decir, el convenio habla de conducción ininterrumpida, excluyendo a los que tienen lapsos de inactividad, y como se ha precisado en artículos precedentes, aquellos que en esos tiempos tiene disponibilidad de sus tiempos.

Convenio N° 153 (OIT, 1979). Este convenio ha sido ratificado por 9 países y está en vigor. El convenio define a la duración del trabajo como “(...) *el tiempo dedicado por los conductores asalariados: (a) a la conducción y a otros trabajos durante el tiempo de circulación del vehículo; (b) a los trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo, sus pasajeros o su carga.*” Asimismo, precisa que los periodos de simple presencia, de espera o de disponibilidad, pasados en el vehículo o en el lugar de trabajo y durante los cuales los conductores no disponen libremente de su tiempo, pueden considerarse parte de la duración del trabajo en la proporción que se determinará en cada país por la autoridad o el organismo competente, por medio de contratos colectivos o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional. Es decir, establece la posibilidad de que el Estado considere los lapsos de inactividad sin libre disponibilidad (lo que demuestra que en estos periodos existe una menor prestación que podrá ser considerada como parte de la jornada, en la proporción que se fije en la normatividad interna de cada país).

El artículo 6 del convenio señala que *“La duración total máxima de conducción, comprendidas las horas extraordinarias, no deberá exceder de nueve horas por día ni de cuarenta y ocho horas por semana.”* Asimismo, se debe considerar que se establece que nadie puede ser obligado a conducir por más de 4 horas ininterrumpidas, sin hacer pausas, teniendo en total (con las horas extraordinarias) un máximo de 5 horas ininterrumpidas de conducción.

En el artículo 8 referido a los descansos, se precisa lo siguiente: *“Durante el descanso diario no deberá obligarse al conductor a permanecer en el vehículo o a proximidad de éste, siempre que haya tomado las precauciones necesarias para garantizar la seguridad del vehículo y de su carga.”* Vemos como el convenio se cuida de eliminar la posibilidad del descanso dentro del vehículo y sin libertad del tiempo, lo que en buena cuenta haría que el trabajador este a disposición del empleador.

Ahora bien, se deberá tomar en cuenta que el convenio N° 67, ratificado por el Perú, ha sido revisado por el convenio 153 de la OIT, la pregunta que surge es si podemos utilizar el convenio N° 67 pese a que ha sido revisado sin que se haya ratificado el convenio que lo revisa. Al respecto, debemos tener en cuenta que el convenio N° 67, al haber sido ratificado por el Perú, forma parte del derecho nacional⁵¹, y debería formar parte de la interpretación del derecho constitucionalmente protegido, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Asimismo, este convenio tiene plena validez pues no se ha denunciado y no se ha ratificado el convenio N° 153, señalando el Consejo Jurídico de la OIT que la adopción de un convenio que ratifica otro, no acarrea la derogación de este último. Finalmente, el artículo 27 del Convenio N° 67 (OIT, 1962), señala expresamente lo siguiente:

“(…) 1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

(a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante, las disposiciones contenidas en el artículo 24, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

⁵¹ Artículo 55 de la Constitución Política del Perú (1993).

(b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Por tanto, el convenio N° 67 que ha sido ratificado por el Perú y revisado por el convenio N° 153 de la OIT, actualmente se encuentra derogado, por lo que no puede ser incorporado a la normatividad nacional (como lo establece el artículo 55 de la Constitución). Esta situación complica la interpretación referida al tiempo en espera o lapsos de inactividad, sobre todo respecto a actividades vinculadas al sector transporte, el cual es uno de los más informales y donde se presentan mayores abusos antes las excepciones. Sin perjuicio de ello, consideramos relevante analizar este convenio, sobre todo porque la Corte Suprema lo ha utilizado para el análisis de casos de personal no sujeto a fiscalización e intermitente de espera.

2.4.3 CONVENIOS REFERIDOS A LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA

El Convenio N° 47 (OIT, 1935a) sobre las cuarenta horas del año 1935, establece el principio de la semana de cuarenta horas, aplicado en forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores. Asimismo, el convenio establece que se aplica a diversas clases de empleos. Este convenio no establece en ningún extremo alguna referencia a las exclusiones de dicha jornada.

Convenio N° 49 (OIT, 1935b), sobre la reducción de horas de trabajo (fábricas de botellas) del año 1935. El referido convenio se aplica a las personas que trabajen, por equipos sucesivos, en las operaciones relativas al funcionamiento de los generadores, hornos de fuego continuo, máquinas automáticas y hornos de re cocción, así como en los trabajos accesorios de dicho funcionamiento, en fábricas donde se produzcan botellas de vidrio con máquinas automáticas. Estableciendo una jornada semanal de 42 horas, pero sin precisar exclusiones o definiciones relevantes.

Convenio N°61 (OIT, 1937), sobre la reducción de horas de trabajo (industria textil) del año 1937. El convenio se aplica a las operaciones vinculadas directa e indirectamente *“a la fabricación de toda clase de hilos, hilados, bramantes, cuerdas, maromas, mallas, fieltros, tapices, o de toda clase de tejidos o redes fabricados con una o más de las materias siguientes: algodón, lana, seda, lino, cáñamo, yute, rayón u otras fibras sintéticas y cualesquiera otras materias textiles de origen vegetal, animal o mineral.”*

El artículo 2 del convenio N° 61 establece que se podrán exceptuar las personas que trabajen en empresas en las que solamente estén empleados los miembros de la familia del empleador; y las categorías de personas que, debido a sus responsabilidades especiales, no se hallen sujetas a las reglas normales sobre la duración semanal del trabajo. Respecto a esto último, no queda claro si el Convenio excluye a los trabajadores de dirección o algún otro tipo de personal, aunque nos inclinamos a lo primero por la referencia de especial responsabilidad.

Ahora bien, en relación con las horas de trabajo, el convenio las define como *“(...) el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador, y no comprende aquellos períodos de descanso durante los cuales no esté a su disposición (...)”*. Asimismo, excluye el tiempo incurrido en la limpieza o al engrase de las máquinas, a condición de que no exceda de hora y media por semana, si es que es una costumbre del país (se prevé la existencia de trabajo preparatorio antes o al concluir la labor). Nuevamente nos encontramos con la definición de estado de sujeción, excluyendo el tiempo de descanso que no está en dicho estado, por lo que se incluyen como horas de trabajo los tiempos muertos, etc.

2.4.4 LAS EXCEPCIONES EN LOS CONVENIOS DE LA OIT Y EVOLUCIÓN DE LA JORNADA.

Como lo hemos analizado en la evolución de los convenios de la OIT que regulan de forma general y especial el tiempo de trabajo, existe un primer momento reivindicativo donde se establece el límite general de 8 horas o 48 horas a la semana, precisándose una serie de excepciones aplicables a cada una de las realidades normativas de los países con la finalidad que sea ratificado. Sin embargo, no existe una definición de lo que corresponde el tiempo de trabajo, hasta que el convenio N° 30 - el cual extiende el límite de la jornada a

los trabajadores de comercio - consigna una definición de las horas de trabajo, las cuales están relacionadas al tiempo que se encuentra el trabajador en sujeción al empleador.

Debemos tener claro que la falta de definición en este primer momento (entre 1919 y 1930) tiene relación con la discusión de lo que significa el tiempo de trabajo en relación con una prestación efectiva o a un estado de sujeción. Tiene plena lógica que en un primer momento se haya centrado la discusión en relación con la prestación efectiva, toda vez que los primeros empleadores fijaban el ingreso en relación con el servicio que se brindaba, excluyendo el tiempo fuera del ámbito de producción. Tuvo muchos inconvenientes iniciales esta forma de medición del tiempo, es decir para los empleadores, contabilizar el tiempo efectivo restando el tiempo no productivo, y para los trabajadores, al considerar que esta facultad era utilizada como un mecanismo para afectar el derecho de los trabajadores y sus ingresos.

Respecto a las excepciones al límite de la jornada de trabajo, en un inicio vemos que las mismas responden a un elemento histórico en relación con la necesidad de adaptar el instrumento internacional a cada una de las realidades y países, para poder alcanzar en un futuro un consenso en las ratificaciones. Esta posición fue dejada de lado en el tiempo y, para el convenio N° 30, solo existían excepciones permanentes y temporales. Respecto a esto último, desde el convenio N° 1 y de forma más clara en el convenio N° 30, existen excepciones al límite de la jornada en relación con su puesto de dirección e inspección, deduciéndose que esta categoría estaba excluida debido a que era dicho personal quien debía efectuar el control. Es decir, la limitación en relación al personal de dirección está justificada – y se ha consolidado en el tiempo en otros convenios – en relación a la facultad que tiene este personal para controlar, dirigir y/o sancionar a otros trabajadores, por lo que estas facultades delegadas se fundamentan en relación a su posición respecto al empleador, lo que configura el grado de flexibilidad de las normas laborales (hemos analizado los efectos de estar exceptuados del límite de la jornada de trabajo en el capítulo N° 1 del presente trabajo). Ahora bien, en la evolución de los convenios se puede deducir que el trabajador de dirección no es aquel que se encuentra en una línea de jerarquía – o no necesariamente – sino su calificación está ligada más a la facultad de poder actuar en representación o – bajo la ficción – de ser la entidad empleadora.

Otra categoría de trabajadores exceptuados del límite de la jornada de trabajo desde el convenio N° 1, representan los trabajadores con lapsos de inactividad o trabajadores intermitentes, exclusión que se sustenta en espacios temporales indeterminados como consecuencia de la propia actividad a la que se dedica el trabajador (y que a la vez no se sustenta en la voluntad del empleador o del propio trabajador, es decir están fuera de los tiempos de descanso, refrigerio o de necesidades biológicas o personales). Estos espacios a la vez implican periodos donde el trabajador voluntariamente dispone de su tiempo de trabajo y de su propia fuerza, por lo que pierde sentido la razón por la que se limita la jornada (el tiempo de trabajo como forma de limitar el poder de sujeción y el desgaste biológico del trabajador). Otro elemento por considerar es que los trabajadores intermitentes también podrían prestar servicios sin la intervención o control directo del empleador, como aquellos que realizan labores de guardia nocturna o de almacén, en una ambulancia estacionada en un estadio o bajo espera, entre otros supuestos similares.

Existe también una precisión a la exclusión de trabajadores que realizan su prestación por comisión o fuera del centro de trabajo, lo que podría configurar como un trabajador no sujeto a fiscalización inmediata. Sin embargo, esta categoría está más relacionada a una prestación fuera del ámbito de control del empleador. Es así que esta figura ha ido evolucionando en el tiempo para finales del siglo XX, toda vez que actualmente existe una evolución en los medios tecnológicos por medio de los cuales el empleador puede fiscalizar la prestación al margen de la distancia física del trabajador (GPS móvil o en el vehículo, telefonía móvil, etc.) es decir medios de comunicación avanzados donde permiten al empleador tener un control real respecto a trabajadores que antes podían considerarse exceptuados de la jornada de trabajo por no estar relacionados físicamente al empleador.

Finalmente, se debe tomar en cuenta el inciso 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT (1919a), cuando se refiere a los efectos de los convenios sobre disposiciones que establezcan condiciones más favorables, señala lo siguiente:

“(...) 8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.”

Por tanto, desde los efectos del convenio ratificado por el Perú, no se puede incorporar normas menos favorables para el trabajador a la normatividad nacional, pues se estaría afectando el artículo 19 de la Constitución de la OIT. Sin embargo, los convenios de la OIT – sean ratificados o no – nos sirven para ver la evolución de la jornada y sus limitaciones.

2.5 ÁMBITO LEGAL DE LA EXCEPCIÓN. -

Como lo hemos señalado, la jornada laboral se encuentra recogida en una norma constitucional y supra constitucional. En cambio, la excepción de la jornada se encuentra regulada únicamente en la LJTS. Al respecto, Elmer Arce (2008), señala lo siguiente: “(...) *estas exclusiones no se mencionan en el artículo 25, por lo que habrá que entender que su constitucionalidad es dudosa (...)*” (p.441). Para el autor, las excepciones solo pueden ser establecidas en la misma norma o con la misma jerarquía, señalando que la única excepción válida será la del personal de dirección pues es un supuesto que se encuentra regulado en el Convenio N° 1 de la OIT.

Se debe tomar en cuenta que las excepciones planteadas en los convenios ratificados por el Perú no pueden incorporarse a nuestra normatividad, debido a que si existe norma más favorable no es aplicable. Por consiguiente, de acuerdo con el inciso 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT (1919a)⁵², las excepciones establecidas en los convenios ratificados no pueden ser opuestos en el Perú pues existe norma más favorable que no los incorpora. Más adelante discutiremos el argumento si las excepciones planteadas en el convenio 1 de la OIT serían aplicables en el Perú, tomando en cuenta el contenido del artículo 25 de la constitución, toda vez que se podrían considerar que es una norma más favorable que genera la aplicación del numeral 8 del artículo 19 de la constitución de la OIT.

El artículo 5 de la LJTS (D.S. 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,*

⁵² El inciso 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT (1919a), cuando se refiere a los efectos de los convenios sobre disposiciones que establezcan condiciones más favorables, señala lo siguiente: “(...) 8. *En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.*”

vigilancia o custodia.” El artículo 10 del RLJTS (Decreto Supremo N° 008-2002-TR), define cada uno de estos tipos de categorías de trabajadores exceptuados de la jornada laboral, y el artículo 11 de la misma norma, precisa la situación especial de los trabajadores de confianza, aspectos que serán analizados más adelante.

Por otro lado, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 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.*” Es decir, 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.

A continuación, analizaremos las tres excepciones, toda vez que cada una de ellas supone la exclusión de la jornada laboral e implica un supuesto de flexibilidad de dicha limitación constitucional. Asimismo, analizaremos cada tipo por separado pues no existe un criterio uniforme en la doctrina y en la jurisprudencia.

2.5.1 ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES LEGALES POR LA ACTIVIDAD DEL TRABAJADOR.

Como lo hemos señalado precedentemente, la normatividad laboral peruana ha establecido como supuestos de excepción legal a ciertas categorías de trabajadores de acuerdo con su actividad, como son los trabajadores de dirección, no sujeto a fiscalización e intermitentes. Están exceptuados pues en principio si se les aplica el régimen de la jornada laboral, pero por ciertas características de su actividad, no están sujetos a la jornada máxima y por lo tanto el empleador no está obligado a registrar el tiempo de su prestación. A continuación, analizaremos cada uno de estos casos de excepción, su validez, sustento, efectos y límites.

2.5.2 TRABAJADORES DE DIRECCIÓN. –

2.5.2.1.1 ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA EXCEPCIÓN. -

Como lo establece la doctrina (Arce, 2008, p.441), la actividad que asumen estos trabajadores, de cuyo grado de responsabilidad depende el resultado de la empresa,

explica por sí misma la necesidad de no sujetarse a una jornada laboral con topes rígidos. Al respecto, el autor opina que esta categoría de trabajador cuenta con sustento supraconstitucional en base a lo establecido en las excepciones planteadas en el Convenio N° 1 de la OIT, por lo que Elmer Arce (2008) concluye que *“solo este tipo de trabajadores no estarían sometidos al tope de jornada máxima (...) (p.441).*

Debemos recordar que el artículo 2 del Convenio N° 1 de la OIT (1919b), señala lo siguiente: *“(...) 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 no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación: (a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza (...)”.* Siendo ello así, el Convenio N° 1 expresamente excluye a los trabajadores de dirección de la jornada laboral.

En ese mismo sentido, Renato Mejía (2012) señala *“(...) Considerando que, a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú dan contenido a los mismos derechos reconocidos por la Constitución, podemos afirmar que la exclusión de dichos trabajadores desarrollada por la LJT no calificaría como inconstitucional”* (p.314). Desde la perspectiva del autor, la disposición transitoria permite dar contenido a la norma constitucional, lo que genera la incorporación de esta excepción.

Ahora bien, la pregunta es, ¿puede incorporar o limitar derechos constitucionales basándose en la lectura de normas supraconstitucionales que limitan dicho derecho? La interpretación de normas constitucionales en relación a tratados internacionales no pueden limitar dicho derecho (no puede utilizarse este artículo para restringir el derecho constitucional); sin embargo, consideramos que la norma - que desarrolla este derecho constitucional - si puede establecer supuestos de excepción (que como ya explicamos puede darse por aspectos de naturaleza del cargo, excepciones permanentes o temporales) pero en ningún caso estas normas pueden vaciar de sentido al derecho constitucional, cuyo efecto puede ser finalmente un supuesto de irrenunciabilidad del derecho constitucional.

2.5.2.1.2 DEFINICIÓN LEGAL DEL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN. -

Al respecto, el artículo 10 de la LJTS (D.S. 007-2002-TR) y en el artículo 43 de la TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. 003-97-TR) (en adelante “LPCL”), definen a los trabajadores de dirección como aquellos que ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparte con aquel las funciones de administración o control de la empresa, cuyo grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad desempeñada por la empresa.

Queda claro que el personal de dirección está exceptuado de la jornada laboral y que el propio convenio N° 1 de la OIT – ratificado por el Perú - permite dicha excepción, existiendo cierto consenso en la doctrina sobre esta posibilidad. Sin embargo, la pregunta que surge es ¿cuál es el límite para calificar a un trabajador como de dirección? Es decir, se excluye a todo aquel personal que tenga trabajadores a su cargo, o ¿qué se entiende tener información relevante para la toma de decisión empresarial?, ¿cómo se verifica que el personal tiene facultades propias del empleador?, entre otras preguntas que nos pueden llevar a incluir a un número considerable de trabajadores en este supuesto, sin que necesariamente se cumpla con la finalidad de la excepción, sino todo lo contrario, la falta de precisión afecte finalmente a los trabajadores.

2.5.2.1.3 EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN COMO PERSONAL DE DIRECCIÓN. -

La calificación de un trabajador como personal de dirección no es simplemente declarativa o denominativa, sino que va a tener un efecto directo en los niveles de protección del Derecho del Trabajo y de los beneficios que se otorgan. Si bien la presente Tesis está referida al tiempo de trabajo, la calificación como personal de dirección se extiende a limitar otros derechos constitucionales. Es por ello por lo que la interpretación de lo que es un trabajador de dirección debe ser claramente restrictiva pues limita diversos derechos constitucionales.

Ahora bien, repasemos los efectos que tendría la calificación como trabajador de dirección desde la perspectiva laboral:

- Tienen mayor responsabilidad para la calificación de faltas graves. - Se limita la protección contra el despido arbitrario. Un factor de gravedad de la falta será su calificación como trabajador de dirección, quien ocupa una posición relevante frente al empleador, toda vez que representa y maneja información relevante de la empresa.

- Ampliación del periodo de prueba. - Se limita la protección constitucional contra el despido arbitrario. Se puede extender el periodo de prueba de 3 meses (para los trabajadores comunes) hasta 1 año (trabajadores de dirección). En efecto, el artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) (D.S. 003-97-TR), señala lo siguiente: *“(...) Artículo 10.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un periodo mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados y de confianza y de un año en caso de personal de dirección.”*

- Jornada de trabajo y control de asistencia. Se limita la protección constitucional de la jornada laboral. Los trabajadores de dirección están exceptuados de la jornada máxima legal. Por consiguiente, no tienen obligación de registrar su ingreso y salida, y, por lo tanto, no les corresponde el pago de horas extras.

- No le corresponde la reposición en caso de despido. - Se limita la protección constitucional contra el despido arbitrario. - El trabajador de dirección, no podrá solicitar la reposición como mecanismo de reparación frente a un despido arbitrario, toda vez que operaría un cese por pérdida de confianza.

Siendo ello así, el trabajador únicamente podría solicitar la indemnización legal como reparación frente al despido arbitrario⁵³.

- Restricciones para afiliarse a una organización sindical. El trabajador de dirección no podrá afiliarse a una organización sindical, salvo que el Estatuto de dicha organización expresamente considere la posibilidad. En efecto, el artículo 12 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo No. 010-2003-TR del 30/09/2003), señala expresamente lo siguiente: *“Para ser miembro de un sindicato se requiere: (...) b) No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita.”*
- Si son trabajadores gerentes y representantes, los cuales tienen facultades para decidir si disfrutan de su descanso vacacional, están exonerados del pago de la indemnización vacacional.

Por tanto, la calificación de un trabajador como personal de dirección no solo implica reconocerle ciertos poderes y facultades a dicha persona, lo que siempre representa un riesgo para la organización, sino una limitación en sí misma a sus derechos laborales. Estas limitaciones se justifican en que estas personas no pueden ser juez y parte, es decir no pueden controlar, dirigir y sancionarse a sí mismos, pues en estricto ellos son o representan al propio empleador. Bastará preguntarnos respecto a todos los trabajadores calificados, ¿representan ellos la figura del empleador? Seguramente en muchos casos tendremos que reconocer que no.

2.5.2.1.4 DELIMITACIÓN DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN. -

⁵³ Al respecto, el Tribunal Constitucional (15/03/2007), en relación al Expediente N° 03501-2006-PA/TC, señala lo siguiente: *“la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley”.*

A continuación, analizaremos cada una de las características establecidas en la norma para definir cuando nos encontramos ante un trabajador de dirección, partiendo de la premisa que dicha calificación es restrictiva pues se limitan sus derechos. El personal de dirección tendría las siguientes características:

- Todo trabajador de dirección es de confianza. – Por el grado de responsabilidad, implica necesariamente que todo trabajador de dirección sea a la vez un trabajador de confianza. Es decir, que el personal de dirección siempre va a tener acceso a información confidencial y reservada, la cual es de relevancia para la empresa pues permite la toma de decisiones empresariales. Se requiere la protección de esta información como una ventaja competitiva frente a otras empresas, por lo que el grado de confianza en este personal es mayor que otros trabajadores.
- Ejercen representación general del empleador frente al trabajador. – Esta característica es relevante, debido a que, si bien la empresa se encuentra en una estructura jerárquica, no todo aquel que ejerce un poder sobre otro es un trabajador de dirección. La norma habla de una representación general, eliminando el grado de subordinación entre puestos o áreas, sino que este trabajador tendrá facultades para decidir ámbitos del negocio o de la organización. Esta característica por sí sola, se diluye conforme la estructura de la empresa sea más compleja y grande.
- Ejercen representación general del empleador frente a terceros. – No basta con controlar o dirigir al trabajador, sino que sus facultades incluso se ejercen frente a terceros. En este punto, será muy importante las facultades y poderes formales con los que cuentan los trabajadores (facultades de representación, disposición, etc.), aunque no es indispensable contar con estos poderes (por decisión de la propia organización, de limitar estas facultades con firmas conjuntas o aglomerar estas decisiones en ciertos trabajadores), si será un indicio relevante de su representación.
- Funciones de administración y control. - Esta característica versa sobre la facultad de administración de la entidad empleadora y el control sobre la

misma, no necesariamente respecto a los trabajadores. Por ejemplo, una empresa donde su único trabajador es el Gerente General sigue siendo de dirección sin la necesidad de tener trabajadores a su mando. Por consiguiente, no se trata solo de ejercer el control – o el poder en sentido general - sobre otro, el cual se podría presentar en toda la organización o en la sociedad, por ejemplo, el vigilante que registre – por seguridad – a otros trabajadores o que no los deje ingresar si determina que han llegado tarde (si existe una regla en la empresa), no es de dirección porque controle al resto o ejerza un grado de poder, pues ello está presente en todas las relaciones particulares o jerárquicas. Pese a lo señalado, en la práctica, esta ha sido una de las características para sustentar la calificación del personal, es decir que exista un control o dirección sobre un grupo determinado de personas, relativizando los derechos de los trabajadores.

- Del grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad desempeñada por la empresa. – Es decir, existe una estrecha vinculación entre sus funciones y las decisiones que se deben tomar para la puesta en marcha de la actividad de la empresa.

Por tanto, consideramos que para ser calificado como un personal de dirección, se deben presentar las características antes mencionadas, de forma copulativa, pues interpretar lo contrario, sería flexibilizar la figura. Así, no basta tener personal a su cargo, ni encontrarnos dentro de una estructura de jerarquía o ejercer control sobre otro trabajador, se deberá acreditar que las decisiones de este personal impactan directamente en la dirección de la entidad. A manera de ejemplo dentro de esta categoría podrían figurar el Gerente General, el Gerente de Recursos Humanos, etc.

Por otro lado, consideramos que los jefes de áreas o departamentos, supervisores, sub gerentes y todos aquellos que estén imbuidos en la estructura organizacional debajo de cargos que ejerzan la dirección general de la empresa, aun cuando ejerzan control sobre otros trabajadores, no podrán ser calificados como de dirección, en ningún sentido. Se debe tomar en cuenta que la calificación no es denominativa sino lo que importa es lo que sucede en la realidad, por ejemplo, si los cargos que ejercen la dirección general han sido denominados como “directores” y quienes ocupan una posición debajo han sido

denominados como “gerentes”, estos últimos no podrán ser considerados como de dirección, salvo que en la toma de decisiones los directores compartan dicha facultad de decisión con estos puestos⁵⁴.

2.5.2.1.5 OTROS SUPUESTOS Y DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA.

Un caso particular son los administradores de sedes. Si bien dicho personal no es en estricto aquel que ejerce facultades de decisión de la empresa, administran un centro de trabajo y tienen facultades – en ese espacio – de dirigir y controlar la prestación, y podría entenderse a este personal como uno que representa al empleador. Como se puede acreditar en la Sentencia de la Sala Laboral de Lima, Expediente 3145-1998-Lima, se señala; “(...) *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 conforme a lo previsto en el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en consecuencia por mandato del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 854 no se encuentran comprendidos dentro de la jornada máxima de labores (...)*”⁵⁵.

De acuerdo con el artículo 41 del Decreto Supremo N° 021-2007-TR (26/09/2007), norma que aprueba el reglamento de la carrera del inspector de trabajo, se señala: “*De conformidad con el artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, y por ser trabajadores de dirección, los supervisores inspectores no se encuentran sujetos a la jornada máxima de trabajo de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales.*” Esta norma califica a los supervisores como personal de dirección, los cuales, si bien ejercen facultades de control respecto a los inspectores, consideramos que no deberían ser calificados como de dirección, pues sus decisiones y facultades no necesariamente imprescindibles para la toma de decisiones del ente de inspección (como distinta es que sean calificados como de confianza). Vemos como

⁵⁴ Es evidente que existe un fraude en este tipo de calificaciones denominativas, pues al ser gerentes podría confundir al trabajador y al inspector, como un trabajador de dirección. Lo cierto es que el que ocupa en realidad un cargo de representación general es el denominado “Director General” (que viene a ser un Gerente General y no un miembro del Directorio, de acuerdo con la Ley General de Sociedades).

⁵⁵ Sentencia de la Sala Laboral de Lima, Expediente 3145-1998-Lima.

la norma relaja la interpretación, cuya finalidad – que se verifica en dicho texto – es eliminar de horas extras a dicho personal.

2.5.2.1.6 PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN

De acuerdo con el Reglamento de la LPCL, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR (26/01/1996), se estableció un procedimiento para la calificación de los trabajadores de dirección y confianza. Así, el artículo 59 señala lo siguiente:

“Artículo 59- Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77 de la Ley, el empleador aplicará el siguiente procedimiento:

a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;

b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales;

y,

De esta forma, el Reglamento de la LPCL establece un procedimiento para la calificación del personal de dirección. Así, el empleador determinará de acuerdo con los puestos, quienes son trabajadores de dirección. Se debe tomar en cuenta que lo que se califica es el puesto y no a la persona, por lo que antes del inicio de una relación laboral debería establecerse si es un personal de dirección o cualquier otra calificación. Este es uno de los problemas de la calificación, toda vez que la norma no precisa cuando se debe realizar la comunicación (que es distinta a la fecha de calificación del puesto). Esta flexibilidad se realiza para que el empleador establezca dicha situación cuando lo estime pertinente, el problema es que no existe obligación de hacerlo en un momento determinado, con lo cual se puede efectuar en cualquier momento.

El artículo 61 del Reglamento de la LPCL (Decreto Supremo N° 001-96-TR), establece que los trabajadores que consideren que se encuentran indebidamente calificados, tienen un plazo de 30 días naturales desde la comunicación de la calificación para interponer demandas ante el Poder Judicial para rebatir esta calificación. El problema es que 30 días es insuficiente para preparar la demanda

y los argumentos, - además de los costos y costas del proceso - lo que ha generado que casi no existan demandas judiciales sobre este tema.

Por otro lado, existe el artículo 60 del Reglamento de la LPCL (Decreto Supremo N° 001-96-TR), señala lo siguiente:

Artículo 60.- La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición, si de la prueba actuada ésta se acredita.

Esta norma flexibiliza la obligación de calificar los puestos y la oportunidad de comunicación al trabajador, toda vez que se puede probar dicha situación en el proceso judicial, generalmente cuando ya no existe relación laboral entre las partes (debido a que los trabajadores recién interponen las demandas cuando ya se ha extinguido la misma). Como lo hemos observado, ser un personal de dirección implica una serie de obligaciones y responsabilidades mayores a cualquier trabajador ordinario, lo cierto es también que su protección laboral se reduce y percibe menores beneficios, lo que hace imperativo que el empleador califique el puesto y se comunique dicha situación.

Por tanto, si bien el empleador debe calificar el personal como de dirección, en la norma no se establece cuando debe calificarlo, es decir la norma es flexible respecto al momento y a la oportunidad de la calificación. Esto ha hecho que casi sea inexistente la calificación de los puestos de trabajo, antes de la comunicación a cada trabajador sobre dicha calificación, toda vez que existe un artículo que establece que esta calificación puede ser acreditada en el proceso judicial. Consideramos que el proceso interno de calificación es una etapa indispensable para evitar las indebidas calificaciones, en el marco de restringir estas actuaciones irregulares. Este punto lo trataremos en las conclusiones.

2.5.3 TRABAJADORES NO SUJETOS A FISCALIZACIÓN INMEDIATA

2.5.3.1.1 ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA EXCEPCIÓN

El autor Elmer Arce (2008, p.441) considera que esta exclusión es inconstitucional debido a que la propia norma constitucional no establece la exclusión. Asimismo, a decir del autor, tampoco se establece la exclusión en el Convenio N° 1 de la OIT.

En ese sentido, Renato Mejía (2012) señala que *“Ni la Constitución ni el Convenio 1 regulan esta excepción, por lo que creemos necesario realizar no solo una interpretación de manera restrictiva de la misma, sino que además no afecte el contenido del derecho constitucional a la jornada máxima”* (p.315).

En la evolución de los convenios de la OIT hemos identificado algunas referencias a representantes de viajes y supuestos similares, los cuales están exceptuados de la jornada laboral. No obstante, lo cierto es que esta figura no ha tenido un desarrollo importante en los convenios como un supuesto de excepción permanente, y en el tiempo (como lo veremos más adelante) el desarrollo tecnológico ha terminado cuestionando su utilización.

Con esta restricción podemos concluir que el personal no sujeto a fiscalización inmediata, como supuesto de excepción podría suponer un supuesto de extensión de la jornada que podría vulnerar el principio de irrenunciabilidad. Si ha sido incluido en la norma como supuesto de excepción, al margen que ya es restrictiva su interpretación, adolecería en el uso indiscriminado, un supuesto que vacía el derecho de la jornada laboral. Veremos más adelante su definición y los límites en su interpretación.

2.5.3.1.2 ÁMBITO LEGAL DE LA EXCEPCIÓN

El artículo 10 del RLJTS (Decreto Supremo N° 008-2002-TR), 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”*. Al respecto, y conforme lo señala Elmer Arce (2008, p. 441), existirían dos supuestos en la norma:

- (i) Aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador. –

Este tipo de exclusión se determina en función al grado de control e inspección⁵⁶ que tendría el empleador⁵⁷ con respecto al trabajador. Para Elmer Arce (2008, p.441), este primer supuesto estaría regulando a los trabajadores de confianza exceptuados por el Convenio N° 1 de la OIT, pero no a todos los que establece la LPCL sino a los que por su labor no están sujetos a una jornada determinada, estableciendo el caso del asesor de confianza o “(...) *aquellos trabajadores que se comprometen a ciertos resultados, en la lógica de uso de horarios flexibles, sin fiscalización inmediata (...) cuyo salario está por encima del promedio de los demás trabajadores*”.

Dentro de este supuesto hay dos sub tipos: los que realizan totalmente sus funciones sin supervisión inmediata; y, por otro lado, los que realizan por lo menos una parte de ella sin supervisión inmediata. Con respecto a este último sub tipo, el elemento clave es la palabra “parte” que establece la posibilidad que no todas sus funciones sean fiscalizables, es decir podría existir una proporción que si podría ser fiscalizable. Ahora bien, nos preguntamos ¿Cómo definimos esa proporción del tiempo? ¿Cómo definimos esa posibilidad que determine su exclusión de la jornada laboral? Es evidente que, en este punto, encontramos el elemento de flexibilidad de la jornada, pues esta “parte” proporcional del tiempo, hace que muchas categorías puedan ser adaptadas para su exclusión⁵⁸.

- (ii) Aquellos trabajadores que sus servicios lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes. –

Este supuesto implica un elemento locativo del trabajador, es decir donde se ubica determina la exclusión – o no - de la jornada laboral. De acuerdo con la definición establecida, nuevamente nos encontramos con la palabra “parcial”, la cual implica dos

⁵⁶ La palabra “fiscalizar” según el diccionario RAE (2014), significa “Hacer el oficio de fiscal (...) Criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien.” Para el diccionario *WordReference* (2005), se define como “Inspeccionar las cuentas y actividades de los contribuyentes para ver si pagan correctamente los impuestos al Estado (...) Controlar, supervisar las acciones ajenas”.

⁵⁷ El artículo 2 del Convenio N° 1 de la OIT (1919b), señala lo siguiente: “(...) *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 no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación: (a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza (...)*”

⁵⁸ A modo de ejemplo, un cargo administrativo que dentro de sus funciones exista la obligación de visitar clientes u otras sedes. En ese lapso, el empleador no puede controlar su prestación. Así, bajo la definición flexible de la norma cabría la posibilidad que se interprete que dicho cargo está excluido de la jornada laboral.

subtipos; los que realizan sus servicios fuera del centro de trabajo y los que lo realizan de forma parcial, es decir una parte en el centro de trabajo y otra fuera de él.

En el primer subtipo nos encontramos por ejemplo con los trabajadores a domicilio⁵⁹, pues sus servicios los realizan en sus domicilios o en los lugares que los trabajadores determinen (pero fuera del centro de trabajo) (Monereo y Gorelli, 2009, pp.191-192)⁶⁰. Asimismo, podemos encontrar en este tipo a los teletrabajadores que realizan sus servicios sin control del tiempo (Monereo y Gorelli, 2009, p.192)⁶¹.

En el segundo subtipo, encontramos a todos aquellos que deben acudir a su centro de labores para coordinar, reportar, sacar o dejar, en resumen, para realizar alguna labor inicial, intermedia o final, pero que finalmente su labor implique tener que salir de su centro de labores, como por ejemplo los mensajeros, encuestadores, cobradores de facturas, distribuidores de productos. La palabra “parcial” relativiza su aplicación, pues cualquier función que requiera un servicio fuera de la empresa podría ser excluido de la jornada laboral. Consideramos que este punto debería ser ajustado y limitado, debido a que dicha relativización permite una extensión infinita de la jornada, lo que afecta el derecho constitucional protegido, tal como lo vamos a precisar en las conclusiones.

Respecto al ámbito locativo, existen actualmente posiciones que incluso reducen la posibilidad de exclusión de la jornada laboral, como es el uso tecnologías de la información y comunicación (TIC) como es el GPS (Toyama *et. al.*, 2014)⁶². Las nuevas tecnologías rompen con la excusa que existía respecto a la imposibilidad de controlar la prestación de ciertos cargos. La ubicación geográfica y el tiempo que se podría cubrir con el GPS (u otras tecnologías de ubicación mediante cámaras incorporadas dentro del vehículo o en el

⁵⁹ El artículo 87 de la LPCL (D.S. 003-97-TR), señala expresamente lo siguiente: “(...) *Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, **sin supervisión directa e inmediata del empleador**. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse. En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario.*

⁶⁰ El autor José Luis Monereo (2009) considera que este tipo de trabajadores si debiesen estar sujetos a una jornada, aunque por sus características se relativiza los tiempos de trabajo y de descanso.

⁶¹ Según el autor José Luis Monereo (2009), se debe tomar en cuenta que justamente la diferencia entre el trabajo a domicilio y el teletrabajo es que en este último existe un control de la prestación por parte del empresario. En este punto, se podría citar por ejemplo a un Gerente General que realiza un teletrabajo (incluso el parcial) o remoto cuando es un gerente regional.

⁶² Un elemento adicional que ha supuesto la complejidad de esta exclusión y que relativiza el ámbito locativo, es el uso de tecnologías de la información, como es el GPS. Si bien el artículo está pesado para los temas de derechos inespecíficos, demuestra que la tecnología viene interfiriendo en las concepciones de ciertas figuras.

uniforme del trabajador), eliminan la posibilidad de argumentar la falta de control o sujeción del trabajador. El problema es que no necesariamente todos los trabajadores cuentan con GPS o con tecnologías de información, pero definitivamente en el caso que si se utilicen (o que exista la posibilidad de usarlo), definitivamente elimina su exclusión en la jornada. Esta situación debería ser precisada en la norma, tal como lo vamos a desarrollar en nuestras conclusiones.

Un caso especial es el teletrabajo⁶³, donde se presentan ambos tipos, es decir la facultad de control y el tema locativo (lugar donde se presta el servicio). Así, el teletrabajo implica que exista siempre subordinación y control de su prestación⁶⁴, pese a que se efectuara fuera del centro de trabajo (ámbito locativo) mediante el uso de nuevas tecnologías. Incluso la norma determina – *a priori* – que estos trabajadores están sujetos a la jornada laboral, salvo aquellos que estén exceptuados por la norma⁶⁵.

Otro ejemplo de prestación fuera del ámbito locativo es aquella que se realiza utilizando los medios de tecnológicos (celular, laptop, conexión remota, etc.) (Monereo y Gorelli, 2009, p.196)⁶⁶. Si bien en este supuesto el trabajador podría estar sujeto a un horario, el hecho

⁶³ El artículo 2 de la Ley 30036 (2013), que regula el teletrabajo señala “(...) *El teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores **sin la presencia física del trabajador**, denominado “teletrabajador”, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores. Son elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de esta modalidad de trabajo la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros.*” Asimismo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley 30036 (2013), define: “h) *Teletrabajo: consiste en la prestación de servicios subordinada, **sin presencia física en el centro de trabajo** o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores.*”. Por otro lado, se establece como principio “d) *Conciliación entre la vida personal, familiar y laboral: promover un equilibrio entre las actividades realizadas en los ámbitos, personal, familiar y laboral de los trabajadores o servidores civiles, a través de la modalidad de teletrabajo. En tal sentido, deberá existir una adecuada correspondencia entre la carga de trabajo y la jornada de labores o servicios asignada.*”

⁶⁴ Como lo hemos precisado, citando a José Luis Monereo (2009), justamente la diferencia principal entre el trabajo a domicilio y el teletrabajo es que, en este último, existe un control constante de la prestación por parte del empleador.

⁶⁵ La Ley 30036 (2013) señala la información que debe contar el contrato o acuerdo: “e) La jornada que se asigne al teletrabajador, de acuerdo con los límites previstos en las normas que resulten aplicables”. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 30036 (2013), establece: “(...) *La jornada ordinaria de trabajo o de servicio que se aplica al teletrabajo, **se sujeta a los límites previstos en las normas sobre la materia**. De conformidad con el régimen que corresponda, los trabajadores y servidores civiles pueden prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo en jornadas a tiempo parcial o en sistemas de media jornada, respectivamente, de acuerdo con **los límites y requisitos previstos en las normas correspondientes, solo si éstos se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada**. Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo o de servicio previstas en las normas que regulan la jornada de trabajo en los sectores público y privado se aplican al teletrabajo.*”

⁶⁶ Al igual que en España, este aspecto no se ha regulado en el Perú. Así, el autor José Luis Monereo (2009) señala lo siguiente: “(...) *Esto genera que el trabajador, una vez que realizada su jornada de trabajo pueda conectar, desde su propio domicilio con el trabajo y desarrollar su actividad desde su domicilio, trabajando realmente en tiempo de descanso y ampliando así, su jornada de trabajo.*”

de realizar servicios fuera de su jornada y utilizando medios tecnológicos, implica una prestación que implica una extensión infinita de su jornada. El uso de las tecnologías debe ser limitado, por ejemplo, estableciendo presunciones (similares a las de las horas extras), donde se repute una prestación fuera de la jornada, sobre todo cuando es el propio empleador quien dispone o establece los mecanismos para que el trabajador se pueda conectar, por lo que le corresponde al empleador limitar esta facultad.

Por tanto, la norma legal establece dos supuestos distintos, uno respecto a la facultad de control y otro respecto al ámbito locativo. En ambos se evidencia la flexibilidad de la definición legal en la palabra “parcial”, lo que en buena cuenta determina que el empleador pueda incorporar en esta categoría diversos puestos, reduciendo por ende los derechos de los trabajadores. Debemos limitar la definición pues la misma es restrictiva, lo que trataremos en las conclusiones.

2.5.3.1.3 OTROS ASPECTOS DE LA DEFINICIÓN

Debemos precisar que para la calificación de un puesto o cargo no sujeto a fiscalización inmediata no resulta suficiente la falta de control de asistencia, pues esta situación es consecuencia de esta y no la causa. En otras palabras, si la empresa no controla el ingreso y salida del trabajador, ello no es suficiente para catalogar a un cargo como no sujeto a fiscalización, pues dicha ausencia de control es el efecto – directo – de que la prestación de los servicios se realiza con un tinte de libertad; ya sea porque las funciones se realizan fuera del centro de trabajo o porque la prestación de los servicios así lo demanda.

En virtud de lo señalado, queda claramente establecido que la calificación de trabajador no sujeto a fiscalización inmediata no tiene relación directa con la categoría de trabajador de confianza. Es decir, no todo trabajador de confianza se encontrará no sujeto a fiscalización inmediata. Es el caso, de la secretaria de Gerencia, que si bien podría ser calificada como trabajadora de confianza – por su relación directa con el personal de dirección (Gerente) y por la información a la cual tiene acceso – es una trabajadora sujeta a fiscalización directa, permanente y efectiva; por lo que tiene una jornada máxima de trabajo. Esta situación será analizada posteriormente.

En general, los trabajadores no sujetos a supervisión o fiscalización inmediata son aquellos que laboran fuera del centro de labores u organizan su propio tiempo de trabajo, sin que exista un control permanente por parte del empleador; es decir son aquellos que pueden actuar con cierta libertad en el servicio a nombre del empleador.

Debemos recordar que esta calificación – excepcional – como personal “no sujeto a fiscalización inmediata” se basa en la naturaleza y en las funciones del cargo desempeñado por el trabajador. Es decir, en ningún sentido responde a una discrecionalidad del empleador, sino que su calificación responde a comprobar en los hechos los criterios antes mencionados (imposibilidad de controlar la prestación del servicio, tanto en el tiempo efectivo como en la forma de la prestación). Sin embargo, con el desarrollo de la tecnología (GPS, aparatos de comunicación, etc.) muchos autores vienen cuestionando esta excepción, pues consideran que es poco probable la posibilidad de falta de control del empleador respecto a su personal, sobre todo cuando esta excepción limita derechos y genera efectos perversos en dicha categoría. Veremos en las conclusiones la propuesta de limitar esta calificación.

2.5.3.1.4 SOBRE LA CONFUSIÓN EN EL CASO DEL TRABAJADOR DE CONFIANZA

Merece una mención especial el caso específico del personal de confianza, pues aun cuando el artículo 11 del RLJTS (Decreto Supremo 008-2002-TR) establece que éstos 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 (el subrayado es nuestro), salvo que se demuestre que no se encontraba sujeto a fiscalización inmediata.

Por consiguiente, la norma delimita claramente que los trabajadores de confianza si se encuentran sujetos a la jornada máxima de trabajo, salvo que no exista una fiscalización inmediata por parte del empleador. Ello es así, pues si bien el personal de confianza es aquel que maneja información relevante o reservada de la empresa, no es suficiente para concluir que el mismo tendrían facultades para limitar o no sus horas de trabajo, como si sucede con el personal de dirección. Por ello, el personal de confianza - y su calificación - se orienta a la mayor responsabilidad que tendría respecto a la información que maneja de

la empresa, así como a la relación que los vincula al personal de dirección o al propio empleador, lo cual no justificaría en ningún sentido que se exonere a dicho personal de la jornada máxima, pues los efectos jurídicos de dicha condición – como personal de confianza - están orientados al cumplimiento o no de sus obligaciones y al uso de la información que por sus labores tiene acceso, en ningún sentido que determine que el trabajador no se encuentra sometido a la jornada ordinaria.

Por lo tanto, el personal de confianza - por la naturaleza de su función - no se encontraría *a priori* excluido de la jornada máxima, salvo que por sus labores sea en estricto un trabajador no sujeto a fiscalización inmediata por parte del empleador.

2.5.3.1.5 PRONUNCIAMIENTOS DEL PODER JUDICIAL

En cuanto a los trabajadores no sujeto a fiscalización, si bien es común encontrar trabajadores calificados y exceptuados de la jornada de trabajo por esta situación, no existe un mayor desarrollo respecto a esta categoría de trabajadores. Consideramos que uno de los motivos resulta la aceptación general de la doctrina y jurisprudencia para su excepción, básicamente porque el concepto es flexible, lo que ha ocasionado que un número importante de trabajadores no tengan derecho a horas extras y sean perjudicados por los efectos colaterales de esta situación.

a. Casación Laboral N° 3780-2014-LA LIBERTAD (06/07/2016)

Resulta interesante en este caso el voto en discordia del magistrado Arias Lazarte en la Casación Laboral N° 3780-2014-LA LIBERTAD (06/07/2016)⁶⁷, 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 sujeto 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

⁶⁷ La casación será desarrollada cuando nos pronunciemos sobre el personal intermitente.

fiscalización y 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 los 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; (...)”

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 su prestación está limitada incluso por una norma relacionada al transporte, el Decreto Supremo N° 025-2017-MTC. Así, el voto en discordia señala que este tipo de trabajadores no puede ser considerado como “no sujeto a fiscalización” pues su labor es claramente fiscalizable debido al uso de nuevas tecnologías (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, donde el celular, GPS y otras tecnologías relativizan su validez. Analizaremos estos temas en las conclusiones.

b. Casación Laboral N° 5144-2015-CAJAMARCA (16/12/2015)

El presente caso se trata del señor Jesús Salvador Vigo Silva, quien se desempeñaba como Analista A en la empresa Banco Agropecuario - Agrobanco. Según su empleador, el actor se desempeñaba como Analista de la Oficina Regional de Cajamarca y realizaba una labor de campo, toda vez que tenía que movilizarse constantemente fuera de la oficina, efectuando supervisiones, visitas de inspección, etc. En primera instancia se declaró infundada la pretensión de horas extras, y en segunda, revocó dicha pretensión y declaró fundado el pago de horas extras.

Frente a ello, Agrobanco presenta recurso de casación, siendo declarada procedente la causal de inaplicación del artículo 5 de la LJTS y del artículo 10 del RLJTS. La Corte Suprema declaró fundado el recurso, bajo los siguientes argumentos:

“Noveno: El actor ha señalado en su escrito de demanda que ingresó a laborar en la institución demandada, finalizando su vínculo laboral en calidad de Analista A, hecho que también se desprende de su declaración de parte efectuada en la Audiencia Única de fecha treinta de abril de dos mil ocho, parte pertinente que corre en fojas ciento setenta y ocho. El cargo que ejerció por las características de las funciones a desarrollar y que consistían en el otorgamiento de créditos ganaderos, por su propia naturaleza implica, supervisiones, así como visitas de inspección, es decir, una labor de campo que supone que el actor no laboraba en las oficinas de la institución demandada sujeto a una jornada laboral.

De acuerdo a la Circular N° 001-08 de fecha dos de octubre de dos mil seis (...) no tachado por el actor, los trabajadores de la institución demandada que se desempeñen como Analistas y Auxiliares de la Oficina Regionales, son considerados personal no sujeto a fiscalización (...)

De acuerdo con la Corte Suprema, todo aquel que tenga que laborar fuera de las instalaciones de la empresa, está exceptuado de un horario y por lo tanto de las horas extras. Es curioso que el sustento se basa en un trabajo de campo y en una circular o documento interno. No es extraño este criterio, pues como lo hemos analizado en la definición, la misma es flexible y permite que sea el propio empleador quien determine las características de la prestación, y, por lo tanto, su excepción a una jornada. Se debe tomar en cuenta que no se trata de vendedores, sino de aquellos que evalúan el otorgamiento del crédito y que sus labores también las prestan en las oficinas. Ahora, la pregunta es ¿Cuál es el límite? ¿Quién define ese límite? Lo analizaremos finalmente en las conclusiones.

c. Resolución N° 435-2008-LIMA (Toyama Miyagusuku, 2009, p.121)

La presente inspección versa sobre una multa a una empresa que había exceptuado de la jornada a un cobrador – tramitador. Al respecto, la Dirección de Inspección señaló lo siguiente:

“(...) advirtiéndose que la función asignada al apelante corresponde a esta última definición, pues tal como lo ha reconocido con las hojas de ruta adjuntas a su recurso y conforme a los contratos de trabajo obrantes en el expediente, su labor de cobrador – tramitador, era ejecutada fuera del centro de trabajo, siendo irrelevante los retornos a la empresa pues obedecían a las coordinaciones que está facultado el empleador con trabajadores de dicha naturaleza.”

Si bien en este caso la prestación la realiza principalmente fuera de las instalaciones de la empresa, es interesante analizar los retornos en los casos de los trabajadores no sujetos a fiscalización, es decir la empresa – al margen de que la prestación se realice fuera- requiere mantener una sujeción y control de la prestación. La flexibilidad de la definición permite que elementos importantes como la necesidad de partir y retornar ya no sean situaciones que determinen su inclusión a la jornada laboral. Sobre este tema trataremos en las conclusiones.

2.5.4 TRABAJADORES INTERMITENTES CON LAPSOS DE INACTIVIDAD. –

2.5.4.1.1 ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA EXCEPCIÓN

Al respecto, Elmer Arce (2008, p.443) opina que esta figura adolece de inconstitucionalidad pues esta excepción no está establecida en la norma constitucional. Siguiendo el argumento del autor, esta figura adolecería de inconstitucionalidad a diferencia del personal de dirección, y en cierto aspecto, del trabajador no sujeto a fiscalización de confianza, excepciones que están recogidas en el Convenio N° 1 de la OIT.

El autor señala además que esta categoría está relacionada a los vigilantes, porteros, cuidado de personas mayores, etc., los cuales – según su opinión – no tendrían protección pues no tienen ningún tope máximo de prestación, no justificando el hecho que tengan lapsos de inactividad.

Por el contrario, Renato Mejía (2012) - utilizando el convenio de la OIT y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución - considera que es constitucional esta exclusión debido a que señala “(...) *los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú dan contenido a los mismos derechos reconocidos por la Constitución*” (p.316). Al respecto, el artículo 6 del convenio N° 1 de la OIT (1919b), señala: “(...) *La autoridad pública determinará, por medio de reglamentos de industrias o profesiones: (a) las excepciones permanentes que puedan admitirse para los trabajos preparatorios o complementarios que deben ejecutarse necesariamente fuera del límite asignado al trabajo general del establecimiento, o para ciertas clases de personas cuyo trabajo sea especialmente intermitente*”.

Como ya lo hemos señalado, las excepciones planteadas en el convenio N° 1 no pueden utilizarse para interpretar la norma constitucional, pues no son compatibles y podría incluso entenderse como conflictiva (Neves Mujica, 1999, p.197), toda vez que dicho convenio limita el derecho constitucional al incluir supuestos de excepción.

Sin perjuicio de ello, es importante la lectura de los convenios de la OIT – incluso los que no han sido ratificados por el Perú – en razón a que representan un acuerdo global para regular la jornada laboral y adaptarlo a todas las circunstancias posible. Así, vemos que existen excepciones de acuerdo con la imposibilidad del control o su finalidad dado el carácter del trabajador, es decir como los trabajadores de dirección (concepto específico en relación con lo que representa al empleador). En cuanto al personal que realiza labores intermitentes durante el día, la justificación se vuelve más compleja y podría amparar supuestos que limiten el derecho de la jornada. Será importante entender el concepto para poder verificar la validez de la excepción en el Perú.

2.5.4.1.2 DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONAL INTERMITENTE Y VALIDEZ DE LA EXCEPCIÓN. -

De acuerdo con el artículo 10 del RLJTS (Decreto Supremo 008-2002-TR), se 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*”. La definición otorgada por la norma tiene las siguientes componentes:

- La norma cita una serie de actividades como la espera, vigilancia o custodia. Desde esta perspectiva, podría alegarse que estas son las únicas actividades que comprenden.
- Tiene un elemento de regularidad, es decir que sus servicios intermitentes no son ocasionales o esporádicos, sino que generalmente tienen estos componentes de espera.

- La calificación se realiza por las funciones y no por el cargo. Por ejemplo, un trabajador de vigilancia podría estar sujeto al horario, o podría encajar en un supuesto de personal intermitente (Toyama Miyagusuku, 2009, p.333)⁶⁸.
- Existen servicios efectivos y lapsos de inactividad, que se alternan, sin posibilidad de controlarlos o delimitarlos.

Partiendo de la definición, el elemento principal del concepto resulta los “lapsos de inactividad”, lo cual es regular en su prestación, no se puede controlar y se alternan con la prestación de servicios efectivos. Pero la pregunta es ¿a qué se refieren con estas pausas o interrupciones? ¿Qué elemento debe tener la interrupción para exceptuar a dicho trabajador de la jornada laboral?

Debemos pronunciarnos respecto a las “interrupciones” en relación con la definición del tiempo de trabajo. Como lo hemos precisado en el Primer Capítulo, la jornada de trabajo se define como el tiempo donde se cede la fuerza de trabajo a favor del empleador (jornada nominal distinta a la efectiva), tiempo que incluye servicios efectivos, pausas, la inacción e incluso interrupciones, pero que se engloban en el tiempo de trabajo por estar sujetos a la posibilidad de un mandato del empleador (se excluye el riesgo de la actividad – que constituyen las pausas o interrupciones - pues esta la asume el empleador).

Al respecto, De Manuele (2013) nos comenta lo siguiente “(...) *La idea de estar a disposición significa, principalmente, que las pausas o intermitencias impuestas por razones tecnológicas cuentan como tiempo de trabajo. Lo mismo ocurre con las interrupciones de la actividad en el establecimiento debidas a una fuerza mayor que no es imputable a ninguna de las partes (cortes de luz, caídas del sistema informativo, etc.)*” (p.106). Por consiguiente, dentro de la jornada de trabajo se incluyen lapsos de inactividad o pausas que se generan, pues el trabajador está sujeto – en un tiempo determinado - a la posibilidad de que el empleador requiera de sus servicios⁶⁹.

⁶⁸ Al respecto, el autor señala que no basta el desempeño de un cargo para excluirse de la jornada máxima dado que es necesario que se presten, en la práctica servicios intermitentes.

⁶⁹ Lo contrario sería entender que estamos ante una jornada efectiva (entendemos que este es el punto que genera confusión en esta definición), pues las pausas – donde no hay prestación – no forman parte de la jornada de trabajo.

Ahora bien, consideramos que el artículo comentado hace referencia a los “lapsos de inactividad” entendido como interrupciones en beneficio del propio trabajador, donde 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 cuando se llevan a cabo las pausas. De Manuele (2013) 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 (...)*” (p.106).

Por tanto, la definición legal debe ser entendida de forma restrictiva, es decir un trabajador intermitente es aquel que regularmente tiene lapsos de inactividad y servicios efectivos, donde en las pausas o interrupciones puede disponer libremente de dicho tiempo sin estar condicionado a las órdenes del empleador. Consideramos que existe una falta de precisión conceptual, que lo que finalmente hace es que se utilice indiscriminadamente esta figura, situación que vamos a analizar en las conclusiones del presente trabajo.

Respecto a la definición de lapsos de inactividad, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral (mayo 2012) ha llegado a la conclusión 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”. (El énfasis es nuestro)

Un elemento interesante que establece el Primer Pleno es que define al personal que realiza actividades intermitentes como aquellos que realizan un menor “esfuerzo” o “intensidad” durante la jornada, lo cual difiere a 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.

Es por ello, que, bajo esta definición, no interesa si el trabajador realiza actos administrativos durante las pausas, o si pertenece en el centro de trabajo o bajo disposición del empleador, en todos estos casos, estaría excluido de la jornada por esta supuesta “desvalorización” de la prestación. Consideramos que esta interpretación no tiene un sustento válido y estaría afectando el principio constitucional de la jornada laboral y generando, a la larga, una renuncia a este derecho constitucional. Veremos más adelante que este criterio se ha venido utilizando en el Poder Judicial, lo que ha generado que se flexibilice este concepto para desmejorar los derechos laborales.

2.5.4.1.3 ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES. –

Resulta importante analizar la jurisprudencia en relación con la definición del personal intermitente con lapsos de inactividad y si su interpretación ha sido flexible o restrictiva, de cara al derecho constitucional de la jornada laboral.

a. Expediente N° 843-2014

El presente caso versa de un conductor de turismo que reclama el reintegro de beneficios laborales y horas extras. Al respecto, la sentencia de primera instancia declara infundada la pretensión de horas extras, fundamentando su decisión en lo siguiente:

“(...) 10.3.- (...) conforme a la cláusula quinta de los contratos de trabajo se ha establecido el horario de trabajo de acuerdo a las instrucciones del jefe y basándose al cronograma de llegadas de los pasajeros (...) no se estableció una jornada fija por la naturaleza de la labor prestada que fue la de conductor de vehículo de turismo; lo que significa que su labor era intermitente es decir se encontraba a la espera de pasajeros para efectuar su labor, que lo podía hacer a cualquier hora del día (mañana, tarde o noche y cualquier día de la semana (...))”

El presente caso concluyó con la sentencia de primera instancia debido a que no fue concedida la apelación planteada por el actor. Así, el juzgado de primera instancia considera que toda espera o falta de determinación del momento del inicio de la prestación implica que se deba exonerar de la jornada de trabajo.

b. Casación Laboral N° 2525-2011-LIMA (28/02/2014)

El proceso versa sobre una demanda por reintegro de beneficios laborales interpuesta por Juan Bautista Quispe Sayán contra EsSalud, en la cual solicita el pago de horas extras al haber realizado jornadas mayores a 8 horas diarias como chofer de ambulancia (turnos de 12 horas), teniendo como funciones además la de conservar y mantener el vehículo, informar sobre siniestros, llenar el registro de control vehicular, etc. En primera instancia se declara fundada la demanda y la segunda la confirma, señalando la Primera Sala Transitoria Laboral, lo siguiente:

“(…) el demandante no goza de los lapsos de inactividad que exige dicha normatividad para considerar que sus servicios eran intermitentes de espera, ya que dentro de las doce horas de trabajo a excepción del refrigerio, no gozaba de la facultad de disponer de modo libre y voluntario de aquellos periodos de inactividad, razón por la cual el haber estado sus servicios a disposición de ESSALUD, los posibles lapsos en que no habría realizado el traslado de algún paciente en la ambulancia que conducía, deben ser asumidos por ESSALUD mas no por el demandante.”

EsSalud interpone recurso de casación, entre otras razones por interpretación errónea del artículo 8 del Decreto Supremo N° 008-97-TR (10/10/1997), denuncia que es declarada procedente. Al respecto, la Corte Suprema revoca las sentencias de primera y segunda instancia, y declara infundada la demanda, por considerar 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 N° 67, respecto a las horas de trabajo y descanso en el transporte de carretera, y en el Convenio N° 153, sobre duración del trabajo y periodos de descanso en los transportes por carretera.”

Como lo hemos anotado en este proceso, la Sala Laboral recogió la tesis de que el lapso de inactividad corresponde a las pausas voluntarias y en libertad; sin embargo, la Corte Suprema introdujo una posición distinta, es decir que, en este tipo de labores, la intensidad es menor que en otros servicios, es decir al no existir un trabajo activo permanente, se permite la exclusión de la jornada. Consideramos que esta última tesis responde a un criterio de flexibilización de esta figura, pues no importa que el trabajador este 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).

c. Casación Laboral N° 4503-2012-LA LIBERTAD (13/05/2013)

El presente caso versa sobre una demanda interpuesta por el señor Wilfredo Hipólito Bejarano Ríos, quien era vigilante en una empresa de seguridad. El demandante reclama el pago de horas extras y otros conceptos. En segunda instancia se confirma la sentencia que declara fundada la pretensión de pago de horas extras. Frente a ello, la empresa demandada presenta recurso de casación, el cual es declarado infundado. Al respecto, la Corte Suprema señala lo siguiente:

“(...) CUARTO: (...) se entiende que la norma no descarta la posibilidad de que existan vigilantes o custodios que desempeñan labores que demandan de una permanente atención y cuidado, y por ello únicamente exceptúa de la jornada máxima a aquellos vigilantes en cuya ejecución del servicio existen algunas etapas de pausa o inacción y no a todo trabajador que realiza labor de vigilancia. (...) esta no fue una jornada intermitente sino de permanente atención y estado de alerta.”

Al respecto, la Corte Suprema considera que el trabajador si se encontraba sujeto a la jornada laboral debido a que sus servicios eran permanentes y activos, es decir había un estado de prestación constante y no se producían pausas o interrupciones. Adicionalmente

en el fallo, se determinó que el empleador otorgaba un beneficio variable denominado “movilidad” el cual reemplazaba las horas extras generadas. Ello es una realidad que sucede en la práctica, pues muchas veces el empleador – de forma fraudulenta – otorga beneficios para reemplazar a las horas extras generadas.

d. Casación Laboral N° 9850-2014-LA LIBERTAD (01/09/2016)

El presente caso versa sobre una demanda interpuesta por Juan José Leyva Miranda contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC), en la cual reclama horas extras. Refiere el actor que era un conductor de camioneta que trasladaba a ingenieros hasta la ciudad de Huarmey o la sierra, con un horario entre 7 u 8 am hasta las 6pm. En primera instancia se declara fundada la demanda, bajo los siguientes argumentos:

“(...) según los memorándums de páginas doce a diecinueve, se verifica que la prestación de servicios del demandante consistía en el traslado del personal (ingenieros) de la emplazada de un tramo a otro, lo que ha quedado corroborado con lo manifestado por el actor que su hora de ingreso era a las siete u ocho y treinta y de la mañana hasta las seis de la tarde con una hora de refrigerio, horario de trabajo que dependiendo de las órdenes de la emplazada había días que tenía que viajar a las cinco de la tarde a la sierra o a la ciudad de Huarmey, además la demandada no ha cumplido con la exhibición del cuaderno de vigilancia en donde se anotaba la salida y la entrada de los vehículos que conducía el demandante, exhibicional que al no haber sido satisfecha por la demandada (...)”

Así, en primera instancia se declara fundada la pretensión de horas extras, por el hecho de no haber exhibido un libro de viajes, validándose lo manifestado por el trabajador respecto a su jornada. Frente a ello, el MTC presentó recurso de casación, denunciando la inaplicación del artículo 9 de la LJTS (Decreto Supremo N° 007-2002-TR) y del artículo 22 del RLJTS (Decreto Supremo No. 008-2002-TR), pues alega que el demandante no habría probado la generación de horas extras. La Corte Suprema, al referirse a la LJTS y su reglamento, señala lo siguiente:

“Décimo Quinto (...) el sustento para excluir de la jornada máxima de trabajo a los trabajadores que prestan servicios de espera, radica en que sus labores se desarrollan de manera alternada con lapsos de inactividad, en los que no se realiza un trabajo efectivo 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 que hacer económico y social. Criterio que concuerda con lo señalado en el Pleno Supremo Laboral llevado a cabo en el año dos mil doce; lo que no obsta para que se acredite, en caso contrario, respecto a la real naturaleza de los servicios prestados por el trabajador, corresponderá a esta parte demostrar lo contrario.”

Más adelante la Corte Suprema, en relación con la obligación de acreditar las horas extras por parte del trabajador, señala lo siguiente:

“Décimo Sexto (...) el demandante fue contratado para brindar el servicio de chofer de camioneta (...) empero no ha aportado pruebas suficientes para acreditar que las labores prestadas sido por más de doce horas dianas, conforme lo denuncia en su demanda, (...); situación distinta se verifica por ejemplo en el memorándum N° 237-2010-MTC/20.UZLL de fecha quince de diciembre de dos mil diez (fojas 15), en el que aparece que el demandante en la citada fecha, prestaría servicios de conducción a horas cinco y treinta de la tarde; empero la citada instrumental no constituye prueba suficiente para amparar el pago de horas extras por todo el récord laboral del actor, conforme han concluido las instancias de mérito; siendo que la carga de la prueba recaerá en quien alega labores jornadas extraordinarias (en este caso al trabajador), pues el hecho alegado no es que ordinariamente sucede en la relación laboral; así lo ha establecido la Corte Suprema en la Casación N° 2149-2003-Ancash, cuando señala: “(...) la determinación de la prestación efectiva de labor fuera de la jornada diaria, pasa por la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios, actividad procesal que efectúa el juzgador de instancia, donde la carga de la prueba por el carácter extraordinario de la pretensión corresponde al trabajador”; situación que no se ha presentado en el presente caso.”

Como observamos en el razonamiento de la Corte Suprema, en la causal denunciada se mezclan dos supuestos claramente distintos entre sí, el primero respecto a la carga probatoria de la generación de horas extras y la excepción de la jornada legal. Así, se alega que el actor no ha probado que haya prestado servicios fuera de su jornada ordinaria, es decir si estaba sujeto a la jornada, pero no ha probado las horas extras. Consideramos que la Corte Suprema tuvo la oportunidad de analizar un tema previo, es decir si estaba exceptuado – o no – de la jornada laboral. Luego de ello, se analizará la generación y prueba de las horas extras, situación – que como ya estudiamos en los puntos precedentes – ponen en desventaja al trabajador pues no cuenta con las pruebas suficientes para poder determinar la prestación efectiva. Esta situación será analizada en las conclusiones.

e. Casación Laboral N° 3780-2014-LA LIBERTAD (06/07/2016)⁷⁰

El presente caso versa sobre una demanda interpuesta por el señor Hermes Arteaga Veliz, quien era un conductor profesional especializado – chofer interprovincial. El actor reclama el reintegro de beneficios laborales y horas extras. En primera instancia se declara fundada en parte la demanda y en segunda se confirmó la misma, señalando la Primera Sala Especializada en lo Laboral de La Libertad lo siguiente:

“(…) se ha demostrado la existencia de horas de trabajo laboradas por encima del límite de doce horas diarias correspondientes a un trabajador como el demandante, y que si bien no existe norma que establezca en doce horas diarias el límite máximo de la jornada de los trabajadores con labores intermitentes, dicho límite viene impuesto por el principio de razonabilidad que impiden jornadas extenuantes que contravengan el Derecho al Trabajo, concluyendo que se le debe reconocer al actor entre otras pretensiones el pago de horas extras.”

Frente a ello, la demandada presenta recurso de casación por interpretación errónea del artículo 5 de la LJTS (Decreto Supremo 007-2002-TR), siendo declarado procedente y fundado el recurso de casación. El argumento es similar a la Casación Laboral N° 2525-2011-LIMA (28/02/2014), es decir que es un trabajador intermitente con lapsos de inactividad. Ahora bien, lo que resulta interesante es el voto en discordia del magistrado Arias Lazarte en la Casación Laboral N° 3780-2014-LA LIBERTAD (06/07/2016), el cual señala lo siguiente:

“QUINTO (..) la actividad de conducción de vehículos interprovinciales no puede ser considerada actividad intermitente, ya que la actividad relativa al transporte masivo de pasajeros interprovinciales es permanente y no es discontinua. En adición a ello, la exclusión señalada en la norma en comento no se configuraría si la actividad laboral desplegada integralmente considerada supera las ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales establecidas como jornadas máximas de trabajo por el artículo 25° de la Constitución Política del Perú, tal como ocurre en el presente caso.”

El referido voto analiza la actividad de transporte masivo interprovincial, señalando que el servicio es permanente y no existen lapsos de inactividad. Más adelante, el magistrado

⁷⁰ Otro caso similar se presenta en la Casación Laboral N° 13294-2015-LA LIBERTAD, donde incluso el magistrado Arias Lazarte emite un voto en discordia similar al comentado.

analiza el alcance del convenio N° 67 de la OIT⁷¹ - convenio que había sido ratificado por el Perú - aplicable a personal dedicados al transporte de mercancías o personas, al respecto señala que existe el concepto en el convenio de “periodo de circulación” donde se excluye el tiempo de interrupción de la circulación, siempre que el conductor disponga libremente de su tiempo, pues toda pausa, trabajo auxiliares, periodos de simple presencia y similares si van a formar parte de la jornada. Así, el magistrado concluye: “(...) *el tiempo de descanso de los choferes a quienes se aplica el convenio no es tiempo de conducción, pero tampoco es tiempo libre o de refrigerio pues el chofer no puede disponer libremente de su tiempo, sino que se encuentra en el vehículo de su empleador. Esto es se encuentra en el centro de trabajo a disposición de su empleador. Si bien podría dormir es porque es muy difícil hacer otra cosa, más aún cuando en algunos casos su puesta a disposición implica casi un día entero.*”

A criterio del magistrado, el tiempo interrumpido de la labor del conductor cuando por ejemplo cambia de turno, no puede ser considerado como tiempo de refrigerio pues estaríamos dentro del concepto de jornada como trabajo efectivo (cuando en el Perú nos encontramos en la definición de jornada nominal o puesta a disposición). De esta forma concluye señalando: “(...) *los descansos que la demandada califica indebidamente como refrigerio no permite el derecho al disfrute del tiempo libre del trabajador (...) si bien tiene prohibido conducir no puede realizar otras labores (...)*”

f. Casación Laboral N° 11330-2015-LAMBAYEQUE (05/07/2017)

El presente caso versa sobre el señor Alfredo Sanjinés Castillo quien era un vigilante del Poder Judicial, teniendo como funciones el verificar el ingreso y salida del personal, plasmaba los cargos, compartiendo estas labores con otros trabajadores. El actor reclama el bono jurisdiccional, horas extras, domingos y feriados, entre otros beneficios. En primera instancia se declara fundada la pretensión de horas extras señalando “(...) *no todos los trabajadores que prestan servicios de vigilancia o custodia se encuentran excluidos de la jornada máxima (...) el pago de jornada en sobretiempo corresponde a los trabajadores que prestan servicios en constante atención, cuidado y alerta, requisitos que se han dado en la labor prestada (...)*”. En segunda instancia se confirmó la sentencia recurrida.

⁷¹ Hemos precisado que este convenio ha sido eliminado en el año 2017 y no tiene efectos para las partes que lo suscribieron.

Frente a ello, el Poder Judicial interpone recurso de casación por infracción normativa del artículo 5 de la LJTS (Decreto Supremo 007-2002-TR), declarando fundado el recurso y, por consiguiente, revocaron el extremo de la pretensión de horas extras, declarando infundada dicha pretensión. Al respecto la Corte Suprema señala que la labor del actor como vigilante tendría lapsos de inactividad, por lo que es correcto excluirlo de la jornada laboral. Así, se sustenta en una supuesta vigilancia superior, tal como se precisa a continuación:

“(…) Decimo: (...) a la prestación de las labores de vigilancia sin lapsos de inactividad, la doctrina ha optado por denominarla vigilancia superior y se basa en el hecho de que, en la realidad, existen algunos trabajadores vigilantes que para el cabal cumplimiento de sus obligaciones laborales (resguardo y seguridad), necesariamente, se encuentran en un constante y continuado estado de alerta atención permanente, merced, entre otros factores, a la envergadura, dimensiones y ubicación geográfica del negocio custodiado, así como a su movimiento comercial, su importancia y posicionamiento empresarial o funcional, la fluctuación de personas, vehículos y bienes que ingresan y salen de la entidad resguardada y en general a todo hecho que aumenta el riesgo de sustracción, pérdida, manipulación de los bienes que se encuentran en el ámbito protegido por el custodio o vigilante.”

La Corte Suprema considera que existe tipos de vigilancia o custodia. Un tipo es la denominada “vigilancia superior”, es decir el personal que no tiene lapsos de inactividad pues su prestación es continua por las características de su labor (es decir requiere de un mayor esfuerzo, por lo que no están exceptuados de la jornada laboral). En contraposición, existiría la denominada “vigilancia inferior”, quienes, si tienen lapsos de inactividad, por la menor intensidad en sus servicios. Consideramos que nuevamente la Corte Suprema intenta clasificar las funciones de acuerdo con un elemento subjetivo, es decir la intensidad de la labor, lo cual es subjetivo y afecta la finalidad de la jornada, es decir brindar un tiempo razonable para el desarrollo de la persona (en libertad). Pareciera que en el criterio de la Corte Suprema existiría un trabajador de segunda clase, que por estar a disposición del empleador merece menos su tiempo de trabajo. Finalmente, la Corte Suprema concluye señalando lo siguiente:

“Décimo Primero: En el caso de autos debe considerarse que las copias de las hojas de los Cuadernos de Ocurrencias (...) se aprecia que las labores realizadas por el demandante se limitaban a verificar el ingreso y

salida de personas, así como a plasmar los cargos, eventuales rondas, labores que además eran compartidas por varios trabajadores que han cumplido la misma función, lo que implica una dispersión o distribución del trabajo y de la responsabilidad, por lo cual, se determina que las labores descritas han tenido periodos de intermitencia y características propias de una actividad complementaria al servicio de la impartición de justicia con un bajo grado de complejidad y que, en definitiva incorpora a su estructura periodos de inactividad o de espera asumiendo una mayor exigencia en las horas de atención al público, lo que determina la exclusión de la jornada máxima (...)”

Se deberá recordar que la sentencia de primera instancia consideró que las funciones del vigilante correspondían a labores constantes y sin lapsos de inactividad; sin embargo, para la Corte Suprema, las mismas funciones, son consideradas con lapsos de inactividad (vigilancia inferior). Esta disparidad en la lectura del caso concreto nace en la definición misma de lo que significa una interrupción o pausa, y cuando se considera parte de la jornada. La lectura de la Corte Suprema es si su actividad es intensa como vigilante, estas dentro de la jornada laboral, y si no, se exceptúa de los límites y la protección. Nos preguntamos, ¿cuál es el límite para considerar intensa a una actividad? ¿Acaso el vigilante no se encuentra a disposición del empleador y a sus órdenes?

Rechazamos la interpretación de la Corte Suprema pues la consideramos subjetiva y es la razón para excluir a ciertas actividades de la jornada de trabajo. No consideramos relevante la intensidad sino la libertad y voluntad del trabajador para poder disfrutar su descanso. Así, somos de la opinión que se debe definir un criterio de acuerdo con la norma constitucional y supraconstitucional, lo cual plantearemos en las conclusiones.

CAPITULO III: LIMITES A LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA LABORAL Y
ALTERNATIVAS



3 LIMITES A LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA LABORAL

3.1 EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN.

En el primer capítulo hemos analizado el tiempo de trabajo, su importancia, efectos en la persona y en la sociedad, para luego transitar por la definición, regulación nacional, regional e internacional. De ello hemos concluido que resulta indispensable regular el tiempo de trabajo a efectos que el trabajador pueda desarrollarse como persona, se garantice la salud y seguridad en el trabajo y el Estado pueda fomentar la distribución del empleo.

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías y la sociedad del conocimiento, el tiempo ha vuelto a tomar un lugar preponderante en las relaciones laborales; sin embargo, en el Perú las normas no han evolucionado en ese sentido, por el contrario, han permitido excepciones indiscriminadas a la jornada y la desprotección de un determinado número de trabajadores. Es así como en el segundo capítulo hemos analizado el régimen de excepción a la jornada laboral, su validez en relación con la norma constitucional y supraconstitucional, así como la definición de cada una de las categorías exceptuadas (delimitando el ámbito del presente trabajo).

Por otro lado, hemos revisado algunos pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos, para ver el estado e interpretación de estas excepciones, concluyendo que dichas interpretaciones, en vez de limitar los supuestos de excepción, han permitido incorporar diversos tipos de trabajadores, flexibilizando de esta forma la jornada laboral.

Producto del análisis precedente, hemos verificado que existen algunas imprecisiones en la definición de cada una de estas categorías, lo que finalmente hace que sea flexible su aplicación, generando la desprotección del trabajador en relación con el tiempo de trabajo. Ahora nos toca aterrizar el análisis desde el punto de vista de nuestra normatividad laboral peruana, ver el estado actual de las excepciones, plantear límites y alternativas para evitar que una desregulación excesiva pueda vaciar de contenido el derecho constitucional.

3.2 POSICIONES FRENTE A LA POSIBILIDAD DE LIMITAR LAS EXCEPCIONES A LA JORNADA.

Ahora bien, frente al análisis efectuado en los capítulos precedentes, existe un sector de la doctrina que no emite ningún tipo de observación respecto a la validez de las excepciones o las considera legales, es más incluso en el proyecto de la Ley General de Trabajo se mantiene la misma clasificación sin ninguna limitación o precisión (hasta podríamos decir que se agrava al incorporar a los trabajadores de confianza, como lo veremos más adelante).

El argumento principal es que modificar, precisar y/o limitar las excepciones existentes generan mayores costos al empleador, pues debe controlar a un número de trabajadores que antes estaban exceptuados de dicha obligación y, consecuentemente, debe asumir el pago del sobretiempo correspondiente, si laboran fuera de la jornada ordinaria. Este argumento tiene por finalidad reducir la intervención del empleador en su actividad pues ello genera un mayor costo administrativo y económico. Consideramos que es el empleador quien tiene la facultad de dirigir y controlar la prestación, obteniendo un beneficio de esta facultad, por lo que debe asumir el riesgo en el ejercicio de este poder. El empleador debe controlar el tiempo de trabajo, no solo porque percibe un beneficio del control de la prestación sino porque es garante del derecho constitucional a la jornada de trabajo.

Por otro lado, también se sustenta que la excepción implica un perjuicio para el empleador, quien renuncia a la posibilidad de controlar la prestación de forma directa mediante la fiscalización del ingreso y salida del trabajador a su centro de trabajo, otorgándole mayor libertad para que pueda disponer de su tiempo durante su prestación (es decir no va a poder sancionarlo por las tardanzas, descontarle si llega tarde, requerirle que preste servicio en un horario determinado, etc.). Es cierto, la excepción a la jornada de trabajo también implica una cesión de libertad a favor del trabajador, pero esta situación no nace del carácter dispositivo del empleador o del trabajador sino de la naturaleza de la función del puesto que ocupa el trabajador.

Un argumento para exceptuar a trabajadores de la jornada máxima es reducir la intervención en el control de asistencia pues, en cierto tipo de actividades, no se podría

implementar un sistema adecuado o que se pueda manipular en perjuicio del empleador. Es decir, si los trabajadores controlan su asistencia y son ellos mismos quienes deben regular su tiempo, esta situación podría llevar a la manipulación parcializada a favor de estos (o a un grupo de estos), consignando tiempos que no corresponden a la realidad. Al respecto, consideramos que no es válido este argumento (para tratar de mantener el *statu quo*) pues igual el empleador podría alegar que los trabajadores pueden aprovecharse de los ingresos de su actividad, oponiendo a esta posibilidad un sistema de control y auditorías⁷², sobre todo considerando que la propia norma otorga la posibilidad de la sanción y dirección de la prestación (artículo 9 de la LPCL).

Otro argumento – muy utilizado – es que, si se limitan las excepciones a la jornada, el empleador va a optar por la informalidad como consecuencia de una reglamentación excesiva (perdiendo algún tipo de ventaja en la legalidad) pues se va a preferir no tener ningún tipo de control de la prestación y así puede aprovechar reducir los costos laborales y de la seguridad social. Cabe precisar que la informalidad es entendida como “(...) *el conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales y normativos que rigen la actividad económica. Por lo tanto, pertenecer al sector informal supone estar al margen de las cargas tributarias y normas legales, pero también implica no contar con la protección y los servicios que el estado puede ofrecer.*” (Norman Loayza, p.44) Así, el empleador en la informalidad no tendría que controlar el tiempo de servicios ni asumir ninguna sobre tasa pues no está dentro del ámbito legal; sin embargo, entendemos que esta decisión no pasa necesariamente por la limitación de las excepciones sino a otros factores como la posibilidad que tiene la persona en mantenerse en dicho sistema, con los costos, ahorros y posibilidades, en tanto el Estado no genere control o no exista mecanismos que incentiven a las personas a estar en la formalidad (p. 50)⁷³. No se puede buscar la precarización del empleo formal para incorporar a los informales al mercado, pues ello nunca ha generado más empleo formal.

⁷² Antes del análisis del argumento, consideramos importante resaltar que se puede voltear y señalar que si lo controla el empleador podría consignar información en perjuicio del trabajador. Es por ello por lo que el sistema de control de asistencia se sustenta en el registro voluntario y personal del trabajador, debiendo el empleador garantizar la veracidad de la información.

⁷³ El autor señala – entre otros aspectos – que se tiende a la informalidad cuando la presencia y control del estado son débiles.

Es cierto que el empleador - con la incorporación de personal fiscalizable - deberá asumir un rol de mayor fiscalización, pero ello también lo realiza en otras áreas de su actividad (como control de su caja, finanzas, proveedores, etc.), por lo que renunciar a este control no puede interpretarse en desmedro de los derechos de los trabajadores, sobre todo lo que se quiere proteger tiene un alcance constitucional. Los costos que se generan en el caso que el trabajador pierda su tiempo de descanso – a la larga – para el Estado y la sociedad, son mayores a establecer mecanismos de control de asistencia y mayores fiscalizaciones⁷⁴. La intervención y control de la autoridad genera una conciencia de obligación, restando el argumento que la empresa pueda calcular el costo del incumplimiento pues es fácil para el empleador solo pagar una multa o afrontar los costos y costas del proceso frente a un mínimo de posibles demandas judiciales.

En este punto el empleador podría alegar una afectación constitucional a la libertad de empresa, quien tiene ciertas facultades para regular su ámbito de prestación, obligando a registrar a un tipo de trabajadores que por naturaleza – de acuerdo con su criterio – están exceptuados de la jornada de trabajo, sobre todo cuando existe el convenio de la OIT que permite – en cierto sentido – su excepción. Recordemos que en la interpretación del Convenio N° 1 de la OIT (1919b), las situaciones de excepción se sustentan en la necesidad de adaptar dicha norma internacional a las diversas realidades normativas e incentivar un estándar de protección. Han pasado casi 100 años y en el siglo XXI, no se puede justificar la desprotección de este número de trabajadores en base a ese Convenio. Recordemos que la aplicación del Convenio no puede ser en desmedro y afectación de un derecho constitucional.

Por otro lado, nos encontramos con la protección del derecho constitucional a la jornada de trabajo y a los derechos a la vida y desarrollo personal, los cuales otorgan pleno sustento al desarrollo del derecho al ocio. En este punto debemos preguntarnos ¿Por qué debemos controlar el tiempo de trabajo? ¿no sería mejor que las partes lo de común acuerdo, dejando en libertad la propia disposición de este derecho constitucional? Consideramos que el control del tiempo de trabajo es un límite natural a los efectos del poder de dirección, el cual no se sustenta solo en la satisfacción de las partes, sino que es el Estado quien debe garantizar que este derecho no pierda sentido por la posibilidad de generar un intercambio

⁷⁴ El estudio determina que personal que realiza jornadas mayores a 50 horas semanales reducen su bienestar físico y mental, prefiriendo estas personas el aspecto económico sobre el desgaste físico y mental.

económico que simplemente compre el tiempo y genere el efecto perverso de un estado de sujeción rayando en la esclavitud (Arce, 2008, p.438)⁷⁵.

Por tanto, los cuestionamientos a la eliminación o limitación a las excepciones de la jornada laboral están referidos principalmente a la necesidad de control de las actividades del trabajador y a la dificultad que tendría el empleador en algunos supuestos; sin embargo, el avance de las tecnologías y la finalidad de la jornada laboral han reducido los argumentos opuestos a estos cambios normativos. Ahora nos toca analizar si la propuesta de limitar las excepciones radica en eliminar los supuestos (posición extrema) o limitar los supuestos de excepción (posición intermedia).

3.3 ¿SE DEBEN ELIMINAR LAS EXCEPCIONES O SE DEBE RESTRINGIR SU APLICACIÓN?

Hemos concluido a lo largo del presente trabajo la importancia de la jornada de trabajo. Ello nos ha llevado a analizar cada una de las categorías de trabajadores exceptuados, encontrando diversas incongruencias en la definición y excepción. Ahora nos toca analizar si las excepciones deben ser eliminadas o limitadas.

Respecto a la eliminación de las excepciones implicaría que estas categorías de trabajadores deberían estar sujetos a la jornada máxima y deberían registrar su asistencia. Consideramos que este supuesto no es posible, debido a que existen cierta categoría de trabajadores que podría tener un sustento para exceptuarlas de la jornada máxima legal, pero esta interpretación es realmente restrictiva y debe sustentarse en que existen trabajadores que representan o equivalen al empleador, teniendo una menor protección por su posición y su posibilidad de negociación (el derecho tuitivo se relativiza). Ahora bien, el problema es que su definición ha sido flexible, lo que ha generado que se relativice de tal forma que una cantidad importante de trabajadores pierden la posibilidad de limitar su tiempo de trabajo.

⁷⁵ Al respecto, el autor precisa lo siguiente: "(...) el legislador no cede la determinación total a la autonomía privada. Y no podía hacerlo, porque el riesgo de convalidar jornadas abusivas es muy alto (...) si bien deja libertad a las partes para que dispongan el tiempo de duración de una jornada de trabajo, lo hace dentro de los límites de un marco de referencia específico (jornada máxima)."

Así, consideramos que el problema no es que exista personal de dirección sino en la generalidad de esta definición. Es evidente que el personal de dirección es aquel que por su cercanía al empleador y a la posibilidad de ser confundido con éste, tiene ciertas prerrogativas y el sistema laboral se flexibiliza. El problema no es estar exceptuado sino como se interpreta su definición y desde la misma, a que trabajadores abarca. Hubiera sido importante que en los pronunciamientos de la AAT o del Poder Judicial se limite la definición para reducir el alcance de la excepción, pero como lo hemos comentado, el desarrollo en este aspecto ha sido contraproducente, ampliando la definición e incorporando a otras categorías de trabajadores (por ejemplo, personal que no ocupa la primera línea de decisión de la empresa). En las conclusiones limitaremos este alcance para no desvirtuar su aplicación.

Ahora bien, respecto al personal no sujeto a fiscalización, quizás el empleador alegue la imposibilidad real de controlar su tiempo pues su salida del centro le reduce la facultad de fiscalización. Lo cierto es que el hecho de no prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la empresa – por si solo - no lo debería excluir del control del tiempo, sobre todo al vendedor, mensajero, chofer, etc., quienes parten y concluyen su prestación en su centro de trabajo o tienen que asistir para poder brindar sus servicios. Aquí el sustento es que el empleador no puede controlar a dicho personal cuando sale de sus instalaciones; sin embargo, este argumento, a la vez de estar desfasado por las nuevas tecnologías (GPS, celular y otras formas de control) (Jorge Toyama y otros, 2014), representa una cosmovisión antigua del poder del empleador, donde el mismo debía estar presente (omnipresencia del empleador) en todas las actividades del trabajador para medir su productividad y obtener una mejor prestación. Consideramos que a este tipo de trabajadores – en tanto presten servicios en relación con el centro de trabajo - se puede medir su productividad y no a limitar la posibilidad de disfrutar de su tiempo de descanso.

Nos explicamos. Este personal puede regular sus ingresos en base a su productividad, con lo cual no es relevante (incluso pudiendo ir a fiscalizar su prestación durante su jornada, sobre todo cuando se asigna a zonas específicas), excluirlo del control de asistencia. Una excepción podría ser respeto a los vendedores que tienen libertad para decidir plenamente su prestación (principalmente a aquellos que laboran geográficamente fuera de las instalaciones del empleador, en provincias, por ejemplo, donde no hay en dicho lugar un

centro de trabajo o de operaciones donde reportar su prestación). Mas adelante analizaremos este supuesto.

La culpa del *status quo* en la flexibilidad no ha sido necesariamente la indebida utilización por parte del empleador (quien evidentemente la falta de precisión le es beneficiosa) sino del Estado de mantener congelados los cambios normativos en temas de tiempo de trabajo, no existir una política o una regulación adecuada y menos una proyección en el futuro inmediato, próximos a cumplir 100 años de la primera regulación general de la jornada en el Perú e incluso en los órganos internacionales (1919). De esta forma, el uso abusivo del tiempo – o su falta de control - ha generado la precariedad en el empleo, exponiendo a los trabajadores a jornadas excesivas, limitando su derecho de ocio y desmejorando su actividad por lapsos de menor valor. El poder judicial también ha colaborado con esta situación, al incorporar interpretaciones que relativizan los conceptos (principalmente vinculados al personal no sujeto a fiscalización e intermitente). El tiempo y su disponibilidad representan un valor que otorga libertad al trabajador, si se elimina, el trabajador habrá perdido una herramienta para poder limitar el valor de su trabajo y poder desarrollarse como persona.

Por lo señalado, consideramos que existen algunos supuestos de excepción – restrictivos y limitados – que podrían analizarse para poder delimitar las excepciones sin que este hecho restrinja el derecho a la jornada de trabajo o esté acorde con la protección constitucional. Lo contrario podría generar que respecto a ciertos trabajadores sea impracticable la limitación, sobre todo cuando existe consenso sobre dicha situación. Antes de analizar cada una de las excepciones aplicables en nuestra normatividad, consideramos relevante retornar en la definición de la jornada, la misma que nos va a ayudar a interpretar las excepciones y su validez.

3.4 ¿EXISTEN TRABAJADORES CUYO TIEMPO DE PRESTACIÓN NO PUEDE SER MEDIDO?

Sin dejar de lado los cuestionamientos a la actual definición de cada una de las categorías de trabajadores exceptuados de la jornada laboral, consideramos que podrían existir ciertos supuestos reales de excepción, restrictivos y excepcionales. Por ejemplo, el empleador – o quien actúe como tal – podrá exceptuarse debido a que dispone de la facultad de fiscalizar

y controlar, por lo que al no poder ser controlado no podría requerirse regir su prestación a un tiempo determinado. Hemos visto que el Derecho de Trabajo va flexibilizando su regulación en la medida que se vaya reduciendo la diferencia en el poder de negociación entre el empleador y el trabajador, lo que podría suceder con aquel tipo de personal que podría ser considerado como empleador.

Existe una categoría de trabajadores que – por la naturaleza de sus funciones – tienen cierta independencia en su prestación, controlan su tiempo de trabajo, pero están sujetos al poder del empleador, el cual requiere mantener dicha vinculación subordinada por temas de seguridad en la información, clientes, conocimientos, etc. Estos trabajadores pueden actuar en ámbitos de trabajo distintos al de su empleador, o su prestación la realizan fuera del ámbito físico del empleador, pudiendo acudir a las oficinas para ciertas coordinaciones, más no para mantener algún tipo de servicio en la misma ni permanecer bajo su control directo. Esta categoría de trabajadores posee libertad en su prestación, no dependen de su tiempo sino de los resultados que realicen y no requieren tener una presencia física inmediata para su contratación. En este punto, y en tanto a su libertad, podría alegarse un tipo de inactividad, aunque la categoría se subsume por la imposibilidad de controlar de forma efectiva su prestación, no por falta de control (u omisión) sino por una imposibilidad real.

Estos trabajadores podrían justificar la regulación de las excepciones, pero es claro que están alejados de los supuestos generales planteados en la actual normatividad. Negar la posibilidad de supuestos de excepción no solo niega una proporción importante de casos extremos y excepcionales, sino que además garantiza que la propuesta pueda ser discutida, frente a la inacción de todos los actores sociales.

3.5 LA DEFINICIÓN DE JORNADA DE TRABAJO EN EL PERÚ.

3.5.1 LA IMPORTANCIA DE ESTABLECER UNA DEFINICIÓN.

Previamente a las conclusiones sobre la validez y límites de las excepciones a la jornada laboral, debemos detenernos en el concepto mismo de la jornada en la normatividad laboral peruana. Como lo hemos analizado en el primer capítulo, no existe una definición y este

vacío – que se replica en múltiples aspectos vinculados no solo al tiempo de trabajo sino a la fiscalización y a los criterios jurisprudenciales – determina la flexibilidad de esta materia.

Así, consideramos relevante que se incorpore en la norma la definición de tiempo de trabajo para poder resolver temas vinculados a las interrupciones (que es parte de la materia que estamos revisando), tiempo de traslado, uso de instalaciones, entre otras, situaciones que se han revisado en la jurisprudencia, pero consideramos que no se ha logrado consolidar un criterio de acuerdo con la norma constitucional y lo que se desea proteger.

3.5.2 EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO Y LA DEFINICIÓN DE JORNADA DE TRABAJO.

Una propuesta que se ha venido trabajando es la planteada en el Proyecto de la Ley General del Trabajo, la misma que precisa en el 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; sin embargo, consideramos que la definición debe estar de acuerdo con la teoría de tiempo de trabajo (puesta a disposición o jornada nominal), lo que nos va a permitir resolver algunos temas que veremos más adelante. 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 aclarar que sucede cuando el trabajador ingresa a las instalaciones del empleador, pero no se inicia el “servicio contratado”.

3.5.3 PROPUESTA DE DEFINICIÓN.

Debemos buscar fórmulas que nos permita captar el tiempo de trabajo en toda su complejidad. Si bien no pretendemos acabar el debate sobre una propuesta de definición, si deseamos introducir elementos que nos permitan responder algunas interrogantes sobre la jornada. Así, planteamos la siguiente definición:

“La jornada de trabajo es todo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador. Integran dicha jornada los periodos de inactividad requeridos por la prestación contratada, salvo los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador y en beneficio propio”.

Consideramos que señalar que el tiempo de trabajo está relacionado al tiempo que el trabajador “presta el servicio contratado” – como lo propone el Proyecto de Ley General de Trabajo - vincula la definición con teoría de la “jornada efectiva”, cuando consideramos que esta tesis ha quedado en desuso y genera una serie de inconvenientes al trabajador, pues las pausas no son cubiertas (incluso hemos verificado que, en las diversas normas sobre tiempo de trabajo en el Perú, se regula en función a esta teoría).

La propuesta planteada determina que la jornada responde al tiempo que el trabajador se encuentre a disposición del empleador, disposición que se encuentra relacionada al poder de sujeción. Así, el trabajador no necesita iniciar la prestación efectiva para entender el inicio del servicio o del control, sino que existe una posibilidad que el empleador utilice al trabajador en relación con los servicios contratados. De esta forma, si el trabajador ingresa a la cafetería, ingresa a los estacionamientos, utiliza los servicios, no necesariamente estaría iniciando su prestación (o por lo menos no se puede presumir dicha situación) pues no estaría bajo el poder de dirección del empleador o sujetos a una eventual orden del empleador.

Cuando nos referimos a “todo el tiempo”, se está incluyendo a todos los espacios de tiempo que el trabajador podría prestar servicios o que podría cumplir las ordenes del empleador, sin importar si existen tales mandatos u ordenes, pues el tiempo de trabajo no depende de la prestación sino de la posibilidad. Asimismo, esta posibilidad de disposición es permanente, sin tener que sujetarse a situaciones o condiciones, incluyendo incluso a las pausas o periodos de inactividad natural. Sobre esto último, incluso la definición aclara que las pausas forman parte de la jornada, pues se entiende que existen espacios de disposición del trabajador, como para atender llamadas, responder algún correo, ir a los servicios, y todas aquellas situaciones dentro de la jornada que no alteran la posibilidad de disposición. La definición introduce un elemento novedoso que es la “inactividad requerida”

de la actividad que se realiza, pues podría existir algún tipo de prestación de mayor o menor intensidad, sin que eso altere o excluya de la jornada⁷⁶.

Ahora bien, la definición establece una excepción a la regla y son aquellas pausas por decisión unilateral del trabajador y en beneficio propio, es decir que se excluye de la jornada el tiempo que el trabajador voluntariamente interrumpa y que genera que ya no se encuentre en estado de sujeción, como por ejemplo cuando el trabajador se dedica a realizar servicios a favor de terceros en beneficio propio. Si bien esta conducta a la vez es un incumplimiento de obligaciones, consideramos relevante exceptuarla del tiempo de trabajo pues rompe con la posibilidad de sujeción natural de la jornada.

Es cierto que el mismo Proyecto de Ley General de Trabajo señala que se integran los periodos de inactividad, pero volveríamos a caer en el vacío cuestionado, es decir cuándo se considera inactividad como pausa y cuándo como prestación efectiva. Consideramos que el termino correcto a incorporar es “el trabajo a disposición”, el cual traslada el riesgo al empleador (quien es el que percibe los beneficios de su actividad y debe asumir los riesgos correspondientes). Hemos incorporado la salvedad de la interrupción voluntaria y en beneficio propio, pues esta referencia excluye al periodo de puesta en disposición y, sobre todo, pues configura el concepto real de intermitencia⁷⁷. Este tema lo veremos más adelante.

Consideramos relevante incorporar una definición de jornada de trabajo debido a que dicha precisión podría darnos luces sobre temas complejos como la puesta a disposición, inicio y fin de la jornada, intermitencia, entre otros. La definición planteada recoge experiencias de otros países como Argentina⁷⁸, México⁷⁹, etc.

⁷⁶ Como lo hemos analizado en puntos precedentes, existe una teoría respecto a los lapsos de inactividad que determina que ciertas actividades sean consideradas como de menor prestación por tener espacios de mayor disposición (por ejemplo, actividades de guarda o vigilancia).

⁷⁷ Como lo hemos detallado, en la definición de tiempo de trabajo en la normatividad argentina también se ha precisado la definición de la interrupción o pausa.

⁷⁸ En la normatividad argentina, se define a la jornada de trabajo de la siguiente manera: Artículo 197 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (13/05/1976): “Se entiende jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Integran la jornada de trabajo los periodos de inactividad a que obligue la prestación contratada con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador (...)”

⁷⁹ El artículo 58 de la Ley Federal del Trabajo (01/04/1970) de los Estados Unidos Mexicanos, señala lo siguiente: “el tiempo mediante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo.”

3.5.4 OTROS ASPECTOS RELACIONADOS A LA JORNADA.

Por otro lado, consideramos relevante incorporar en la norma el límite de prestación entre jornadas. Actualmente no existe en nuestra normatividad laboral peruana ninguna precisión al intervalo entre las jornadas, lo que podría generar servicios continuos que afecten al trabajador aun cuando se cumpla con las 48 horas semanales. Así, coincidimos con lo establecido en el Proyecto de la Ley General del Trabajo, el cual señala:

*“Artículo 236°. - Intervalo mínimo entre jornadas
Entre la conclusión de la jornada ordinaria del día de trabajo y el comienzo de la siguiente debe mediar, como mínimo, un intervalo de doce (12) horas, salvo cambios de turno.”*

Se debe tomar en cuenta que las excepciones que hemos analizado no pueden ser leídas como un supuesto distinto al del sobretiempo, pues un efecto de la indebida calificación es justamente la generación de horas extras. Así, resulta necesario limitar la prestación entre jornadas, para poder garantizar un tiempo mínimo de descanso y de ocio, para que no se regulen jornadas de 16 horas continuas, por ejemplo.

Si bien en el Proyecto de la Ley General del Trabajo no se ha precisado nada respecto al límite de las horas extras, somos de la opinión que se debería establecer un límite razonable semanal, mensual o anual, a efectos de proteger un tiempo mínimo de ocio. Esta propuesta no solamente es criticada por el empleador (quien alega su libertad de contratar y las necesidades operativas), sino el propio trabajador que incorpora las horas extras como parte de sus ingresos.

Como lo hemos señalado en el primer y segundo capítulo, el límite supera la voluntad de las partes en el sentido que es el -Estado quien debe garantizar la plena realización del derecho al ocio, por mandato constitucional y supraconstitucional. Por ejemplo, en México (Sánchez Castañeda, 2014, p.132) se ha establecido un límite de horas extras de 3 horas diarias por 3 veces en la semana, es decir tiene un límite de 9 horas extras a la semana como máximo. El argumento en contrario, es decir aquel que señala que deben decidir las partes en base a su libertad de contratar, genera el efecto adverso que es la ampliación de la jornada frente a la necesidad de contratar nuevo personal para cubrir un mayor requerimiento de personal.

Por tanto, las normas que regulan el tiempo de trabajo poseen en sí mismas ciertos vacíos que flexibilizan su aplicación, como es el hecho de no tener una definición de lo que es jornada de trabajo ni un límite a la prestación de servicios (entre jornadas y de horas extras). Esta situación ha determinado que no exista una fiscalización importante sobre esta materia, y los criterios jurisprudenciales han generado más dudas que precisiones. Las normas en general permiten interpretaciones flexibles lo que genera situaciones fraudulentas que determinan la desprotección del tiempo de trabajo y la relativización constitucional. Los cambios propuestos nos servirán si además la Autoridad de Trabajo no fiscaliza o no se generan herramientas para el control, y la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497, 2009) no aclara las presunciones sobre la jornada de trabajo, tal como lo vamos a analizar más adelante.

3.6 FLEXIBILIDAD EN LA DEFINICIÓN DE LAS CATEGORÍAS. –

A continuación, veremos cuál es el límite de cada una de las categorías exceptuadas de la jornada laboral para buscar la compatibilización con el ámbito constitucional (jornada de trabajo e irrenunciabilidad de derechos). Recordemos que hemos analizado la definición legal de cada una de ellas y hemos revisado la evolución de las excepciones en los convenios de la OIT, concluyendo que la definición legal – incluso su evolución en la jurisprudencia – ha generado una relativización de concepto y la posibilidad que sea el propio empleador quien defina si está exceptuado de la jornada.

Creemos que el empleador – como agente de riesgo – puede clasificar y conceptualizar su actividad, pero no puede disponer sobre un derecho fundamental que es la jornada y todo lo que ello implica para el trabajador. Es por ello por lo que resulta trascendental reducir la definición de cada una de las categorías exceptuadas de la jornada laboral para que se cumpla la finalidad deseada: identificar a la categoría de trabajadores que resulta imposible el control real del tiempo de su prestación.

Se debe tomar en cuenta que las excepciones planteadas en la norma respecto a la jornada laboral no solo deben ser interpretadas restrictivamente – por ser excepciones - sino que incluso (y como lo hemos analizado) existe la posibilidad de cuestionar su validez en relación con la norma constitucional, la irrenunciabilidad de derechos y sobre todo lo

referido a que un convenio de la OIT no puede reducir derechos (norma más favorable)⁸⁰. Por ello, resulta trascendental evaluar la validez de las excepciones, así como las alternativas para reducir su efecto lesivo.

Pese a la flexibilidad que se ha determinado de cada uno de los supuestos de excepción (sobre todo los no sujetos a fiscalización y en algún sentido los intermitentes), en el Proyecto de Ley General del Trabajo no solo se reitera las categorías exceptuadas, sino que incluso se agrega un supuesto adicional. Así, el proyecto señala lo siguiente:

*“Artículo 237°. - Exclusión de la Jornada máxima
No se encuentran comprendidos en la jornada máxima de trabajo el personal de dirección y de confianza, los trabajadores que prestan servicios sin fiscalización inmediata y quienes realizan labores intermitentes de vigilancia, custodia o espera que incluyen de manera alternada lapsos de inactividad.”*

Así, con esta propuesta se mantiene el *statu quo* respecto a las excepciones pese a que se ha incorporado la definición de la jornada de trabajo, situación que finalmente determina una relativización del concepto constitucional y afecta el principio de irrenunciabilidad. Ahora bien, incluso se señala que estarán exceptuados los trabajadores de “confianza”, retornando a una discusión que ya estaba agotada, es decir si al trabajador de confianza no les corresponde horas extras. Consideramos erróneo este artículo en su conjunto, sobre todo por incorporar a los trabajadores de confianza. En adelante analizaremos cada uno de los supuestos de excepción por categoría del trabajador y plantearemos nuestras propuestas.

3.6.1 EL CASO DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y LA LIMITACIÓN EN SU DEFINICIÓN. –

Esta categoría es la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido 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

⁸⁰ Artículo 19 de la Constitución de la OIT (1919a). En la norma citada se establece que “(...) 8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.”

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, como todo aquel que ejerce los actos de representación y control del empleador, 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 cuenta que maneja información sensible⁸¹.

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 su puestos - son calificados como de dirección, incluso se puede observar que existen empresarios que – fraudulentamente - denominan a cargos medios en la organización como “gerentes” y/o “directores”, y encima de ellos al “presidente”. 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 por ejemplo la extensión del periodo prueba, no reposición, no afiliación sindical, entre otros aspectos.

Ahora bien, cuando hablamos del personal de dirección, no hablamos de cualquier trabajador que ejerce un poder frente a otro colaborador, sino el que podría ser el que subsuma las facultades 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) la complejidad de la definición del empleador, también se ha relativizado. Es por ello por lo que resulta trascendente limitarla y fijar sus términos y objetivos.

⁸¹ Información confidencial y reservada. En este punto del desarrollo comercial y de las tecnologías, toda información de la empresa puede ser considerada como sensible para el negocio, con lo que la propia cualidad de tener este tipo de información podría relativizar el concepto. Asimismo, el hecho que se requiera esta información para la toma de decisiones también podría relativizarse, debido a que es el empleador el único que podría responder que información le sirve para el giro del negocio.

Somos de la opinión que esta flexibilidad podría afectar el derecho constitucional de la jornada laboral, sobre todo cuando en la práctica existe una calificación desmedida a otorgarla a todo aquel que ocupa una posición de jerarquía en la empresa.

Frente a ello, recomendamos lo siguiente:

- (i) El concepto debe precisarse en lo siguiente: solo se considerarán al personal que ocupa la primera línea de decisión de la empresa, tengan poderes de representación y facultades expresas de decisión. Consideramos que los administradores de sucursal (o encargados de establecimientos descentralizados) pueden ejercer actos de dirección, siempre y cuando se acredite los poderes y facultades de decisión, y reporte directamente a la primera línea de la organización.
- (ii) Se deberá modificar la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. 003-97-TR), donde se regule la obligación del empleador de calificar internamente al personal y sustentar dicha calificación. Todo personal excluido de la jornada laboral deberá ser identificado en el perfil ocupacional del cargo y deberá ser informado al trabajador bajo cargo de recepción. Si el empleador no califica al personal, al margen de la sanción administrativa, podría generar la presunción de horas extras (en un número mínimo, salvo prueba en contrario del trabajador). Podría ser exigible esta obligación a la empresa luego de un plazo razonable de iniciadas las operaciones (1 o 2 años).
- (iii) Se deberá modificar la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. 003-97-TR), donde se establezca que constituye un acto de hostilidad equiparable al despido la indebida calificación del personal. Consideramos que el trabajador debe tener todos los mecanismos legales para cuestionar su indebida calificación.
- (iv) En la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497, 2009) se debe incorporar un artículo donde se presuma la generación mínima de horas extras de un personal indebidamente calificado, salvo prueba en contrario

del trabajador. Esta norma va a ayudar a ser exigible las horas extras y reducir al personal indebidamente calificado.

- (v) Se deberá incorporar en la Ley General de Inspección de Trabajo (Ley 28806, 2006) y en su reglamento como infracción muy grave la indebida o no oportuna calificación del personal.

Las obligaciones antes precisadas ayudarían a reducir la calificación del personal de dirección, existiría un mayor control y la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) podría imponer sanciones administrativas por el incumplimiento. Consideramos por la importancia del derecho constitucional que estas limitaciones a la facultad de dirección se encuentran justificadas en una finalidad mayor, es decir el desarrollo de la persona en un tiempo determinado.

3.6.2 EL CASO DE LOS TRABAJADORES NO SUJETOS A DIRECCIÓN INMEDIATA Y LA FLEXIBILIDAD DE LA CATEGORÍA. –

El caso de los trabajadores no sujetos a dirección inmediata se vuelve más flexible aún y representa una excepción que cuenta con mayores detractores. Como lo analizamos oportunamente, el primer problema radica en la bifurcación de su definición que contiene dos tipos incorporados (con subtipos), es decir (i) los que laboran sin supervisión (total o parcial), y (ii) 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 constitucional 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. Con ello, basta que la empresa incorpore funciones fuera de su lugar de trabajo para que se exceptúe de la jornada laboral o se establezca la posibilidad de un “trabajo de campo parcial”. Es cierto que la excepción – y la posibilidad de la calificación por parte del empleador – también implica una renuncia a ejercer ciertos actos de control y subordinación (no pueden sancionar al trabajador por llegar tarde, o no

estar dentro del horario a disposición), pero ello podría moverse en función a la necesidad de no tener que tener un límite a su prestación real.

Ahora bien, con el avance de las nuevas tecnologías (GPS, teléfono celular, cámaras, acceso a internet, etc.) la conexión y control del empleador traspasa las fronteras del espacio físico o presencia *in situ*, 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 empresa⁸². 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 su inclusión a la jornada máxima. Esta conclusión se sustenta en el carácter excepcional de la excepción e irrenunciable del derecho constitucional a la jornada de trabajo.

De esta manera, consideramos que se debe limitar el campo de decisión de esta excepción, es decir solo se debería calificar si es un cargo sin supervisión o sin permanencia en la empresa, sin posibilidad de contar con márgenes de discrecionalidad, pues sino se pierde la naturaleza de la función y pasamos a la configuración de posiciones que más nos pueden convenir. En esta posibilidad se configura la afectación y la posibilidad, que, a la larga, nos encontremos ante un supuesto de renunciabilidad del derecho constitucional. Como además lo hemos analizado en los capítulos precedentes, ni el reglamento ni la jurisprudencia han ayudado a restringir la interpretación, por lo que la limitación es indispensable.

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 (por ejemplo, el vendedor comisionista puro, agente de ventas, geógrafo, 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 excepcionales⁸³, pero que

⁸² En la práctica, excluyendo a aquellos trabajadores que realizan su actividad en el campo sin contacto con el empleador, generalmente tienen algún tipo de relación de control diario y permanente (reuniones de inicio, reportes diarios de cobro o recuperación, rendición de gastos, etc.).

⁸³ Podrían incluso ser definidos como personal con lapsos de inactividad (tal como lo veremos más adelante).

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 interés⁸⁴.

Luego de haber determinado que la normativa actual vulnera derechos constitucionales, es evidente que se va a plantear su modificación. Frente a ello, el empleador podría alegar que existe un derecho constitucional que lo ampara como la libertad de empresa y la libertad de contratación, y que la modificación o limitación de esta excepción afectaría la decisión de configurar su actividad (una clara limitación a su poder de dirección); sin embargo, y como ya lo hemos desarrollado, este derecho tiene límites y su interpretación debe ser realizada en una lectura sistemática de la constitución y los derechos que la integran (Sanguinetti, 2013, pp.83-95).

Por tanto, consideramos que - tal como se encuentra regulado en el Perú - la presente excepción puede validar el uso irregular de esta figura o en todo caso, incorporar a trabajadores que si cuenta 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.

Frente a ello, se debería tomar las siguientes medidas:

- Una alternativa sería eliminar esta excepción por flexibilizar la jornada laboral. La medida se sustenta en la irrenunciabilidad de los derechos laborales y a la falta de sustento factico para mantener esta excepción.
- Otra alternativa podría ser limitar el supuesto de excepción, es decir restringir su aplicación únicamente a aquellos trabajadores que prestan servicios totalmente fuera de las instalaciones de la empresa (trabajadores de campo sin asistencia regular a la empresa, como por ejemplo los vendedores fuera del ámbito geográfico del centro de trabajo).

⁸⁴ Actualmente, existe una norma que excluye de la indemnización vacacional al personal gerente que tiene libertad de elegir la oportunidad del goce vacacional. Así, el artículo 24 del Decreto Supremo N° 012-92-TR, señala que la indemnización vacacional no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional.

- Se deberá modificar la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo No. 003-97-TR) donde se regule la obligación del empleador de calificar internamente al personal y sustentar dicha calificación. Todo personal excluido de la jornada laboral deberá ser identificado en el perfil ocupacional del cargo y deberá ser informado al trabajador bajo cargo de recepción. Si el empleador no califica al personal, al margen de la sanción administrativa, podría generar la presunción de horas extras (en un número mínimo, salvo prueba en contrario del trabajador). Podría ser exigible esta obligación a la empresa luego de un plazo razonable de iniciado las operaciones (1 o 2 años).
- Se deberá modificar la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo No. 003-97-TR) donde se establezca que constituye un acto de hostilidad equiparable al despido la indebida calificación del personal. Consideramos que el trabajador debe tener todos los mecanismos legales para cuestionar su indebida calificación.
- En la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497, 2009), se debe incorporar un artículo donde se presuma la generación mínima de horas extras de un personal indebidamente calificado, salvo que prueba en contrario del trabajador. Esta norma va a ayudar a ser más exigible las horas extras y reducir al personal indebidamente calificado.
- Se deberá incorporar en la Ley General de Inspección de Trabajo (Ley 28806, 2006) y en su reglamento como infracción muy grave la indebida o no oportuna calificación del personal.

Las obligaciones antes precisadas ayudarían a reducción la utilización de esta excepción, existiría un mayor control y la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) podría imponer sanciones administrativas por el incumplimiento. Consideramos por la importancia del derecho constitucional que estas limitaciones a la facultad de dirección se encuentran justificadas en una finalidad mayor, es decir el desarrollo de la persona en un tiempo determinado.

3.6.3 EL PROBLEMA DE LA VOLUNTAD EN EL CASO DEL PERSONAL INTERMITENTE CON LAPSOS DE INACTIVIDAD. -

Respecto a esta calificación, hemos podido acreditar que existe un vacío en la definición, que termina relativizando esta excepción. Así, la pregunta principal es ¿qué se considera como “lapsos de inactividad” o periodo de inacción? Lo que se ha entendido – indebidamente - como una serie de pausas que determinan un trabajo de menor intensidad o valor para la comunidad.

Así, esta es la interpretación que viene aplicando la Corte Suprema y que consiste en mezclar la teoría de la jornada nominal (o puesta a disposición) y trabajo efectivo, es decir hay momentos que si son prestación y otros que no (al margen que esté – o no - a disposición del empleador), simplemente la actividad se denigra y se le resta la posibilidad que tengan una jornada. La pregunta es ¿Cuándo estamos ante lapsos de inactividad o pausas regulares en la prestación? ¿Cuál es límite temporal para configurar un lapso de inactividad o una inacción por espera de las órdenes del empleador? Si la espera del servicio nos exceptúa de la jornada ¿puede el trabajador realizar servicios personales sin estar sujeto a las normas internas o a la sujeción del empleador?

Como lo hemos tratado en el punto 1.2 del presente capítulo, existe un vacío en nuestra normatividad que pasa por no haber definido la jornada de trabajo y no haber sentado la teoría de la jornada que se debe aplicar. Asimismo, este vacío también ha generado que no se precise el término de la interrupción y sus efectos. Es por ello, que hemos propuesto que se incorpore en la definición establecida que la interrupción o pausa será considerada parte de la jornada de trabajo (como supuesto que se incorpora por la puesta a disposición), salvo cuando el trabajador voluntariamente utiliza este tiempo para beneficio propio. Este último supuesto va a apoyar a conceptualizar la definición de trabajador intermitente con lapsos de inactividad, entendiendo esto último como tiempos libres donde el trabajador puede dedicarse a actividades que considere pertinentes, sin estar sujetos a la sujeción del empleador.

En este supuesto reduce su utilización pues solo estaría excluidos de la jornada el personal que realiza actividades, pero tiene libertad para poder realizar otras actividades en las interrupciones, por ejemplo, el chofer del gerente, que tiene libertad para realizar

actividades cuando no tiene un llamado del empleador. Bajo esta modificación propuesta, los vigilantes de custodia o cualquier personal de espera limitada (dentro de las instalaciones de la empresa o bajo su control)⁸⁵ si deberían estar incluidos en la jornada de trabajo, pues no existe sustento para denigrar su actividad por el hecho que sea de supuesta “menor intensidad”, en todo caso, si se consideran de menor calificación, se podrá regular este tema por sus ingresos y oferta de empleo, pero no considero que tenga que afectar la posibilidad de medición de su tiempo de trabajo.

Sin perjuicio de la propuesta normativa y la limitación de la excepción, desde la normatividad actual se debe tomar en cuenta que igual se puede interpretar la libertad del trabajador para realizar otras actividades, solo que generalmente se va a condicionar a la presencia del trabajador en un tiempo determinado. Este es el caso de los vigilantes de almacén o guardianía de un edificio, que están a disposición, pero tienen menos actividad (pueden ver televisión, leer un periódico, dormir, etc.).

Asimismo, en el caso de los choferes, existe diversos criterios de acuerdo con la naturaleza de sus servicios (sean interprovinciales, de ambulancia, servicios privados, etc.); sin embargo, la Corte Suprema los excluye de la jornada pues no prestan un servicio con la misma intensidad⁸⁶. Consideramos que este argumento es absurdo pues este tipo de conductores tienen un lugar de salida y llegada, tienen controles tecnológicos de ubicación (GPS) o la posibilidad de hacerlo, control por teléfono, deben permanecer en las inmediaciones del vehículo bajo custodia, no pueden realizar temas personales con el vehículo, etc. (Toyama, 2014). Por otro lado, se hace referencia a que entre su tiempo de servicios tienen periodos de descanso o turnos de reemplazo (por normas de tránsito); sin embargo, este personal se encuentra dentro del vehículo y a disposición del empleador de efectuar cualquier tipo de servicio.

Por tanto, concluimos que existe un error en la configuración de la definición del personal intermitente con lapsos de inactividad, lo que genera que diversos trabajadores no estén

⁸⁵ Por ejemplo, el chofer de ambulancia que tiene que ubicarse dentro de las instalaciones de la empresa esperando que exista una emergencia.

⁸⁶ Al respecto, si bien la OIT ha eliminado recientemente el Convenio N° 67, es importante señalar que en dicho convenio se reguló que en el caso de los choferes se entiende que la pausa dentro de la disposición forma parte de la jornada. Así, a partir de la lectura de dicho convenio se podía sustentar que los choferes interprovinciales o el personal que deba permanecer dentro de la unidad sin posibilidad de salir y realizar actividades de beneficio propio (pues existe un deber de cuidado de la unidad) se deberá considerar como parte de la jornada.

sujetos a la jornada laboral, situación que ha sido convalidada por la Corte Suprema en sus diversos pronunciamientos. Para corregir este problema y ponderar el derecho constitucional a la jornada laboral, proponemos que se especifique que el lapso de inactividad será aquel que se efectúe con libertad y voluntad del trabajador, sin estar sujeto a permanecer en las instalaciones o bajo custodia de los bienes del empleador, sino que pueden realizar las acciones personales que estimen pertinente en dicho tiempo.

Frente a ello, recomendamos lo siguiente:

- Consideramos que se debe limitar el supuesto de excepción, es decir definir a los lapsos de inactividad como aquellos tiempos libres donde el trabajador puede voluntariamente y en libertad, dedicarse a lo que considere pertinente.
- Se deberá modificar la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo No. 003-97-TR), donde se regule la obligación del empleador de calificar internamente al personal y sustentar dicha calificación. Todo personal excluido de la jornada laboral deberá ser identificado en el perfil ocupacional del cargo y deberá ser informado al trabajador bajo cargo de recepción. Si el empleador no califica al personal, al margen de la sanción administrativa, podría generar la presunción de horas extras (en un número mínimo, salvo prueba en contrario del trabajador). Podría ser exigible esta obligación a la empresa luego de un plazo razonable de iniciado las operaciones (1 o 2 años).
- Se deberá modificar la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo No. 003-97-TR), donde se establezca que constituye un acto de hostilidad equiparable al despido la indebida calificación del personal. Consideramos que el trabajador debe tener todos los mecanismos legales para cuestionar su indebida calificación.
- En la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497, 2009) se debe incorporar un artículo donde se presuma la generación mínima de horas extras de un personal indebidamente calificado, salvo que prueba en

contrario del trabajador. Esta norma va a ayudar a ser más exigible las horas extras y reducir al personal indebidamente calificado.

- Se deberá incorporar en la Ley General de Inspección de Trabajo (Ley 28806, 2006) y en su reglamento como infracción muy grave la indebida o no oportuna calificación del personal.

Las obligaciones antes precisadas ayudarían a reducir la calificación del personal intermitente, existiría un mayor control y la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) podría imponer sanciones administrativas por el incumplimiento. Consideramos por la importancia del derecho constitucional que estas limitaciones a la facultad de dirección se encuentran justificadas en una finalidad mayor, es decir el desarrollo de la persona en un tiempo determinado.

3.7 EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DE LAS EXCEPCIONES. –

En el segundo capítulo del presente trabajo hemos analizado sentencias relacionadas a las excepciones a la jornada laboral, y si bien existen algunos criterios que se vienen proponiendo (aunque en votos particulares), el desarrollo de estos pronunciamientos no ha cumplido con la finalidad de restringir el uso indiscriminado de estos supuestos. Así, una excusa para validar las excepciones en general era la propia norma y su aplicación, incluso cuando se incorporaba en la propia sentencia normas menos favorables que la norma constitucional, desconociendo el artículo 19 de la Constitución de la OIT (1919a).

Entendemos que la flexibilidad en la definición de los conceptos de excepción ha generado la puerta abierta para que se puedan incorporar actividades que no deben ser exceptuadas de la jornada. Ahora, en la medida que se restrinjan normativamente los supuestos y sea la norma en relación con el principio constitucional, se podrán emitir pronunciamientos que beneficien la jornada y limiten las excepciones.

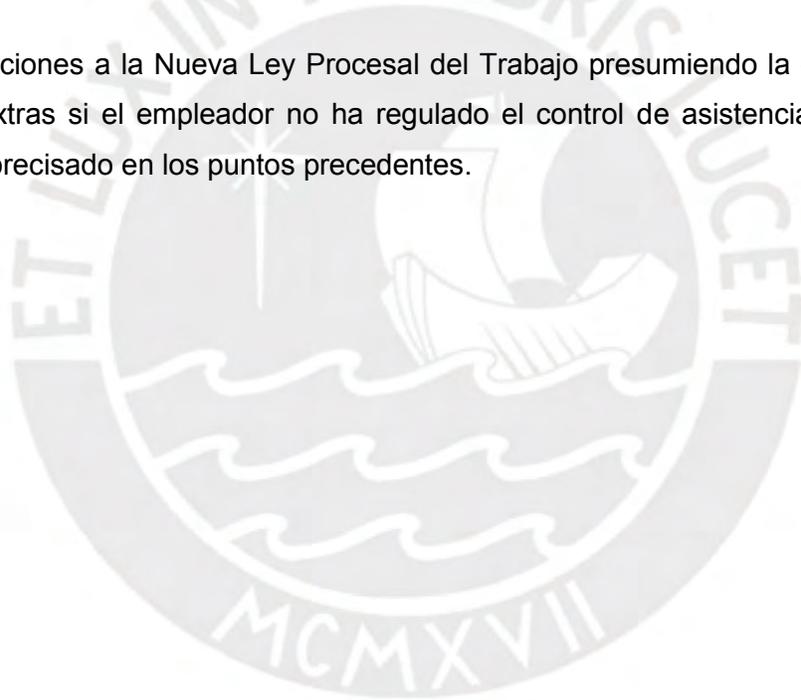
CONCLUSIONES

A continuación, nuestras conclusiones:

- El tiempo de trabajo en el Perú es una de las materias laborales más flexibles, que no ha sufrido cambios importantes en los últimos 30 años (eliminándose el convenio 67 de la OIT, lo que hace más precaria la situación en el análisis de la jornada de trabajo). Estos antecedentes han generado una recurrente flexibilización en el control del tiempo de trabajo y las excepciones, lo que han permitido que personas realicen jornadas excesivas, se atente contra el desarrollo personal, contra el derecho al ocio, etc.
- Los nuevos cambios en el mundo están orientados justamente en el tema del “tiempo” y es que la sociedad del conocimiento ha planteado un desarrollo de derechos del hombre en relación con su desarrollo personal y como ser social, incluso como política de estado, el tiempo ha jugado papeles importantes en la generación de empleo. El Perú no puede quedarse en el siglo XX en materia de tiempo de trabajo. Para ello, hemos cuestionado las excepciones a la jornada máxima legal, en base a la irrenunciabilidad de derecho y a la afectación constitucional de la jornada laboral.
- Los cambios propuestos no se sustentan solo en limitar las excepciones o plantear una nueva definición, sino en todo un sistema de control y presunciones desde el ámbito administrativo como judicial con la finalidad de hacer efectiva la regulación del tiempo de trabajo. Si no existe planes de la SUNAFIL (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral) para verificar la existencia del control de asistencia o sentencias judiciales que determinen la responsabilidad de no controlar el tiempo de trabajo, toda modificación será letra muerta, con la consecuente vulneración del derecho constitucional a la jornada de trabajo y la afectación a la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Nuestras propuestas son las siguientes:

- Modificar las normas relacionadas al tiempo de trabajo, regulando lo siguiente: (i) definición del tiempo de trabajo; (ii) límite entre jornadas; (iii) horas extras máximas semanales o mensuales.
- Modificar la definición legal de las categorías de excepción, conforme lo hemos precisado en los puntos precedentes.
- Establecer una obligación de calificación del personal, conforme lo hemos precisado en los puntos precedentes.
- Modificar las sanciones administrativas incorporando sanciones relacionadas a la indebida calificación, conforme lo hemos precisado en los puntos precedentes.
- Modificaciones a la Nueva Ley Procesal del Trabajo presumiendo la generación de horas extras si el empleador no ha regulado el control de asistencia, conforme lo hemos precisado en los puntos precedentes.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel (1968). *Lecciones sobre contrato de trabajo*. Madrid, España: Universidad de Madrid (Facultad de Derecho).
- ARAGÓN MEDINA, Jorge; y otros (2012). *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*. Madrid, España: Ed. Fundación 1º de Mayo.
- ARCE ORTIZ, Elmer (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima, Perú: Ed. Palestra.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2013). La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: Jornada y distribución del tiempo de trabajo. En: *Revista de Derecho Social* N° 62. Albacete, España.
- BELTRÁN QUIROGA, Jaime (2006). Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo. En: *Revista Laborem*; N° 6. Lima, Perú.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2011). *La Cláusula de Estado Social en la Constitución*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BOZA PRO, Guillermo (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. En: *THĒMIS-Revista de Derecho*, No. 65. Lima, Perú.
- BOZA PRO, Guillermo (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2008). Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo. En: *Tiempo de Trabajo*. Albacete, España: Editorial Bomarzo.
- CASACIÓN LABORAL N° 11330-2015-LAMBAYEQUE (05/07/2017). Diario Oficial El Peruano (30/10/2017), p. 99569. Recuperado de: <http://mafirma-noticias2.s3.amazonaws.com/2017-11-13/Cas.%2011330-2015-Lambayeque.pdf>

CASACIÓN LABORAL N° 9850-2014-LA LIBERTAD (01/09/2016). Recuperado de:
<https://mafirma-noticias2.s3.amazonaws.com/2016-10-10/Cas%20%20Lab%20%209850-2014-La%20Libertad.pdf>

CASACIÓN LABORAL N° 3780-2014-LA LIBERTAD (06/07/2016). Recuperado de:
<https://vlex.com.pe/vid/650432725>

CASACIÓN LABORAL N° 5144-2015-CAJAMARCA (16/12/2015). Recuperado de:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/272efe004fa962da8997bd3c2e1079b4/Resolucion_5144-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=272efe004fa962da8997bd3c2e1079b4

CASACIÓN LABORAL No. 13294-2015-LA LIBERTAD (2015). Recuperado de:
<https://www.ey.com/pe/es/services/people-advisory-services/ey-boletin-human-capital-abril-2016>

CASACIÓN LABORAL N° 2525-2011-LIMA (28/02/2014). Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: <http://studylib.es/doc/5473582/criterios-jurisprudenciales-sobre-el-pago-de-horas-extras>

CASACIÓN LABORAL N° 4503-2012-LA LIBERTAD (13/05/2013). Recuperado de:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a050e18040d1c29eba60fb726e1ea793/CAS.+LAB.+N%C2%BA+4503-2012+-+LA+LIBERTAD+-+13.05.2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a050e18040d1c29eba60fb726e1ea793>

CÓDIGO PENAL (03/04/1991). *Decreto Legislativo No. 635*. Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 (30/12/1993). Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 (13/07/1979). Recuperado de:
<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1933 (29/03/1933). Recuperado de:
<http://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1933.htm>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1920 (10/01/1920). Recuperado de:
[http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTI
T_1920/Cons1920_TEXTO.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTI
T_1920/Cons1920_TEXTO.pdf)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (mayo 2012). *Primer Pleno
Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral*. Recuperado de:
[https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c4b5cc004612b0dfaae9ba021c5bb19c/Plen
oCasatorioLaboral2.pdf?MOD=AJPERES](https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c4b5cc004612b0dfaae9ba021c5bb19c/Plen
oCasatorioLaboral2.pdf?MOD=AJPERES)

DECRETO LEGISLATIVO N° 854 (01/10/1996). *Ley de Jornada de Trabajo, Horario y
Trabajo en Sobretiempo*. Diario Oficial El Peruano, No. 5936, p. 143045.
Recuperado de:
<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00854.pdf>

DECRETO LEGISLATIVO No. 692 (05/11/1991). Diario Oficial El Peruano (06/11/1991);
p. 101457. Recuperado de:
[http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=32661&p_country=PER&p
_count=1424&p_classification=13.01&p_classcount=25](http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=32661&p_country=PER&p
_count=1424&p_classification=13.01&p_classcount=25)

DECRETO LEGISLATIVO No. 295 (24/07/1984). *Nuevo Código Civil*. Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

DECRETO LEY N° 26136 (24/12/1992). *Regulación de jornadas ordinarias y
extraordinarias de trabajo*. Recuperado de:
[https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=32660&p_classifica
tion=13.01](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=32660&p_classifica
tion=13.01)

DECRETO LEY N° 25921 (09/12/1992). *Se establece procedimiento de facultades del
empleador*. Diario Oficial El Peruano, (03/12/1992), No. 4528, p. 110854.
Recuperado de:

http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=32659&p_country=PER&p_count=1424

DECRETO SUPREMO N° 021-2007-TR (26/09/2007). *Reglamento de la Carrera del Inspector de Trabajo*. Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

DECRETO SUPREMO N° 019-2006-TR (28/10/2006). *Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo*. Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

DECRETO SUPREMO N° 011-2006-TR (06/06/2006). *Modifica el Decreto Supremo No. 004-2006-TR (del 05/04/2006), disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada*. Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

DECRETO SUPREMO N° 004-2006-TR (05/04/2006). *Disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada*. Recuperado de: http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

DECRETO SUPREMO No. 010-2003-TR (30/09/2003). *Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*. Recuperado de:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D8566D4EE46B526705257E2900588158/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_010_05_10_2003.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D8566D4EE46B526705257E2900588158/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_010_05_10_2003.pdf)

DECRETO SUPREMO N° 007-2002-TR (03/07/2002). *Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo*. Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

DECRETO SUPREMO N° 008-2002-TR (03/07/2002). *Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo*. Recuperado de: http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

DECRETO SUPREMO No. 012-2002-TR (09/08/2002). Recuperado de:

http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

DECRETO SUPREMO No. 003-97-TR (27/03/1997). *Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).*

Recuperado de:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)

DECRETO SUPREMO N° 008-97-TR (10/10/1997). *Aprueban normas reglamentarias de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (LJTS).* Recuperado de:

http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

DECRETO SUPREMO No. 001-96-TR (26/01/1996). *Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo / LPCL.* Recuperado de:

[http://www.spbgestor.com/gestor/sgi/3.%20Normas%20Legales/001%20Laboral/003%20DS%20001-96-TR%20\(Reglamento%20LPCL\).pdf](http://www.spbgestor.com/gestor/sgi/3.%20Normas%20Legales/001%20Laboral/003%20DS%20001-96-TR%20(Reglamento%20LPCL).pdf)

DECRETO SUPREMO No. 012-92-TR (02/12/1992). *Reglamento del Decreto Legislativo No. 713 (07/11/1991) sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.* Recuperado de:

http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

DE MANUELE, Abel Nicolás; FREM, Gabriel (2013). *Jornada de Trabajo y Descansos. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial.* Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni.

ECODIARIO.ES (01/10/2010). *Las fábricas de Nike, Puma o Adidas: así es la nueva esclavitud del siglo XXI.* Recuperado de:

<http://ecodiario.eleconomista.es/deportes/noticias/2490830/10/10/Las-fabricas-de-Nike-Puma-o-Adidas-asi-es-la-nueva-esclavitud-del-siglo-XXI.html>

FERRADANS CARAMES, Carmen (2006). La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo. En: *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*; N° 86. Granada, España: Ed. Comares.

FLORES OLEA, Víctor (1996). *Marx*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México.

LASTRA LASTRA, José Manuel (1997). La jornada de trabajo. En: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México D.F., México.

LEY No. 30036 (05/06/2013). *Ley que regula el teletrabajo*. Diario Oficial El Peruano, p. 496509. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-el-teletrabajo-ley-n-30036-946195-3/>

LEY No. 28806 (19/07/2006). *Ley General de Inspección de Trabajo*. Recuperado de: http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

LEY No. 26513 (28/07/1995). *Modifica la Ley de Fomento del Empleo*. Diario Oficial El Peruano, No. 5497, págs. 133366-133370. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=40977&p_country=PER&p_count=1424&p_classification=08&p_classcount=68

LEY No. 20.744 (13/05/1976). *Ley de Contrato de Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

LEY FEDERAL DEL TRABAJO (01/04/1970). México D.F.: Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de: <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/ley-federal-del-trabajo>

LEY No. 2851 (23/11/1918). *Trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena*. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/1919/ENERO/02851.pdf>

MARX, Karl; y ENGELS, Friedrich (ed. 1985). *Obras Escogidas. Trabajo Asalariado y Capital*. Moscú, Rusia: Ed. Progreso.

- MEJÍA MADRID, Renato (diciembre 2012). La regulación del tiempo de trabajo. En: *Revista IUS ET VERITAS*, N° 45. Lima, Perú.
- MELLADO, Carlos Alfonso (2007). *Las Horas Extraordinarias*. En: *Tiempo de Trabajo*. Albacete, España: Editorial Bomarzo.
- MESSENGER, Jon C. (2004). *Working time and workers' preferences in industrialized countries: Finding the balance*. [Tiempo de trabajo y preferencias de los trabajadores en los países industrializados: encontrando el equilibrio]. Routledge Studies in the Modern World Economy.
- MINISTERIO DE TRABAJO (MINTRA) (23/02/2011). Proyecto de la Ley General del Trabajo (LGT).
Recuperado:
<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/texto.pdf>
- MONEREO PÉREZ, José Luis; y GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2009). *Tiempo de Trabajo y Ciclos Vitales*. Granada, España: Ed. Comares.
- MONTENEGRO BACA, José (1958). *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Lima, Perú: Librería y Editorial Bolivariana.
- MURILLO, Soledad (s/f). El tiempo de trabajo y el tiempo personal: un conflicto de intereses. En: *Formación y Acreditación en Consultoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres*, Bloque Temático 8, Tema 8.0. Gobierno Vasco, España. Recuperado de:
http://cdd.emakumeak.org/ficheros/0000/0162/seleccion_1_c.pdf
- NEVES MUJICA, Javier (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- NEVES MUJICA, Javier (1999). La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y los derechos laborales. En: *Revista IUS ET VERITAS*; 19:197. Lima, Perú.

NORMAN LOAYZA. (2007) Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú. Revista Estudios Económicos 15. Banco Central de Reserva del Perú.
Recuperado:<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf>

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Recuperado de:
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2017). *Informe VII (2): derogación de cuatro convenios internacionales del trabajo y retiro de otros dos*. Recuperado de:
<https://www.ilo.org/Search5/search.do?searchLanguage=es&searchWhat=Informe+VII+106+Reuni%C3%B3n>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2015). *325ª. Reunión del Consejo de Administración (29/10/2015 al 12/11/2015) en Ginebra, Suiza*. Recuperado de: <https://www.ilo.org/gb/decisions/GB325-decision/lang-es/index.htm>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2014). *Ratificación del Instrumento de Enmienda 1997 a la Constitución OIT*. Recuperado de:
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_235869.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2005). *Horas de Trabajo ¿De lo fijo a lo flexible?* Ginebra, Suiza: OIT.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1996). *Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques (Convenio Número 180)*. Recuperado de:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C180:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1979). *Convenio sobre duración del trabajo y periodos de descanso (transportes por carretera) (Convenio Número 153)*. Recuperado de:

www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C153:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1962). *Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso en el transporte por carretera (Convenio Número 67)*. Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C067:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1958). *Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado) (Convenio Número 109)*.

Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C109:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1949). *Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado) (Convenio Número 93)*.

Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C093:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1946). *Convenio sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y dotación (Convenio Número 76)*.

Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C076:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1939). *Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) (Convenio Número 30)*. Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C030

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1937). *Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (industria textil) (Convenio Número 61).*

Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C061:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1936a). *Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (obras públicas) (Convenio Número 51).*

Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C051:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1936b). *Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación (Convenio Número 57).* Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C057:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1935a). *Convenio sobre las 40 horas (Convenio Número 47).* Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C047:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1935b). *Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (fábricas de botellas) (Convenio Número 49).*

Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C049:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1934). *Convenio sobre las horas de trabajo (fabricación automática de vidrio plano) (Convenio Número 43).*

Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C043:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1931). *Convenio sobre las horas de trabajo (minas de carbón) (Convenio Número 31)*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C031

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1919a). *Constitución de la OIT*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1919b). *Convenio sobre las horas de trabajo en la industria (Convenio Número 1)*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (16/12/1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York (Estados Unidos). Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998 – 3ª. ed.). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma.

RASO DELGUE, Juan (2014). Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI. En: *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Granada, España: Ed. Comares.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) (2014). *Diccionario de la Lengua Española* – Versión Online (23a. ed.) Recuperado: <http://dle.rae.es>

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015 (23/10/2015). Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Ministerio de Empleo y Seguridad Social – Gobierno de España. Recuperado de: http://www.empleo.gob.es/es/sec_leyes/trabajo/estatuto06/Apdo_5_Estatuto.pdf

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge (2000). *Derecho del Trabajo*. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley.

RIERA, S. (28/05/2014). *La fábrica de Nike: 744 centros de producción y un millón de trabajadores en 43 países*. Recuperado: <https://www.modaes.es/entorno/la-fabrica-de-nike-744-centros-de-produccion-y-un-millon-de-trabajadores-en-43-paises.html>

RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo (2014). Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo. En: *Relaciones Laborales* N° 12. Madrid, España.

ROMERO MONTES, Francisco Javier (2006). La acumulación de jornadas de trabajo. En: *Revista Laborem*, N° 6. Lima, Perú.

ROPPO, Vincenzo (enero 2009). *El contrato*. Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica.

RUBIO CORREA, Marcial (2005). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos. En: *Pensamiento Constitucional*; Año V - N° 5: 109. Lima, Perú.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo (2014). Tiempo de trabajo y adaptaciones de la legislación mexicana. En: *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Granada, España: Ed. Comares.

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo (2013). *Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas*. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley.

SANTANA, Carlos (2013). Exceso de trabajo: riesgos en la salud y disminución de la productividad. Recuperado: <https://blog.acsendo.com/exceso-de-trabajo-riesgos-en-la-salud-y-disminucion-de-la-productividad/>

SUREDA GRAELLS, Víctor (1966). *Tratado de Derecho del Trabajo (Tomo 4)*. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley.

TOYAMA, Jorge; y otros (2014). GPS Laboral: La facultad de Fiscalización del Empleador a partir de las Nuevas Tecnologías de la Información. En: *Revista IUS ET VERITAS*, N° 49. Lima, Perú.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2009). Jurisprudencia sobre inspecciones laborales. En: *Revista Gaceta Jurídica*. Lima, Perú.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (15/03/2007). Expediente N° 03501-2006-PA/TC.
Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03501-2006-AA.html>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TJUE) (01/12/2005). *Sentencia del Caso Abderkadel Dellas versus Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité (Asunto C-14/04)*. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6a4eaa6a49271408f9a90cfd27ab25a0c.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbxv0?text=&docid=56506&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=606541>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TJUE) (09/09/2003). *Sentencia del Caso Landeshauptstadt Kiel versus Norbert Jaeger (Asunto C-151/02)*. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48551&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5081282>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TJUE) (03/10/2000). *Sentencia del Caso SIMAP (Sindicato de Médicos de Asistencia Pública) versus Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (Asunto C-303/98)*. Recuperado de:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45703&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5082731>

TRILLO PÁRRAGA, Francisco José (2010). *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo*. Valladolid, España: Ed. Lex Nova.

UGARTE GONZALES, Jenny (diciembre 2010). ¿Puede el trabajador renunciar a sus derechos reconocidos por normas legales? En: *Actualidad Empresarial*, N° 221. Lima, Perú.

ULLOA MILLARES, Daniel (2015). El Tiempo de Trabajo: Algunas ideas para su definición. En: *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima, Perú.

ULLOA MILLARES, Daniel (2009). El surgimiento del Derecho Laboral en el Perú. En: *Libro de Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima, Perú: Ed. Grijley.

UNIÓN EUROPEA (UE) (04/11/2003). *Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo: relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*. Diario Oficial de la Unión Europea. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2003/299/L00009-00019.pdf>

UNIÓN EUROPEA (UE) (23/11/1993). *Directiva 93/104/CE del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*. Consejo de la Unión Europea. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-82076>

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (1999). La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate. En: *Relaciones Laborales I*. Madrid, España.

WORDREFERENCE (2005). *Diccionario de la lengua española*. Ed. Espasa Calpe. Recuperado: <http://www.wordreference.com>