

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



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

**TITULO: “Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata. ¿Determinación objetiva o libre decisión del empleador?”.**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

Autor: Carlos Antonio Espinoza Neyra

Asesor: María Katia García Landaburu

Código de alumno: 19762084

2017

## RESUMEN

Se constató con datos del Instituto Nacional de Estadística-INEI que en Lima Metropolitana un significativo porcentaje de la Población Económica Activa (PEA) realiza horas de trabajo más allá de la jornada máxima en un contexto en el que muchas empresas ejerciendo sus poderes empresariales, buscan alcanzar ventaja competitiva y rentabilidad, pero concentrándose en la reducción de costos al aumentar la producción por medio de la realización de trabajo en sobretiempo. Con dicha constatación se hizo evidente que la eficacia del derecho constitucional a la jornada laboral máxima se debilita día a día, afectando a otros derechos constitucionales como el derecho al descanso, a la salud, a la educación, a la familia, entre otros, no permitiendo compatibilizar el trabajo con la vida personal y familiar del trabajador, así como tampoco garantizar la seguridad física en el centro de trabajo, generar nuevos empleos ni aumentar la remuneración.

Contribuye a la existencia de esta situación, una permisiva normativa para que el empleador programe sin límites trabajo en sobretiempo y el trabajador acepte fácil o aparentemente de modo voluntario realizarlas. Se suma un insuficiente control del Estado.

Esa misma permisividad que resta eficacia al derecho a la jornada máxima, se presenta cuando la normativa permite al empleador excluir del ámbito de la jornada máxima a los trabajadores que trabajan fuera del centro de trabajo, al parecer porque supone la imposibilidad de medir el tiempo de trabajo, cuando es innegable que el avance tecnológico en muchos casos permite tal medición y registro.

En el trabajo para optar la segunda especialidad se abordó: en la primera parte, la jornada máxima en la Constitución peruana y en normas internacionales, su carácter irrenunciable y la autonomía de las partes en relación a este derecho; en la segunda parte, la regulación de la extensión de la jornada (tasas y compensación por trabajo extra, ausencia de límites y el registro del tiempo de trabajo); y, en la tercera parte, la exclusión de la jornada máxima a los denominados “trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata”, donde se vio si dicha exclusión puede darse sin mayores precisiones y ser establecida unilateralmente por el empleador, si puede significar jornadas sin límites y sin remuneración, si es posible diseñar un marco objetivo de exclusión, y, finalmente, analizar brevemente si sería válida la intervención normativa del Estado para poner límites a las partes de la relación laboral en cuanto a la programación y realización de trabajo en sobretiempo.

**CURSO DE SEMINARIO DE TRABAJO ACADEMICO 2**

**Programa de Segunda Especialidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

**“Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata. ¿Determinación objetiva o libre decisión del empleador?”.**

Carlos Antonio Espinoza Neyra  
Código PUCP 19762084

Asesora: María Katia García Landaburu

Lima, diciembre de 2015

**I. Introducción.**

**II. El derecho a la jornada laboral máxima (JLM). ¿Derecho humano laboral irrenunciable?**

1. La jornada laboral en la Constitución Política peruana. Su relación con otros derechos constitucionales.
2. La jornada laboral en instrumentos internacionales. Convenios de la Organización Internacional de Trabajo. De Derechos Humanos.
3. El carácter irrenunciable de la jornada laboral máxima y la autonomía de las partes.

**III. La regulación de la jornada laboral en el Perú.**

1. La extensión de la jornada laboral: Tasas, Límites, Compensación, Registro y control.
  - 1.1.El trabajo en sobretiempo (TST). Tasas, límites y compensación.
    - 1.1.1. Trabajo en sobretiempo. Características.
    - 1.1.2. Tasas y ausencia de límites. Espacios cerrados para la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar del trabajador.
    - 1.1.3. Compensación.
  - 1.2.El registro y control de la jornada laboral.
    - 1.2.1. Registro del tiempo de trabajo. Importancia, regulación y deficiencias.
    - 1.2.2. Nuevas tecnologías y posibilidades de control y registro.
2. La exclusión de la jornada laboral máxima.
  - 2.1.A quiénes se excluye sin restricciones.
  - 2.2.El caso de los “trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata”. Una falta de precisión evidente.

2.3.¿Jornadas sin límites? ¿Trabajo sin remuneración?

2.4.Marco objetivo de exclusión. Límites a la libre decisión del empleador y a las partes. Protección a la persona del trabajador.

#### **IV. Conclusiones.**

#### **V. Bibliografía.**

**“Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata. ¿Determinación objetiva o libre decisión del empleador?”.**

#### **I. Introducción**

Los fenómenos económicos y sociales, así como los avances tecnológicos, han significado cambios en la organización de la producción y en la regulación de las relaciones laborales en los diferentes países del mundo. El Perú no ha sido una excepción, por ello en cuanto al tiempo de trabajo se han dado normas y pronunciamientos jurisdiccionales relacionados a la flexibilidad de la distribución y a la duración del tiempo de trabajo.

Hemos verificado con datos del Instituto Nacional de Estadística-INEI que en Lima Metropolitana una considerable proporción de la Población Económica Activa (PEA) realizan horas de trabajo más allá de la jornada laboral máxima en un contexto de intensificación de la competencia, en el que muchas empresas ejerciendo sus poderes empresariales, buscan alcanzar una lógica ventaja competitiva y maximizar su rentabilidad, pero concentrándose en la reducción de costos mediante el aumento de la producción de bienes o servicios a través de la permanente o eventual realización sin límites de horas de trabajo en sobretiempo. Se ha hecho así evidente que la eficacia del derecho constitucional a la jornada laboral máxima pierde fuerza día a día, afectando a la vez a otros derechos constitucionales como el derecho al descanso, a la salud, a la vida, a la seguridad, a la educación, a la familia, entre otros, no permitiendo compatibilizar el trabajo con la vida

personal y familiar del trabajador, así como tampoco garantizar la seguridad en el centro de trabajo, generar nuevos empleos ni aumentar la remuneración.

Contribuye principalmente a la existencia de esta situación, una permisiva regulación para que el empleador programe sin límites horas de trabajo en sobretiempo y el trabajador acepte fácilmente realizarlas. Se suma una insuficiente actuación del Estado.

Similar situación de pérdida de eficacia se presenta cuando la normatividad permite al empleador excluir del ámbito del derecho a la jornada laboral máxima a los trabajadores que desarrollan sus labores fuera del centro de trabajo, al parecer porque supone la imposibilidad de medir el tiempo de trabajo, cuando es innegable que el avance tecnológico en muchos casos permite tal medición. Ambas situaciones obligan a preguntarse sobre la irrenunciabilidad del derecho en cuestión.

En el presente trabajo entonces abordaremos: en la primera parte, la jornada máxima en la Constitución peruana, su relación con otros derechos constitucionales, su inclusión en normas internacionales, así como su carácter irrenunciable y la autonomía de las partes frente a este derecho; en la segunda parte, la regulación de la extensión de la jornada (tasas y compensación por trabajo en sobretiempo, ausencia de límites y nuevas posibilidades de control y registro del tiempo de trabajo); y, en la tercera parte, la exclusión de la jornada máxima a los denominados “trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata”, donde veremos si esta exclusión puede normarse sin mayores precisiones y ser establecida unilateralmente por el empleador, si puede significar jornadas sin límites y sin remuneración, si es posible diseñar un marco objetivo de exclusión, y, finalmente, analizar brevemente si es válida la intervención normativa del Estado para poner límites a las partes de la relación laboral en cuanto a la programación y realización de trabajo en sobretiempo.

## **II. El derecho a la jornada laboral máxima. ¿Derecho humano laboral irrenunciable?**

### **1. La jornada laboral en la Constitución Política peruana. Su relación con otros derechos constitucionales.**

El artículo 25 de la Constitución Política del Perú de 1993 ordena que la jornada laboral tenga un límite. El trabajador jurídicamente se pone a disposición del empleador, por lo que la jornada laboral o de trabajo es el tiempo en que aquel acepta colocarse en relación de subordinación con este. En consecuencia, fuera de la jornada laboral se suspenden las obligaciones principales del contrato de trabajo, la prestación de trabajo y la remuneración, manteniéndose el vínculo laboral, pero quedando libre la persona del trabajador.

El profesor Jorge Toyama afirma que si bien la jornada no es un elemento esencial del contrato de trabajo, es tan importante que en función a su duración se puede definir si el contrato es típico o atípico, y así se determinará si goza de la protección total o parcial de las normas laborales<sup>1</sup>. Mayor importancia le otorga el profesor español Manuel Alarcón Caracuel<sup>2</sup> quien afirma que si desapareciera junto con la remuneración mínima, “el Derecho del Trabajo habrá muerto”.

Consideramos que no debe confundirse la jornada laboral máxima, establecida constitucionalmente, con la jornada laboral ordinaria<sup>3</sup>. Tenemos a esta última como la que decide la empresa, se acuerda por contrato o por convenio colectivo para que rija en un determinado centro de trabajo, haciéndose habitual. Ambas tienen un límite. La constitucional funciona en defecto que no se haya estipulado por la empresa o por acuerdo. La jornada ordinaria al establecerse puede coincidir con la jornada máxima o ser inferior a esta, pero nunca superior, incluso puede modificarse su límite habitual, pero igual sin superar a la máxima constitucional.

---

<sup>1</sup> Toyama Miyagusuku, Jorge. Derecho individual del trabajo. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2013, p 323.

<sup>2</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramón. La jornada ordinaria de trabajo y su distribución. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 40.

<sup>3</sup> Se hace este comentario debido a que percibimos que algunas veces se usan indistintamente ambos términos. Pensamos que la introducción del vocablo *ordinaria* en el artículo constitucional citado es innecesaria, en el sentido que bastaba que se estableciera que toda jornada de trabajo o laboral tiene un límite (máximo), sobreentendiéndose que se refería al límite que debe operar sobre toda jornada habitual (ordinaria) existente y preestablecida en el centro de trabajo. En ese sentido, a lo largo de nuestro trabajo nos limitamos a referirnos a la jornada laboral.

















































La Exposición de motivos<sup>50</sup> de la norma de registro que nos ocupa, expresa textualmente preocupación por el derecho a la jornada máxima de trabajo por su innegable importancia, su vinculación con la salud y la seguridad del trabajador (accidentes y enfermedades profesionales), con el desarrollo social y cultural del trabajador, con la productividad de las empresas, con los costos en los sistemas de seguridad social, con la promoción de empleo, entre otros temas, sin embargo termina sustancialmente siendo dejada de lado<sup>51</sup>, ya que a partir de ella resultó una norma de registro y control de asistencia como herramienta para verificarse la realización de trabajo en sobretiempo, para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones que nacen de este, así como para determinar las infracciones correspondientes, más no generó una norma de protección al derecho cuya importancia desarrolla.

La norma debió contener no solo una coerción y tipificación de infracciones<sup>52</sup> por su incumplimiento, sino -sin pecar de reglamentario- un marco más detallado de cómo deberían concretizarse las características del registro.

El detalle y precisión al que nos referimos es respecto a cuestiones como su exhibición y disposición permanente, lugar donde debe mantenerse, contemplar algunas infracciones (por deterioro, pérdida o adulteración), especificar características (registro general y no individual, foliado, no desglosable), que incluya a todo trabajador en el centro de trabajo (destacado, modalidad formativa, etc.).

En cuanto a las infracciones -que fueron derogadas por el reglamento de la ley general de inspección- es otra muestra de regulación deficiente. Solamente algunas de las infracciones fueron trasladadas a dicho reglamento y a las que subsistieron se les otorgó

---

<sup>50</sup> Que no fue publicada en el diario oficial “El Peruano”, y hemos encontrado en el Sistema Peruano de Información Jurídica-SPIJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

<sup>51</sup> El primer considerando del D.S. 004-2006-TR dice: “Que, el artículo 25 de la Constitución Política reconoce el derecho a una jornada máxima de trabajo; **en expresión de la necesidad de que la persona humana se desarrolle y relaciones en espacios distintos o complementarios al trabajo**”. (Negrita agregada).

<sup>52</sup> Infracciones contenidas en el artículo 8 del D. S. N° 004-2006-TR que fue derogado expresamente por la Segunda Disposición Final y Transitoria del D. S. N° 019-2006-TR, del 28 de octubre de 2006, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

una calificación *leve*<sup>53</sup> con lo que no significó una disuasión ni traba para incumplir con las obligaciones referentes a la jornada de trabajo máxima. Posteriormente con el D.S. N° 012-2013-TR del 6 de diciembre de 2013 las infracciones subsistentes aludidas sobre registro de asistencia fueron calificadas como *muy graves*<sup>54</sup>, aunque en la práctica se mantuvieron lamentablemente derogadas las siguientes: imponer horas de trabajo en sobretiempo, no pagar o compensarlas y no exhibir el registro. Aunque de algún modo estas se encuentren en otros tipos de infracción y con otro grado.

### **1.2.2. Nuevas tecnologías y posibilidades de control y registro.**

La ciencia y la tecnología han desarrollado una serie de aparatos de video, audio, entre otros, en su proceso de investigación para obtener soluciones, entre otras, a las necesidades de comunicación, de información, de protección a la propiedad, de seguridad (la inseguridad es creciente a nivel mundial). De ello han resultado sensores electrónicos, lentes, grabadoras, reproductores, etcétera, que pueden aplicarse para registrar con exactitud el tiempo de trabajo ordinario, de modo que se controle -el objeto de nuestra preocupación principal- el cumplimiento y respeto (la eficacia) del derecho humano laboral a una jornada máxima laboral y la consiguiente obtención del necesario descanso y/o tiempo libre del trabajador para crear las condiciones que le permita acercarse al logro de su proyecto de vida (personal, familiar, profesional, político, sindical), así como para la determinación precisa del tiempo de trabajo en sobretiempo, el mismo que debería efectuarse en los casos que extraordinaria y limitadamente permitiera la ley.

Las empresas actualmente vienen invirtiendo -no gastando- en la adquisición de los aludidos aparatos e implementación de los mismos con los softwares correspondientes. Así muchas empresas de distintos rubros y tamaño han comenzado a emplear mayormente sistemas de registro y control de asistencia y tiempo de trabajo por medio

---

<sup>53</sup> El artículo 23, numeral 23.6, del D. S. N° 019-2006-TR tipificaba como leve tres situaciones susceptibles de infracción: no llevar registro, impedir al trabajador registrarse y/o hacerlo por él.

<sup>54</sup> El artículo 2 del mencionado decreto supremo modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección, incorporando al artículo 25 de este, el numeral 25.19, cuyo texto es: “No contar con el registro de control de asistencia, o impedir o sustituir al trabajador en el registro de su tiempo de trabajo.”

de la huella dactilar. Ello ha superado, por ejemplo, al tradicional tarjetero que podía no cumplir su función de registro personal al ser indebidamente usado por los trabajadores, al reemplazarse entre ellos en el registro, dejando de ser personal, si no había una óptima (cercana e inmediata) supervisión del empleador.

Las nuevas tecnologías han significado, en efecto, nuevas posibilidades de registro y control con los consiguientes beneficios para el empleador y trabajador, al cumplir de mejor forma con los objetivos y utilidades relevantes ya esbozados<sup>55</sup>.

Por ello, reiteramos que deben primordialmente servir para el control del cumplimiento de la jornada de trabajo máxima y de los límites al trabajo en sobretiempo que deberían establecerse por ley; sin embargo, debido a la importancia del registro y la conducta de incumplimiento de algunos empleadores<sup>56</sup>, nos corresponde plantear la interrogante de si dichos sistemas o programas electrónicos son absolutamente inalterables y confiables o si significan a la vez nuevas modalidades o posibilidades de manipulación del registro, incluso en lo que respecta a la suplantación<sup>57</sup> con una clave por parte del administrador del sistema. Interrogante que se convierte en preocupación y sustenta la propuesta de inclusión en la regulación de mecanismos que prevean la anulación o por lo menos la reducción de tales posibilidades.<sup>58</sup>

## **2. La exclusión de la jornada máxima de trabajo.**

En el presente punto tratamos sobre la regulación de los trabajadores no comprendidos en la jornada máxima, sobre los casos de excepción que señala la ley y su falta de precisión, sobre la posibilidad de trabajo no remunerado que puede causar la exclusión

---

<sup>55</sup> De las Casas, Orlando. La aplicación de las nuevas tecnologías como forma de control empresarial. Soluciones Laborales, N°11, Gaceta Jurídica, noviembre 2008, Lima, pp. 31. El profesor concluye que las nuevas herramientas nos pueden ayudar, a partir del control que permiten respecto a un horario y jornada, a definir donde hay una relación laboral

<sup>56</sup> Pues el tarjetero al que nos referíamos antes, así como los cuadernos, carpetas, relaciones, etcétera, de registro y control que hasta la actualidad se usa también pueden ser indebidamente usados por el empleador, y no solo por el trabajador. Había, y hay casos, en que no se obliga firmarlas diariamente, son fáciles de “perderse” o rehacerse, no se cuenta con tantas tarjetas como trabajadores con vínculo real, entre otras situaciones anómalas.

<sup>57</sup> Que puede coincidir con una gravísima falsificación.

<sup>58</sup> El Sistema de inspección de trabajo debería considerar el tener o acudir a peritos especializados en sistemas informáticos.

de la jornada máxima y sobre los límites al empleador y a los trabajadores para decidir las aludidas exclusiones.

### **2.1. La regulación vigente.**

El artículo 5<sup>59</sup> de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo y los artículos 10 y 11 de su Reglamento, establecen cuáles son los trabajadores que no están comprendidos en el ámbito del derecho a la jornada de trabajo máxima, y el artículo 1 del D.S. N° 004-2006-TR estipula, como consecuencia, que “No existe obligación de llevar un registro de control de asistencia para...”<sup>60</sup> dichos trabajadores. Señalan tres casos: los trabajadores de dirección, los no sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes. En otras palabras, son excepciones<sup>61</sup> que terminan excluyendo a trabajadores de la percepción del derecho humano laboral a la jornada máxima de trabajo por laborar dentro de ciertas particularidades, cuya constitucionalidad es cuestionada por el profesor Elmer Arce<sup>62</sup>.

Las tres excepciones al importar negaciones de un derecho de tanta trascendencia, deben ser leídas en forma sumamente restringidas, más aún si las normas citadas no contienen en sí límites sino son definiciones generales que permiten interpretaciones amplias. Probablemente en el primer caso<sup>63</sup> citado se justifique la exclusión de derecho a la jornada máxima y la no obligación de anotar el tiempo de trabajo en el registro; en

---

<sup>59</sup> “Artículo 5. Trabajadores no comprendidos en la jornada máxima. No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.”

<sup>60</sup> A nuestro entender la norma yerra cuando señala textualmente “llevar un registro para...”, pues, podría entenderse que el empleador puede llevar registros individuales -lo que ya hemos criticado se realiza en la práctica con mala intención en algunos casos-. Además, debería la norma en cuestión haber establecido categóricamente que los trabajadores excluidos no están obligados de registrar su asistencia ni tiempo de trabajo y que el empleador no está facultado para obligar al trabajador a ello, de suceder lo contrario, quedaría sin efecto la exclusión.

<sup>61</sup> Mejía Madrid, Renato. La jornada de trabajo. [www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin.../doc\\_boletin\\_14\\_03.p...](http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin.../doc_boletin_14_03.p...)El profesor Renato Mejía sostiene que es cuestionable la constitucionalidad de las aludidas excepciones al no estar previstas en la Constitución Política.

<sup>62</sup> Arce Ortiz, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú. Palestra Editores S.A.C., Lima, 2013, p. 433.

<sup>63</sup> En cuanto a los trabajadores de dirección, no hay mayor resistencia a aceptar su exclusión. Empero, respecto a los de confianza que fueron incluidos por el reglamento, la propia norma da cierta condición para su exclusión.



el tercer caso, en principio<sup>64</sup> también podría justificarse, pero en el segundo de los casos, si bien no es fácil regular una excepción, que termina de alguna manera siendo general por la cantidad de situaciones concretas que pueden presentarse en su ámbito, merece el esfuerzo de ordenar un marco objetivo limitativo que represente una justificación de la exclusión.

### **2.1.1. El caso de los trabajadores “no sujetos a fiscalización inmediata” (NSFI). Una falta de precisión evidente.**

Ha llamado más nuestra atención, en este tema de las exclusiones, los trabajadores NSFI. El literal c) del artículo 10 del reglamento antes citado intenta definir quiénes son los trabajadores NSFI:

“c) Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, 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”.

En este caso de exclusión, al empleador le basta señalar unilateralmente que su trabajador no se encuentra sujeto a fiscalización inmediata para que efectiva y automáticamente quede excluido del derecho a la jornada máxima y en cierto modo de todos los derechos a los que está vinculado (descanso, familia, entre otros, ya referidos).

La empresa que dentro de su organización cuente con trabajadores que realizan por decisión del propio empleador, algunas o todas las labores sin supervisión inmediata, o que igualmente por decisión del propio empleador y la naturaleza propia de las funciones realizan sus labores parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, está facultado para realizar tal exclusión.

---

<sup>64</sup> Los de servicios intermitentes.

El reglamento no hace una precisión sobre qué considera parcial. Podríamos tener trabajadores que emplean la mitad de su tiempo de trabajo en actividades que realizan fuera del centro de trabajo<sup>65</sup> o la cuarta parte de la jornada u otra proporción, es decir, trabajadores que efectúan su trabajo parcialmente fuera del centro de trabajo, pero en pequeña, mediana o gran proporción dentro del mismo, por lo que no se justificaría la exclusión, ya que por no terminar su horario en el centro de trabajo (o por no comenzar o tener en medio de la jornada que realizar labores fuera de este) se les privaría del derecho a la jornada máxima con las consecuencias que se derivan de ello como es principalmente no descansar oportunamente o se le remunere trabajo en sobretiempo<sup>66</sup>. Obviamente, la exclusión del trabajador resultará menos justificable a menos tiempo labore fuera del local de la empresa.

En el caso del trabajador que efectúa sus obligaciones casi<sup>67</sup> totalmente fuera del local de la empresa es posible que aun laborando menos de la jornada máxima algunos días o más otros días, tenga como resultado una buena productividad que haga que el empleador esté satisfecho con el desempeño (resultado) y tenga por cumplida las obligaciones del trabajador, incluida la de la jornada, aunque probablemente no la haya completado realmente en promedio -y sea esto de conocimiento del empleador o no lo considere relevante- por el horario variable (e intermitente) que conlleva la naturaleza de sus tareas. Sin embargo, la regulación permite que debido a la variabilidad del horario, el empleador excluya al trabajador de la jornada máxima, lo que no sería tampoco justificable en todos los casos<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Lo que se conoce mayormente como trabajo de campo. Tenemos como ejemplos: cobradores, mensajeros, vendedores, supervisores, choferes, tramitadores, inspectores, instaladores, etcétera.

<sup>66</sup> Trabajo en sobretiempo, realmente extraordinario, y, por ende, limitado, que no significa en rigor una renuncia a la jornada laboral máxima.

<sup>67</sup> Decimos “casi” porque vemos imposible que toda las tareas y funciones se desenvuelvan fuera del centro de trabajo, empero se tendrían como trabajadores con labores desenvueltas totalmente fuera del centro de trabajo. Tipo al que se acercan más los trabajadores a domicilio o teletrabajo.

<sup>68</sup> De las Casas, Orlando. Límites a la jornada de trabajo. Soluciones Laborales, N° 8, Gaceta Jurídica, agosto 2008, Lima, p. 8. A partir del caso de los trabajadores repartidores, que realizan labores fuera del centro de trabajo, opina que la exclusión de la jornada máxima y de registrar su asistencia, está en relación con su posibilidad de controlar el tiempo de trabajo, lo que se logra por ejemplo con un dispositivo GPS (global positioning system).

Debemos entender entonces que lo único que justifica que un trabajador sea excluido del derecho a la jornada máxima es que no haya realmente modo alguno de medir su tiempo de trabajo, que el empleador no puede ejercer ninguna supervisión y que el horario y la jornada sean indeterminables. No se justifica la exclusión porque el empleador mismo disponga que las labores se realicen fuera del centro de trabajo, porque no le fija horario al trabajador, porque supone que el trabajador no completa en promedio la jornada máxima y realiza menos horas de trabajo del máximo permitido todos o algunos días de la semana o del mes<sup>69</sup> o porque que las labores tengan que realizarse por su naturaleza durante algunas o todas las horas de labor fuera del centro de trabajo. En todo caso, la exclusión unilateral podría estar encubriendo o facilitando una jornada extendida más allá del máximo permitido y exonerando al empleador de estructurar horarios flexibles que benefician a ambas partes laborales, ya que una buena distribución cualitativa del tiempo de trabajo máximo no perjudica los resultados o metas empresariales previstos y al trabajador le permite conciliar su vida laboral con la personal y familiar.

Entonces la regulación debe cerrar la posibilidad que la exclusión se deba a un simple no querer o desear controlar y medir el tiempo de trabajo por parte del empleador, a una decisión de este de renunciar en parte a su facultad de fiscalización, ni a la naturaleza de las labores<sup>70</sup>, sino solamente en el caso de una real imposibilidad de controlar y medir el tiempo en el que se desarrollan concretamente las labores.

El artículo 11 del reglamento de la ley de jornada de trabajo aporta a nuestra conclusión, pues, explicita para el caso de los trabajadores de confianza<sup>71</sup> que su

---

<sup>69</sup> Lo que está absolutamente permitido y es lo óptimo e ideal. En estos casos lo que corresponde al empleador es estructurar horarios flexibles.

<sup>70</sup> La parte final del artículo 11 del reglamento (D.S. N°008-2002-TR) establece que los trabajadores de confianza solamente están excluidos de la jornada máxima no por la naturaleza de su función, sino en los casos que nos están “sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo.”

<sup>71</sup> Que el reglamento, y no la ley, incluye como trabajadores excluidos, lo cual con toda razón el profesor Renato Mejía cataloga como una ilegalidad. Mejía Madrid, Renato. La jornada de trabajo. [www.trabajo.gob.pe/boletín/documentos/boletín.../doc\\_boletin\\_14\\_03.p...](http://www.trabajo.gob.pe/boletín/documentos/boletín.../doc_boletin_14_03.p...), consulta: 23 de noviembre de 2015.

exclusión no procede cuando están “sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo”, lo que por analogía indica que en el caso de los trabajadores NSFI, tampoco procedería la exclusión si estuvieran sujetos a control. Volvemos a la pregunta: ¿De quién depende el control: de la libre decisión del empleador, de la naturaleza de las labores, de la falta de herramientas para la supervisión y control o de una imposibilidad real de medición del tiempo de trabajo? La respuesta para el caso de los trabajadores NSFI es que no estarán sujetos a control en principio si es que hay un impedimento insuperable de la medición de su tiempo de trabajo por más variable que sea ello.

Queremos decir que en estos casos así como modernamente se envía información en tiempo real sobre las tareas asignadas, su gestión y sus resultados, de la misma manera en tiempo real se puede registrar el tiempo de trabajo.

En este aspecto juega un papel significativo los avances tecnológicos ocurridos intensamente en los últimos años, y que siguen ocurriendo, como por ejemplo cámaras de video o dispositivos conectados al sistema de geolocalización, que los empleadores deberían utilizar no solamente para la seguridad del centro de trabajo, del personal, de sus clientes y proveedores, para una mejor organización del trabajo, sino también para una exacta medición del tiempo de trabajo.

Queremos subrayar que algunas empresas podrían usar las herramientas tecnológicas modernas para el mero control (contradictorio<sup>72</sup>) del trabajador y no vinculado al desarrollo de las funciones y alcance de objetivos productivos y comerciales, en algunos casos concentrados en los calificados como “no sujetos a fiscalización inmediata” (NSFI), inclusive con posibles o concretas afectaciones -intencionales o no- a otros derechos constitucionales del trabajador (sindicalización, intimidad, etc.)<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Contradictorio cuando la empresa ha calificado al trabajador como NSFI. El profesor Renato Mejía asevera que el trabajador no sujeto a fiscalización inmediata “(...no registra su ingreso o salida, no puede recibir descuentos o sanciones por impuntualidad ni premios por puntualidad, no debe pedir permiso para ausentarse durante la jornada, etc.)”. Mejía Madrid, Renato. En: “La regulación del tiempo de trabajo”. *Ius et Veritas* N° 45, Lima, diciembre 2012, p. 315.

<sup>73</sup> De las Casas, Orlando. En: *Los poderes de dirección y control y sus límites en la sociedad de la información*. *Laborem* N° 14. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

### **2.1.2. ¿Jornada sin límites? ¿Trabajo sin remuneración?**

Está claro que en principio no puede haber jornadas sin límites, es decir trabajar más allá de la jornada máxima, como también es indiscutible que no puede haber trabajo sin remuneración<sup>74</sup>, por lo que cualquier exclusión sin justificación ni sustento en la realidad podría ocasionar ocultar jornadas laborales sin límites, sin registro, sin descanso oportuno suficiente y trabajo real en sobretiempo sin remuneración, lo que no es tolerado por la regulación de derechos humanos nacional, regional e internacional.

### **2.1.3. La necesidad de un marco objetivo de exclusión. Límites al empleador y al trabajador.**

La justificación de la exclusión como hemos planteado debería estar exclusivamente relacionada a la propia modalidad del trabajo que implica una variabilidad en los tiempos de trabajo (efectivos y de disposición) que hacen imposible su control. El empleador sin sufrir algún perjuicio pues obtiene del trabajador los resultados esperados, no registra ningún tiempo de labores con aceptación del trabajador en razón a que este podrá organizar óptimamente todo su tiempo (su vida), disponiendo libremente algunos momentos del mismo en beneficio propio y otros que considera oportunos y productivos en beneficio directo de la empresa. Claro está que el empleador renuncia a toda posibilidad de control del trabajador en la organización de su tiempo, sin que signifique que no se mantiene la subordinación.

**Límites al poder empresarial.** El empleador de efectuar renuncia a su derecho de control -característica de la subordinación-, no podrá efectuar ningún tipo de

---

2015, Lima, p. 77. Concluye que “La vida privada de todo trabajador es cada vez más reducida (...)”, pudiendo llegar a afectar derechos fundamentales incluso desde el momento de acceso a un empleo, cuando es revisado su currículum en el Internet.

<sup>74</sup> Constitución política peruana de 1993. El cuarto y último párrafo del artículo 23 dice: “Nadie está obligado a prestar trabajo sin remuneración o sin su libre consentimiento”.

supervisión o fiscalización<sup>75</sup>, ni podrá ordenar tiempos parciales a disposición del empleador que conlleven una supervisión inmediata, pues, como hemos expresado de suceder, automáticamente quedaría el empleador desautorizado para excluir al trabajador, que calificó como NSFI, del límite de la jornada laboral y de no registrar su tiempo de trabajo, recobrando aquel sus derechos.

**Límites a la autonomía de las partes.** No se puede pactar en contrario, por el principio de irrenunciabilidad de derechos, frente a normas imperativas, como son las referidas a la jornada laboral máxima (y deberían ser las referidas a límites de trabajo en sobretiempo y a la oportunidad de descanso como compensación por este trabajo expresado en horas extras de labor).

Queda en evidencia que no puede en ningún caso usarse la calificación de NSFI para evitar el reconocer una jornada de trabajo máxima y ocultar jornadas extensas superiores al límite constitucional y sin pago de horas de trabajo en sobretiempo.

El empleador en consecuencia tiene la obligación de implementar el sistema que considere más adecuado para la medición del tiempo de trabajo.

Lo antedicho en el presente documento implica la emisión de una normatividad que modifique inevitablemente la actual, generando la intervención del Estado respecto a la libertad de empresa, en la libertad de contratación (de las partes de la relación laboral) y hasta llevar a la confusión que se afecta a la libertad de trabajo y al derecho a una remuneración suficiente, por lo que nos obliga a realizar una breve justificación de ello. Nos referimos a la regulación indispensable sobre los límites al trabajo en sobretiempo, sobre el modo de llevar el registro de tiempo de trabajo, sobre la oportunidad -sin

---

<sup>75</sup> El artículo 22 del Código de Trabajo de Chile excluye de la limitación de la jornada de trabajo a los trabajadores “sin fiscalización superior inmediata”. Dirección del Trabajo del Gobierno de Chile. 2015. [http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-95516\\_recurso\\_1.pdf](http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-95516_recurso_1.pdf). La propia publicación cita dictámenes de tal dirección que han constituido jurisprudencia administrativa en el sentido que existe fiscalización superior inmediata cuando se enjuicia la labor desarrollada por alguien con mayor rango en una relación cercana-inmediata entendida como una “proximidad funcional”, por tanto de darse estas características en la labor desempeñada por el trabajador no podría excluirse de la jornada máxima.

cabida a pacto en contrario- de la compensación de trabajo en sobretiempo con tiempo de descanso y sobre la calificación de trabajador no sujeto a fiscalización inmediata, por ende, de su exclusión del derecho a la jornada máxima.

**El Estado y los particulares.** El empleador podría por su parte alegar que el derecho de organizar su empresa es afectada y que el derecho a la igualdad también, ya que hay empresas a las que sí se les permite establecer jornadas laborales por encima de la máxima. El trabajador podría alegar que no permitirle efectuar trabajo en sobretiempo es afectar su libertad de trabajo<sup>76</sup> y obtener una remuneración suficiente<sup>77</sup>, así como ambas partes laborales podrían alegar que se les afecta su libertad de contratar respecto a trabajo en sobretiempo y a cuando compensar con descanso el tiempo de trabajo en sobretiempo.

Nos sirve de fuente el texto sobre el juicio de ponderación sobre las relaciones laborales del profesor Wilfredo Sanguinetti<sup>78</sup> para abordar estos problemas de limitaciones de derechos constitucionales. Señala que las reglas que sirven “tratándose del análisis de la constitucionalidad de las leyes limitativas de derechos fundamentales, es la de entender que existe un margen estructural de decisión a favor del legislador, dentro del

---

<sup>76</sup> Lo que consideramos no se configuraría si entendemos como libertad de trabajo al derecho de escoger en qué y para quién trabajar. No hay duda que poner límites a las horas que el trabajador puede realizar no contraría su libertad de decidir qué servicios prestar y a quién se los presta. Por el contrario la limitación lo protege.

<sup>77</sup> Constitución Política del Estado. “Artículo 24.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual.”. Al respecto, David Duarte dice: “La idea subyacente que se mantuvo desde el principio es que la limitación de la jornada se entronca con la reducción del tiempo de labor para evitar la fatiga, aunque se corra el riesgo de perder el nivel de ingreso necesario para una vida digna, lo cual también cuenta con un piso por debajo del cual nos encontraríamos con un salario injusto. Por tal razón, motivaciones de orden biológico, social, técnico, cultural, económico y jurídico justificaron, en este sentido, la intervención estatal para lograr la paz social, proteger el interés de la comunidad y promover el bienestar general fijando un límite en el tiempo de labor y equilibrando las fuerzas del capital y del trabajo para obtener un salario digno frente a esos intereses en pugna. El primero por la obtención de una mejor rentabilidad sin mayores riesgos y el segundo por el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo.” <ftp://ftp.errepar.com.ar/Facebook/DoctrinaDuarte.pdf>

<sup>78</sup> Wilfredo Sanguinetti Raymond. Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima. 2013, p 83-95.

cual no puede ser considerado desproporcionado ni intervenir ni no intervenir, por lo que la decisión de hacerlo o no corresponde exclusivamente a este, en ejercicio de su competencia de desarrollo de la Constitución”.

**La relación entre los particulares.** El trabajador o la organización de los trabajadores podrían oponerse a la decisión unilateral del empleador de establecer permanentemente en la práctica una jornada laboral superior a la máxima o de calificar a uno o varios trabajadores como “no sujetos a fiscalización inmediata”, es decir, excluirlos del derecho a la jornada máxima y no registrar su tiempo de trabajo.

En lo relativo al caso en que se pondrían el poder empresarial, y su derecho a la libertad de empresa en todo su contenido, frente al derecho humano laboral de la jornada laboral máxima, basándonos en el texto citado del profesor Wilfredo Sanguinetti, podemos expresar que el que los derechos de ambas partes tengan la misma jerarquía, no puede significar que prime el del empleador, “la duda no puede inclinarse sino a favor de la no afección de derecho fundamental que pretende ser violentado”, en todo caso el empleador deberá mostrar un interés que prevalezca sobre el interés del trabajador. En los derechos que analizamos es claro que el del trabajador está vinculado a la dignidad de la persona y a la participación del trabajador en la materialización del principio democrático, mientras el del empleador su interés está ligado a objetivos patrimoniales, por lo que en el conflicto analizado primará el derecho del trabajador.

### **Conclusiones.**

1. La jornada de trabajo máxima está preceptuada por normas nacionales e internacionales, incluidos instrumentos de derechos humanos como la propia Declaración Universal de Derechos Humanos.
2. La jornada de trabajo máxima es un derecho imperativo e irrenunciable que está vinculada al descanso y a otros derechos humanos como a la vida, la salud, la familia, la educación, entre otros.



3. La jornada de trabajo máxima en el Perú es regulada deficientemente, al no ordenar que su realización tenga límites diarios, semanales, mensuales o anuales como en la mayoría de los países de la región americana.
4. La regulación del registro de control de asistencia es deficiente. Su preocupación está orientada a garantizar -sin conseguirlo cabalmente- el control de la asistencia y el trabajo en sobretiempo, pero no a la eficacia plena del derecho a la jornada de trabajo máxima.
5. Se excluye a trabajadores del derecho a la jornada de trabajo máxima por laborar parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, de manera tan general que permite que el empleador unilateral y arbitrariamente decida la exclusión que puede encubrir jornadas excesivas sin remuneración.
6. Las exclusiones a la jornada máxima y al registro de control de asistencia solamente se justifican cuando existe la imposibilidad de controlar el tiempo de trabajo. Los avances tecnológicos son importantes para determinar el tiempo de trabajo.
7. Se hace imperativa la tipificación específica y detallada de infracciones en materia de jornada de trabajo máxima y registro de asistencia, y una política de reforzamiento de la Inspección del Trabajo.
8. Es necesaria la dación de una norma que establezca límites y consecuencias a la realización de trabajo en sobretiempo y una modificación de las normas referente a sobretasas, registro de asistencia y exclusiones de trabajadores de la jornada máxima.
9. Es justificable y razonable que el Estado limite la facultad del empleador de disponer trabajo en sobretiempo, estableciendo límites a su ejecución, así como prohibirles a las partes laborales de pactar por encima del límite que debe establecerse.
10. Es justificable y razonable que el Estado limite la facultad del empleador de calificar a los trabajadores para excluirlos de la jornada de trabajo máxima, así como prohibirles a las partes laborales acordar tal exclusión, salvo cuando configure una conciliación de la vida laboral con la familiar y personal.

## Bibliografía:

1. Alfonso Mellado, Carlos L. Las Horas Extraordinarias. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007.
2. Arce Ortiz, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú. Palestra Editores. 2013.
3. Boza Pro, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Fondo Editorial PUCP. 2012.
4. Bregaglio, Renata. El sistema universal de protección de los derechos humanos. En: Manual de Protección Multinivel de Derechos Humanos. Red de derechos humanos y Educación Superior, Lima, 2013.
5. Canessa Miguel. Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derecho (*core rights*) y el *ius cogens* laboral. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 72, Madrid.
6. De las Casas, Orlando. La aplicación de las nuevas tecnologías como forma de control empresarial. Soluciones Laborales, N° 11, Gaceta Jurídica, noviembre 2008, Lima.
7. De las Casas, Orlando. Límites a la jornada de trabajo. Soluciones Laborales, N° 8, Gaceta Jurídica, agosto 2008, Lima.
8. De las Casas, Orlando. En: Los poderes de dirección y control y sus límites en la sociedad de la información. Laborem N° 14. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2015, Lima,
9. García Manrique Álvaro. Remuneraciones y Beneficios Sociales. Gaceta Jurídica SA. 2014.
10. Mejía Madrid, Renato. La jornada de trabajo.  
[www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin.../doc\\_boletin\\_14\\_03.p...](http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin.../doc_boletin_14_03.p...)
11. Mejía Madrid, Renato. “La regulación del tiempo de trabajo”. Ius et Veritas N° 45, Lima, diciembre 2012.
12. Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del trabajo. Fondo Editorial PUCP. 2012.
13. Plá Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del trabajo. Montevideo.
14. Ramos Quintana, Margarita Isabel. Los Descansos Laborales. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 121-122.
15. Rubio Correa, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2015.
16. Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2013.
17. Toyama Miyagusuku, Jorge. Derecho individual del trabajo. Gaceta Jurídica S.A. 2013.
18. Vega Ruíz, María Luz. La reforma laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado. OIT. 2005.

