

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 laborales¹. Mayor importancia le otorga el profesor español Manuel Alarcón Caracuel² 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 ordinaria³. 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.

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

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

³ 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.

Se puede hablar de la jornada de trabajo diaria o semanal, debido a que el texto del primer párrafo del artículo 25 de la Constitución Política del Perú de 1993 dice lo siguiente: “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. (...)”. Los profesores Elmer Arce⁴ y Renato Mejía⁵ han hecho la observación y referido las consecuencias de la diferencia entre dicho artículo y el del Convenio OIT N° 1, en el sentido que este contiene el conjuntivo “y”, mientras el citado artículo 25 contiene un disyuntivo “o”. Somos de la opinión que dentro de la realidad socio económica actual, la flexibilización en la organización del trabajo y los cambios consiguientes en la regulación de las relaciones laborales, es comprensible el disyuntivo observado, pues guarda coherencia con las necesaria y variable distribución del tiempo de trabajo, siempre que opere con respeto de la duración máxima de la jornada de trabajo y con limitación expresa del trabajo en sobretiempo, lo que prevé el mismo convenio OIT citado.

El profesor Marcial Rubio⁶ comenta el artículo en el sentido que se podrá trabajar más de ocho horas diarias, pero “-con un tope máximo regulado por ley-“, es decir, deduce que si bien puede haber trabajo en sobretiempo, este deberá ser excepcional y con un lógico límite.

Al señalar el segundo párrafo del artículo 25 de la Constitución Política del Perú de 1993 que “Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio.”, el profesor prosigue su comentario del artículo señalando que hay un descanso anual “pagado como si estuviera trabajando”, a lo que debemos añadir que si bien la Constitución peruana expresa que hay un descanso semanal y un descanso anual remunerados, al fijar una jornada laboral diaria máxima, está fijando un descanso diario que si bien no es remunerado como los otros dos, es igualmente

⁴ Arce Ortiz, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú. Palestra Editores, 2013, pp.432-433.

⁵ Mejía Madrid, Renato. La jornada de trabajo. www.trabajo.gob.pe/boletín/documentos/boletín.../doc_boletin_14_03.p..., consulta: 23 de noviembre de 2015.

⁶ Rubio Correa, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2015.

de naturaleza imperativa. La profesora española Margarita Ramos⁷ nos explica que el artículo 40.2 de la Constitución española de 1978 manda que los poderes públicos “*garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada de trabajo*”, con lo que establece el derecho a un descanso necesario que está indudablemente ligado al derecho a la salud y que conduce a determinar necesariamente la limitación de la jornada laboral por ley para garantizar el descanso, haciéndolo exigible.

Es innegable entonces que la Constitución peruana le fija un tiempo máximo a la jornada laboral por la necesidad de descanso del trabajador, constituyéndose en un derecho que tiene vinculación estrecha con otros de igual jerarquía como el derecho a la salud, a la vida, a la seguridad, a la educación, a la familia, entre otros. Está sobrentendido que el descanso permitirá al trabajador contar con tiempo que podrá dedicar a su familia beneficiando a sus miembros⁸ por la atención brindada, a su educación luego de sus labores en el centro de trabajo, a su esparcimiento (cine, lectura, deporte, etc.) que podrá servir a la vez para su salud emocional, que servirá para evitar un sobreesfuerzo que ponga en riesgo a su salud, a su propia integridad física o la de sus compañeros de trabajo por accidentes de trabajo, para evitar causar daños en los bienes o producción de la empresa, bajar su rendimiento e incluso afectar a terceros por impedir la creación de un nuevo puesto de empleo. El profesor español Carlos Alfonso Mellado⁹ coincide con lo expresado al señalar que la limitación de la jornada de trabajo es un problema social y jurídico, por eso atiende a diferentes objetivos como política de empleo, conciliación de la vida personal y laboral, costumbres, entre otros. El profesor Elmer Arce¹⁰ sobre el punto agrega algo muy importante que citamos: “Primero, los tiempos libres permiten la consolidación del

⁷ Ramos Quintana, Margarita Isabel. Los Descansos Laborales. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 121-122.

⁸ Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su numeral “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”, y el artículo 24, numeral “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”.

⁹ Carlos L. Alfonso Mellado. Las Horas Extraordinarias. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 57-58.

¹⁰ Arce Ortiz, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú. Palestra Editores, 2013, p.431.

individuo como ciudadano. No se puede concebir una democracia sin personas que vuelquen sus tiempos libres en las cuestiones cívicas. La participación social exige condiciones reales por parte de los miembros de una sociedad.”

2. La jornada máxima en instrumentos internacionales. Convenios de Derechos Humanos y OIT.

2.1. Derechos humanos

El hecho que la jornada de trabajo máxima se encuentre en instrumentos internacionales es de suma importancia, pues, le da solidez jurídica a la invocación de su exigibilidad.

En el debate doctrinario sobre la necesidad de la existencia de un núcleo duro de derechos, así como en el de su construcción, es decir, de un conjunto de normas imperativas cuya eficacia sea inevitable por estar contempladas en instrumentos internacionales, la jornada de trabajo máxima aparece en el núcleo propuesto por varios autores. El profesor Miguel Canessa¹¹ cita en ese sentido a Steve Charnovitz, a Américo Plá y a Oscar Ermida.

El profesor Guillermo Boza¹² elabora un cuadro de los instrumentos de derechos humanos que han implicado la internacionalización del derecho del trabajo, cuya importancia resalta al significar una consolidación del derecho del trabajo. A partir de dicho cuadro realizamos las citas de los artículos, relacionados a nuestro tema, siguientes:

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (1948) reconoce a la jornada máxima de trabajo como derecho humano en el artículo 24, estableciendo que:

“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” (negrita agregada).

¹¹ 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, p. 113-118.

¹² Boza Pro, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Fondo Editorial PUCP. 2012, p.26-27.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-DESC (1966), señala en el artículo 7, en forma similar a la DUDH, que:

“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

(...)

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas así como la remuneración de los días festivos”.

El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-DESC (1988), también establece en el literal g del artículo 7 que los estados garanticen de manera particular:

“g. **la limitación razonable de las horas de trabajo**, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;

h. **el descanso, el disfrute del tiempo libre**, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.”

2.2. Convenios OIT.

Convenios importantes, en especial el Convenio N° 1 por su valor histórico, adicional al que tiene por ser producto del tripartismo (Estados, empleadores y trabajadores) y su inserción en las normativa peruana al haber sido ratificado hace setenta años.

Convenio OIT N° 1. Convenio sobre las horas de trabajo (industria). 1919.

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, (...)”

El convenio que citamos a continuación contiene notables normas que se explican por sí solas. Debemos señalar que no ha sido ratificado por el Perú, a diferencia de Argentina, Colombia, Chile, Paraguay y Uruguay, por lo que el límite de las diez horas de labor diaria para el amplio sector comercio y administrativo que ordena el artículo 4, no forma parte de nuestro ordenamiento interno, sin embargo, es una importante referencia para desarrollar la jornada laboral máxima prevista en la Constitución política peruana.

Convenio OIT N° 30. Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas). 1930.

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**. (Negrita agregada).

Convenio OIT N° 67. Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso (transporte por carretera). 1939.

Este convenio ratificado por escasos cuatro países, entre los que se encuentra el Perú, incluye interesantes normas en cuanto al máximo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales y dispone que la excepción que cupiese es con límites.

Artículo 5.

1. Las horas de trabajo de las personas a quienes se aplique el presente Convenio **no deberán exceder de cuarenta y ocho por semana**. (Negrita agregada).

2. La autoridad competente podrá autorizar límites semanales más elevados a las personas que efectúen habitualmente y en gran proporción trabajos auxiliares o cuyo trabajo sea interrumpido frecuentemente por períodos de simple presencia.

Artículo 7.

1. Las horas de trabajo de las personas a quienes se aplique el presente Convenio **no deberán exceder de ocho por día.**

2. Cuando, en virtud de una ley, costumbre o acuerdo entre las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores (o, a falta de dichas organizaciones, entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores), el número de horas de trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho, una disposición de la autoridad competente, o un acuerdo entre las organizaciones o los representantes de los interesados, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los demás días de la semana; sin embargo, **en ningún caso el límite diario de ocho horas podrá sobrepasarse en más de una hora**, en virtud de las disposiciones de este párrafo. (Negrita agregada).

Por último, en este punto no podemos dejar de mencionar, por su vinculación con lo tratado en el presente trabajo, los siguientes Convenios y Recomendaciones OIT: Convenio N° 156, sobre los Trabajadores con responsabilidades familiares, (1981), ratificado por el Perú; Convenio N° 47, sobre las 40 horas de trabajo (1935), no ratificado por Perú; Recomendación N° 116, sobre la reducción de la duración del trabajo (1962); y Recomendación N° 165, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

3. El carácter irrenunciable de la jornada máxima de trabajo y la autonomía de las partes.

Nos preguntamos si es posible renunciar a la jornada laboral máxima¹³. Jurídicamente creemos que no, empero como es un derecho de goce diario, en el tracto sucesivo, en la realidad puede quedar prácticamente sin eficacia.

Sabemos que es propio a la naturaleza autónoma y protectora del derecho laboral que contenga normas imperativas y por tanto ningún trabajador puede dejar de lado un beneficio que le otorga la normatividad vigente, menos aún si el derecho tiene jerarquía constitucional, está vinculado a otros derechos constitucionales, a derechos de terceros y está estipulado en normas internacionales que forman parte del sistema jurídico peruano.

El trabajador que labora más allá de la jornada laboral máxima, en efecto deja de lado parte del descanso que le corresponde a diario, para al día siguiente volver a tener el derecho. Margarita Ramos¹⁴ asevera que “Su finalidad no es otra que la protección de la salud del trabajador, por lo que resulta obligado establecer una pausa obligatoria...” que “Constituye un período de tiempo que no admite ni fracción ni renuncia”.

Recordemos que el artículo 26 de la Constitución Política del Perú de 1993 ordena que “(...) se respetan los siguientes principios (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (...)”, como es el caso precisamente de la jornada laboral máxima.

El principio en mención tiene la lógica que si el derecho del trabajo protege al trabajador, como la parte con menos poder en la relación laboral, no puede admitir que él mismo disponga libre y voluntariamente de los beneficios que se le otorga. Así, el principio referido es una regla a diferencia de lo contemplado en el derecho civil, donde la irrenunciabilidad es una excepción.

¹³ Debemos precisar que lo expuesto en las líneas siguientes se aplica también a la jornada laboral ordinaria establecida por el empleador, por contrato o convencionalmente. Recordemos que la jornada ordinaria de trabajo y la jornada máxima de trabajo pueden coincidir o la ordinaria ser inferior.

¹⁴ Ramos Quintana, Margarita Isabel. Los Descansos Laborales. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 126.

Si fuera otro derecho sería claro que la renuncia es nula e ineficaz, pudiéndose reclamar su restitución y recuperar el goce perdido, pero en este caso como al no gozar completamente del derecho a descanso diario, se continua trabajando más allá del contrato para el mismo empleador, remunerando este por el servicio prestado fuera de la jornada, se queda el trabajador a primera vista sin ninguna posibilidad de recuperar el tiempo de descanso, ni de revertir la afectación a los otros derechos con los que se vincula la jornada laboral máxima.

No puede pensarse que la sobretasa -cualquiera que sea su porcentaje o monto- por las horas laboradas en sobretiempo sustituya o compense los derechos afectados con la renuncia. Peor aún, una elevación de la sobretasa vigente aludida, promovería la renuncia o ineficacia que criticamos, aunque no estaría prohibida, pues los derechos necesarios relativos siempre se pueden mejorar. Más adelante nos referiremos a proponer una solución basada en la limitación de la realización de trabajo en sobretiempo como se da en la mayoría de países de la región.

Queda claro que ante la renuncia a la jornada laboral máxima, y a la disminución de su eficacia, la relación laboral se mantiene inalterable, pero lo que no queda claro es que en todos los casos de renuncia de este derecho se esté ejerciendo libre y voluntariamente la libertad de trabajo. Nos plantea esta duda debido a que una lealtad y buena fe mal entendida a veces por ambas partes laborales, una dependencia económica existente que puede condicionar al trabajador a no denunciar incumplimientos para evitar la posible pérdida del empleo y su sustento económico familiar, puede llevarlo a acatar sin reclamo una imposición de trabajo en sobretiempo. Pueden darse situaciones más graves, en la que el empleador obliga al trabajador a quedarse en el centro de trabajo, sin que medie un caso de fuerza mayor o caso fortuito, allí cometería un ilícito penal insalvable si se llegara a privar al trabajador de su libertad individual, cuya sanción no solo sería una sobretasa por las horas extras de trabajo realizadas de modo impuesto, que trataremos más adelante, sino además sanciones administrativas y penales.

La renuncia que nos ocupa puede ser expresa o tácita a diario, a pesar que del propio texto, contenido y razón del artículo 25 de la Constitución peruana, resulta indiscutible que estamos frente a un derecho irrenunciable, aunque lamentablemente con una eficacia disminuida.

Ante tal situación, es justificable la intervención del Estado para proteger al trabajador como persona durante su relación laboral. El profesor Américo Plá¹⁵ menciona a José Manuel Almansa para aclarar que el principio de irrenunciabilidad no se limita **al abandono** de un derecho cuya norma lo prohíbe, sino a la naturaleza general de indisponibilidad de los derechos.

El profesor Américo Plá a continuación vincula al principio de la irrenunciabilidad con las normas imperativas en el sentido del *ius cogens*, es decir por “las normas que deben cumplirse, cualquiera sea la voluntad de las partes.”, y cita a Egon Félix Gottschalk para concluir que no porque se limita la reglamentación de las relaciones, ello sea un límite a la contratación, sino que lo que el derecho del trabajo garantiza es el acercamiento a una libertad real al no permitirse la explotación del trabajo.

En ese sentido debe señalarse que las partes de la relación laboral no pierden su libertad de contratar por encima de los mínimos fijados, y en el caso de la jornada de trabajo máxima, por debajo de esta, pero sin trastocar la protección del trabajador ni de los fines de orden público perseguidos, incluida la defensa de terceros como los miembros de su familia, de la seguridad de los trabajadores o de personas a la expectativa de una oportunidad de empleo (derecho constitucional al trabajo). Aquí es pertinente usar la clasificación de normas que el profesor Javier Neves¹⁶ explica en función al nivel de imposición de ellas frente a la autonomía privada, así entendemos que el derecho a la jornada de trabajo con un límite de horas es una *norma máxima de derecho* por cuanto no deja espacio a las partes de la

¹⁵ Plá Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del trabajo. Montevideo, pp. 72-73

¹⁶ Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del trabajo. Fondo Editorial PUCP. 2012, p.59.

relación laboral para que la sobrepasen, debido a que ello significaría una desmejora del derecho al descanso que conlleva, a diferencia de las *normas de derecho necesario relativo* que permite a la autonomía privada acordar a partir de un mínimo establecido, ya que ello beneficia al trabajador¹⁷.

III. La regulación de la jornada de trabajo máxima.

A continuación realizamos una apreciación de varios aspectos de dicha regulación¹⁸, que no es otra que la del derecho constitucional y a la vez derecho humano laboral¹⁹ a la jornada de trabajo máxima. Nos referimos básicamente al D.S. 007-2002-TR que corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (la Ley), y al D.S. 008-2002-TR y el D.S. 012-2002-TR (el Reglamento).

1. La extensión de la jornada máxima. Tasas, Límites, Compensación, Registro y control.

¹⁷Las normas actuales en el Perú sobre horas de trabajo en sobretiempo u horas extraordinarias vendrían -a nuestro entender- a ser de derecho necesario relativo, siendo su piso el límite (máximo) constitucional de la jornada laboral, y teniendo las partes libertad para a partir de allí pactar la ejecución ilimitada de horas extras de trabajo, sin embargo, paradójicamente si bien ello significa mayor ingreso para el trabajador, acarrea perjuicio para su salud, su familia, etcétera, además de restarle eficacia inmediata al derecho constitucional a una jornada laboral máxima. Si las horas extraordinarias tuvieran tope, como debería ser por su propia naturaleza y acorde con el derecho que nos ocupa, serían también normas máximas de derecho necesario.

¹⁸ El 1 de octubre de 1996 entró en vigencia el D.L. 854, el que fue reglamentado por el D.S. 008-97-TR, luego modificado por la Ley N° 27671. Se denominaba Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo. Este nombre se ha mantenido y dada sus modificaciones ocurridas en el tiempo se dictó el D.S. 007-2002-TR que corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley antes citada, a continuación se dictaron el D.S. 008-2002-TR y el D.S. 012-2002-TR que conforman el nuevo Reglamento de dicha Ley.

¹⁹ “Así entiendo que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo”. Canessa Montejo, Miguel F. *Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral*. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 72. Madrid.

La ley citada fija las infracciones a la jornada máxima de trabajo²⁰, luego le otorga al empleador una serie de facultades como la de establecer la jornada y el horario

ordinarios, turnos fijos y rotativos²¹, jornadas compensatorias, modificar la jornada y el horario, etc. poniendo interés en el sentido que “sin que en ningún caso la jornada exceda de cuarenta y ocho (48) horas por semana”, de acuerdo al texto del artículo 25 de la Constitución peruana de 1993, lo cual después queda totalmente desvirtuado como veremos líneas más adelante.

1.1. El trabajo en sobretiempo. Tasas, ausencia de límites y compensación.

1.1.1. Trabajo en sobretiempo. Características.

El trabajo en sobretiempo (TST)²² es definido por la Ley, en concordancia con el sistema jurídico peruano, como voluntario, sin embargo, prevé la posibilidad que en algunos casos obligatoriamente se tenga que realizar o que sea impuesto en contra de la voluntad del trabajador.

Sobretiempo voluntario.

Por un lado, la empresa no está obligada en absoluto a programar TST, aun cuando tuviera necesidades de producción o los trabajadores le solicitaran su programación, no se le podría en principio obligar a programarlas, ello importa una libre decisión

²⁰ Las infracciones son consideradas como de tercer grado, según el Decreto Legislativo N° 910, ya derogado, lo que actualmente equivale a infracciones muy graves estipuladas en el artículo 25.6 del D.S. N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley N° 28806, Reglamento de la Ley General de Inspección.

²¹ El artículo 8 de la Ley sugiere bien que el turno nocturno sea rotativo, esto en razón a la afectación a la salud del trabajador que labora de noche. En nuestra opinión debería fijarse como obligación, salvo personal y acreditada objetiva excepción.

²² La regulación peruana trata de no usar el término horas extraordinarias, usa el término trabajo en sobretiempo o el de horas extras en pocos casos, al que no le pone límites, así evita manifestar la contradicción en los términos. El profesor Renato Mejía cita al respecto a Alfredo Melgar Montoya: “las horas extraordinarias habituales (llamativa contradicción en los términos) sería en realidad una desnaturalización de la figura, a la que se recurriría más que para atender a las necesidades anormales de la empresa, para eludir a la contratación de nuevos trabajadores.” En: Mejía Madrid, Renato. “La regulación del tiempo de trabajo”. Ius et Veritas N° 45, Lima, diciembre 2012, p. 331.

empresarial. Por otro lado, el trabajador no está obligado a efectuarlo aun cuando el empleador hubiese decidido producir fuera del horario establecido y se le solicitara con anticipación realizarlo.

Sobretiempo obligatorio.

La ley estipula en el segundo párrafo de su artículo 9 que es obligatorio para el trabajador hacer TST, aun en contra de su voluntad, debido a una situación concreta de peligro para las personas y/o bienes del centro de trabajo o que de no realizarse el TST se interrumpiría en adelante la actividad empresarial. Situación que es generada por un caso fortuito o de fuerza mayor, considerándose cualquiera de estos por el artículo 19 del Reglamento como un hecho inevitable, imprevisible e irresistible que obliga a continuar las labores más allá de la jornada habitual en el centro de trabajo para resolver justamente el peligro y sus consecuencias perjudiciales, lo cual es aceptable pensando no solo en la continuidad de la empresa y en su seguridad, sino en la de los puestos de trabajo y la seguridad de los propios trabajadores²³.

Sobretiempo impuesto

El tercer párrafo del artículo Art 9 de la Ley consigna la consideración que el TST impuesto es sancionable con infracción administrativa de tercer grado²⁴. Seguidamente establece una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra²⁵. Ante la falta de explicitación, la pregunta que surge es qué indemniza: la falta de descanso o la imposición. Asumimos que la imposición es la razón por la que se indemniza, debido a que el párrafo se trata sobre la voluntariedad del TST²⁶. Así como también por la misma razón dispone que la autoridad administrativa de trabajo en tal situación deba sancionar al empleador por la comisión de lo que se califica como infracción muy grave.

²³ Carlos L. Alfonso Mellado. Las Horas Extraordinarias. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 73. El profesor español expone que este tipo de horas extraordinarias en España tienen menor tasa de retribución y no son computadas como tales para efectos de verificar los límites fijados por ley para su realización.

²⁴ Lo que hoy es considerado como infracción muy grave por el Reglamento de la Ley general de inspección de trabajo.

²⁵ La modalidad de cálculo es establecida en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley y 24 de su Reglamento.

²⁶ Además, del análisis integral de la ley y el reglamento consideramos que no hay la intención de garantizar el descanso del trabajador.

En una imposición de TST estamos indiscutiblemente frente a una violación del derecho a la libertad de trabajo, que podría coincidir en algún caso específico con la de la libertad individual y lindar con el trabajo forzoso; situación que no es alejada de nuestra realidad. La norma comentada -reiteramos- considera que tal afectación es indemnizable con el 100% del “valor de la hora extra”, es decir que si se paga actualmente 25% por hora extra (las dos primeras horas²⁷) voluntaria, se pagará 50% si al trabajador se le impone realizar labores en contra de su voluntad. Este criterio no es siquiera compatible con la propia normatividad sobre descansos semanal y anual (vacaciones) obligatorios, que ordena pagar -en caso de no gozar con el descanso físico correspondiente en su oportunidad- a manera de compensación por el sobre esfuerzo, en una especie de TST²⁸, el 100% de la remuneración por el trabajo realizado. Criterio al que se debe asimilar por analogía a la jornada de trabajo máxima, por su vinculación con el descanso diario obligatorio.

Dificultades probatorias de las horas extras de trabajo.

El tercer párrafo del artículo 9 comentado termina con la expresión: “cuando este demuestre que le fue impuesta”, con lo que da la carga de la prueba de la imposición al trabajador, lo que es un desacierto, ya que el trabajador no se encuentra en buena posición probatoria, no hay forma que demuestre algo negativo, que no dio su consentimiento para TST²⁹, además tomemos en cuenta que el trabajador no gestiona el tiempo de trabajo, ni maneja documentos de índole laboral, como podría ser, por ejemplo, una “papeleta de aceptación de horas extras” o “papeleta de acuerdo de

²⁷ A partir de la tercera hora extra la sobretasa aumenta a 35% por hora.

²⁸ Decimos una especie de TST, porque al laborar después del límite de la jornada semanal o anual, en el que corresponde descansar, se está efectuando un TST, en otras palabras este no solamente al trabajo extra diario.

²⁹ Lo que podría demostrar, por ser un hecho positivo, es que fue obligado a quedarse en el centro de trabajo, pero nos preguntamos si en la práctica algún empresario-empleador va a imponer ello por escrito. Dificil situación

sobretiempo”³⁰ que mostrarían la voluntaria ejecución de horas extras y no una imposición.

La ausencia de gestión por parte del empleador de un documento como los indicados, por organización deficiente o aprovechando que la norma no lo exige, hará que sea casi imposible que el trabajador demuestre que fue obligado a realizar trabajo en sobretiempo³¹, es decir más allá de su jornada laboral.

El quinto párrafo del artículo 9 que venimos comentando establece, sin hacer distingo entre TST voluntario o impuesto, que si se acreditara trabajo en sobretiempo –se supone trabajo efectivo en ausencia de los documentos que sugerimos que la norma exija de acuerdo a nuestra realidad-, se entenderá que sí fue autorizado y por tanto deberá pagarse lo correspondiente. ¿Podría haberse dispuesto consecuencia diferente?, creemos que no; ¿podría haberse obviado el párrafo?, creemos que sí. En cierto modo, se dispone que el trabajador pruebe también el sobretiempo voluntario cuando el empleador no extienda una constancia de la programación de TST.

La inequitativa exigencia de darle al trabajador la carga de la prueba de TST, independientemente que si es voluntario o impuesto, se repite en el artículo 10-A cuando después de afirmar que el empleador tiene la obligación de llevar el registro de las horas de trabajo, lo cual es un deber inobjetable, termina señalando que la deficiencia³² en el registro, no hace perder el derecho del pago respectivo, pero siempre y cuando el trabajador demuestre que las realizó.³³ En todo caso, está estableciendo -lo

³⁰ Hemos visto en la práctica “papeleta de solicitud de horas extras” y “papeleta de solicitud de vacaciones”, como si fueran iniciativas del trabajador en documentos realmente elaborados por el empleador, cuando lo cierto es que la oferta de trabajo extra (ni siquiera extraordinario) o la oportunidad de descanso anual nacen del empleador.

³¹ Asuntos que lamentablemente no se cuentan cómo trabajo en sobretiempo obligatorio, son que el trabajador acepte su realización por mantener su puesto de trabajo o por necesidad de alcanzar una mayor remuneración. Situaciones que sustentan la necesidad de contar con expreso límite al trabajo en sobretiempo que líneas más adelante tocamos.

³² Asumimos que la norma comentada asimila sistemáticamente en su lógica el caso de la ausencia de registro en el centro de trabajo. Lo que evidentemente también criticamos.

³³ En el caso de trabajadores de la actividad de comercio, servicios y similares, probablemente el trabajador posea documentos (memorandos, correos electrónicos, órdenes de compra, guías de remisión etc.) que puedan probar el TST, lo cual es más difícil en trabajadores de producción en planta, por lo que se hace necesario contar con una eficiente y permanente fiscalización, con

que no constituye una innovación- que el registro de control no es el único documento para probar el tiempo de trabajo.³⁴ Podemos ver que no hay un apercibimiento en el caso de incumplimiento del registro, con lo que el empleador se beneficia de su infracción y no asume ninguna consecuencia³⁵ frente al trabajador que ve afectados sus derechos precisamente por su aludida mala conducta.

El cuarto párrafo del artículo 9 comentado establece que la autoridad administrativa de trabajo realice permanentemente inspecciones, poniendo un énfasis controlador que no aparece en otras normas laborales que regulan otros derechos cuyo cumplimiento deben igualmente fiscalizarse. El legislador al emitir la norma ha tomado en cuenta lo complejo del asunto, que se agrava al no ser óptima, y necesita que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral enfrente las dificultades propias del tema y las deficiencias normativas con la presencia de los inspectores en los centros de trabajo. En sí, la norma regula uno de los derechos laborales más significativos.

Pero no obstante que el cuarto párrafo comentado, el artículo 13 de la Ley y el artículo 22 del Reglamento remarcan que es función del Estado vigilar el cumplimiento de las obligaciones del empleador en relación al derecho que nos ocupa, y que reconozcamos que sobretodo en esta materia es importante la actuación de la superintendencia antes mencionada, no podemos dejar de reiterar que es indispensable modificar las actuales normas y adecuarlas al texto constitucional y a las normas internacionales que forman parte de nuestro sistema jurídico. Una vigilancia del cumplimiento de TST es difícil³⁶, peor aún si no se cuenta con una regulación adecuada.

sanciones proporcionales y efectivas sobre registro de control, pero lo más importante con una limitación al TST.

³⁴ El profesor Renato Mejía cita al respecto a Giovanni Priori y Roberto Pérez-Prieto: “La carga de la prueba solo opera en los casos en los que no se encuentra en el proceso los medios de prueba respecto de un hecho. De este modo, no es una regla necesaria, sino contingente, que se da a fin de permitir al juzgador una resolución sobre el fondo del asunto.” En: Mejía Madrid, Renato. “La regulación del tiempo de trabajo”. *Ius et Veritas* N° 45, Lima, diciembre 2012, p. 334.

³⁵ Salvo las sanciones administrativas como infracciones muy graves por no contar con el registro o impedir o sustituir al trabajador en la anotación de su tiempo de trabajo que hasta la dación del D.S. N° 012-2013 TR eran consideradas faltas leves.

³⁶ Más aún si no vemos hasta la fecha signos de una política decidida de reforzar la inspección a través de mayores y mejores recursos y una gestión eficiente, entre otros aspectos, la fiscalización laboral en el Perú no es suficiente.

1.1.2. Tasas y ausencia de límites.

El primer párrafo del artículo 10 de la Ley regula que las horas de trabajo en sobretiempo deben ser remuneradas con un recargo, el cual no puede ser inferior a 25 % del valor hora, pudiendo convenirse un porcentaje mayor.

Así mismo dispone que a partir de la tercera hora el recargo sobre el valor hora de trabajo ordinario no pueda ser inferior a 35%, pero sí mayor, lo que incrementa el incentivo a realizar TST, y no un freno. Lo llamativo de esta regulación es que en la Ley ni en el Reglamento se establece un máximo de horas de trabajo en sobretiempo en el día, en la semana, en el mes o durante el año, lo que impulsa -como sucede en efecto- que el trabajador realice ilimitadamente TST, en contradicción con su derecho constitucional a la jornada laboral máxima, con el perjuicio que eso significa respecto a otros derechos constitucionales a los que ya nos hemos referido. Por otro lado, si al trabajador no le atrajese la sobretasa del 35% luego de las primeras dos horas, queda la posibilidad que el empleador aumente la sobretasa o veladamente le sea impuesto el TST³⁷, situaciones que se dispararían con expresos límites³⁸ al TST.

Cuando examinamos la regulación de los descansos remunerados³⁹ (semanal y anual) no podemos dejar de relacionarla con el derecho a la jornada de trabajo máxima, debido a que este en el fondo también protege el derecho al descanso, en este caso el diario, con la diferencia que no es remunerado.

Recordemos que el derecho a descanso semanal y el anual admiten su postergación durante un tiempo fijado por ley, y el anual admite excepcionalmente su acumulación y la reducción parcial del derecho en cuanto a su goce físico, más no en cuanto al aspecto

³⁷ Carlos L. Alfonso Mellado. Las Horas Extraordinarias. En AA. VV. Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 74. El profesor español plantea lo difícil de aplicar en la práctica el *ius resistentiae* en los casos que el empleador programe horas extraordinarias por razones de fuerza mayor, cuando realmente son por razones productivas. En nuestro concepto, terminarían siendo horas impuestas, por lo que afectando con su arbitrariedad un derecho irrenunciable, el trabajador tendría el derecho de no acatar la orden empresarial.

³⁸ Límites que sí se establecieron por el artículo 21 del D.S. N° 008-2002-TR del 3 de julio de 2002, aclarado primero por una fe de erratas publicada el 11 de julio de 2002 en el diario oficial, y luego derogado expresamente por el artículo 3 del D.S.N° 012-2002-TR del 8 de agosto de 2002.

³⁹ Decreto Legislativo N° 713 del 8 de noviembre de 1991 y D.S. N° 012-92-TR del 3 de diciembre de 1992.

remunerativo. El tiempo de trabajo en la oportunidad legal que debió descansarse -y no se gozó- es remunerado con una sobretasa⁴⁰ del 100%, independientemente de la remuneración (sin trabajo) que conlleva tanto el derecho a descanso semanal como el anual⁴¹.

Lo expresado no debe confundirse con que estemos propugnando que la solución o tratamiento a la problemática jurídica y social en el Perú respecto a la jornada de trabajo laboral máxima y al TST es aplicar una sobretasa de 100% desde la primera hora de trabajo en sobretiempo voluntaria o impuesta, ya que nuestra posición es que primero debe limitarse cuantitativa y expresamente las horas de TST (léase horas extraordinarias). Después, sí proponemos, 50% para el *trabajo en sobretiempo permitido* (voluntario y limitado), y 100%⁴² de sobretasa para las horas que se excedieran del límite de TST que fijara la ley (*trabajo en sobretiempo prohibido*), sin perjuicio de la compensación con horas libres equivalentes al descanso no gozado.

La propuesta esbozada en el párrafo anterior no es ajena a la realidad de países cercanos al Perú, así tenemos⁴³ que en México, Bolivia y Uruguay todas las horas extras se remuneran con el 100% de sobretasa o recargo, y con 50% de recargo en Ecuador, Venezuela, Argentina, Paraguay, Chile y Costa Rica.

Es llamativo también que la regulación no contemple la posibilidad que los trabajadores puedan impugnar la implementación unilateral -en la práctica⁴⁴- por parte del

⁴⁰ El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 713, en el caso del descanso semanal le denomina sobretasa; y el artículo 23 del mismo decreto, en el caso del descanso anual (vacaciones) le denomina una indemnización por no goce del descanso obligatorio (15 días en caso de acuerdo entre las partes laborales y 30 días cuando no ha habido acuerdo para reducir el descanso).

⁴¹ García Manrique, Álvaro. Remuneraciones y Beneficios Sociales. Gaceta Jurídica S.A., 2014, p 191.

⁴² No estamos contradiciéndonos al proponer tasas altas sobre la remuneración, que supuestamente estimularía la realización de TST, sino que somos de la idea que con una tasa mayor -sobre todo si son habituales- el empresario probablemente decida generar un nuevo puesto de trabajo, y porque de efectuarse horas extras, se estaría pagando una contraprestación equitativa al descanso no gozado.

⁴³ Vega Ruíz, María Luz. La reforma laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado. OIT, 2005, pp. 135-138.

⁴⁴ Un ejemplo evidente se da en muchas empresas que brindan servicios de seguridad y vigilancia que disponen jornadas semanales permanentes de 60 horas o de 12 horas diarias, de lo que resulta

empleador de jornadas diarias o semanales permanentes superiores a la jornada de trabajo máxima establecida en la Constitución política de 1993 y en instrumentos de internacionales de derechos humanos. Frente a esta realidad no podrá admitirse el argumento que el trabajador acepta voluntaria y tácitamente la situación de realizar permanentemente horas de trabajo en sobretiempo, pues tratándose de un derecho humano laboral que es irrenunciable, la autonomía de las partes en una relación laboral es restringida en mayor grado, lo que sucede como excepción en otros campos del derecho diferentes al laboral.

Los datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, que hemos obtenido respecto al trimestre de enero a marzo del 2015 en el Boletín que emite mensualmente, en base a encuestas de hogares, son los siguientes: de la población ocupada de 4 649,000 en Lima Metropolitana, 1 691,000 trabajadores (36,37%) labora más allá de la jornada laboral máxima, de los cuales 884,900 realizan semanalmente entre 61-70, 71-80 u 81 a más horas de trabajo, es decir un 19 % de la población ocupada labora diariamente entre 10.1 horas a 13.5 horas o más; cifras y proporciones que han disminuido en relación a igual trimestre del 2005 (27,43%), pero no han variado sustantivamente en relación a igual trimestre de los años 2014 (18,45%) y 2010 (22,37%).

Nos preguntamos, entonces, cuál es la razón para no poner límites al trabajo en sobretiempo. María Luz Vega⁴⁵ nos da justo datos interesantes sobre no solamente el requisito de solicitar a la autoridad administrativa de trabajo el permiso para la ejecución de trabajo en sobretiempo (por ejemplo en Brasil), sino también sobre la regulación de dichos límites, bien sean diarios, semanales o anuales, en países de nuestra región, es decir, en realidades similares a la peruana e igualmente insertos en una carrera competitiva. Así tenemos que en Bolivia, Colombia, Venezuela y Brasil el límite es de dos horas por día, en Paraguay y México el límite es de 3 horas diarias con

que un puesto de trabajo de 24 horas de servicio es ocupado por dos personas. También se dan jornadas largas en los establecimientos del sector comercio.

⁴⁵ Vega Ruíz María Luz. La reforma laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado. OIT. 2005, p 128 a 131.

el máximo de 3 veces por semana, en Ecuador el límite es 12 horas en una semana, en Uruguay es 8 horas semanales y en Argentina el máximo es 30 horas en el mes. También hay que destacar que se pueden establecer límites anuales: en Venezuela el tope es 100 horas en un año y en Argentina 200 horas.

1.1.3. Compensación

El cuarto párrafo del art 10 del TUO regula la posibilidad que con posteriormente a la ejecución de labores en sobretiempo, el trabajador reciba horas equivalentes de descanso, que precisamente no disfrutó por dichas labores, y así pueda de algún modo recuperarlas. Nuestra opinión es que está debería ser la regla del tratamiento del trabajo en sobretiempo -con límites- y no la excepción, sin embargo no es lo común en nuestra realidad, las empresas en su mayoría no organizan el tiempo de trabajo de ese modo, la norma promueve con sobretasas remunerativas el TST sin límite y el trabajador contratado a tiempo indeterminado o temporal, con una remuneración baja, prefiere la sobretasa o no se le brinda la opción del descanso compensatorio.

Es criticable que el Reglamento vigente (DS 007-2002-TR) haya añadido indebidamente el término “salvo pacto en contrario”, a la disposición del anterior reglamento, DS 008-97-TR, que estipulaba que la compensación que venimos tratando, se debía realizar dentro del mes siguiente de efectuadas las labores en sobretiempo. Esta oportunidad se mantiene, pero con el añadido citado sufre en el fondo una modificación sustantiva, pues, de ser una norma de derecho necesario absoluto, se convierte en una de derecho dispositivo. Si resulta en la práctica muy rígido un plazo de un mes para la compensación, pudo haberse ampliado por ejemplo a cuatro meses que es lo que dispone la legislación española⁴⁶.

Lo que no cabe duda, entonces, es que así como el descanso semanal y el anual tienen un plazo estipulado para el goce del descanso que no se materializó en su oportunidad, el descanso diario también lo debe tener.

1.2. El registro y control de la jornada laboral.

⁴⁶ Carlos L. Alfonso Mellado. Las Horas Extraordinarias. En AA. VV. Tiempo de trabajo. Editorial Bomarzo, España, 2007, p. 80.

El D. S. N° 004-2006-TR del 6 de abril de 2006, modificado por el D. S. N° 007-2006-TR del 10 de abril de 2006 y por el D. S. N° 011-2006-TR del 3 de junio de 2006, son las normas vigentes que regulan lo concerniente al registro y control del tiempo de trabajo. Dichos decretos son denominados como las disposiciones sobre el registro de control de asistencia. Más allá de su denominación, regulan adicionalmente el registro y el control del tiempo de trabajo, es decir, de la jornada laboral. Entonces, cuando nos refiramos a la **norma de registro de trabajo**, estaremos refiriéndonos a dichos decretos en forma integrada.

1.2.1. Importancia, regulación y deficiencias.

Este registro es muy importante porque no solamente sirve para medir el tiempo de trabajo y con ello verificar el respeto de la jornada máxima de trabajo y calcular con precisión la remuneración, sino también para registrar la asistencia del trabajador (lo que permite desvirtuar la imputación de un abandono de trabajo y proteger su derecho al trabajo frente a una posible mala intención del empleador), para determinar el régimen laboral del trabajador, su vinculación directa o indirecta con la empresa principal o usuaria, para probar y definir la naturaleza laboral del vínculo con la empresa, así como la fecha de inicio de la relación laboral, entre otros.

Para el presente trabajo nos interesa sobre todo por su utilidad para verificar si se cumple o no con el derecho humano laboral a una jornada laboral máxima, cuya razón de ser es garantizar el derecho de descanso que tiene el trabajador como persona⁴⁷. El profesor Jorge Toyama critica que no se regule la distribución del tiempo de trabajo para que se pueda conciliar la vida familiar y personal del trabajador con sus responsabilidades laborales, conciliación de la que se habla mucho pero las normas ni el mercado hacen algo para materializarla⁴⁸. La crítica la compartimos, a la que añadimos la preocupación por la ausencia de regulación sobre el límite del tiempo de trabajo en

⁴⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos: “Art. 24. 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”.

⁴⁸ Toyama Miyagusuku, Jorge. Derecho individual del trabajo. Gaceta Jurídica S.A. 2013, p. 319.

sobretiempo, y en efecto, regular sobre este aspecto es el punto de partida necesario para dicha conciliación.

No podemos dejar de mencionar que dicha falta de conciliación o incompatibilidad se da en un contexto de intensificación del comercio y la producción, en el que las empresas dentro de su lógica racionalidad de maximizar utilidades y en ejercicio de sus poderes empresariales, buscan alcanzar competitividad, aumentando para ello la producción de bienes o servicios a través de la realización de más horas de trabajo, pero no debe ser óbice para limitarlas por trabajador. Paralelamente, parte del contexto referido son los cambios en la organización del trabajo, la cultura de consumo, el surgimiento de nuevas necesidades económicas del trabajador y su familia (v.g. internet), las bajas remuneraciones, la contratación temporal, los bajos niveles de sindicalización y de negociación colectiva, todo lo cual ayuda a la permanencia e intensificación de la situación que nos preocupa.

La regulación adolece de algunas deficiencias, si bien su emisión en principio fue buena, ya que no había regulación al respecto hasta la Ley N° 27671. A nuestro parecer, al tratarse en el fondo de un derecho de trascendencia para la persona, en vez de denominarse como la norma sobre registro de control de asistencia, debería denominarse y hacerla conocida⁴⁹ como la norma de registro de tiempo de trabajo y control de la jornada máxima de trabajo. En cierta forma nos da la razón el primer considerando de la propia norma de registro. Este dice textualmente: “Que, el artículo 25 de la Constitución Política del Estado reconoce el derecho a una jornada máxima de trabajo; en expresión de la necesidad de que la persona humana se desarrolle y relacione en espacios distintos o complementarios al trabajo;(…)”. Sin embargo, como la norma de registro en su desarrollo apunta principalmente a garantizar que se paguen las horas de trabajo en sobretiempo conforme al real tiempo laborado, y no a un registro de tiempo de trabajo que sirva de control para que se cumpla con el derecho a la jornada de trabajo máxima, el considerando que la motiva, queda de lado sin sentido.

⁴⁹ El sistema de inspección de trabajo no ha realizado por lo menos en los últimos 8 años operativos de orientación o investigación sobre registro de tiempo de trabajo.

La Exposición de motivos⁵⁰ 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 lado⁵¹, 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 infracciones⁵² 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

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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).

⁵² 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*⁵³ 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*⁵⁴, 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

⁵³ 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.

⁵⁴ 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 esbozados⁵⁵.

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 empleadores⁵⁶, 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 suplantación⁵⁷ 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.⁵⁸

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

⁵⁵ 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

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Que puede coincidir con una gravísima falsificación.

⁵⁸ 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 5⁵⁹ 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...”⁶⁰ 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 excepciones⁶¹ 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 Arce⁶².

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 caso⁶³ 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

⁵⁹ “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.”

⁶⁰ 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.

⁶¹ Mejía Madrid, Renato. La jornada de trabajo. 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.

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

⁶³ 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 principio⁶⁴ 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.

⁶⁴ 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 trabajo⁶⁵ 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 sobretiempo⁶⁶. 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 casi⁶⁷ 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 casos⁶⁸.

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

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

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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 mes⁶⁹ 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 labores⁷⁰, 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 confianza⁷¹ que su

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

⁷⁰ 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.”

⁷¹ 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..., 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 (contradictorio⁷²) 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.)⁷³.

⁷² 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.

⁷³ 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 remuneración⁷⁴, 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.

⁷⁴ 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 fiscalización⁷⁵, 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

⁷⁵ 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. 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 trabajo⁷⁶ y obtener una remuneración suficiente⁷⁷, 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 Sanguinetti⁷⁸ 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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>

⁷⁸ 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...
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.

