

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

CARLOS CORNEJO VARGAS⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes temas de las relaciones individuales de trabajo es, sin ninguna duda, el de la gestión del tiempo de labor. Ciertamente, después de la contratación y del pago de remuneraciones, la gestión del tiempo de trabajo reviste particular interés e importancia para el empleador.

La importancia del tema propuesto radica en la necesidad que tiene todo empleador de establecer una jornada laboral que responda a las necesidades de sus actividades empresariales y respete los límites establecidos por la legislación laboral vigente.

Asimismo, el citado tema es importante porque todo empleador tiene un especial y particular interés en conocer las facultades que sobre la materia le reconoce la legislación laboral vigente, a efectos de diseñar y ejecutar una estrategia que le permita alcanzar sus objetivos empresariales, sin incurrir en sobrecostos, por ejemplo, aquellos que genera el trabajo en jornada extraordinaria.

(1) Abogado laboralista. Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC y Universidad ESAN. Asociado principal del Estudio Rubio, Leguía, Normand.

La existencia de diversos tipos de jornada de trabajo, la relación del concepto de jornada de trabajo con el de horario de trabajo, las facultades y obligaciones que en materia de tiempo de trabajo nuestra legislación laboral vigente reconoce e impone a los empleadores y los desaciertos en los que incurre la citada legislación hacen necesario prestarle atención al tema propuesto.

De acuerdo lo anterior, en el presente artículo intentaremos hacer una revisión general del concepto y tipos de jornada de trabajo (*máxima, ordinaria, típica, atípica y extraordinaria*), de su relación con el concepto de horario laboral, de la obligación de las empresas de controlar la asistencia y el tiempo de trabajo de su personal y de la compensación del trabajo en sobretiempo con el otorgamiento de periodos equivalentes de descanso, destacando los aciertos y desaciertos de nuestra legislación laboral vigente en la regulación de las citadas materias.

II. JORNADA DE TRABAJO

La jornada de trabajo puede ser definida como “(...) *el lapso convenido por las partes, que no puede exceder el máximo legal, durante el cual se encuentra el trabajador a las órdenes del patrono o empresario, con el fin de cumplir la prestación laboral que este le exige (...)*” [sic]⁽²⁾.

Asimismo, puede ser definida como “(...) *el tiempo –diario, semanal, mensual y, en algunos casos, anual– que debe destinar el trabajador a favor del empleador, en el marco de una relación laboral. En otras palabras, la jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador queda a disposición del empleador para brindar su prestación de servicio (...)*” [sic]⁽³⁾.

De las definiciones propuestas es claro que la jornada laboral es el tiempo en el que el trabajador pone su fuerza laboral a disposición del empleador, respetando los límites máximos establecidos por la legislación laboral vigente.

Complementando lo anterior, cabe apuntar que, en términos coloquiales, la jornada laboral es el número de horas de labor diaria o semanal.

(2) CABANELLAS, Guillermo. *Contrato de trabajo*. Tomo II. Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1964, p. 123.

(3) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica. Lima, 2011, p. 323.

No obstante lo anterior, el tema no es tan sencillo, pues existen distintos tipos de jornada de laboral que es necesario precisar: máxima, ordinaria, típica, atípica y extraordinaria.

III. TIPOS DE JORNADA

Como ya fue adelantado, existen distintos tipos de jornada de trabajo que es necesario definir, no solo por un interés puramente teórico, sino por una necesidad esencialmente práctica, a efectos de conocer los límites que se deben respetar, la realización de horas extras, entre otros temas.

Así pues, a continuación nos concentraremos en definir y señalar las principales características de la jornada máxima, de la jornada ordinaria, de la jornada típica, de la jornada atípica y de la jornada extraordinaria.

1. Jornada máxima

Sin ninguna duda, es necesario establecer límites a la duración de la jornada de trabajo, siendo que los citados límites dependen de factores económicos (*como los niveles de empleo y de remuneraciones*), de factores técnicos (*como el mayor o menor grado de automatización de las industrias*) y de factores institucionales (*como el mayor o menor sentido social de los Gobiernos o la mayor o menor presión de las organizaciones sindicales*).

En ese sentido, siguiendo a Alfredo Montoya Melgar, destacado laboralista español, cabe señalar que “(...) *En todos los países civilizados (...), una de las primeras manifestaciones del intervencionismo del Estado en las relaciones laborales fue la limitación de la jornada de trabajo; limitación fundada tanto en razones humanitarias (la defensa física y moral del obrero de que se habla a mediados del siglo XIX) como en razones económicas, al haberse probado que el incremento de la jornada laboral a partir de un determinado límite surte efectos negativos sobre la productividad del trabajo (...)*”⁽⁴⁾ [sic].

De acuerdo con lo anterior, cabe señalar que en nuestro país, en enero del año 1919, y tras un paro general convocado por los principales gremios laborales durante los días 13, 14 y 15 de enero del citado año, el presidente José Pardo se vio en la necesidad de promulgar el Decreto Supremo de

(4) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Undécima edición. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990, p. 325.

fecha 15 de enero del año 1919, y de establecer la jornada máxima de ocho (8) horas diarias.

Al respecto, cabe señalar que Mario Pasco, importante laboralista peruano, apunta que la jornada máxima “(...) *Es aquella que no puede ser sobrepasada permanentemente por mandato del empleador ni por convenio colectivo o contrato individual (...)*” [sic]⁽⁵⁾.

Nuestra legislación laboral vigente –como ya fue adelantado– no define a la jornada de trabajo, ni a ninguno de sus tipos, habiéndose ocupado y preocupado solo de señalar sus límites. Ciertamente, el artículo 25 de la Constitución establece que “*La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo (...)*” [sic].

La trascendencia de limitar el tiempo de trabajo queda en evidencia cuando se comprueba que la jornada máxima se regula en la Constitución y no en la ley, o no solo en la ley.

A su turno, el artículo 1 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR (en adelante, Ley de Jornada de Trabajo), establece que la jornada máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales.

Al respecto, resulta necesario destacar que la jornada máxima tiene, finalmente, solo un límite semanal, pues nada impide que un trabajador labore más de ocho (8) diarias siempre que no supere el límite de cuarenta y ocho (48) horas semanales. Así pues, si una empresa quiere optimizar la jornada máxima de trabajo en cinco (5) días a la semana, podría establecer una jornada laboral diaria de nueve (9) horas con treinta y seis (36) minutos.

Sin embargo, las modernas tendencias de la gestión humana no recomiendan la extensión de la jornada de trabajo, sino más bien, su reducción, con la finalidad de permitir la realización del trabajador como ser humano.

(5) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Jornada y descansos remunerados en el Perú”. En: *Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados*. Coordinador Néstor de Buen. Editorial Porrúa S.A., Argentina, 1993, p. 418.

2. Jornada ordinaria

La jornada ordinaria de trabajo tampoco es definida por nuestra legislación vigente, empero, ello no impide ensayar una definición, máxime, si la misma resulta necesaria para aclarar conceptos y facilitar la gestión de los recursos humanos al interior de una organización empresarial.

La doctrina nacional propone que la “(...) *Jornada ordinaria es la normal de trabajo, es decir, la que se establece con carácter general y permanente dentro de cada establecimiento, la que habitualmente cumple el trabajador por ley, pacto o costumbre. Por razones obvias, no puede en ningún caso exceder de la jornada máxima legal (...)*”⁽⁶⁾ [sic].

La misma doctrina nacional señala que si bien es cierto nuestra legislación laboral vigente faculta y permite al empleador establecer la jornada ordinaria dentro de los límites máximos constitucionales, no es menos cierto que dicha imposición es relativa, dado que a la firma del contrato el trabajador ha de consentirla⁽⁷⁾.

Recogiendo las afirmaciones teóricas previas y lo establecido en nuestra legislación laboral vigente⁽⁸⁾, considero que la jornada ordinaria es aquella que establece el empleador o que puede acordar con una organización sindical para ser aplicada en una empresa respetando los límites establecidos por la legislación laboral vigente.

Me aparto de aquella afirmación que sostiene que la jornada ordinaria de trabajo debe ser aceptada y/o consentida por el trabajador al momento de firmar su contrato de trabajo, primero, porque no siempre es necesario formalizar por escrito el contrato de trabajo; y segundo, porque si la legislación laboral reconoce al empleador la facultad y el poder para establecer y modificar la jornada de trabajo de manera unilateral, no parece posible ni recomendable que el empleador renuncie a dicha facultad para requerir en cada caso concreto la aceptación de los trabajadores a la jornada laboral que se les proponga. Imaginemos el desorden y caos que se generaría si cada trabajador pretendiera negociar su propia, especial y personal jornada de trabajo.

Complementando lo anterior me atrevo a proponer que, dada la regulación sobre la materia, no es conveniente para un empleador incluir en el

(6) Ibídem, pp. 418 y 419.

(7) Véase, ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores S.A.C., Lima, 2008, p. 438.

(8) Ver artículo 2 de la Ley de Jornada de Trabajo.

contrato de trabajo o en el Reglamento Interno de Trabajo (en adelante, RIT) la jornada laboral aplicable al trabajador y/o en la empresa, pues cada vez que resultara necesario modificar y/o ajustar la citada jornada laboral se requeriría de la aceptación de los trabajadores y/o modificar el RIT a efectos de entregar un nuevo ejemplar de este a todos los trabajadores de la empresa, lo que en mi opinión resulta total y absolutamente innecesario si se tiene en cuenta que, en función de lo establecido en la legislación laboral vigente, bastaría con incluir en los contratos de trabajo y en el propio RIT una referencia genérica a que la jornada laboral será la que establezca el empleador respetando los límites legales señalados, precisándose que podrá ser modificada en función de las necesidades del servicio y observándose lo señalado en la legislación laboral vigente.

Ahora bien, resulta de singular importancia distinguir entre la jornada máxima y la jornada ordinaria. Ciertamente, realizar la citada distinción permitirá determinar la realización de jornada extraordinaria o sobretiempo, pues esta no es la que excede a la jornada máxima sino a la jornada ordinaria establecida por el empleador.

Esto último revela, además, la importancia de que el empleador establezca la jornada laboral ordinaria que más convenga a sus intereses, lo que debería traducirse en las necesidades del servicio, claro está, observándose los límites establecidos en la legislación laboral vigente.

3. Jornada típica

La jornada típica, como en los demás casos, tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral, situación que obliga a construir una definición.

A tal efecto, es indispensable recoger y tener en cuenta lo establecido por la citada legislación sobre la jornada máxima y los periodos de descanso semanal. Así pues, teniendo en cuenta que la jornada máxima de trabajo ha sido establecida con base en un periodo semanal durante el cual el trabajador tiene derecho a disfrutar de no menos de veinticuatro (24) horas consecutivas de descanso, considero posible afirmar que la jornada típica es aquella que se ejecuta durante un periodo semanal con no menos de un día (1) de descanso.

Adicionalmente, y aunque no exista pauta legal que nos permita apuntarlo, considero que es posible afirmar que la jornada típica también se caracteriza por la regularidad en el número de horas de labor diaria.

De acuerdo con lo anterior, es posible señalar que son sistemas típicos de jornada típica los ciclos 5 x 2 y 6 x 1, esto es, aquellos ciclos en los que se

labora durante cinco (5) o seis (6) días consecutivos y se descansa uno (1) o dos (2) días, respectivamente.

Complementando lo anterior, y volviendo sobre una idea ya expuesta, cabe reiterar que durante los días de labor el número de horas de trabajo deberá ser siempre el mismo.

De todos los tipos de jornada de trabajo hasta ahora mencionados y desarrollados, probablemente este, el de la jornada típica, sea uno que reviste especial relevancia teórica y no necesariamente práctica. Ciertamente, pues salvo para distinguirla de la jornada atípica, considero que no existe otra necesidad relevante para definir y caracterizar la jornada típica.

4. Jornada atípica

La jornada atípica tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral vigente, empero la posibilidad de establecerla ha sido reconocida por nuestra Constitución.

En efecto, el artículo 25 de nuestra Carta Magna establece que “(...) *En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo (...)*” [sic].

El reconocimiento constitucional y la regulación legal de las jornadas atípicas hace necesario –también en este caso– intentar la construcción y ensayar una definición teniendo en cuenta que aquellas solo podrán ser establecidas cuando corresponda a la especial naturaleza de las actividades de la empresa y que en ningún caso podrán desconocer los límites establecidos por la propia legislación.

Ciertamente, el artículo 4 de la Ley de Jornada de Trabajo establece que “En los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, *en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa*, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar los máximos (...)” [sic] (el resaltado es propio) legales.

En virtud de lo expuesto, considero que las jornadas atípicas son aquellas que se ejecutan durante un periodo que excede el semanal y que en función de las necesidades propias de la actividad empresarial justifican la prestación de servicios continuos e ininterrumpidos, los que luego son compensados con el otorgamiento de periodos de descanso que exceden el mínimo de veinticuatro (24) horas semanales que señala la legislación laboral vigente.

Ahora bien, y teniendo en cuenta la definición propuesta, resulta que las jornadas atípicas se caracterizan por la prestación de servicios durante un periodo de tiempo que exceda los cinco (5) o seis (6) días consecutivos, para luego compensar el mayor trabajo realizado con el otorgamiento de un periodo de descanso por más de veinticuatro (24) horas también consecutivas.

Y es que las jornadas de trabajo atípicas se caracterizan por la acumulación de periodos de trabajo y de descanso, los que se ejecutan de manera ininterrumpida. Si lo normal (típico) es prestar servicios durante cinco (5) o seis (6) días y descansar uno (1) o dos (2) días a la semana, lo “atípico” será prestar servicios ininterrumpidos por periodos que superen los cinco (5) o seis (6) días durante una semana, y descansar durante periodos que superen los dos (2) días también ininterrumpidos.

De acuerdo con lo anterior, serán sistemas típicos de jornada atípica los ciclos 1 x 1, 2 x 1 y 3 x 1, esto es, aquellos ciclos en los que por cada día de labor se disfruta de un (1) día de descanso; o en los que por cada dos (2) días de labor se disfruta de un (1) día de descanso; o en los que por cada tres (3) días de labor se disfruta de un (1) día de descanso, respectivamente.

Así pues, serán expresiones del ciclo 1 x 1, los ciclos de 10 x 10, 14 x 14 y 15 x 15; serán expresiones del ciclo 2 x 1, los ciclos 14 x 7 y 20 x 10; y serán expresiones del ciclo 3 x 1, el ciclo 21 x 7, ciertamente este último será el más agresivo, aunque no necesariamente el que genere el mayor número de horas de labor diaria en promedio, pues ello dependerá de la jornada diaria.

A mayor abundamiento, es preciso reiterar que la idea en las jornadas atípicas es que los periodos de descanso sean suficientes para compensar el trabajo realizado en días de descanso, en días feriados y en sobretiempo durante los días de labor; y que solo en caso de que el periodo de descanso no fuera suficiente para compensar el mayor trabajo realizado, corresponderá, entonces, pagar por el citado trabajo.

En una jornada atípica el ciclo laboral está integrado por los periodos de labor y de descanso, los cuales forman parte indisoluble de una unidad mayor a la que corresponde denominar “ciclo laboral atípico”, en el cual –por expreso mandato legal– se debe respetar los límites establecidos a la jornada máxima.

Siendo explícito, cabe señalar que en los periodos de labor de los ciclos de jornada atípica, normalmente, además de los periodos de jornada ordinaria, se cuentan periodos de jornada extraordinaria de trabajo en días de descanso semanal y de trabajo en días feriados, a los que se puede denominar “trabajos en exceso”, y los que deberían ser compensados con el periodo de descanso incluido en el propio “ciclo laboral atípico”.

La citada compensación se realiza con la finalidad de que el promedio de horas trabajadas durante los periodos de labor no exceda los límites máximos establecidos en la legislación laboral vigente.

A tal efecto, la única forma de determinar si el promedio de labor diaria respeta la jornada máxima legal es realizar cálculos aritméticos, siendo para ello un dato absolutamente relevante, más que el “ciclo laboral atípico”, el número de horas de labor diaria, según se propone a continuación:

Ciclo laboral atípico: 20 x 10 Jornada laboral diaria: 11 horas

Trabajo realizado en días de descanso semanal

6 ----- 1

20 ----- X X = 3,33 días

Trabajo realizado en días feriados⁽⁹⁾

30 ----- 1

20 ----- X X = 0,67 días

Trabajo realizado en jornada extraordinaria

$20 \times 3^{(10)} = 60 / 8^{(11)} = 7,5$ días

Total 11,5 días

Para realizar la compensación de los “trabajos en exceso” (por días de descanso semanal, días feriados y horas extraordinarias) realizado durante el periodo de labor es necesario “sincerar” el periodo de descanso del “ciclo laboral atípico”, pues este incluye periodos de descanso, específicamente, descanso semanal y días feriados.

A tal efecto, resulta necesario realizar los cálculos aritméticos que se propone a continuación:

(9) Cálculo realizado teniendo en cuenta que existen doce (12) feriados nacionales señalados por la legislación laboral vigente.

(10) Si la jornada máxima es de ocho (8) horas diarias, siendo la jornada laboral propuesta de once (11) horas diarias, corresponde considerar tres (3) horas extraordinarias por día.

(11) El número de horas extraordinarias realizadas durante el período de labor deben ser convertidas a días, para lo cual es necesario dividir el citado número entre el número máximo de horas de labor diaria, esto es, ocho (8) horas.

Descanso semanal en periodo de descanso

6 -----1

10 ----- X X = 1,67 días

Descanso por feriados en descanso semanal

30 -----1

10 X X = 0,33 días

Total = 2 días

De acuerdo con lo anterior, corresponde restar dos (2) días a los diez (10) días del periodo de descanso del “ciclo laboral atípico”, lo que determina que en realidad solo exista ocho (8) días para compensar los “trabajos en exceso” realizados durante el periodo de labor, lo que, a su vez, determina la existencia de “trabajo en exceso” no compensado, según se advierte de las operaciones aritméticas que se proponen a continuación:

$$11,5 \text{ días} - 8 \text{ días} = 3,5 \text{ días} \times 8^{(12)} = 28 \text{ horas}$$

El ejercicio realizado determina que el “ciclo laboral atípico” de 20 x 10 y con una jornada laboral de once (11) horas diarias, resulte con veintiocho (28) horas de trabajo no compensadas, que deben ser remuneradas según corresponda⁽¹³⁾.

No obstante lo expuesto, y aunque no existe una única forma de determinar si la jornada atípica respeta la jornada máxima legal, lo que en mi opinión es absolutamente claro *es que nuestra legislación laboral es deficiente al regular la forma de calcular el promedio de horas laboradas durante el ciclo laboral.*

El artículo 9 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR (en adelante, Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo), precisa que:

“El establecimiento de la jornada ordinaria máxima diaria o semanal no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas

(12) Para determinar cuántas horas existen en 3.5 días, es necesario multiplicar dicho número por el número de horas diarias de la jornada máxima.

(13) Las horas no compensadas se remuneran como horas extras, pues los períodos laborados que corresponden a días de descanso semanal y días feriados se compensan con el período de descanso del “ciclo laboral atípico”, toda vez que son más onerosos para el empleador.

alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo, de conformidad con el artículo 4 de la ley, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa.

En este caso, el promedio de horas trabajadas en el ciclo o periodo correspondiente no podrá exceder los límites máximos previstos por la ley. Para establecer el promedio respectivo deberá dividirse el total de horas laboradas entre el número de días del ciclo o periodo completo, incluyendo los días de descanso” [sic] (el resaltado es propio).

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que la norma reglamentaria reconoce la facultad de los empleadores de establecer regímenes de jornada atípica, siempre que ello sea necesario por la naturaleza de las actividades de la empresa y se respete el límite máximo señalado por la legislación vigente.

Empero, lo controvertido de la citada disposición está en la forma de cálculo establecida para determinar el promedio de horas laboradas durante el “ciclo laboral atípico”, que consiste en multiplicar el número de horas de la jornada diaria por el número de días de labor del “ciclo laboral atípico” para luego dividir el citado total de horas entre el número total de días del referido “ciclo laboral atípico” incluyendo los días de descanso.

Así pues, correspondería realizar las operaciones aritméticas que se señalan a continuación:

$$11 \times 20 = 220/30 = 7,33$$

El ejercicio realizado determina que del “ciclo laboral atípico” de 20 x 10 y con una jornada laboral de once (11) horas diarias resulte un promedio de labor diaria de siete (7) horas y veinte (20) minutos, lo que determina que se cumpla con la jornada máxima legal y no se generen horas extras.

Al respecto, cabe preguntarnos ¿es correcta la regulación establecida en el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo? En mi opinión, dicha regulación no es correcta, sino total y absolutamente incorrecta, pues lo que genera es la afectación de los trabajadores al diluir el sobretiempo realizado en los días de descanso. En este sentido, considero que correspondería revisar el contenido de la citada disposición a efectos de que sea modificada.

Para cerrar este tema cabe señalar que, no obstante que la legislación laboral vigente no limita el ciclo de trabajo en las jornadas atípicas, el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁾ ha establecido que el ciclo de trabajo (*el que incluye los periodos de labor y de descanso*) no puede exceder las tres (3) semanas, lo que luego fue precisado mediante una resolución aclaratoria, empero, la problemática de los límites a la jornada atípica y el análisis del pronunciamiento del Tribunal Constitucional son temas que exceden largamente los alcances del presente trabajo, que simplemente pretende realizar algunos apuntes sobre la regulación del tiempo de trabajo en nuestra legislación laboral vigente.

5. Jornada extraordinaria

La jornada extraordinaria tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral vigente. En efecto, nuestra legislación se ha limitado a regular sus características, su pago, el valor hora y la base de cálculo para determinar el citado valor y su registro, sin proponer una definición de ella, lo que si bien es cierto es una omisión, no es menos cierto que se alinea con el tratamiento de todos los tipos de jornada a los que se refiere nuestra legislación laboral.

No obstante lo anterior, considero que es posible definir a la jornada extraordinaria como aquella que –como su nombre lo indica y sugiere– excede a la jornada ordinaria, esto es, aquella establecida por el empleador con la finalidad de que sea observada dentro de la empresa.

En el mismo sentido puede señalarse que la doctrina local considera que la jornada extraordinaria es aquella “(...) *que excede del límite de la jornada normal u ordinaria, exceso que es de duración temporal, relacionada con las actividades habituales de la producción a que se dedica el centro de trabajo y siempre que ese exceso o prolongación del servicio sea objeto de sobre remuneración. A la jornada extraordinaria se le conoce también con las denominaciones de trabajo suplementario, trabajo extra, horas extras, sobretiempo, etc. (...)*”⁽¹⁵⁾ [sic].

Más adelante, volveremos sobre este tema, que será tratado con mayor detalle.

(14) Ver Resolución de fecha 17 de abril del año 2006, recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, y Resolución aclaratoria de fecha 11 de mayo del año 2006, emitida por el Tribunal Constitucional en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra la empresa Southern Perú Cooper Corporation.

(15) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Ibidem*, p. 419.

IV. FACULTADES DEL EMPLEADOR

La legislación laboral vigente establece que el empleador tiene el poder para establecer y para modificar la jornada de trabajo.

Ciertamente, el artículo 2 de la Ley de Jornada de Trabajo precisa que el empleador está facultado para realizar las acciones que se señalan a continuación:

- (i) Establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal;
- (ii) Establecer jornadas compensatorias de trabajo sin exceder los límites legales;
- (iii) Reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo;
- (iv) Establecer turnos de trabajo fijos o rotativos, según las necesidades del centro de trabajo; y
- (v) Establecer y modificar horarios de trabajo.

La misma legislación señala que para la ejecución de cualquiera de las medidas antes señaladas, el empleador está obligado a enviar con ocho (8) días de anticipación una comunicación escrita explicando los motivos y las razones que la sustentan. Dicha comunicación debe ser enviada a la organización sindical, a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados por la medida.

Por expreso mandato legal y dentro del citado plazo, la organización sindical, los representantes de los trabajadores, o en su defecto, los trabajadores afectados por la medida, pueden solicitar al empleador la realización de una reunión con la finalidad de evaluar otras alternativas a la medida propuesta, en cuyo caso, el empleador estará obligado a reunirse, para lo cual deberá señalar fecha y hora para la realización de la reunión solicitada.

Al respecto, es de singular importancia destacar que el empleador solo está obligado a reunirse con quienes lo soliciten, mas no está obligado a arribar a ningún acuerdo. En ese sentido y aun contra la voluntad de los trabajadores afectados por la medida, el empleador podrá ejecutarla, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a impugnar tal medida ante el Ministerio de Trabajo, el que resolverá el tema de manera definitiva después de solicitar a las partes que expliquen las razones que sustentan sus respectivas posiciones.

Lo expuesto revela que la legislación laboral vigente le reconoce al empleador un poder importante para establecer y para modificar la jornada laboral, cuyo único límite es el que impone la jornada máxima de trabajo.

1. Modificación de la jornada de trabajo

Como ya ha quedado dicho, el empleador tiene el poder para modificar la jornada de trabajo respetando los límites y el procedimiento establecidos por la legislación laboral vigente, se entiende, para atender los requerimientos del servicio de la propia empresa.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la modificación de la jornada laboral debe tenerse en cuenta que ella incluye la extensión y la reducción de la misma; y la variación (por ampliación o reducción) del número de días de labor semanal.

Al respecto, debe considerarse que es poco probable que la decisión del empleador de reducir la jornada laboral genere resistencia por parte de los trabajadores. Antes bien, es altamente probable que la decisión del empleador de ampliar la jornada laboral y/o el número de días de labor semanal sí genere resistencia de parte de los trabajadores, pues ello afectará periodos de descanso y esparcimiento, y diversas actividades personales.

1.1. Ampliación de la jornada laboral

La ampliación de la jornada laboral consiste en incrementar el número de horas de labor diaria y semanal, lo que muy probablemente será consecuencia inmediata y directa de una necesidad empresarial.

Al respecto, debe señalarse que la legislación laboral vigente⁽¹⁶⁾ establece que podrá extenderse la jornada laboral cuando sea menor a la máxima legal, para lo cual debería bastar que el empleador invoque la facultad de extender la jornada laboral que le reconoce la legislación vigente, aunque por expreso mandato legal será necesario que explique y sustente las razones que motivan su decisión de extender la jornada laboral, lo que muy probablemente tendrá origen en una necesidad de la empresa de incrementar sus actividades.

No obstante lo anterior, debe señalarse que la misma legislación laboral vigente establece que no será posible extender la jornada de trabajo para alcanzar la jornada ordinaria máxima, cuando la reducción de esta haya sido establecida por ley o convenio colectivo.

(16) Ver artículo 3 de la Ley de Jornada de Trabajo.

Así pues, es claro que los empleadores solo podrán ejercer la facultad de extender la jornada laboral, cuando la jornada ordinaria de la empresa sea menor a la jornada máxima legal y no haya sido establecida por mandato legal o convenio colectivo, caso contrario será imposible extenderla sin vulnerar lo establecido en la legislación laboral y verificar una infracción laboral muy grave, situación que expone a la empresa a la imposición de una multa por parte del Ministerio de Trabajo de hasta doscientas (200) UIT, esto es, hasta por la suma de S/. 740 000,00 (setecientos cuarenta mil y 00/100 nuevos soles).

Complementando lo hasta aquí expuesto, es preciso señalar que por expreso mandato legal cuando el empleador decida extender la jornada laboral estará obligado a incrementar la remuneración de manera directamente proporcional a la extensión de la jornada de trabajo.

Así pues, es claro que la amplia facultad del empleador para extender la jornada laboral cuando así sea necesario y convenga a las actividades empresariales tiene una carga consistente en la obligación de incrementar la remuneración de los trabajadores afectados por la medida, aunque considero que nada impide a las partes pactar en sentido contrario, esto es, acordar trabajar más a cambio de la misma remuneración. La razón es simple: no existe norma expresa que prohíba dicho acuerdo.

2. Reducción de la jornada laboral

La reducción de la jornada laboral consiste en la disminución del número de horas de labor diaria y semanal, situación que, en mi opinión, puede obedecer a una de dos (2) situaciones: a la necesidad de mejorar el clima laboral o a la necesidad de reducir los costos laborales.

Como en el caso de la ampliación de la jornada laboral, debe señalarse que la legislación laboral vigente⁽¹⁷⁾ establece que el empleador podrá decidir unilateralmente la reducción de la jornada laboral, empero no podrá disponer la reducción de la remuneración de los trabajadores afectados por la citada medida, salvo pacto expreso en sentido contrario.

Como ya se ha adelantado, considero que la reducción de la jornada de trabajo no debería generar resistencia de parte de los trabajadores, pues normalmente debería ser una medida para mejorar el clima laboral y para revelar una buena práctica de gestión humana, máxime si se decide ejecutar la medida sin afectar y reducir la remuneración de los trabajadores.

(17) Ver artículo 3 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

Empero si la citada medida obedece a la necesidad de reducir los costos de la empresa para afrontar una situación de crisis económica y financiera que pone en riesgo su viabilidad, estará más que justificada la decisión de las partes de reducir las remuneraciones.

Así pues, considero necesario destacar la regulación que nuestra legislación laboral vigente ha dado a la reducción de la jornada laboral, pues permite que sea producto del acuerdo de las partes o decidida unilateralmente por el empleador, impidiendo la afectación de las remuneraciones del personal alcanzado por la medida, pero reconociendo al mismo tiempo la posibilidad de acordar una reducción de las remuneraciones, lo que se condice con la flexibilidad con que ha sido concebida y regulada la reducción del tiempo de trabajo.

V. TRABAJADORES LIBERADOS DE LA OBLIGACIÓN DE OBSERVAR LA JORNADA MÁXIMA

La regla general es que todos los trabajadores están obligados a observar la jornada máxima de trabajo, empero, como toda regla general, esta también tiene excepciones.

Ciertamente, el artículo 5 de la ley de Jornada de Trabajo, establece que no están comprendidos en la obligación de observar la jornada máxima de trabajo: los trabajadores de dirección, los trabajadores que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata del empleador y los trabajadores que presten servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, esto es, alternando periodos de actividad e inactividad laboral.

Complementando lo expuesto, cabe señalar que la legislación laboral vigente⁽¹⁸⁾ establece que son trabajadores de dirección⁽¹⁹⁾ los que ejercen la re-

(18) Ver artículo 43 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(19) El artículo 44 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece expresamente que en la designación o promoción del trabajador a dirección o confianza, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación. Por su parte, el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, establece que para la calificación de los puestos de dirección y de confianza el empleador aplicará el siguiente procedimiento:

- Identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa;
- Comunicar por escrito a los trabajadores que corresponda sobre calificación;

presentación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparten con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

De acuerdo con lo anterior, normalmente serán trabajadores de dirección el gerente general, los gerentes de línea, el contador general, el auditor general, etc., aunque no existen fórmulas genéricas para identificar a los trabajadores de dirección, por lo que en todos los supuestos deberá realizarse un análisis del caso concreto.

A su turno, la misma legislación laboral vigente⁽²⁰⁾ establece que se considera personal que labora sin supervisión y/o fiscalización inmediata del empleador a aquel que ejecuta sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador; y al que lo hace parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él solamente para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones que resultaran necesarias.

Dentro del primer grupo de trabajadores podemos incluir a aquellos que no reciben instrucciones de cómo realizar su trabajo; que no entregan reportes sobre el trabajo realizado en forma diaria y cotidiana; que responden personalmente por el producto y/o resultado de su trabajo; y que prestan servicios en un lugar distinto al de su jefe inmediato.

Dentro del segundo grupo de trabajadores, por la claridad del precepto legal, se cuentan los vendedores, los supervisores de ventas, los cobradores, etc.

Adicionalmente, la legislación laboral vigente precisa que se considera personal que presta servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia a aquel que en la ejecución del servicio contratado alterna periodos de actividad e inactividad laboral. Entre dichos trabajadores podemos incluir a los guardianes, a los choferes de taxi *remisse*, etc.

Complementando lo anterior, cabe señalar que el segundo párrafo del artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR establece que no existe obligación legal de llevar registro de control de asistencia para los trabajadores de dirección, para los trabajadores que laboran sin supervisión inmediata del empleador y para los trabajadores que prestan servicios intermitentes durante el día.

- Consignar en la planilla y boletas de pago la calificación correspondiente. Finalmente, cabe señalar que el artículo 60º del mismo texto normativo establece que la calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita.

(20) Ver literal b) del artículo 10 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

De la lectura concordada de las disposiciones transcritas se advierte que la consecuencia inmediata y directa de liberar al personal de la obligación de observar la jornada máxima y de la obligación de registrar su asistencia y tiempo de trabajo es la imposibilidad de conocer el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador, lo que se traduce en una limitación para la realización y el pago del trabajo en jornada extraordinaria.

Luego, todos los trabajadores incluidos en las categorías antes mencionadas tienen limitaciones para realizar trabajos en jornada extraordinaria y para percibir remuneración por la realización del citado trabajo.

En otro orden de ideas, es también necesario destacar que de la lectura del artículo 5 de la Ley de Jornada de Trabajo se advierte que los trabajadores de confianza ya no están liberados de las obligaciones de observar la jornada máxima y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo.

La consecuencia inmediata y directa de lo anterior es que los trabajadores de confianza están en condiciones de realizar sobretiempo y de exigir el pago por esto.

La única posibilidad de que los trabajadores de confianza queden liberados de las obligaciones de observar la jornada máxima de trabajo y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo es que, además de ser de confianza, sean trabajadores que laboran sin supervisión inmediata del empleador, lo que deberá ser apreciado y determinado en cada caso concreto en función de las reglas señaladas precedentemente.

Luego, solo será posible limitar el pago de trabajo en jornada extraordinaria al personal de confianza, si además este califica como personal que realiza su trabajo sin supervisión inmediata del empleador.

VI. HORARIO DE TRABAJO

Siguiendo una pauta ya mencionada, nuestra legislación laboral vigente no define el horario de trabajo, lo que nos vuelve a obligar a buscar y ensayar una definición.

En ese sentido, cabe señalar que la doctrina local señala que el horario de trabajo "(...) *se relaciona íntimamente con la jornada laboral y determina*

el momento exacto de comienzo y final del trabajo. Es la distribución de la jornada en cada uno de los días laborables (...)⁽²¹⁾ [sic].

De la definición transcrita resulta un dato importante que muchas veces pasa desapercibido: el horario de trabajo es un concepto distinto al de jornada de trabajo, aunque ambos están íntima y estrechamente relacionados.

Así pues, es claro que el horario laboral y la jornada de trabajo no son sinónimos, sino conceptos complementarios, íntimamente vinculados que se necesitan el uno al otro para tener sentido.

Ya sabemos, entonces, que la jornada de trabajo es el tiempo en que el trabajador pone su fuerza laboral a disposición del empleador, respetando los límites máximos establecidos por la legislación laboral vigente, y que el horario de trabajo refiere a la hora de inicio y de término de la jornada laboral.

Por otro lado, y en función de lo ya señalado en el numeral III precedente sobre facultades del empleador, cabe señalar que el empleador tiene una facultad expresamente reconocida por la legislación laboral vigente para establecer y modificar el horario de trabajo.

Desarrollando la idea previa, debe apuntarse que la legislación laboral vigente⁽²²⁾ establece que el empleador está facultado para modificar el horario de trabajo, es decir, la hora de inicio y/o término de la jornada diaria. A su turno, el Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo ha precisado que esta facultad puede ejercerla unilateralmente el empleador, sin alterar la duración de la jornada de trabajo.

La modificación del horario de trabajo puede afectar a un trabajador (*individual*) o un grupo de trabajadores (*colectivo*). Si sucede lo primero y la modificación es superior a una (1) hora, el trabajador afectado podrá cuestionar tal medida judicialmente como un acto de hostilidad, debiendo emplazar previamente al empleador para el cese del citado acto.

Si sucede lo segundo y la mayoría de trabajadores no estuviera de acuerdo con la modificación del horario de trabajo, podrán cuestionar la medida ante el Ministerio de Trabajo dentro de quinto día de ejecutada la modificación, el que resolverá de manera definitiva.

Adicionalmente, debe destacarse que por expreso mandato legal, el empleador puede modificar unilateralmente hasta en una (1) hora el horario de

(21) ARCE ORTIZ, Elmer. *Ibidem*, p. 451.

(22) Ver literal e) del artículo 2 de la Ley de Jornada de Trabajo.

trabajo (*adelantando o atrasando la hora de inicio o de término de la jornada laboral*), sin posibilidad de cuestionamiento alguno por parte de los trabajadores, conforme lo establece el artículo 6 de la Ley de Jornada de Trabajo.

Para cerrar el presente tema, cabe señalar que la legislación laboral vigente⁽²³⁾ establece que todos los empleadores están obligados a exhibir el horario de trabajo y los tiempos de tolerancia⁽²⁴⁾, cuando ello corresponda, en el lugar donde se ubique el registro de control de asistencia y tiempo de trabajo.

Esta obligación ya existía, pues estaba regulada en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, empero debe precisarse que el artículo 3 del Decreto Supremo N° 011-2006-TR, precisa que dicha exhibición deberá realizarse en el lugar donde se ubique el registro de control de asistencia y tiempo de trabajo, aunque aquel –el lugar– no sea precisamente un lugar visible del centro de trabajo, como establece el citado artículo 2 de la norma reglamentaria.

VII. REFRIGERIO

La legislación laboral vigente⁽²⁵⁾ establece que cuando la prestación de servicios se ejecute en horario corrido, el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos⁽²⁶⁾ o a tomar un descanso de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en sentido contrario.

La misma norma precisa que el tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos, y que no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se convenga lo contrario.

El problema con la regulación del refrigerio es que no señala qué se entiende por trabajo en “horario corrido”, omisión que obliga a indagar sobre el tema y a establecer un criterio objetivo que nos permita resolver la citada

(23) Ver artículo 2 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

(24) No existe obligación legal de otorgar tolerancia para el ingreso al centro de trabajo a la hora de inicio de la jornada laboral.

(25) Ver artículo 7 de la Ley de Jornada de Trabajo.

(26) El artículo 14 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, precisa que el período de refrigerio es el tiempo establecido para que el trabajador pueda tomar su alimentación principal cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena, o de un refrigerio propiamente dicho, y/o al descanso.

Por su parte, el artículo 15 del mismo texto normativo precisa que el periodo de refrigerio debe coincidir, en la medida de lo posible, con los horarios habituales del desayuno, almuerzo o cena, debiendo tomarse dentro del horario de trabajo.

omisión, lo que se logra señalando que se trabajará en “horario corrido” cuando se cumpla una jornada laboral de por lo menos cuatro (4) horas diarias. ¿Y porque cuatro (4) horas diarias? Porque se trata de la jornada mínima que determina que un trabajador tenga derecho al catálogo completo de derechos laborales. Al respecto, considero inconsistente aquella afirmación que propone condicionar el otorgamiento del periodo de refrigerio al cumplimiento de un horario de trabajo específico.

No obstante lo anterior, el acierto o aspecto rescatable de la regulación del refrigerio es que esta precisa que aquel (*el refrigerio*) no forma parte de la jornada laboral, lo que permite afirmar que la jornada de trabajo en nuestra legislación laboral vigente es de “trabajo efectivo”.

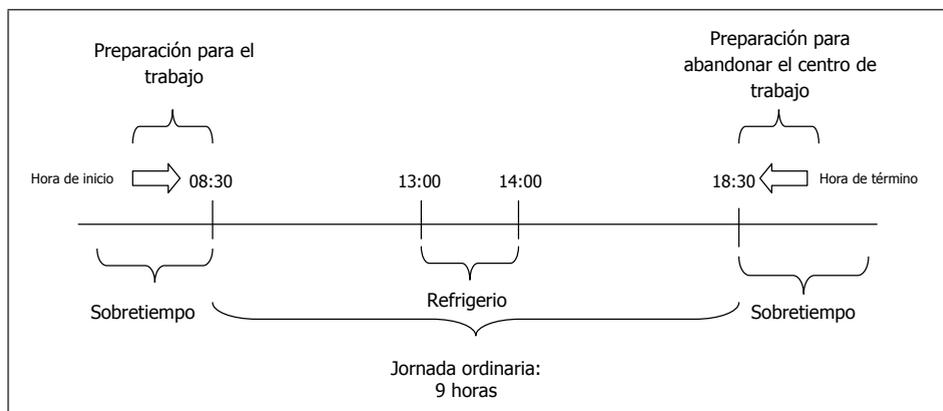
Dicho ello, corresponde afirmar que una pauta importante para gestionar de manera adecuada el tiempo de trabajo y para intentar optimizarlo será el cumplimiento de la jornada de trabajo de manera “efectiva”. ¿Y qué se necesita para un trabajador, cualquier trabajador, cumpla de manera “efectiva” con su jornada laboral?

La respuesta es sencilla: que esté en su puesto de trabajo listo para cumplir con sus obligaciones laborales a más tardar a la hora de inicio de la jornada laboral, y hasta no antes de la hora de término de la jornada laboral; en caso contrario, el trabajador perderá tiempo laboral en la atención de labores personales que pueden llegar hasta una (1) hora diaria, hasta cinco (5) horas semanales y hasta veinte (20) horas mensuales, lo que equivale alrededor de dos (2) días de labor.

Ahora bien, la primera medida para intentar alcanzar el cumplimiento “efectivo” de la jornada laboral es la regulación del ingreso y de la salida del centro de trabajo, de modo que se regule la necesidad de que el trabajador ingrese antes de la hora inicio de la jornada laboral, y que permanezca hasta después de la hora de término de la jornada laboral, bajo la justificación de que todo trabajador necesita un tiempo de preparación para el trabajo y un tiempo de preparación para abandonar el centro de trabajo; en caso contrario, existirá el riesgo de que el trabajador realice jornada extraordinaria y/o que pierda tiempo laboral destinándolo a la atención de otras actividades y afectando, de ese modo, su rendimiento laboral y la productividad empresarial.

Así pues, resulta de singular importancia vigilar y controlar el tiempo de trabajo, para lo cual se requiere no solo trabajadores comprometidos con el cumplimiento de sus obligaciones laborales, sino además disposiciones internas que regulen la permanencia de los trabajadores en el centro laboral, los tiempos de preparación para el trabajo y para abandonar el centro de trabajo, la realización de jornada extraordinaria, ente otros temas relevantes.

El cuadro que se propone a continuación revela la importancia de controlar el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo y la permanencia de los trabajadores en el local de la empresa durante la citada jornada laboral.



VIII. CONTROL DE LA ASISTENCIA Y TIEMPO DE TRABAJO

Por expreso mandato legal, todos los empleadores están obligados a controlar la asistencia y el tiempo de trabajo de su personal.

Ciertamente, según lo establece el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 010-2008-TR, todos los empleadores están obligados a controlar la asistencia de sus trabajadores, de los trabajadores de sus empresas colaboradoras que presten servicios dentro de sus instalaciones y de los beneficiarios de los convenios formativos.

No obstante lo anterior, es preciso destacar que la citada obligación no nació en el mes de abril del año 2006, con la promulgación y posterior publicación del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, pues dicha obligación ya existía.

Ciertamente, cabe precisar que la legislación laboral vigente a la citada fecha ya establecía la obligación de los empleadores de contar con un registro de control de asistencia y tiempo de trabajo, pues el artículo 10-A de la Ley de Jornada de Trabajo establecía la obligación de los empleadores de controlar el trabajo realizado en sobretiempo, lo que solo podía realizarse haciendo lo propio con el trabajo ejecutado durante la jornada ordinaria. *Luego, resulta inequívoco que ya existía esta obligación y que la norma bajo comenario, en el mejor de los casos, la precisó.*

Asimismo, debe señalarse que por expreso mandato legal el citado registro de control de asistencia y tiempo de trabajo debe cumplir las características que se señalan a continuación:

- (i) Debe ser llevado en soporte físico o digital con las medidas de seguridad que impidan su adulteración, deterioro o pérdida;
- (ii) Debe contener información mínima (nombre y RUC del empleador; nombre del trabajador; nombre y número del documento de identidad del trabajador; fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada laboral; y las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada ordinaria de trabajo);
- (iii) No podrá realizarse cuando el trabajador se presente en el centro de trabajo después de vencida la tolerancia o cuando no preste servicios;
- (iv) Debe ponerse a disposición de quien lo requiera (Ministerio de Trabajo, autoridad pública, organización sindical, representantes del personal o el propio interesado); y
- (v) Debe ser conservado hasta cinco (5) años después de ser emitido.

Finalmente, y como ya ha sido indicado previamente, la legislación laboral vigente⁽²⁷⁾ establece que el empleador podrá liberar de la obligación de registrar su asistencia y tiempo de trabajo a los trabajadores de dirección, a los que laboran sin supervisión inmediata del empleador y a los presten servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, alternando lapsos de actividad y de inactividad laboral.

La norma bajo comentario no excluye de la obligación antes referida a los trabajadores de confianza, por lo que debemos entender que a partir del 6 de mayo del año 2006 dicho grupo de trabajadores estará obligado a registrar su asistencia y a percibir horas extras cuando las laboren.

IX. JORNADA EXTRAORDINARIA

Como ya fue adelantado previamente, la jornada extraordinaria tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral vigente. En efecto, nuestra legislación se ha limitado a regular sus características, su pago, el valor hora y

(27) Ver artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR.

la base de cálculo para determinar el citado valor y su registro, sin proponerle una definición, lo que si bien es cierto es una omisión, no es menos cierto que se alinea con el tratamiento de todos los tipos de jornada a los que se refiere nuestra legislación laboral.

No obstante lo anterior, considero que es posible definir a la jornada extraordinaria como aquella que –como su nombre lo indica y sugiere– excede a la jornada ordinaria, esto es, aquella establecida por el empleador con la finalidad de que sea observada dentro de la empresa, aun cuando se trate de una jornada de trabajo reducida respecto de la jornada máxima legal.

En el mismo sentido, la doctrina española considera que “(...) *Son extraordinarias las horas que exceden de la jornada normal, fijada legal o convencionalmente, esto es, las horas que sobrepasan, no ya la jornada máxima legal, sino la jornada real más reducida que pudiera disfrutar el trabajador (...)*” [sic]⁽²⁸⁾.

Nuestra legislación laboral se ha limitado a señalar que la jornada extraordinaria es voluntaria, tanto en su otorgamiento como en su prestación, de modo que ningún trabajador puede ser obligado a ejecutarla, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de la ocurrencia de un evento imprevisible, irresistible e inevitable (hecho fortuito o de fuerza mayor) que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo, o la continuidad de la actividad productiva de la empresa.

La jornada extraordinaria es también voluntaria para el empleador, por lo que en ningún caso algún trabajador puede exigir –al empleador– el otorgamiento de jornada extraordinaria, lo que autoriza a afirmar que la ejecución de esta última debe ser producto de un acuerdo de las partes.

Complementando lo anterior, es preciso señalar que nuestra legislación laboral vigente⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾ establece que la jornada extraordinaria podrá ser ejecutada antes del inicio de la jornada laboral ordinaria o después de su término, y que su ejecución supone una prestación efectiva de servicios en beneficio del empleador, que además no exige autorización expresa y explícita del empleador, pues bastará que el trabajador acredite su sola permanencia en el centro de trabajador, situación que obliga al empleador a acreditar de manera objetiva y razonable que la permanencia del trabajador fue para atender asuntos y actividades personales y no laborales⁽³¹⁾.

(28) MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Ibidem*, p. 331.

(29) Ver artículo 18 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

(30) Ver artículo 10 de la Ley de Jornada de Trabajo.

(31) Ver artículo 7 del Decreto Supremo N° 011-2006-TR.

Al respecto, es necesario hacer un paréntesis y señalar que nuestra legislación incurre en error al confundir las horas de inicio y de término de la jornada laboral, con las horas de ingreso y de salida de los trabajadores. En efecto, el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley de Jornada de Trabajo, establece que “(...) *El sobretiempo puede ocurrir antes de la hora de ingreso o de la hora de salida establecidas (...)*” [sic], lo que en mi opinión personal revela un desconocimiento del tema y un pobre y confuso tratamiento legislativo de la jornada extraordinaria.

A su turno, y varios años después, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 011-2006-TR, establece que “(...) *Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable (...)*” [sic] (el resaltado es propio).

De la lectura de las disposiciones transcritas se advierte claramente el error en el que incurren nuestros legisladores y el Ministerio de Trabajo al tratar la hora de inicio y de término de la jornada ordinaria de trabajo como horas de ingreso y de salida, lo que no corresponde, pues si las citadas calificaciones fueran correctas a la hora de inicio de la jornada laboral los trabajadores deberían estar registrando su ingreso al centro de trabajo, lo que es incorrecto, pues a dicha hora (inicio de jornada laboral) los trabajadores deben estar listos para empezar a trabajar.

Del mismo modo, si la hora de salida fuera una calificación correcta, a dicha hora los trabajadores deberían estar registrando su salida del centro de trabajo, lo que también es incorrecto, pues a dicha hora (término de jornada laboral) los trabajadores deben aún estar en sus puestos de trabajo, concluyendo sus actividades laborales.

Las horas de ingreso y de salida, simplemente, no existen y, por tanto, su referencia debería ser eliminada de nuestra legislación laboral vigente, máxime si ello puede afectar una eficiente gestión del tiempo de trabajo, evitando que la jornada ordinaria se ejecute de manera “efectiva”, como ya ha sido explicado previamente.

Asimismo, nuestra legislación laboral vigente⁽³²⁾ establece que la jornada extraordinaria será remunerada con una sobretasa que para las dos (2) primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25 %) por hora

(32) Ver artículo 10 de la Ley de Jornada de Trabajo.

calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente; y al treinta y cinco por ciento (35 %) para las horas restantes⁽³³⁾.

Para ir cerrando este tema, puede señalarse que nuestra legislación laboral vigente⁽³⁴⁾ obliga al empleador a registrar el trabajo prestado en jornada extraordinaria mediante la utilización de medios técnicos o manuales seguros y confiables; y que la deficiencia en el sistema de registro no impedirá el pago de este máxime si el trabajador acredita su efectiva realización.

Ahora bien, la idea fuerza en materia de jornada extraordinaria no es encontrar un mecanismo alternativo a su pago, como lo es la compensación que será analizada en el numeral ulterior, sino establecer pautas que optimicen la prestación de servicios por parte de los trabajadores y la gestión del tiempo de trabajo, de modo que sea posible evitar la realización de jornada extraordinaria.

A tal efecto, el empleador puede y deber diseñar y ejecutar una serie de medidas, entre a cuales podemos mencionar las siguientes:

- (i) Establecer una jornada laboral ordinaria que responda a las necesidades operativas de la empresa;
- (ii) Excluir a los trabajadores que corresponda de la obligación de observar la jornada máxima de trabajo;
- (iii) Excluir a los trabajadores que corresponda de la obligación de registrar la asistencia y el tiempo de trabajo;
- (iv) Supervisar las horas de inicio y de término de la jornada ordinaria de trabajo;
- (v) Establecer políticas sobre la asistencia, puntualidad, permanencia, etc.;
- (vi) Redistribuir las cargas de trabajo; y
- (vii) Asignar labores según capacidades laborales de los trabajadores.

(33) Los artículos 11 y 12 de la Ley de Jornada de Trabajo precisan que las sobretasas para pagar la realización de jornada extraordinaria serán calculadas sobre la remuneración ordinaria que el trabajador perciba con periodicidad semanal, quincenal o mensual, en dinero o en especie, sin incluir las remuneraciones complementarias de naturaleza variable o imprecisa, así como aquellas otras de periodicidad distinta a la semanal, quincenal o mensual, según corresponda; y que para obtener el valor de una hora de trabajo, la remuneración de un día deberá ser dividida entre el número de horas de la jornada laboral ordinaria.

(34) Ver artículo 10-A de la Ley de Jornada de Trabajo.

X. COMPENSACIÓN

La compensación es la única forma regular de evitar el pago del trabajo realizado en jornada extraordinaria y consiste en otorgar periodos equivalentes de descanso para compensar –como ya ha quedado dicho– el trabajo realizado en jornada extraordinaria.

Empero, se trata de un mecanismo importante pero accesorio para la gestión del tiempo de trabajo, pues la idea no es compensar el trabajo que se pueda realizar en jornada extraordinaria, sino evitar la realización del citado trabajo como ya se ha señalado y explicado previamente.

Ahora bien, por expreso mandato legal⁽³⁵⁾ para poder ejecutar la compensación es necesaria la celebración de un convenio escrito, que podemos calificar de “privado”, pues no es obligatorio ponerlo en conocimiento del Ministerio de Trabajo, sino que únicamente queda en poder de las partes.

Uno de los aspectos destacables de la compensación es que permite la creación de un banco de horas, esto es, de un registro para controlar el tiempo de trabajo en jornada extraordinaria y los periodos de descanso que se pueden generar como consecuencia de la verificación de tardanzas y la solicitud de permisos para atender diversos asuntos personales.

Empero, lo más destacable de la compensación es que genera ventajas para ambas partes y no solamente para el empleador, como se suele pensar y proponer el tema.

Las ventajas para los trabajadores se generan cuando estos verifican tardanzas y acumulan periodos de permisos para atender asuntos personales como, por ejemplo, la asistencia al médico, al colegio de los hijos, etc. En todos esos casos como los trabajadores no cumplen con poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador durante toda la jornada de trabajo, entonces no se genera para el empleador la obligación de pagar la remuneración de manera completa, sino de manera directamente proporcional al tiempo que los trabajadores cumplieron con su obligación.

En ese sentido, con la finalidad de evitar afectar los ingresos de los trabajadores, el empleador paga la remuneración convenida de manera completa y acumula en el banco de horas el periodo de descanso generado, para en algún

(35) Ver artículo 26 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

momento, cuando el empleador lo requiera, los trabajadores laboren en jornada extraordinaria para compensar el citado periodo de descanso acumulado.

Lo anterior se sustenta en que no existe ninguna disposición en nuestra legislación laboral vigente que impida acumular primero los periodos de descanso para luego poder compensarlos –cuando corresponda– con la realización de trabajo en jornada extraordinaria. Tampoco existe una disposición que establezca expresa y explícitamente que primero deba acumularse el trabajo realizado en jornada extraordinaria. Descartar la presente propuesta implica atentar contra los ingresos de los trabajadores y afectar la posibilidad de crear un buen clima laboral en la empresa.

En tal sentido, queda claro que la compensación genera ventajas a los trabajadores, quienes pueden evitar verse afectados económicamente por las tardanzas en las que incurran y por los permisos que soliciten.

Por su parte, las ventajas para el empleador consisten en que los periodos de descanso acumulados y/o las horas de jornada extraordinaria acumuladas pueden ser compensadas en cualquier momento.

Ciertamente, la legislación laboral vigente establece que la compensación debe realizarse dentro del mes siguiente a aquel en que se realizó dicho trabajo, salvo pacto en sentido contrario. Esto último ofrece a las partes la posibilidad de acordar la oportunidad de la compensación en función de los intereses personales del trabajador y de las necesidades de servicios de la empresa. A falta de acuerdo, corresponderá al empleador decidir la oportunidad de la compensación.

La otra ventaja para el empleador es que la compensación es por periodos equivalentes de de descanso, sin que corresponda aplicar ninguna sobretasa. La razón es simple y sencilla: la sobretasa ha sido prevista para el pago del trabajo en sobretiempo y no para su compensación.

Por las razones expuestas, es claro que estamos frente a un mecanismo interesante para gestionar el tiempo de trabajo y para evitar el pago del trabajo realizado en jornada extraordinaria.

XI. CONCLUSIONES

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, se proponen las conclusiones que se señalan a continuación:

- (i) Nuestra legislación no define a la jornada de trabajo, ni a sus distintos tipos.
- (ii) El concepto de jornada de trabajo es distinto al de horario de trabajo, aunque están íntimamente relacionados. La jornada de trabajo se refiere al tiempo en el que el trabajador pone su fuerza laboral a disposición del empleador, respetando los límites máximos establecidos por la legislación laboral vigente, mientras que el horario de trabajo se refiere a la hora de inicio y de término de la jornada laboral.
- (iii) Nuestra legislación laboral vigente incurre en error al confundir las horas de inicio y de término de la jornada laboral con las horas de ingreso y de salida de los trabajadores.
- (iv) La regulación contenida en nuestra legislación laboral vigente para determinar el promedio de horas laboradas en las jornadas atípicas es incorrecta, afecta a los trabajadores y debería ser modificada.
- (v) Los empleadores tienen la facultad y no la obligación de liberar a los trabajadores de dirección, a los que laboren sin supervisión inmediata del empleador y a los que realizan labores de espera, vigilancia o custodia de las obligaciones de observar la jornada máxima de trabajo y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo.
- (vi) Los trabajadores de dirección, los que laboren sin supervisión inmediata del empleador y los que realizan labores de espera, vigilancia o custodia tienen limitaciones para realizar labores en jornada extraordinaria.
- (vii) Los trabajadores de confianza están obligados a observar la jornada máxima de trabajo y a registrar su asistencia y tiempo de trabajo, salvo que además sean trabajadores que laboran sin supervisión inmediata del empleador, en cuyo caso tendrán limitaciones para realizar labores en jornada extraordinaria.
- (viii) La jornada extraordinaria es aquella que –como su nombre lo indica y sugiere– excede a la jornada ordinaria, esto es, aquella establecida por el empleador con la finalidad de que sea observada dentro de la empresa, aun cuando se trate de una jornada de trabajo reducida respecto de la jornada máxima legal.
- (ix) La compensación de jornada extraordinaria con el otorgamiento de periodos equivalentes de descanso permite la creación de un banco de horas y genera ventajas para ambas partes: empleador y trabajadores.

XII. PAUTAS PARA UNA EFICIENTE GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En virtud de las consideraciones expuestas, y con la finalidad de realizar una gestión eficiente del tiempo de trabajo, corresponde evaluar la implementación de las medidas que se propone a continuación:

- (i) Establecer la jornada ordinaria de trabajo en atención a las específicas necesidades de servicios de la empresa;
- (ii) Identificar a los trabajadores liberados de la obligación de observar la jornada máxima de trabajo y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo;
- (iii) Controlar de manera rigurosa el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo de manera efectiva;
- (iv) Regular por escrito las distintas obligaciones de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo; y
- (v) Compensar el trabajo ejecutado en jornada extraordinaria con el otorgamiento de periodos de descanso.