

LOS REGIMENES EXCEPCIONALES

Francisco J. Romero Montes

*Profesor de Derecho del Trabajo de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

1) SIGNIFICADO DE LA JORNADA DE TRABAJO

Por el contrato de trabajo una persona denominada trabajador se compromete a entregar a otra, denominada empleador, su acción de trabajar a cambio de una remuneración.

Trabajo y remuneración se intercambian en el convenio laboral. Se trata de prestaciones recíprocas que requieren de un molde o medida para cuantificarlas.

La acción de trabajar es inseparable de la persona del trabajador, lo que impide medir la cantidad de esa actividad desligada de quien la realiza.

Trabajador y empleador han encontrado una forma convencional para, indirectamente, medir la actividad laboral. Esa medida está dada por la cantidad de tiempo o duración que debe tener la acción de trabajar, para poder equiparar a la cuantía de la remuneración. El poder disciplinario del que está investido el patrono sirve para controlar el ritmo o intensidad de la acción de trabajar.

Esta es la razón porque los empleadores, históricamente, buscaron que el trabajador permaneciera dentro del centro laboral, el máximo de tiempo posible comprometiendo en muchos casos la salud e integridad de quien prestaba el servicio.

La extensión del tiempo que debe durar la actividad laboral en determinado lapso que puede ser el día, la semana, el mes o el año, es lo que constituye el motivo del contrato de trabajo.

Las remuneraciones también tienen moldes o medidas convencionales; tema que no podremos abordar en el presente trabajo, porque estará dirigido fundamentalmente a enfocar aspectos de la jornada de trabajo.

La doctrina y la legislación son unánimes en considerar a la jornada de trabajo como el medio o molde para determinar la cuantía de la acción de trabajar, que a su vez sirva para precisar la retribución correspondiente (1). Es por eso que el término «jornal» expresa la contraprestación por el trabajo realizado en la jornada; y «jornalero» se dice de quien percibe esa contraprestación sobre la base de la jornada laboral (2).

Pero la jornada es simplemente un molde hecho en base al tiempo, al que se recurre por no haberse encontrado otra forma de medir la fuerza de trabajo. De ahí que la jornada laboral no expresa realmente y con toda cabalidad la cantidad de la fuerza de trabajo. Aquí cabría preguntarse si toda jornada laboral de la misma duración, tiene el mismo contenido o cantidad de fuerza de trabajo. Desde que la jornada es una medida de tiempo y no la energía de trabajo misma, y el trabajador durante la realización de su actividad, por su naturaleza, es objeto de un sinnúmero de condicionantes que determinan la intensidad del trabajo, ese molde que se denomina jornada, puede estar en unos casos más denso y en otros, menos denso, es decir puede contener distinta cantidad de fuerza de trabajo.

De esta forma lo que el empleador abona, por concepto de retribución corresponde, no a la cantidad de fuerza laboral, sino a una cantidad de tiempo que es la jornada, originando que en algunos casos no se abone toda la energía de trabajo que el obrero le presta al patrono (3); y en otros, que el empleador pague por trabajo no realizado sino por el tiempo que el servidor estuvo a su disposición en acatamiento de la jornada de trabajo. La jornada de trabajo aparece así como medio convencional de intercambio entre empleador y trabajador.

Existen diferentes criterios para la aplicación de la jornada de trabajo como elemento de medición. Así por ejemplo hay tratadistas que sostienen que dentro del molde debe entrar el trabajo efectivo; para otros dentro de la jornada debe considerarse todo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, aunque no preste trabajo efectivo. Un tercer criterio considera que la jornada debe comprender todo el tiempo que el trabajador esté a disposición del empleador, tanto dentro como fuera del centro de trabajo (4).

No obstante, debemos reconocer que la jornada de trabajo es la columna que sirve de sostén al edificio del derecho del trabajo. Como afirma Montenegro Baca (5) la jornada constituye el instituto jurídico-madre: de su estudio y reglamentación se derivan casi la totalidad de los derechos de los trabajadores.

De ahí que gran parte de las instituciones del derecho de trabajo tienen una íntima relación con el tiempo como medida de los beneficios y prestaciones laborales, a tal punto que al derecho del trabajo se le podría caracterizar como la disciplina del devenir en que el tiempo resulta ser la medida de todas las cosas que le conciernen.

2) UBICACIÓN DEL TEMA

Los asuntos que nos corresponde desarrollar en esta oportunidad son las excepciones, exclusiones y regímenes especiales que se dan en el tema relativo a la jornada de trabajo. Para el efecto es necesario ubicar dichas materias dentro de tal contexto.

3) DETERMINACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

En primer lugar es necesario precisar que no se puede hablar de una sola jornada sino de varias jornadas, en razón de que existen más de una forma para medir la fuerza de trabajo. Las denominadas excepciones, exclusiones y regímenes especiales, de alguna forma, constituyen jornadas de trabajo. De aquí se desprende que la denominación de «ordinaria», no resulta muy afortunada, porque las jornadas en los regímenes especiales por ejemplo también son ordinarias por su carácter cotidiano, lo mismo se podría decir cuando uno se refiere a las llamadas exclusiones.

La característica común en todas las jornadas es que se trata de una medida de tiempo para precisar la cuantía de fuerza de trabajo.

Cualquiera que sea el criterio de los tres que hemos enunciado anteriormente, la jornada de trabajo está dada por el inicio y el fin de la misma, ya se trate del régimen especial, del régimen excluido, o cualquier otro.

De manera que para poder hablar de las exclusiones, excepciones o regímenes especiales, resulta más propio hablar del régimen de la jornada general, antes que de una jornada ordinaria. La denominación de «Jornada general» resulta más apropiada porque denota un ámbito de aplicación mayoritaria, es decir que dentro de la misma se encuentra comprendida la mayoría de los trabajadores, resultando así la regla general. Frente a ésta que viene a ser la medida genérica, puede muy bien hablarse de la regla excepcional o especial.

4) DELIMITACION DE LA JORNADA GENERAL

Cualquiera de las jornadas puede ser determinada por la ley, el contrato o la costumbre. Lo que se fija es límite máximo de duración de cada jornada.

En lo que respecta a la jornada general el convenio N° 1 de la OIT, adoptado en Washington en 1919, establece que «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...» (artículo 2).

Como se ve el convenio considera dos límites referenciales, el día y la semana, lo que otorga cierta elasticidad a la medida de la jornada. Esto permite que existan dos criterios de medida: 8 horas por día o en su defecto 48 horas semanales. Quiere decir que para saber si en un centro de trabajo se infringe la norma, no basta saber que en el día se sobrepasa las ocho horas, sino que habrá que averiguar cuantas horas se labora en la semana.

Esta circunstancia está contemplada por el inciso b) del mismo artículo 2 del convenio N° 1 cuando prescribe que en los casos en que en base a una ley, convenio o costumbre, la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana.

Pero la disposición de la OIT que comentamos pone el límite de una hora diaria al exceso con el que se pueda sobrecargar la jornada más allá de las ocho horas.

Situación similar se contempla en el inciso e) del mismo artículo del convenio N° 1, y que está referido a los trabajos que se efectúen por equipos, en cuyo caso la duración de la jornada puede sobrepasar de ocho horas al día y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas o en un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

Es oportuno señalar que el convenio N° 1 de la OIT fue ratificado por nuestro país, mediante Resolución Legislativa N° 10195 de 23 de marzo de 1945; por lo tanto tiene el carácter de Ley privilegiada de conformidad con el artículo 101 de la Constitución.

En conclusión podemos decir que la fórmula generalizada por la OIT para medir la jornada es la de ocho horas por día y cuarenta y ocho por semana.

A su vez la Constitución peruana de 1979 proclama, siguiendo la fórmula del convenio N° 1, que la jornada ordinaria trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales: Puede reducirse por convenio colectivo o por Ley (art. 44°).

El mérito de esta Constitución no es otro que haber elevado a la jerarquía de precepto constitucional, la jornada máxima de trabajo.

Fue el Decreto Supremo de 15 de enero de 1919, dado durante el gobierno de don José Pardo después de un movimiento social efectuado en la ciudad de Lima, el que fijó la jornada máxima de las ocho horas. Este dispositivo precedió al convenio N° 1 de la OIT, adoptado en octubre de 1919 en la ciudad de Washington.

El Decreto de 15 de enero de 1919 regula en forma diferente la jornada de las ocho horas ya se trate del sector público o privado. El artículo 1° del dispositivo está referido a los trabajadores al servicio del Estado para quienes se fija, en forma rígida, en ocho horas el tiempo del trabajo diario. En cambio para el sector privado, el tiempo de la duración del trabajo diario debía fijarse de mutuo acuerdo entre empleadores y trabajadores. Sólo a falta de entendimiento entre ambos, la jornada de trabajo quedaba sometida al régimen oficial de ocho horas (art. 2°).

Como se puede apreciar la única medida que se fija es la diaria, mas no la semanal que sí lo hace la Convención de Washington.

Otra peculiaridad del Decreto peruano es que para el sector privado, la jornada debe ser fijada prioritariamente por pacto. Esto ha facilitado la reducción de la jornada por debajo de las ocho horas, de tal forma que en la actualidad existen jornadas que están por las cuarenta horas semanales, en razón de que las ocho horas constituye un límite máximo.

En base a estas consideraciones la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 que reglamenta la Ley 4916, establece un tratamiento más flexible al disponer que «Las partes pueden estipular cualquier horario de trabajo que no exceda de una jornada de ocho horas» (art. 55°).

De manera que el concepto de jornada general u ordinaria, como se le denomina en la doctrina, comprende no a una sino a varias clases de jornada, como lo afirmamos en el punto anterior, en razón de que por ley, por pacto o por costumbre puede haberse fijado diferente medida o tiempo de trabajo.

En tal sentido debe considerarse como jornada del régimen general, no sólo a la que la ley fija en ocho horas como máximo, sino también a la de 48 horas semanales, a la de 45 horas semanales para mujeres y menores y cualquier otra que por pacto o costumbre se haya establecido en un tiempo menor. Así por ejemplo en un centro de trabajo en el que se labore ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, éstas serán jornadas generales u ordinarias. En cambio si en otro centro laboral se trabaja siete horas diarias o cuarenta semanales, en base a la existencia de un pacto, éstas también serán consideradas como jornadas generales u ordinarias.

5) REGIMENES EXCEPCIONALES

Todos aquellos regímenes que no puedan ser considerados dentro de la jornada general u ordinaria, constituyen una excepción, un régimen extraordinario o un régimen especial; aun el caso de aquellos trabajadores que puedan estar excluidos constituye de por sí una excepción.

De manera que bajo el nombre genérico de regímenes excepcionales pueden agruparse, todos aquellos que algunos tratadistas como Montenegro Baca, los clasifican en excepciones, exclusiones y regímenes especiales (6), criterio que no compartimos. El Convenio de la OIT de 1919 como este mismo tratadista lo reconoce, no hace tal diferenciación, sino por el contrario, las situaciones peculiares las agrupa bajo la denominación genérica de excepciones.

6) CLASIFICACION QUE PROPONEMOS

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto consideramos que todas aquellas formas de jornada de trabajo que no se puedan ubicar dentro de la jornada general es posible clasificarlas de la siguiente manera:

Excepciones: Absolutas:	Las exclusiones.
Relativas:	Temporales: Jornada Extraordinaria.
	Permanentes: Regímenes especiales.

Según esta clasificación pueden existir excepciones absolutas y otras que tengan un carácter relativo. En las primeras la jornada no tiene límite, como es el caso de las exclusiones. En las relativas sí encontramos limitaciones y topes señalados por la ley. Estas a su vez pueden subdividirse en excepciones relativas temporales y excepciones relativas permanentes.

Dentro de las temporales se ubica la jornada extraordinaria, horas extras o sobretiempos, que por definición tienen un carácter eventual.

Las excepciones relativas permanentes están constituidas por los regímenes especiales que son jornadas que están medidas en forma diferente a la jornada general.

Si bien el convenio de la OIT, además de esos casos señalados se refiere a aquellas circunstancias en las que se aprecia prolongaciones de la jornada diaria más allá del máximo para lograr descansar el día sábado, tales casos no constituyen una excepción, porque se encuadra dentro de la jornada semanal, que también constituyen una forma de medir la jornada en el régimen general.

7) POR QUE EXCEPCIONES ABSOLUTAS Y NO EXCLUSIONES

Toda exclusión constituye una excepción, pero no toda excepción excluye. De manera que el término «excepción» es genérico y la exclusión es específica. Pero además el mismo convenio de 1919 considera como excepción los casos a los que no se aplica limitación en la jornada laboral, como ya lo hemos señalado.

El propio Montenegro Baca (7) quien mejor ha estudiado la jornada laboral, sostiene que el hecho de que el convenio englobe, bajo una sola denominación a las situaciones peculiares, es decir bajo el nombre de excepciones, no exime a la doctrina de establecer las diferencias conceptuales de cada excepción, señalando los alcances de cada una y las denominaciones que se les debe dar.

Para cumplir con este propósito, este tratadista, adopta una clasificación que en nuestro concepto no es afortunada, desde que sigue llamando excepciones a una parte de las situaciones peculiares, como es la jornada extraordinaria; en cambio, a las demás excepciones les aplica denominaciones específicas, como son «exclusiones» y «regímenes especiales».

Nosotros consideramos que para una mayor claridad y orden, las excepciones se pueden clasificar en dos grandes grupos: excepciones absolutas y excepciones relativas. Dentro de cada una de estas clases agruparemos los diferentes casos o circunstancias, de acuerdo a lo que corresponda.

Denominamos excepciones absolutas a los casos en que por la naturaleza de la actividad los trabajadores no pueden estar sujetos a limitaciones en la jornada laboral. Es decir que hay una negación absoluta del derecho del trabajador a gozar de tal beneficio en atención a consideraciones diversas que pueden analizarse en cada caso.

En cambio en las excepciones relativas no existe una negación total del derecho a gozar del límite de la jornada de trabajo, sino más bien se trata de una suspensión temporal del beneficio o de una jornada mayor o menor a la ordinaria.

Sin embargo hay otras clasificaciones como la que propone Antokoletz (8) quien divide las excepciones por razón de las personas, por razón de la costumbre o pacto, por la forma de trabajar, por razón de la urgencia de la labor y por continuidad del trabajo.

8) CASOS DE EXCEPCIONES ABSOLUTAS

Dentro de las excepciones absolutas se pueden señalar las siguientes:

a) Trabajadores de empresas donde laboran únicamente los miembros de una misma familia.

El artículo 2 del Convenio establece que las empresas industriales en las que estén empleados los miembros de una misma familia, no están sujetas a la limitación de la jornada de trabajo de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales. Esta excepción es absoluta porque es permanente y obedece a la naturaleza de empresa familiar.

Para que se configure la excepción es necesario precisar que los trabajadores sean familiares del empleador no bastando que sólo sean los servidores entre sí.

El convenio no precisa que grado de parentesco deben tener los trabajadores con el empleador, concretándose a señalar que deben ser «miembros de una misma familia». De no existir una precisión al respecto podría darse el caso que, con el fin de eludir el convenio, un empleador contrate a parientes lejanos.

En una nota explicativa al convenio sobre reducción de las horas de trabajo, adoptado en 1936, encontramos la referencia en el sentido de que la palabra «familia» comprende solamente a los hijos y a los pupilos (9).

Nosotros consideramos que el hecho de exceptuar los centros de trabajo donde laboran sólo los miembros de una misma familia se debe a que los mismos están inspirados en el propósito común de obtener resultados que beneficie a todos ellos en su calidad de núcleo familiar, lo que hace que la relación laboral sea superada por los vínculos de familia. En tal sentido creemos que dentro del concepto de familia deben estar comprendidos los hijos y la cónyuge del empleador. Pero también estaría dentro de la excepción aquellos casos en los que uno de los hijos sea el empleador, siempre que éste no hubiera constituido un hogar de familia independiente sino que aún viva dentro del hogar paterno. Es decir que el concepto de familia comprendería además, a los padres del empleador y a los hermanos que sigan compartiendo el hogar paterno.

Con anterioridad al convenio N° 1 de la OIT se dictó en la legislación peruana una disposición específica que se refiera a este aspecto. En efecto, la Ley 2851 de 23 de noviembre de 1918 que regula el trabajo de mujeres y menores, exceptúa de los alcances de esta Ley, dentro de la cual se encuentra la jornada de trabajo, las ocupaciones en donde bajo la autoridad y vigilancia de los padres y tutores trabajen

los miembros de la familia, sin la colaboración de personas extrañas a ellas (art. 1°.

A su vez el Decreto Supremo de 25 de junio de 1921 que reglamenta la Ley 2851 define la familia para los efectos de la excepción señalada en el párrafo anterior, a la reunión de personas que viven en una casa, bajo la dependencia de un jefe; o sea la reunión de los cónyuges, descendientes y personas que están bajo la guarda del jefe de la familia. El dispositivo añade que las personas que no tengan alguno de los vínculos indicados con aquellas por cuenta de la cual trabaja, se consideran extrañas a la familia (art. 2°, inciso a).

Igualmente existe la Resolución Suprema del 3 de noviembre de 1952 que exceptúa la prohibición del trabajo en días domingos, fiestas cívicas y primer día de elecciones al trabajo realizado por miembros de una misma familia sin la colaboración de personas extrañas a ella.

La Legislación Argentina también contiene algunas prescripciones sobre este particular. Así el Decreto 16.115/33 que reglamenta la Ley 11.514 expresa que son miembros de la familia las personas vinculadas por parentesco legítimo natural al jefe del centro de trabajo, dentro de los cuales debe comprenderse los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos (10).

El código francés expresa, sobre el particular que no están comprendidos en limitación de la jornada laboral los centros de trabajo donde sólo laboran los miembros de familia bajo la autoridad sea del padre, sea de la madre o sea del tutor (art. L.221-1).

b) Personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza.

El artículo 2, inciso a) del Convenio número 1 de la OIT dispone que no son aplicables las disposiciones sobre limitaciones de la jornada de trabajo a que se refiere el mismo, a «las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza».

También aquí estamos frente a una excepción de carácter absoluto porque se trata de una exoneración permanente del goce del límite de la jornada diaria o semanal de trabajo.

Por razón de las limitaciones en cuanto a extensión del presente trabajo, no es posible hacer una diferenciación doctrinaria entre lo que es un inspector, director o trabajador con cargo de confianza. El espíritu del convenio es el de excluir del beneficio a los trabajadores que ostenten una alta jerarquía con funciones que son propias del empleador y que son delegadas, en base a la división del trabajo y a los

criterios modernos de organización empresarial, a determinados servidores para que dirijan, gerencien, supervisen y gobiernen el negocio. En otras palabras se trata de trabajadores a quienes se les ha delegado la representación del empleador.

Para cumplir tales funciones, de las cuales depende en gran parte el éxito y prosperidad de la empresa, es indispensable liberar a estos servidores de toda limitación y control formal que no sea el de la evaluación del resultado de la gestión.

De manera que en la exclusión a que se refiere el convenio antes que un aspecto de negación del derecho, debe resaltarse el aspecto relativo a las condiciones y tratamiento especial que se requiere para asumir la responsabilidad de conducción de un negocio. Esas consideraciones se expresan en el hecho de que el desempeño de la función debe efectuarse sin fiscalización superior inmediata, lo que otorga la adecuada independencia y autoridad que permita, no sólo vigilar a los demás, sino autocontrolarse a sí mismo.

Para completar estas connotaciones, no podemos dejar de señalar la referente al monto de las remuneraciones que deben percibir estos servidores, las mismas que deben ser elevadas y acordes con la alta jerarquía de la función y que como afirma Russomano (11), justifique la no percepción de emolumentos por trabajo extraordinario.

Consideramos que éste es el aspecto positivo de la exclusión de las personas que ocupen puestos de inspección, dirección o de confianza, a que se refiere el inciso a) del artículo 2 del Convenio N° 1 de la OIT. El haberlos excluido significa dotarlos del tratamiento adecuado para el desempeño de su delicada función. Lo contrario, es decir comprenderlos en la limitación de la jornada de trabajo, hubiera significado limitarlos en sus prerrogativas indispensables para el cabal cumplimiento de su labor.

La legislación peruana también se refiere, en términos semejantes a esta clase de servidores. El Decreto Supremo de 26 de junio de 1934 dispone que quedan excluidos de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y en general todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata (art. 3°).

Este dispositivo tiene como antecedente el Convenio de la OIT de 1919 y obedece a las motivaciones y consideraciones ya expuestas al comentar dicho convenio. Sin embargo el dispositivo peruano tiene una mayor amplitud por cuanto además de comprender a los gerentes, administradores y apoderados, se refiere a todos aquellos trabajadores que laboren sin fiscalización superior inmediata.

La diferencia está en que mientras el convenio nos habla de servidores que ocupen puestos de inspección, dirección y confianza, el Decreto Supremo señala

también funciones equivalentes, al referirse a los administradores, gerentes y apoderados; pero al haber añadido a los trabajadores que laboren sin fiscalización inmediata, posibilita que sean comprendidos trabajadores subalternos y no solamente los de alta jerarquía, como es el propósito del Convenio de 1919, cuando comprende a los trabajadores de confianza. Dentro de la connotación de «todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata», que utiliza el Decreto Supremo de 1934, quedan comprendidos cualquier otro trabajador de confianza o de alta jerarquía, pero además aquellos trabajadores que no tienen esa calidad, como es el caso de los agentes viajeros, trabajadores a domicilio, comisionistas, etc. (12).

La Resolución Suprema de 3 de noviembre de 1952, también contiene una referencia a estos servidores, al disponer que la prohibición del trabajo en días domingos y fiestas cívicas, no se aplica a las personas que intervienen en labores exclusivamente de inspección, de dirección o en un puesto de confianza.

c) Trabajadores domésticos

Se reputan servicios domésticos: los de cocineras, mayordomos, mozos, criados, lavanderas y los de aquellos que desempeñan ocupaciones similares siempre que éstos verifiquen el trabajo en domicilio particular y por cuenta del jefe de la familia (D. S. de 25 de junio 1921, art. 2º inciso b).

Por otra parte el Decreto Supremo de 30 de abril de 1957 define a los trabajadores domésticos como aquellos que se dedican en forma habitual y continua a las labores de aseo, cocina, asistencia y demás propios de la conservación de una residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar que no importen lucro o negocio para el patrón o sus familiares (art. 1º).

El Decreto Supremo de 26 de junio de 1934, al que ya hemos hecho referencia, excluye a estos trabajadores, entre otras, de la limitación de la jornada de trabajo.

Pero posteriormente, el 10 de marzo de 1970, se dictó el Decreto Supremo N° 002-TR en el que se establece que los trabajadores domésticos tendrán derecho como mínimo a ocho horas diarias de descanso nocturno y a 24 horas continuas de descanso semanal, el que podrá ser en día domingo o en otro de la semana (art. 1º).

Este dispositivo, como se puede apreciar, indirectamente ha legalizado una jornada diaria de trabajo de 16 horas, al establecer un descanso mínimo de ocho horas diarias, lo que significa que se puede laborar durante las 16 horas restantes.

Tal tratamiento no cambia la situación de estos trabajadores, por cuanto continúan fuera de los alcances de la jornada general u ordinaria de trabajo y sin

derecho a pago de sobretiempo, lo que significa una excepción absoluta o exclusión, por su carácter permanente. A mayor abundamiento la Resolución Suprema de 14 de diciembre de 1957, fija una jornada de trabajo mínima de ocho horas diarias.

Las razones para semejante tratamiento nos las da Mario De la Cueva al afirmar que la jornada de trabajo se ha instituido para los trabajos que requieren una atención continua lo que no ocurre con el servicio doméstico, razón por la que no puede exigirse la fijación de un horario para los domésticos; por otra parte, añade, la naturaleza del trabajo que prestan y sobre todo la vida en común con la familia, suponen una serie de pequeños servicios incompatibles con la fijación del horario (13).

Debe destacarse que lo que tipifica al trabajo doméstico como régimen excepcional, no es la naturaleza de la actividad sino la finalidad y el lugar donde se prestan los servicios.

Por eso doctrinariamente trabajo doméstico se considera al servicio que se presta, no a un patrono, sino a un jefe de familia o morada particular, que no persigue fin de lucro, para el servicio exclusivo de quien contrata, de su familia, de sus dependientes, bien sea con albergue en el propio domicilio del jefe de casa o fuera de él (14).

La Resolución Suprema de 14 de diciembre de 1957, hace hincapié sobre el mismo aspecto al expresar que las labores deben estar destinadas a la residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida del hogar que no importe lucro o negocio para el patrón.

El dispositivo añade que no se considera servicio doméstico el que se presta a hoteles, restaurantes, instituciones religiosas, culturales y demás establecimientos análogos (art 1°).

d) Capitanes de nave, jefes de departamento y mayordomos de la Marina Mercante Nacional

La jornada de trabajo en los buques de la Marina Mercante Nacional está normado por el Reglamento de Capitanías y de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, aprobada por Decreto Supremo N° 002-87-MA de 9 de abril de 1987, según el mismo, la duración de la jornada de trabajo es de ocho horas diarias, de lunes a sábado inclusive. La distribución de la labor durante la jornada es materia de un «Horario de Trabajo» que es establecido por el capitán, teniendo en cuenta las disposiciones de su empresa, las necesidades del servicio, la naturaleza de las

funciones a cumplirse y los pactos o convenios colectivos existentes al respecto (B-040201).

Están excluidos de la jornada de trabajo, el capitán, o el que oficialmente lo reemplace, los jefes de departamento y el mayordomo (B-040201 inca. e).

El anterior Reglamento de Capitanías del año 1951, contenía excepciones parecidas aunque más específicas, toda vez que estaban referidas a los capitanes, ingenieros jefes, telegrafistas a cargo de las estaciones de radio y otros oficiales que tienen a su cargo la seguridad de la nave.

El actual Reglamento sólo excluye de la jornada de trabajo, a los capitanes, a los servidores que tengan la jerarquía de jefes de departamento y al mayordomo de la nave. Al excluirlos constituye una excepción absoluta por su carácter permanente.

La excepción en estos casos se justifica por la responsabilidad de dirección de la nave que tiene a su cargo este personal, cuya función no podría cumplirse si estuviera sometido a la rigidez de un horario.

Al restringir el nuevo reglamento las excepciones absolutas o exclusiones ha ampliado las excepciones relativas comprendiendo dentro de las mismas, las labores propias de las guardias de seguridad en puerto o en el mar y otras actividades que de acuerdo al anterior Reglamento constituían exclusiones.

e) El caso de los guardianes y vigilantes

El convenio N° 1 de la OIT contempla la posibilidad de que la autoridad pública determine por medio de reglamentos las excepciones permanentes, en la jornada de trabajo, para ciertas clases de personas cuyo trabajo sea especialmente intermitente.

El trabajo discontinuo o intermitente se caracteriza por no exigir, en forma permanente, una labor activa durante la jornada, sino que hay espacios de tiempo en donde la labor es pasiva, siendo difícil poder determinar la magnitud de una o la otra. Tal sucede, por ejemplo, con los guardianes de edificios que viven en el mismo centro de trabajo, a veces junto con su familia. Estos trabajadores, incluso pueden tener otra actividad en el centro de trabajo, siempre que no descuiden la vigilancia del edificio.

Estos trabajadores están exonerados de las limitaciones de la jornada de trabajo debido a que la discontinuidad del trabajo activo les permite disponer de intervalos libres de actividad, para descansar o dedicarse a labores personales, aunque deben adoptar las precauciones para que no se produzca el abandono del servicio.

Es necesario precisar que este criterio sólo puede ser aplicable cuando no existe el trabajo activo, por parte del vigilante o guardián, en forma permanente. Esto quiere decir que no todos los trabajadores que se dediquen a esta labor están exceptuados de la jornada máxima de trabajo.

En la actualidad, existen en los colegios del Estado guardianes que cumplen con su jornada de 48 horas semanales laborando durante los fines de semana, es decir que su labor se inicia los días sábados a las siete de la mañana y termina el día lunes a la misma hora. La razón de este tratamiento se funda en la consideración que la vigilancia debe ser permanente y sin interrupción durante las 24 horas del día y debe estar acompañada de algunas actividades de limpieza de ciertos ambientes.

Sin embargo en el derecho comparado se aprecia una tendencia a no excluir a los vigilantes y guardianes, de las limitaciones de la jornada laboral, en términos absolutos, sino a ponerles una duración mayor a la de las ocho horas diarias. Así por ejemplo la legislación del Brasil dispone que no se comprende en el régimen de la jornada de ocho horas a los vigías, cuyo horario no deberá exceder de diez horas diarias y siempre que no estén obligados a prestar otros servicios (Consolidación de la Leyes del Trabajo, art. 62).

La Ley española señala que la jornada de los guardias o vigilantes que tengan asignado el cuidado de una zona limitada, con casa-habitación dentro de ella, siempre que no se les exija una vigilancia constante, podrán ampliarse hasta doce horas diarias... (art. 11 del Real Decreto 2.0011/1983 que reglamenta el Estatuto de los trabajadores).

La Legislación argentina también considera al trabajo intermitente como una excepción horaria absoluta (art. 4, inc. a) de la Ley 11.544). Están comprendidas en este dispositivo aquellas tareas poco fatigosas y que sólo exigen labor activa durante ciertos momentos, como por ejemplo la labor de los vigilantes subalternos y los serenos (15).

La Legislación francesa también exonera a los trabajadores conserjes de las limitaciones de la jornada laboral (16).

En el Perú no existe dispositivo legal expreso que regule la jornada del trabajo intermitente o discontinuo dentro de los cuales puede considerarse los que prestan los porteros, guardianes, vigilantes, etc.

Sin embargo, ante el silencio de la legislación, la jurisprudencia ha sido uniforme desde hace mucho tiempo en el sentido de exonerar de la jornada de trabajo, este tipo de labor. Así por ejemplo el Tribunal de Trabajo declaró, el 7 de setiembre de 1945, que «La jornada máxima de 8 horas a que se contrae el artículo 1572 del

Código Civil tiene que interpretarse doctrinariamente con arreglo a los principios del derecho y a las formas peculiares del trabajo. La mayor parte de las legislaciones laborales excluyen de la limitación de la jornada de 8 horas a los guardianes, cuya labor no es continua y no requiere esfuerzo permanente».

Igualmente la ejecutoria de 3 de enero de 1955, expresa que «Los servicios de guardianía son intermitentes y discontinuos, sin que pueda distinguirse fracciones ordinarias y extraordinarias en el tiempo empleado para su realización por lo que no es procedente establecer la efectividad de horas extras en días ordinarios. La prestación de servicios de guardianía en días domingos sin el descanso sustitutorio, impone la obligación de pagar sobretasa salarial» (17).

Esta tendencia se ha mantenido y así encontramos que el Tribunal de Trabajo, por ejecutoria de 4 de abril de 1977 establece que los guardianes están exceptuados de la jornada legal por prestar una jornada discontinua e intermitente con intervalos de actividad y «descanso» (R.T.T. Exp. 4321-76).

En otro caso se ha sentenciado que el guardián está excluido de la jornada legal porque sus servicios no exigen vigilancia ininterrumpida y permanente (R.T.T. de 18.06.79. Exp. 3636-77) (18).

No obstante debe tenerse presente que durante los últimos años en el Perú, debido a la situación de los atentados contra los centros de trabajo, ha sido necesario el concurso de servicios de vigilancia en una gran magnitud. De manera que la cantidad de trabajadores dedicados a esta actividad es ya considerable. Ante la ausencia de dispositivos legales, los empleadores de estos trabajadores a quienes se les conoce con el nombre de «watch-man», han acordado jornadas de hasta 12 horas diarias pero sin sobrepasar las 48 horas semanales.

De esta forma este tipo de vigilancia está considerado en la jornada general u ordinaria de trabajo, debido a la peculiaridad de este tipo de trabajo, en el que el trabajador está sometido a una fuerte tensión durante su labor.

9: EXCEPCIONES RELATIVAS

Ya hemos visto que en las excepciones relativas no existe una negación total del derecho a gozar del límite de la jornada de trabajo, sino más bien se trata de una suspensión temporal del beneficio, o de una jornada diferente a la ordinaria, que se puede expresar en una jornada reducida o más amplia, de acuerdo a las exigencias del trabajo.

Se trata pues, en el primer caso, de una excepción temporal debido a circunstancias transitorias, dentro de la cual se ubica la jornada extraordinaria de trabajo. En tanto que en el otro caso estamos frente a excepciones permanentes, cuya duración de la jornada difiere de la ordinaria; es decir se trata de regímenes especiales.

En conclusión dentro de las excepciones relativas podemos distinguir dos clases: las temporales y las permanentes, las mismas que pasamos a tratar a continuación:

9.1 Excepciones relativas temporales

a) La jornada extraordinaria de trabajo

También se le denomina sobretiempo u horas extras. Es la prolongación, por circunstancias extraordinarias, del tiempo de trabajo más allá de la jornada ordinaria fijada por ley o pacto.

Caldera (19) hace notar que algunas legislaciones definen el tiempo extraordinario como todo aquel que se trabaje por encima de la jornada normal establecida por la ley o de la jornada menor que contractualmente se pacte.

Para De La Cueva así como para De Ferrari, en la jornada extraordinaria se exceden o prolongan los límites del tiempo durante el cual el trabajador permanece a disposición del patrono (20).

Para De Buen (21) el concepto de jornada extraordinaria implica los siguientes factores: a) Que deba de prolongarse la jornada convenida que no necesariamente debe de ser la jornada legal; b) Que la prolongación se deba a circunstancias extraordinarias, motivadas por una necesidad patronal; c) Que la prolongación de la jornada no exceda de un determinado número de horas.

Castorena y Montenegro Baca inciden en el carácter eventual o excepcional que debe revestir el trabajo extraordinario. Así el primero sostiene que los patronos están obligados a mantener a su servicio un número tal de trabajadores que, sin necesidad de que ninguno de ellos prolongue su tiempo de trabajo, la actividad normal del negocio se desarrolle dentro de la jornada prevista por la ley. Luego sólo presentándose circunstancias anormales que hagan necesaria la prolongación de la jornada, de alguno o de algunos obreros ocupados en ella, surge por parte de éstos la obligación de prestar servicios una vez concluida la jornada de trabajo. En cualquier otro caso que no coincida con la situación prevista, el obrero puede negarse o prolongar la jornada laboral (22).

La jornada extraordinaria para ser tal debe presentarse en forma temporal, eventual o excepcional, afirma Montenegro Baca (23). La Ley no puede tolerar, agrega, la cronicidad de dicha jornada, no puede tolerar que se convierta en sistema corriente de trabajo, porque significaría el derrumbe y la violación del beneficio de la limitación de la jornada diaria.

De la caracterización efectuada podemos concluir entre otros aspectos, que para el empleador no constituye una obligación, que derive del contrato de trabajo, el proporcionar trabajo, al trabajador en jornada extraordinaria. Tampoco el trabajador está obligado a trabajar sobretiempo **si no** lo desea.

Esta consideración, además está respaldada por la Constitución Peruana que proclama: «A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución» (art. 42, 4° párrafo). En cuanto a la forma como debe remunerarse, la Carta precisa que «Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente...» (Art. 44°, 2° párrafo).

El Convenio N° 1 de la OIT, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 10195, trata el tema de la jornada extraordinaria en su artículo 6. El dispositivo expresa que la autoridad pública determinará, por medio de reglamentos de industrias o profesiones, las excepciones temporales que puedan admitirse para permitir que las empresas hagan frente a aumentos extraordinarios de trabajo.

En cuanto al límite de las horas de trabajo de esta jornada y a su forma de remunerar, el Convenio dispone que «dichos Reglamentos deberán dictarse previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y deberán determinarse el número máximo de horas extraordinarias que puedan ser autorizadas en cada caso. La tasa del salario de dichas horas extraordinarias será aumentada, por lo menos, en un 25 por ciento con relación al salario normal» (art. 6°, inciso 2).

El Convenio N° 30 agrega que los reglamentos deberán determinar el número de horas de trabajo extraordinarias que podrán permitirse al día y al año. También este convenio al igual que el de 1919, reitera que las horas extraordinarias deberán remunerarse con una sobretasa del 25% en relación con el salario normal (24).

En la legislación peruana no existe un dispositivo aplicable a todos los trabajadores, en cuanto a la limitación de la jornada extraordinaria de trabajo, sino sólo para determinados casos. El año 1921 se dictó el Decreto Supremo de 7 de diciembre por el que se limitaba la jornada extraordinaria de los trabajadores de las Negociaciones Agrícolas de los valles de Chicama y Santa Catalina, a un máximo de doce horas diarias. Al haber desaparecido dichas negociaciones, por efecto de

la Reforma Agraria y haberse convertido los fundos agrícolas en cooperativas, el dispositivo legal antes referido ha caído en desuso.

Otro de los casos en que se ha puesto límites a la jornada extraordinaria de trabajo es el contemplado en el régimen de mujeres y menores que dispone un máximo de sesenta días por año y de dos horas por día como trabajo extraordinario (art. 10° de la Ley 2851).

El Reglamento para el abono de horas extras de trabajo, contenido en el Decreto Supremo de 26 de junio de 1934, no señala un límite en cuanto a la duración máxima de la jornada extraordinaria, concretándose a precisar que «los Centros de Trabajo abonarán a sus servidores las horas extras que éstos laboren, en la forma que por convenio, pacto o contrato se establezca» (art. 1°).

El Decreto Supremo de 31 de agosto de 1933 que reglamenta la Ley de Vacaciones, indirectamente hace referencia a una jornada extraordinaria máxima de siete horas diarias. Dicho dispositivo dispone que toda jornada extraordinaria que exceda de tres horas y no sea mayor de siete, se considerará como un día efectivo de trabajo, para los efectos de cumplir el record vacacional.

La falta de una norma que limite los sobretiempos en el Perú permite que el trabajador sea sometido a jornadas que atentan contra su integridad física y mental y por ende contra su condición humana. La insuficiencia del salario percibido por el trabajador, en una jornada normal, contribuye al agravamiento de este maltrato.

Cuando la remuneración no es suficiente para financiar las necesidades elementales del trabajador, éste recurre como medio de incrementar su salario, al trabajo extraordinario sin límite, a tal punto que toma en cotidiana la jornada extraordinaria.

No son pocas las reclamaciones de trabajadores que acuden a las autoridades de trabajo, para que se les restituya sus horas extras permanentes, cuando el empleador se niega a otorgarlas en forma permanente.

En otras legislaciones sí se encuentran algunas limitaciones sobre la jornada extraordinaria de trabajo, así por ejemplo el Código del Trabajo de Cuba dispone que el trabajador no está obligado a trabajar, por concepto de horas extras, más de cuatro horas cada dos días consecutivos, ni a doblar más de dos turnos en cada semana. Asimismo, establece que no es exigible que labore, en total más de ciento sesenta horas extraordinarias al año, cuando concurren horas extras, doble turno y habilitación de los días de descanso semanal (art. 77).

El Estatuto de los Trabajadores de España, igualmente contiene limitaciones sobre las horas extras al disponer que las mismas no podrán ser superiores a dos al día,

quince al mes y cien al año, salvo lo previsto en el número tres de este artículo (art. 35).

- Casos en que se justifica la jornada extraordinaria

Hemos visto que la actividad ordinaria del negocio debe desarrollarse dentro de la jornada normal. Luego el trabajo en jornada extraordinaria es excepcional y temporal. Por lo tanto corresponde precisar cuales pueden ser esos casos en que se justifique trabajar en jornada extraordinaria.

El Convenio número 1 señala que el límite de horas de trabajo (de la jornada general u ordinaria) podrá ser sobrepasada en caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o en las instalaciones o en caso de fuerza mayor, pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa (art. 3).

El artículo 3 del Convenio N° 1, señalado en el anterior párrafo, debe complementarse con el artículo 6 del mismo convenio, en la parte que dispone que la autoridad pública determinará, por medio de reglamentos de industrias o profesiones, las excepciones temporales que puedan admitirse para permitir que las empresas hagan frente a aumentos extraordinarios de trabajo.

El Convenio N° 30, adoptado el año 1930, es más explícito al precisar las excepciones temporales a la jornada ordinaria, las mismas que son las siguientes:

- a) En caso de accidente o grave peligro de accidente, en caso de fuerza mayor o de trabajos urgentes que deban efectuarse en las máquinas o en las instalaciones.
- b) Para prevenir la pérdida de materias perecedoras o evitar que se comprometa el resultado técnico del trabajo.
- c) Para permitir trabajos especiales, tales como inventarios y balances, vencimientos, liquidaciones y cierres de cuenta de todas clases.
- d) Para permitir que los establecimientos hagan frente a los aumentos de trabajo extraordinarios, debidos a circunstancias especiales, siempre que no se pueda normalmente esperar del empleador que recurra a otras medidas.

Como se puede apreciar, el Convenio N° 30 recoge en esta esquematización todos los casos contemplados por el Convenio N° 1.

También hemos visto que por mandato de los Convenios, la jornada extraordinaria debe remunerarse con una sobretasa del 25%. En esta oportunidad debemos precisar que el artículo 7°, párrafo a, segundo apartado del Convenio N°

30 señala que no se debe ninguna remuneración por los servicios prestados en los casos de accidente o grave peligro de accidente, para evitar riesgos o siniestros, etc., lo que significa que no debe considerarse como jornada extraordinaria.

Según De Ferrari (25), la razón de este tratamiento se debería al hecho de considerar estas labores como auxilios que el asalariado está obligado a prestar.

Similar criterio tiene la Ley mexicana que dispone que en los casos de siniestro o riesgo inminente, en que peligre su vida, la de sus compañeros, la de sus patrones o la existencia misma de la empresa, el obrero estará obligado a trabajar por un tiempo mayor que el señalado para la jornada máxima, sin percibir salario doble (art.75 del Cap. III de la Ley Federal del Trabajo).

Pero algunas legislaciones consideran que los riesgos antes mencionados originan jornadas extraordinarias pero que el empleador no está obligado a pagar remuneración extraordinaria.

Para Montenegro Baca este tratamiento constituye un error porque los servicios por causa de riesgo inminente, aun en el caso de que sobrepasen la jornada normal, tales servicios no constituyen jornada extraordinaria, sino más bien una obligación impuesta al trabajador por mandato de la moral (26).

La Legislación peruana consideraba dentro de este tratamiento la confección de balances. El Decreto Supremo de 26 de junio de 1934 disponía que no se consideraba como horas extraordinarias las que se dedicaban oportunamente a la confección de los balances semestrales y anuales, en el caso de empleados de comercio (art.2°).

Consideramos que este dispositivo ha perdido vigencia por haberlo derogado la Constitución de 1979, que en su artículo 44°, párrafo 2°, dispone que todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente.

El Estatuto de los Trabajadores de España adopta un criterio mixto, respecto al trabajo para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios. En efecto en dicho Estatuto se establece que no se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias, el exceso de las horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su abono como si se tratase de horas extraordinarias (art.35 inc.3).

El derecho peruano no contiene disposiciones que precisen en que casos debe recurrirse a la jornada extraordinaria, salvo el Convenio N°1 de la OIT que ha sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 10195 y que por lo tanto tiene el carácter de ley.

De ahí que consideramos un acierto lo preceptuado por el artículo 44⁹ de la Constitución al ordenar que todo trabajo efectuado fuera de la jornada ordinaria se remunera en forma extraordinaria.

Esto, por una parte, constituye una garantía para el trabajador quien, en todos los casos que labore en horas extras, podrá exigir el pago de la remuneración extraordinaria. Pero también constituye una desventaja de la jornada extraordinaria, que en algunos centros de trabajo se ha tomado en un trabajo cotidiano.

-Forma como se remunera la jornada extraordinaria

Como ya hemos visto el Convenio N° 1 establece que la jornada extraordinaria deberá abonarse con una sobretasa del 25 por ciento con relación al salario que corresponda a una jornada normal (art.6 inciso 2). A su vez las diferentes legislaciones del derecho comparado fijan porcentajes de aumentos en relación con la jornada ordinaria.

Los fundamentos para esta sobrevaloración de la jornada extraordinaria de trabajo, son diversos. Así por ejemplo De Ferrari (27) encuentra que una de las razones para este tratamiento, es la de impedir que se generalice el trabajo en horas extraordinarias; es decir, al obligarse al empleador a pagar sumas mayores se conseguiría que no se recurra con frecuencia a ese sistema.

Sin embargo esta afirmación, en la práctica, puede tener sus excepciones, en aquellos casos en que al empleador le resulte más beneficioso hacer trabajar horas extraordinarias a su personal antes que tomar nuevos trabajadores, que le significaría un mayor gasto.

Pero además debe tenerse en cuenta que para el trabajador, el trabajo en horas extras, resulta más penoso y agotador que en la jornada ordinaria, por el desgaste de las energías humanas, todo lo cual debe compensarse con un pago diferencial.

Montenegro (28) encuentra que la sobreremuneración se justifica como un medio de hacer participar, al trabajador, en las utilidades que el empresario obtiene con la prestación del trabajo extra, al cual tiene que recurrir, con ventaja, por las exigencias de un mercado cuyas operaciones originan pingües ganancias en favor del empleador.

En la legislación peruana, la Constitución señala que «todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente», (art.44^o). No hay duda que el término «extraordinariamente» a que se refiere el precepto constitucional, denota diferencial, sobretasa, mejoramiento.

En el derecho peruano, la jornada extraordinaria, tanto en su funcionamiento como en el aspecto remunerativo, ha sido regulada fundamentalmente por pacto, ante la ausencia de una norma legal precisa en esta materia. Esto no quiere decir que ignoremos la existencia del Convenio N° 1, ratificado por nuestro país, a través de la Resolución Legislativa N° 10195.

Por lo general los gremios de trabajadores, en sus pliegos de reclamos, han solicitado sobretasas mayores a la del 25 por ciento que fija la OIT, así como algunas condiciones complementarias, como son pago de movilidad, refrigerio, etc.

De acuerdo al Convenio N° 1, que es Ley en nuestro país, el pago diferencial del 25 por ciento es procedente, sólo en el caso de las excepciones temporales que puedan admitirse para permitir que las empresas hagan frente a aumentos extraordinarios de trabajo. Esto quiere decir que no es procedente dicho pago cuando se trata de las excepciones relativas permanentes, dentro de las cuales se encuentran los regímenes especiales.

Sobre el particular, la Oficina Internacional del Trabajo absolvió una consulta, formulada por el Gobierno Suizo, el 11 de mayo de 1920, en el sentido de que el aumento de 25 por ciento rige para «las horas extraordinarias» propiamente dichas, es decir, las horas de trabajo efectuadas a más de las normales, ya sean éstas ocho por día o cuarenta y ocho por semana, o un período más largo autorizado en virtud del artículo 6, párrafo a) del Convenio N° 1.

La Oficina ilustra con un ejemplo este caso, precisando que si en un establecimiento la jornada normal de trabajo del encargado de una máquina de vapor es, por ejemplo, de nueve horas, se considerarán como horas extraordinarias, sujetas al 25 por ciento previsto por el convenio, las horas que sobrepasen las nueve citadas. En efecto, la hora que el maquinista trabaja regularmente y que pasa de las ocho horas corrientes constituye una de las cláusulas del contrato de trabajo que ya se ha tomado en cuenta al fijar el salario(29).

En la legislación española, el Estatuto de los Trabajadores señala que cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo, se abonará con el incremento que se fije en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso agrega el dispositivo, el incremento será inferior al setenta y cinco por ciento sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria (artículo treinta y cinco, inciso uno).

El Código cubano ha previsto la posibilidad de que el trabajo suplementario se abone en forma diferencial al expresar que la cuantía del pago de trabajo extraordinario se determine por ley (art. 78).

La legislación argentina (30), en lo que concierne a este tema dispone que el empleador deberá abonar al trabajador que prestare servicios en horas suplementarias, medie o no autorización del organismo administrativo competente, un recargo del cincuenta por ciento calculado sobre el salario habitual, si se tratare de días comunes, y del ciento por ciento en días sábados después de las trece horas, domingo y feriados (art. 201, Ley 11.544).

La ley uruguaya establece que las «horas extras» se pagarán con el 50 por ciento de recargo sobre el sueldo o salario (31).

9.2 Excepciones relativas permanentes

Hemos visto que las excepciones pueden ser absolutas y relativas. Dentro de las primeras se encuentran comprendidos los casos de exclusión de la jornada limitada. Las excepciones relativas se pueden subdividir en temporales y permanentes.

Dentro de las temporales hemos estudiado la jornada extraordinaria. Corresponde ahora tratar las permanentes, llamadas también regímenes especiales.

De Ferrari plantea el tema en los siguientes términos:

«La forma común de la jornada ordinaria es la más generalizada y, asimismo, la que posibilita una mejor organización de la vida social del trabajador. Pero hay formas especiales de la jornada ordinaria, o en otros términos, hay regímenes especiales que sustituyen en algunos casos a la forma común».

«Las leyes sobre horario de trabajo plantean, agrega este tratadista, problemas que tienen que ver con la naturaleza de las industrias o con las particularidades de ciertas tareas, así como con la edad del trabajador o con el período en que se presta el servicio en el curso del día».

Los problemas que plantean las industrias cuya naturaleza obliga a apartarse del sistema normal dan lugar a jornadas mayores o menores de ocho horas, que se trabajan con arreglo al respectivo régimen especial, lo que significa que se trata de jornadas ordinarias, como la de ocho horas, en razón de ser las habitualmente cumplidas (32).

Por las consideraciones antes expuestas los regímenes especiales constituyen excepciones relativas permanentes, que es diferente a lo que De Ferrari denomina derogaciones permanentes y que son modalidades de la jornada extraordinaria, es decir se trata de trabajo extraordinario, aunque en doctrina se discute si da o no lugar al pago de remuneración extraordinaria. En conclusión en las derogaciones

permanentes se trabaja más tiempo del permitido en el día o semana, en cambio en los regímenes especiales nunca se excede los límites que fija la ley.

Para Montenegro Baca los regímenes especiales son las regulaciones peculiares de la jornada de trabajo en atención a las características de ciertas prestaciones y se pueden agrupar en dos: regímenes especiales de jornada que exceden de las ocho horas diarias y regímenes especiales de jornada inferior a las ocho horas (33).

El Convenio N° 1 de la OIT contempla los regímenes especiales en el artículo 6 inciso a), al disponer que la autoridad pública determine, por medio de reglamentos «las excepciones permanentes que puedan admitirse para los trabajos preparatorios o complementarios que deben ejecutarse necesariamente fuera del límite asignado al trabajo general del establecimiento o para ciertas clases de personas cuyo trabajo sea especialmente intermitente».

Pero consideramos que no sólo el artículo 6 del Convenio N° 1 se ocupa de las excepciones permanentes; también los artículos 4 y 5 tratan sobre el tema tal como lo sostiene De Ferrari. En cambio Montenegro, sin negar expresamente esta situación afirma que las excepciones permanentes o regímenes especiales sólo se encuentran consideradas en el inciso a) del artículo 6 de dicho Convenio (34).

El artículo 4 del Convenio N° 1 prescribe que podrá sobrepasarse el límite de la jornada máxima diaria o semanal, en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, debe ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana.

El artículo 5 está referido a los casos en que no sea posible aplicar, los límites de la jornada máxima diaria o semanal, en cuyas situaciones los convenios celebrados entre las organizaciones patronales y las organizaciones obreras, sobre el límite diario de las horas de trabajo para un período de tiempo más largo, podrán tener la fuerza de reglamento. En estos casos la duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en dichos Convenios, no podrá en ningún caso exceder de cuarenta y ocho horas por semana.

Pasaremos a continuación a estudiar los regímenes de las formas de trabajo a que se refiere el Convenio, en materia de excepciones relativas permanentes.

Trabajos preparatorios y complementarios

Según la propia OIT «se entiende por trabajos preparatorios los trabajos de preparación de los locales de trabajo, de las instalaciones, la puesta en marcha de las calderas y generadores de fuerza motriz, calefacción y luz que tienen que emprenderse antes de empezar el trabajo general con el objeto de que las operaciones esenciales de la empresa puedan comenzar a la hora normal. Por trabajos complementarios se entienden las labores realizadas para dejar en orden los locales, las instalaciones y las máquinas, una vez terminado el trabajo general del establecimiento» (35).

En la legislación española podemos encontrar reguladas estas formas de jornada bajo la denominación de «trabajos de puesta a punto y cierre de los demás». Sobre el particular se dispone que el trabajo de los operarios cuya acción pone en marcha o cierra el de los demás, siempre que no haya posibilidad de que el servicio se haga turnando con otros operarios dentro de las horas de la jornada ordinaria semanal, podrá prolongarse por el tiempo estrictamente preciso, en la forma que se establezca por acuerdo o pacto (36).

La ley 11.544 de Argentina admite, entre las excepciones permanentes, las jornadas establecidas para la realización de trabajos preparatorios o complementarios. También aquí se entiende que estos trabajos deben ejecutarse necesariamente fuera de la jornada asignada al trabajo general del establecimiento (37).

En la legislación peruana el Decreto Supremo N° 005-74-TR de 6 de mayo de 1974, que está referido a la jornada laboral de los empleados bancarios, dispone que el inicio del horario de las labores de los trabajadores manuales de los bancos, se fijará con una anticipación de 30 minutos, en relación al horario establecido para los empleados de escritorio (art. 4°).

El trabajo intermitente

Los trabajos intermitentes están sujetos a regímenes especiales, debido a que durante la respectiva jornada la labor es discontinua. Es decir que en el transcurso del día se producen interrupciones generadas por la naturaleza misma de la prestación de servicios. Se trata pues de una mezcla de trabajo efectivo y de lapsos de holgura o inactividad.

Como sostiene Despotin (38) en esta clase de labor no es que se permita trabajar más de ocho horas diarias de tarea efectiva, sino que se tolera una mayor permanencia en el centro de trabajo.

En los trabajos discontinuos o intermitentes, lo característico es que la naturaleza de la labor exige que el trabajador esté dispuesto a trabajar, durante la jornada especial, aunque no haya ocasión de efectuar el trabajo efectivo. Es decir, el servidor no puede abandonar el lugar del trabajo durante los momentos de holgura o intermitencia, porque si bien en esos momentos gozan de cierta libertad, pero deben ponerse en actividad, en forma inmediata, cuando se requiere de sus servicios.

La Conferencia de Ministros de Trabajo (de Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia), reunida en Londres en 1926 determinó que esta excepción sólo se aplica a «ocupaciones como las de portero, guardia, encargado del servicio de incendios y otros agentes que no conciernen a la producción propiamente dicha y que, dada su naturaleza, se hallan entrecortadas por largos períodos de inactividad durante los cuales estos agentes no realizan ninguna actividad material ni tienen que prestar una atención sostenida, permaneciendo únicamente en su puesto para responder a llamadas eventuales» (39).

La OIT sostiene que la intermitencia se refiere a dos factores principales: a) el factor atención que es continuo y b) el factor actividad que no es continuo. La intermitencia es el resultado de la combinación de estos dos factores.

Las disciplinas que estudian el rendimiento del trabajador en sus labores, afirman que la actividad laboral, aun en las tareas de naturaleza continua están matizadas de momentos de holgura o intermitencia que son saludables para el trabajador y beneficiosos para la productividad. Esto quiere decir que no es muy fácil precisar, en forma a priori, la diferencia entre labores continuas y discontinuas.

De ahí que la Jurisprudencia Venezolana haya declarado que la discontinuidad es un atributo relativo, y que ningún trabajo es exclusivamente continuo ni absolutamente discontinuo. Corresponde en cada caso a los jueces apreciar las circunstancias de continuidad o discontinuidad (40).

La legislación española dispone que la jornada de los guardias o vigilantes que tengan asignado el cuidado de una zona limitada, con casa habitación dentro de ella, siempre que no se les exija una vigilancia constante, podrán ampliarse hasta doce horas diarias (arts. 9 y 11 del real Decreto 2.001/1983).

Como ya vimos anteriormente, la legislación argentina considera dentro de esta forma de trabajo aquellas tareas poco fatigosas y que sólo exigen labor activa

durante ciertos momentos, como por ejemplo la labor de los vigilantes subalternos y los serenos (art.4 inc.a, Ley 11.544).

En lo que respecta a la legislación peruana hemos hecho alguna referencia al trabajo intermitente cuando tratamos el caso de los guardianes y vigilantes.

Trabajo por equipos

El Convenio número 1 de la O.I.T., se refiere al trabajo por equipos tanto en el inciso c) del artículo 2, como en el artículo 4, en términos más o menos parecidos.

Así el primero expresa que «cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día y de cuarenta y ocho horas por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana».

Por su parte el artículo 4 establece la posibilidad de sobrepasar el límite de la jornada máxima en los trabajos cuyo funcionamiento continuo por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de las horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana.

Cabe preguntarse entonces, a que se debe esta doble referencia, ¿se trata de dos aspectos diferentes? El convenio no aclara esta confusión. Veamos la respuesta por otra vía:

La Oficina Internacional del Trabajo, ante una consulta formulada por el Gobierno de Alemania, en 1920, ha indicado que el artículo 4 se aplica expresamente a los trabajos cuyo funcionamiento sea necesariamente continuo, por motivos técnicos, mientras que el inciso c) del artículo 2 se aplica a trabajos efectuados por equipo, no por la razón técnica de que estos trabajos sean necesariamente continuos, sino por otras razones, tales como las ganancias originadas por un funcionamiento diario más prolongado de las máquinas y la consiguiente reducción de los gastos generales. Es decir que en este último caso la excepción tiene por objeto permitir mayor flexibilidad en el cambio de los equipos, sin aumentar el promedio de trabajo calculado en un período de tres semanas como máximo (41).

Pero al margen de esta respuesta de la Oficina Internacional del Trabajo, es factible establecer una diferenciación entre el inciso c) del artículo 2 y el artículo 4, mediante la interpretación conjunta de los incisos b) y c) del artículo 2. Así encontraremos que el primero contiene una regla general y el inciso c), una excepción a esa generalidad.

En efecto, el inciso b) contempla la posibilidad de trabajar, uno o varios días de la semana menos de ocho horas, pudiendo sobrepasarse, en compensación, de las ocho horas en los días restantes de la semana. Este inciso precisa que el exceso de trabajo por esa compensación nunca podrá ser mayor de una hora diaria. En otras palabras, lo que este dispositivo permite es que, en algunos días de la semana, se sobrepase las ocho horas, pero que de ningún modo la jornada semanal sea mayor de cuarenta y ocho horas.

El inciso c) no es nada más ni nada menos que una excepción que flexibiliza el mandato del inciso b), al permitir que se pueda sobrepasar, no solamente de las ocho horas diarias, sino también de las cuarenta y ocho horas semanales, en algunas semanas, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

Como se puede apreciar, lo único que hace el inciso c) es establecer un lapso mayor al de la semana (inciso b) para poder cumplir con la jornada general u ordinaria.

En conclusión, los incisos b) y c) del artículo 2 del Convenio Número 1 se refieren a lo mismo: la posibilidad de establecer, por ley, costumbre o convenio, lapsos mayores a los del día y de la semana para adecuarse a la jornada ordinaria. Es decir que no existe, necesariamente, una razón que provenga de la naturaleza del trabajo, para adoptar el tratamiento a que se refieren los incisos b) y c), materia del comentario.

Por lo tanto, el trabajo por equipo contemplado por el inciso c), no constituye un régimen especial, sino que es una forma de cumplir con la jornada ordinaria.

En cambio el caso contemplado en el artículo 4 del Convenio N° 1 sí constituye una excepción relativa permanente o régimen especial, porque su tratamiento se debe a la naturaleza del trabajo continuo por motivos técnicos que no admite interrupciones.

Según la OIT deben considerarse como trabajos de naturaleza continua y por lo tanto sujetos al artículo 4 del Convenio N° 1, entre otros, las industrias en las cuales el trabajo deba ser ejecutado necesariamente de día y de noche, por la totalidad o la gran mayoría de los trabajadores, durante siete días a la semana, por ejemplo, producción y refinamiento de petróleo, servicios de utilidad pública (como el de electricidad, agua, etc.), procesos continuos de fabricación de productos químicos, fabricación de leche condensada (departamento de recepción, cocción, pasteurización y refrigeración), fabricación de cemento (42).

Los regimenes excepcionales

Debe precisarse que la misma OIT ha aclarado que el trabajo del transporte ferrocarrilero no se encuentra comprendido en el artículo 4 del Convenio N° 1.

En cuanto a este asunto, no debe olvidarse que el Convenio N° 1 establece la obligación de que cada Gobierno comunique a la Secretaría de la OIT una lista de los trabajos clasificados como de funcionamiento necesariamente continuo a que se refiere el artículo 4 del mismo Convenio (art.7).

En la legislación peruana la única referencia al trabajo continuo lo encontramos en la Ley 3010 que prohíbe los trabajos en días domingos, fiestas cívicas, y el primer día de elecciones con excepción, entre otros, del **trabajo iniciado en día hábil, cuando las labores fuesen continuas por su naturaleza** (art.2° inc. 6°).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS:

- (1) Cabanellas la define como el tiempo durante el cual, el trabajador se encuentra al servicio o las órdenes del patrono con el fin de cumplir la prestación laboral estipulada (*Tratado de Política Laboral y Social*, tomo II, pág.92). Para Montenegro Baca, en la prestación del esfuerzo del trabajador se requiere una medida para fijar la cuantía de dicho esfuerzo; esa medida es la Jornada de Trabajo (*Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados*, tomo I, págs. 1 y 2). Consideración similar se encuentra en ALONSO GARCIA. Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*, sta. Ed. pág.493. La Ley Mexicana define a la jornada de trabajo como el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo (Art.58). El Nuevo Código del Trabajo de Cuba de 1984, se refiere la jornada como el tiempo durante el cual el trabajador cumple sus obligaciones laborales (Art.66).
- (2) CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomo II, pág. 442.
- (3) MARX, Carlos, *El Capital*, Editora Nacional, México 1968, pág 113.
- (4) MONTENEGRO BACA, Op. cit., tomo 1, págs. 5 a 10.
- (5) Op. cit. pág. 2.
- (6) Para este autor las excepciones son suspensiones temporales del beneficio del límite diario de la jornada, debido, por ejemplo, a una mayor demanda de labor en el centro de trabajo, como es el caso de la jornada extraordinaria, más comúnmente denominada en nuestro medio «sobretiempo». Las exclusiones consisten en la negación del derecho al trabajador de gozar de un límite en su jornada y los regímenes especiales son las regulaciones peculiares de la jornada de trabajo en atención a las características de ciertas prestaciones.
- (7) Op. cit. págs. 145-146.
- (8) *Tratado de Legislación del Trabajo y Previsión Social*, Buenos Aires 1941, tomo II, págs.15 y 16.
- (9) Véase, *Código Internacional del Trabajo*, tomo 1, pág. 303, cita 378.
- (10) Véase MEILIJ, *Contrato de Trabajo*, Buenos Aires 1981, tomo II, pág. 286. Antokoltz, op. cit., tomo II, pág. 34.
- (11) *Comentarios a Consolidacao das Leis do Trabalho*, Río de Janeiro 1953, pág. 148.

- (12) Para un estudio conceptual de lo que significan las funciones de administrador, gerente y apoderado a que se refiere el Decreto Supremo de 1934, véase a MONTENEGRO BACA, José, *Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados*, tomo 1, págs. 222 a 230.
- (13) *Derecho Mexicano del Trabajo*, México 1954, pág. 855.
- (14) GONZALES ROSALES, Guillermo y ELIAS APARICIO, Ricardo, *Doctrina y Legislación del Trabajo en el Perú*, segunda Edición, tomo II, pág. 390.
- (15) Véase MEILIJ, op. cit., tomo II, pág. 287.
- (16) Véase *Code Commenté c/u travail* por DUBOIS, Laurent y HALPERN, Marie Christine, Ed. 1984, pág. 215.
- (17) MONTENEGRO BACA, op. cit., tomo II, Parágrafos 449 y 451, respectivamente.
- (18) TORRE UGARTE, Carlos de la, *Jurisprudencia del Trabajo*, Lima 1980, pág.182.
- (19) CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, segunda edición, pág.452.
- (20) DE LA CUEVA, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México 1977, pág. 279. DE FERRARI, *Derecho del Trabajo*, Vol. III, pág 70.
- (21) DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, México 1979, tomo II, pág. 143.
- (22) CASTONERA, Jesús, *Tratado de Derecho Obrero*, Ed. Jaris México, pág. 286.
- (23) Op. cit., tomo 1, pág.160.
- (24) Código Internacional del Trabajo, Vol.1, pág. 260.
- (25) DE FERRARI, Francisco. *Derecho del Trabajo*, Vol III, pág.72.
- (26) Op. cit., tomo 1, pág. 264.
- (27) Op.cit., tomo III, pág. 78.
- (28) Op. cit., tomo I, pág. 176.
- (29) Ver: Código Internacional del Trabajo, Vol.1. págs. 249-250, nota 209.
- (30) MEILIJ, op. cit., tomo II, pág.298.
- (31) Decreto de 29 de octubre de 1957, citado por DE FERRARI, op. cit., tomo III, pág.75.
- (32) DE FERRARI, op. cit., tomo III, pág.67.
- (33) Op. cit., tomo I, pág. 275. (34)Op. cit., tomo I, pág. 152.
- (35) Informe O.IT., citado por CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, pág.446.
- (36) Real Decreto 2.00111983, art. 14.
- (37) ANTOKOLETZ, op. cit, tomo II, pág.46.

- (38) DESPOTIN, Luis A.: Jornada de Trabajo, tomo I, pág.218.
- (39) Citado por CALDERA, Rafael, op. cit.. pág.437.
- (40) CALDERA, Rafael, op. cit., pág.438.
- (41) Véase, Código Internacional del Trabajo, Vo1.I, pág.239, nota 200.
- (42) Ver: Código Internacional del Trabajo, tomo I, art.239, nota 202.