

EL TIEMPO DE TRABAJO: ALGUNAS IDEAS PARA SU DEFINICIÓN

DANIEL ULLOA MILLARES⁽¹⁾

Tuve la fortuna de ser convocado por Mario Pasco Cosmópolis para trabajar en el área laboral de su estudio en 1997. Dueño en ese momento de quizás la más actualizada biblioteca en temas laborales (enriquecida por su amistad con numerosos académicos de muchos países), fue una persona que destacó, entre otras virtudes, por su oratoria. A su memoria van estas líneas sobre un tema del cual tuvo la oportunidad de escribir en 1993 con sus amigos de “la patota”⁽²⁾.

Resulta pacífico entender que el tiempo de trabajo (o jornada⁽³⁾) constituye un elemento esencial de todo contrato de servicios (no solo del de trabajo) dado que su definición, tanto en cantidad como en distribución diaria, esto es, en el *quantum* como en el *quando*⁽⁴⁾, resulta relevante para cada una de las partes vinculadas por él, a saber:

-
- (1) Candidato a Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - (2) *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Porrúa, México D.F., 1993. Escriben en este libro además de Mario Pasco diversos profesores latinoamericanos: Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen (coordinador), Rolando Murgas, Rafael Alburquerque, Américo Plá y Mario Ackerman.
 - (3) Si bien etimológicamente la palabra “jornada” es sinónimo de día y también define el tiempo de duración del trabajo **diario**, ella se utiliza jurídicamente para conceptualizar el periodo de servicios en que el trabajador se encuentra obligado a laborar, hablándose de jornadas diarias (lo cual supone, por lo dicho, una redundancia), jornadas semanales, cómputo anual de jornada, jornadas acumulativas, etc.
 - (4) APARICIO TOVAR J. y LÓPEZ GANDÍA J. (Coord). *Tiempo de trabajo*. Bomarzo, 2007, p. 7.

- Para el acreedor del servicio, a fin de conocer el momento en el cual tendrá satisfecha o cumplida la prestación contratada así como los momentos en que puede supervisarla o dirigirla, si es que hablamos de un contrato de trabajo. Asimismo, en caso nos encontremos ante una obligación de prestaciones que deben cumplirse sucesivamente, le resultará relevante saber cuándo puede utilizarlas, para así obtener mayor beneficio o productividad en el negocio asumido.
- Para el deudor del servicio, para así saber el periodo en el que se encuentra obligado a cumplir sus prestaciones (lo cual debe estar cuidadosamente limitado para proteger, por ejemplo, su seguridad y su salud) y por ende, el tiempo que tiene libre para el descanso, para compartir con su familia, para poder dedicarlo al cumplimiento de otros trabajos, para capacitarse, en resumen, para vivir. Como resulta obvio, la definición de la jornada tiene una incidencia directa sobre la medida de bienestar y sobre la seguridad y salud laboral⁽⁵⁾ así como su distribución, en especial si ella es irregular⁽⁶⁾.
- Para los terceros (el público), también esencialmente por temas de seguridad y de salud. Muchas veces es el cliente o el usuario de un servicio quien se relaciona de manera directa con el trabajador o deudor de la obligación laboral, dado que ha contratado con el dador del servicio ser beneficiario de todo o parte del mismo. Por ejemplo, los servicios ofrecidos al mercado como restaurantes, transporte, docencia, venta de bienes, etc., por lo que dicho usuario normalmente buscará recibir una prestación de servicios adecuada, cortés, puntual y eficiente, sin interesarse –a veces– por la persona o la situación laboral de quien le presta el servicio⁽⁷⁾, asumiendo que ella es la óptima.

(5) GONZÁLEZ BIEDMA E. “La jornada (en torno al artículo 34)”. En: *REDT*. N° 100 (1), 2000, p. 730.

(6) La función asignada por la doctrina a la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo no es tanto la protección de la salud de los trabajadores, cuanto la protección del tiempo libre como medio de desarrollo de la personalidad. Ver TRILLO PARRAGA. *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo*. Lex Nova, 2010, p. 160.

(7) Conducta muchas veces indebidamente motivada por el Estado para contribuir a una imagen distorsionada y peyorativa de los derechos laborales, como por ejemplo, cuando se hace ejercicio de la huelga o para modificar esquemas de beneficios, bajo la excusa de las crisis económicas, como ocurrió en Wisconsin, Estados Unidos de América. Ver noticia publicada en el diario *El País* el 11 de marzo de 2011 en el siguiente *link*: <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Wisconsin/apuntala/ley/elimina/derechos/sindicales/elpeuint/20110311elpeuint_1/Tes>.

- Para el Estado: dada su relación con la forma cómo se reparte el empleo, influyendo hasta en la creación del mismo⁽⁸⁾. Por ejemplo, el hecho que en Perú no exista un tope para realizar trabajos en sobretiempo, horas extras u extraordinarias –como sí ocurre en España y en Colombia, por ejemplo– puede generar que un trabajo sea artificialmente cubierto por una persona –con el desgaste respectivo– cuando el mismo podría ser desarrollado por dos o más individuos, resultando así una relevante medida de reparto de empleo siempre útil a considerar.

I. CONCEPTO

La idea de jornada o del tiempo de trabajo, si bien es normalmente conocida y entendida como el periodo en el cual una persona se encuentra obligada a laborar o prestar el servicio para el cual aceptó ser contratada, no necesariamente cuenta con una definición común o indiscutible a nivel global produciéndose varias diferencias según los ordenamientos que se revisen. Al respecto, haremos un breve repaso de algunas de las definiciones existentes internacionalmente:

1. Según la OIT

Tema generador de múltiples reclamos sociales en diferentes países⁽⁹⁾ y base de las principales preocupaciones existentes en la clase obrera tanto a fines del siglo XIX⁽¹⁰⁾ como al inicio del siglo pasado, su importancia y trascendencia social determinó⁽¹¹⁾ que el primer convenio internacional del trabajo trate sobre las horas de trabajo a ser realizadas en las empresas industriales⁽¹²⁾, limitando tanto el número de horas a laborar diaria (8) y semanalmente (48) en el que era el principal sector de la economía en que se producían los abusos cuestionados. Años

(8) GONZÁLEZ BIEDMA E. Ob. cit., p. 731.

(9) Al respecto puede verse BABIANO MORA J. *1 de mayo, historia y significado*. Altabán, 2006, pp. 11-29.

(10) CHACARTEGUI JÁVEGA C. “Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo”. En: *Relaciones laborales*. 19/2006, pp. 95-97.

(11) ACKERMAN, Mario. “La jornada de trabajo en las normas de la OIT”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 1-12.

(12) Los convenios que se aprobaron ese mismo año tratan sobre el desempleo (Nº 2), sobre la protección a la maternidad (Nº 3), sobre el trabajo nocturno de las mujeres (Nº 4), sobre la edad mínima para la industria (Nº 5) y sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria (Nº 6). Cabe subrayar que el convenio Nº 4 fue dejado de lado por discriminatorio, siendo que de los 58 países que lo ratificaron (entre ellos Perú y España), 31 lo habían denunciado al 27 de marzo de 2010.

después, en 1930, se aprobó el Convenio OIT N° 30 sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas⁽¹³⁾, siguiendo el patrón establecido en el Convenio OIT N° 1.

Pero, curiosamente, la definición del tiempo de trabajo no la encontramos en el Convenio OIT N° 1, que –como hemos indicado– señala la duración máxima diaria y semanal de la duración del trabajo y sus excepciones, sino en el artículo 2 del Convenio OIT N° 30, a saber:

“A los efectos del presente Convenio, la expresión **horas de trabajo** significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador”.

Este convenio vino a recoger la precisión recogida en el acuerdo de Londres de marzo de 1926⁽¹⁴⁾ suscrito entre los gobiernos y el sector empleador para poder aplicar adecuadamente los preceptos del Convenio N° 1 antes citado, acuerdo en el cual se pactó entender por jornada de trabajo:

“el tiempo durante el cual el trabajador permanece en la negociación a disposición del patrono”.

El criterio utilizado radica, como vemos, en la puesta a disposición del trabajador. Pero ¿cuándo ocurre ello? ¿Solamente durante el horario de trabajo, desde que ingresa a su centro laboral pero todavía no trabaja o desde que sale de su domicilio? Un trabajador se encuentra a disposición ¿apenas lo necesite su empleador, aunque sea en su tiempo de descanso? Sigamos revisando otras experiencias y otras definiciones.

2. Según la Unión Europea

La Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, conocida como Carta Social, fue adoptada en diciembre de 1989 por –en ese entonces– todos los estados miembros de la Unión (salvo Reino Unido, que recién la firmó en 1998) y adoptó la forma de una declaración.

El numeral 7 de esta Carta mencionaba que la realización del mercado interior debía conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea, aproximando, por la vía del progreso, las condiciones referidas a la duración y distribución del tiempo de trabajo. Asimismo,

(13) Perú no ha ratificado el Convenio N° 30.

(14) MONTENEGRO BACA J. *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Tomo I, Lima, 1958, p. 6.

el numeral 8 mencionaba el derecho de todo trabajador de la Comunidad Europea al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas. Empero, como es natural en este tipo de normas, no se definían los conceptos que se mencionaban.

Posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, estableció en su artículo 31 un contenido algo más preciso de este tema al señalar que:

1. “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.
2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas”.

Inicialmente, fue la Directiva 93/104/CE del Consejo, de fecha 23 de noviembre de 1993, la que estableció las disposiciones mínimas de seguridad y salud en la ordenación del tiempo de trabajo en lo que se refería a (i) los periodos de descanso diario, (ii) pausas, (iii) descanso semanal, (iv) duración máxima del trabajo semanal, (v) las vacaciones anuales, (vi) el trabajo nocturno, (vii) el trabajo por turnos y (viii) el ritmo de trabajo. Como dicha norma fue modificada varias veces, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 4 de noviembre de 2003, consolidó la regulación vinculada al tiempo de trabajo y establece actualmente las disposiciones mínimas de seguridad y salud en este ámbito, resultando aplicable a todos los sectores de actividad, privados y públicos, con excepción de la gente de mar, normada por la Directiva 1999/63/CE⁽¹⁵⁾.

El artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE define los principales conceptos que viene a regular, a saber:

- **tiempo de trabajo:** es todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales;
- **periodo de descanso:** es todo periodo que no sea tiempo de trabajo;
- **trabajo por turnos:** es toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos

(15) Sin perjuicio de que, al año de emitida, existieran varios intentos de modificar la directiva, inclusive planteando la semana de 65 horas de trabajo, siendo uno de los últimos el texto publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de febrero de 2010 (2010/C 45 E/47).

puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un periodo dado de días o semanas;

- **trabajador por turnos:** todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos;
- **trabajador móvil:** todo trabajador empleado como miembro del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior;
- **trabajo *off-shore*:** el trabajo realizado principalmente en instalaciones situadas en el mar o a partir de ellas (incluidas las plataformas de perforación), relacionado directa o indirectamente con la explotación, extracción o explotación de recursos minerales, incluidos los hidrocarburos, y la inmersión relacionada con tales actividades, tanto si estas se realizan desde una instalación situada en el mar como desde un buque;
- **descanso adecuado:** periodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo.

Como se puede observar, para que se pueda hablar de tiempo de trabajo según la Directiva citada se requieren tres elementos:

1. Que el trabajador permanezca en el trabajo,
2. Que el trabajador esté a disposición del empresario (entiéndase empleador) y
3. Que el trabajador se encuentre en ejercicio de su actividad o de sus funciones⁽¹⁶⁾.

(16) MARTÍNEZ YÁÑEZ N.M. “Tiempo de trabajo y periodo de descanso en la directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. En: *Revista de Derecho Social*. N° 25, 2004, p. 125.

Si falta alguno de estos elementos nos encontraremos con el concepto de “tiempo de descanso”, el cual –como hemos copiado– es definido por la Directiva de manera contraria al tiempo de trabajo, sin que se prevean por el momento, a pesar de las numerosas discusiones realizadas⁽¹⁷⁾, categorías intermedias⁽¹⁸⁾. En otras palabras, en lugar de contar con dos definiciones, solamente se nos brinda una, pues la otra se conceptúa por oposición.

Algún sector doctrinal español ha entendido que la postura emitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en torno al concepto de tiempo de trabajo en los asuntos C-303/98, caso SIMAP, y C-151/02, caso Jaeger, estaría dando cuenta de una aceptación implícita de la interpretación literal del concepto de tiempo de trabajo, esto es, que “es necesaria la presencia conjunta de los tres elementos a los que se refiere este precepto (el artículo 2.1. de la Directiva) para que un periodo temporal pueda ser calificado como tiempo de trabajo”⁽¹⁹⁾. En otras palabras, “nos hallamos ante un concepto restrictivo que además se identifica con el esquema clásico del trabajo por cuenta ajena en un sistema de producción de tipo industrial”⁽²⁰⁾. No obstante, para otro sector doctrinal se puede llegar a una conclusión opuesta pues “la obligación impuesta al trabajador de estar presente y disponible en el centro de trabajo para prestar unos servicios profesionales ya constituye por sí misma, y con carácter general, el ejercicio de las funciones contractualmente asumidas”⁽²¹⁾. Asume esta posición Cabeza Pereiro, al entender que la interpretación del concepto no es tan restrictiva, basándose en las sentencias antes mencionadas como también en las emitidas en los asuntos Pfeiffer, 397/01 y otros, y Dellas, C-14/04⁽²²⁾. Empero, también se alerta que si bien resultan muy importantes los esfuerzos del TJCE en considerar implícito el tercer elemento (el ejercicio de la actividad) en la presencia de los dos primeros, ello no impide la necesidad de plantearse la reforma de la fórmula elegida por la norma comunitaria tomando en cuenta la heterogénea realidad de las formas de producción, las cuales no justifican su trato solamente en una u otra excepción⁽²³⁾.

(17) Una de las modificaciones incluidas en el proyecto publicado en febrero de 2010 al que hace referencia la nota pre anterior suponía la creación de tres conceptos más vinculados al tiempo de trabajo: tiempo de guardia, lugar de trabajo y periodo inactivo del tiempo de guardia, que no resultan inéditos, pues existen para algunos regímenes especiales de trabajo.

(18) MONREAL BRINGSVAERD, E. “El cómputo del tiempo de trabajo”. En: *REDT*. N° 128, 2005, p. 471.

(19) MARTÍNEZ YÁÑEZ. Ob. cit., p. 131.

(20) *Ibidem*, p. 132.

(21) MONREAL BRINGSVAERD E. Ob. cit., p. 473.

(22) CABEZA PEREIRO J. “Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo”. En: APARICIO TOVAR J. y LÓPEZ GANDÍA J. (Coord). *Tiempo de trabajo*. Bomarzo, 2007, p. 15.

(23) TRILLO PÁRRAGA. Ob. cit., p. 113.

En todo caso, el TJCE ha dejado claro que el tema del tiempo de trabajo es uno de alcance comunitario “de tal modo que los Estados Miembros no pueden excluir libremente (de su regulación) a ciertos colectivos de personas ni determinadas situaciones”⁽²⁴⁾. Así, queda clara la subordinación de las legislaciones estatales europeas en este tema a lo señalado por la Unión Europea y el respeto que debe realizarse a las decisiones que ella emita, lo cual garantiza un tratamiento uniforme sobre este importante tema.

3. La legislación española

De marcada influencia en nuestra legislación y doctrina, el artículo 34. 5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁽²⁵⁾ señala que:

“El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”.

Con esta definición, que pareciera acoger el criterio **fordista** del “trabajo efectivo”⁽²⁶⁾ (pues el hecho que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo no supone –necesariamente– que esté laborando efectivamente⁽²⁷⁾, aunque ello sea presumido pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia española⁽²⁸⁾), se deja de lado la posibilidad de que, por ejemplo, el tiempo que el trabajador demore para llegar al centro de trabajo, e inclusive, lo que tarde desde que ingresa al centro de trabajo hasta llegar a su puesto de labor forme parte del tiempo de trabajo, esto es, de la jornada.

Lo anterior pareciera lógico o normal en los trabajos realizados en la misma localidad en la que vive el trabajador o en las labores que podemos ver en las ciudades, pero reviste gran importancia o genera muchas diferencias en los casos en que las labores se efectúan fuera de ella (como ocurre en los campamentos mineros, en el mar o en el transporte de personas o mercancías). En todo caso, hay que resaltar que el hecho que dichos espacios temporales no sean legalmente tiempo de trabajo no supone, necesariamente, que no deban ser remunerados o que jurisprudencialmente se señale lo contrario.

(24) CABEZA PEREIRO, J. Ob. cit., p. 14.

(25) Según Real Decreto Legislativo 1/1995 del 24 de marzo.

(26) RABANAL CARBAJO, P. “Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo”. En: *Actualidad laboral*. N° 16, 2006, p. 1916.

(27) MONREAL BRINGSVAERD, E. Ob. cit., p. 477.

(28) *Ibidem*, p. 478.

En este punto queremos mencionar una de las novedades incluida en la Ley 35/2010 de 17 de septiembre (y publicada el día siguiente), por la cual se aprueban medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Esta norma, objeto de numerosos y largos debates antes de su aprobación (y luego de ella), prevé en su artículo 5 la modificación del artículo 41 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y permite que el empleador pueda realizar, basado en “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre ellas la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos. La norma utiliza el verbo “acordar” pero en realidad estamos aquí ante una facultad del empleador que solo requiere una comunicación previa, pues si la modificación es individual y no es aceptada por el trabajador, este debe obedecer o puede darse por despedido (y reclamar una indemnización tarifada legalmente) o reclamar judicialmente para defender su derecho. Si la modificación es colectiva (y la ley define cuando estamos ante una modificación colectiva⁽²⁹⁾) la norma prevé una etapa de negociaciones, que si no finalizan con acuerdo, autorizan al empleador a establecer la modificación, sin perjuicio de la posibilidad de reclamo judicial, más aún si la regulación anterior se encontraba en un acuerdo o pacto colectivo. Pero ello no perjudica la imposición de la medida.

Estamos entonces ante una nueva recepción normativa de los intereses empresariales (basado en el objetivo de “recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo”⁽³⁰⁾, búsqueda afectada por la crisis financiera y económica de 2008) que supone la incertidumbre en la persona que trabaja, pues uno de los elementos esenciales de su contrato, el que determina la distribución del resto de tiempos vitales de su vida⁽³¹⁾, tiene la posibilidad de desordenarse por voluntad del empleador, a pesar de haber sido objeto de un acuerdo, sea individual, sea colectivo. Una alteración del contrato de trabajo que ahora pasa a ser en España una modificación –casi– de forma unilateral.

4. El ordenamiento peruano

Las normas peruanas no cuentan con una definición expresa de jornada de trabajo. A nivel constitucional, el artículo 25 establece los límites aplicables:

(29) No es colectiva la modificación que alcance a menos de 10 trabajadores en empresas con menos de 100 trabajadores; a menos del 10 % en aquellas que tengan entre 100 y 300 trabajadores y a menos de 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

(30) Tal como se señala en los considerandos de la ley comentada.

(31) TRILLO PÁRRAGA, F. Ob. cit., p. 29.

“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.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”.

Dichos límites se repiten en la normativa infraconstitucional, concentrada en el régimen laboral de la actividad privada en dos normas, el texto único ordenado de la ley de jornada de trabajo, horarios y trabajo en sobretiempo, aprobado por D.S. N° 7-2002-TR, y su reglamento, el D.S. N° 8-2002-TR.

Cabe señalar que la norma legal tampoco define el concepto de jornada de trabajo. Regula sus límites, las facultades del empleador y los procedimientos aplicables para la modificación de la jornada, las categorías de trabajadores no sujetas a la jornada máxima, el horario de trabajo, la jornada nocturna, el trabajo en sobretiempo y su compensación. Pero en su conjunto resulta una norma que considera el trabajo como si este fuera prestado en el ámbito industrial, dejando muchas situaciones sin regular. Por ejemplo, no se prevé un límite para el trabajo en sobretiempo⁽³²⁾, que se conceptúa voluntario, lo cual atenúa –o en realidad cuestiona– el respeto de la jornada máxima constitucional, dado que su imperatividad se relativiza siempre que el empleador compense el trabajo adicional con descanso o con el pago de la sobretasa legal. Ello sin perjuicio de que normalmente el trabajador se vea obligado a laborar horas extras, debido a lo reducido de su ingreso básico, por el riesgo de que su contrato de trabajo (normalmente temporal) no sea renovado o que su situación laboral varíe **por su falta de compromiso con la empresa**.

Es otra norma, la que regula el control de asistencia, el D.S. 4-2006-TR (modificado por D.S. N° 11-2006-TR⁽³³⁾) la que podría indicarnos, de manera indirecta, el concepto del tiempo de trabajo vigente para el ordenamiento peruano. En efecto, el artículo 7 de la citada norma indica que:

“Artículo 7.- Presunciones

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**

(32) Existió un límite, incluido en el artículo 21 del D.S. N° 8-2002-TR pero que solamente duró algo más de un mes (del 4 de julio al 9 de agosto de 2002).

(33) Publicada el 6 de junio de 2006.

que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiem-
po por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo
prueba en contrario, objetiva y razonable.

Los empleadores **deben adoptar** las medidas suficientes que facili-
ten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una
vez cumplido el horario de trabajo.

Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de
la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiem-
po, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, en caso el trabaja-
dor, a pesar de su negativa, se le imponga la realización de trabajo en
sobretiem-
po, se configurará una situación de trabajo impuesto san-
cionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con-
forme a lo dispuesto por dicha norma” (los resaltados son nuestros).

Consecuentemente, podemos entender que para el legislador peruano tiem-
po de trabajo es definido como el periodo por el cual el trabajador se encuentra
en el centro de trabajo, salvo prueba en contrario, sin que sea necesario acreditar
la prestación de servicio efectivo.

Esta interpretación podría confirmarse por un hecho algo curioso, dado que
el reglamento del texto único ordenado de la ley de jornada de trabajo, horarios y
trabajo en sobretiem-
po, el citado D.S. N° 8-2002-TR, norma también emitida de
manera directa por el Poder Ejecutivo, señala lo siguiente:

“Artículo 18.- El trabajo en sobretiem-
po supone la prestación efec-
tiva de servicios en beneficio del empleador. En consecuencia,
los tiempos que puedan dedicar los trabajadores fuera de la jorna-
da ordinaria en actividades distintas, no serán consideradas como
sobretiem-
po”.

La norma citada no ha sido modificada o derogada por lo que mantiene
teóricamente su vigencia, aunque un adecuado uso del criterio de temporalidad
nos debería indicar que el mandato incluido en dicho precepto ha sido dejado de
lado –por contradictorio– por el previsto en la norma del 2006 antes citada y, por
lo tanto, el trabajo en sobretiem-
po se presume y no requiere la acreditación de la
“prestación efectiva de servicios en beneficio del empleador” sino solamente que
exista la presencia física del trabajador en el centro de trabajo.

Esta situación generó que muchos empleadores ubicados en la ciudad y de-
dicados a actividades de servicios apaguen el sistema eléctrico en el centro de

trabajo para que el personal se vea obligado a retirarse, o que –cuestionablemente– impongan un marcado de registro de salida ficticio, para así evitar la aplicación de la presunción antes citada, cuando lo que debería existir es una mejor forma de regulación del tiempo de trabajo, considerando las diversas formas de prestación de servicios, tanto en la ciudad como fuera de ella y no imponiendo un concepto clásico o **fordista** y muchas veces desactualizado.

II. CRITERIOS PARA LA PRECISIÓN DEL CONCEPTO

Como podemos deducir de lo antes revisado, la jornada es la medida de la prestación laboral del trabajador que el empresario adquiere⁽³⁴⁾. En tal sentido, ella debería limitarse al tiempo en que se debería prestar o se presta efectivamente el servicio o cuando el trabajador está en su puesto de labor a disposición del empleador, para así lograr el respeto de la dignidad del trabajador y de su tiempo de ocio. Empero, como bien se ha indicado respecto del concepto adoptado por la legislación española, “la determinación de qué sea realmente **trabajo efectivo** y de qué sea el **puesto de trabajo** es una de las cuestiones más litigiosas en materia de jornada laboral y, con frecuencia, la jurisprudencia ha suavizado esos rigurosos términos estatutarios⁽³⁵⁾”.

De lo visto en las definiciones antes reseñadas, tres son los criterios⁽³⁶⁾ que podemos extraer para intentar definir este concepto:

1. Jornada como tiempo efectivo de trabajo,
2. Jornada como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo,
3. Jornada como tiempo a disposición en general.

Las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina más reciente han ido descartando el primer criterio por ser restringido o estricto, por suponer además que el trabajador comparta de manera directa el riesgo del negocio⁽³⁷⁾ y por no ser

(34) ALARCÓN CARACUEL, M. “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”. En: APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDIA, J. Ob. cit., 37.

(35) ALARCÓN CARACUEL M. Ob. cit., p. 47.

(36) Descritos a mediados del siglo pasado por el profesor peruano MONTENEGRO BACA, J. Ob. cit., pp. 5-38, para quien la jornada de trabajo debía ser el tiempo durante el cual el trabajador permanece a disposición del empleador, desde que sale de su domicilio hasta que regrese a él.

(37) Imaginemos el caso de un camarero de un restaurante con asistencia perfecta al local pero que no labora en día alguno pues no asisten clientes. Finalizado el periodo de servicios, no tendría derecho a su remuneración porque no habría trabajado al no cumplir su jornada laboral.

consecuente con las múltiples formas de prestación de servicios que se dan y que vemos actualmente en la realidad, por lo que el segundo criterio resulta ser el mayoritariamente vigente. En todo caso, el problema a resolver con esta segunda alternativa permanece cuando el trabajador no tiene un centro de trabajo preciso o definido, caso en el cual se podría entender que se está asumiendo el tercer criterio o, lo cual resulta más peligroso, que el trabajador no esté sujeto a una jornada máxima de trabajo según las normas peruanas⁽³⁸⁾.

Asimismo, y bajo el segundo criterio, es común entender que el tiempo que demore el trabajador en llegar al centro de trabajo y lo que pueda ocurrir en él no será parte de la jornada (aunque en algunas legislaciones dicho periodo sea considerado para la cobertura de posibles accidentes de trabajo⁽³⁹⁾). Asimismo, tampoco resulta conceptuado como jornada el tiempo que transcurre inmediatamente después de finalizado su trabajo, identificado muchas veces con el momento en que el trabajador “marca tarjeta” a pesar que ello pueda resultar injusto⁽⁴⁰⁾ al igual que podría parecer injusto considerar como jornada los tiempos “muertos” que ocurren en la jornada mientras el trabajador se encuentra en el centro de trabajo (momentos para ir al baño, para fumar un cigarro, para atender llamadas particulares, etc.).

Cabe confirmar que el elemento geográfico (la existencia física de un lugar para trabajar, elemento típico del contrato de trabajo) se ha convertido en la discutible solución práctica para simplificar la definición del tiempo de trabajo en la mayoría de los casos en que ello debía precisarse, asimilando el ingreso al lugar de trabajo como la condición esencial para que exista la puesta a disposición y, por tanto, que resulte indiscutible desde ese momento la sujeción del trabajador al empleador, iniciándose así el cómputo del tiempo de trabajo, de sus límites así como de la obligación de retribuir. Con lo cual y bajo estas pautas, el trabajador

(38) Situación que la legislación peruana contempla para tres grupos de trabajadores: el personal de dirección, los trabajadores que laboran sin fiscalización inmediata y los que realizan labores intermitentes de espera, vigilancia o custodia.

(39) En España esa ha sido la tradición jurisprudencial histórica, a pesar de que la actual interpretación jurisprudencial la considera un fenómeno artificial y no esencial según señala BALLESTER PASTOR, M. “Trayecto y concepto de accidente de trabajo: nuevas perspectivas en torno al accidente in itinere y al accidente en misión”. En: *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Romero Rodenas (coordinadora). Ed. Bomarzo, 2009, pp. 33-56. En Perú, en cambio, la consideración como accidente de trabajo del accidente *in itinere* no existe, pues normativamente se establece que todo accidente “que se produce en el trayecto de ida y retorno al centro de trabajo” no constituye accidente de trabajo, inclusive en el caso que el transporte sea realizado por cuenta del empleador en vehículos propios o contratados para tal efecto (artículo 2.3. del D.S. N° 3-98-SA, norma que regula el seguro complementario de trabajo de riesgo, publicada el 14 de abril de 1998).

(40) MONTENEGRO BACA J. Ob. cit., p. 16. De ahí que el citado profesor afirme más adelante que “el laborante desde que sale de su hogar está prestando trabajo subordinado, o sea trabajo por cuenta de otro y bajo la dependencia de este” (p. 35).

perderá tiempo de su periodo de descanso (que, además, no será retribuido) por todo el lapso que demore su acceso al centro de trabajo y luego, el que tome en el camino de vuelta a su domicilio. Pero, por otro lado, con esta definición también el empleador estará obligado a pagar más retribución que aquella que sea solamente generada por el trabajo efectivo, dado que dicho deber se generará desde que el trabajador ingresa al centro de trabajo, esto es, con el inicio de la puesta a disposición del contratado, sin que se cuenten en él algunos periodos cortos de descanso, conforme pasamos a describir. En todo caso, el poder de dirección del empleador es el que podrá determinar si aprovecha o no la puesta a disposición del trabajador durante la así definida jornada de trabajo, siendo él el principal o único responsable del cumplimiento de las obligaciones laborales de sus contratados.

No obstante lo dicho, coincidimos con Trillo en que en el momento actual el tiempo de trabajo necesario al empleador para obtener una plusvalía no se centra en términos de alargamiento del tiempo de trabajo como ocurría en el modelo fordista sino sobre la posibilidad de utilizar dicho *quantum* en periodos o dosis diferentes, según las demandas productivas⁽⁴¹⁾, esto es, distribuir irregularmente la jornada de trabajo considerando las reales necesidades del empleador (la producción *just in time*) Y esto, claro está, supone una mayor puesta a disposición del trabajador con la consiguiente reducción de su tiempo libre, como por ejemplo lo tipifica la legislación alemana que regula el trabajo de los médicos de guardia, que distingue entre servicios de permanencia (estar a disposición en el centro de trabajo para reaccionar inmediatamente), servicios de atención continuada (estar a disposición no en el centro de trabajo pero en lugares designados por el empleador para atender inmediatamente) y servicios de alerta localizada (estar localizable para atender el llamado del empleador en un plazo determinado), siendo tiempo de trabajo solamente el primero a pesar que todos suponen una intromisión del empleador en el tiempo libre del trabajador⁽⁴²⁾.

(41) TRILLO PÁRRAGA F. Ob. cit., p. 159.

(42) Ibidem, p. 108.