



UNIVERSIDAD  
PRIVADA  
DEL NORTE

# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICA

---

CARRERA DE DERECHO

“LA REMUNERACIÓN POR COMISIÓN Y LA  
EXCLUSIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO.”

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogado**

**Autor:**

Renzo Donovan Torres Neira

**Asesor:**

Javier Arturo Reyes Guerra

Trujillo – Perú

2017

## **APROBACIÓN DE LA TESIS**

El (La) asesor(a) y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el (la) Bachiller **Renzo Donovan Torres Neira**, denominada:

### **“LA REMUNERACIÓN POR COMISIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO”**

---

Javier Arturo Reyes Guerra  
**ASESOR**

---

José Antonio Rodríguez Viera  
**JURADO**  
**PRESIDENTE**

---

Jorge de la Rosa Gonzales Otoyá  
**JURADO**

---

Gustavo Vicuña Gonzales  
**JURADO**

# DEDICATORIA

A mis padres,  
Y a la familia Neira Neyra

## AGRADECIMIENTO

A Dios, por las oportunidades;

A mis familiares y amigos que nunca dejaron de alentarme

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>12</b>
1.	Realidad problemática .....	12
2.	Formulación del problema.....	17
3.	Justificación .....	17
4.	Limitaciones.....	17
5.	Objetivos.....	18
5.1.	Objetivo general.....	18
5.2.	Objetivos específicos .....	18
<b>II.</b>	<b>MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>19</b>
1.	<b>Antecedentes .....</b>	<b>19</b>
2.	<b>Bases teóricas .....</b>	<b>19</b>
	<b>CAPITULO 1: PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>20</b>
1.	<b>PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO .....</b>	<b>20</b>
2.1.	Principio Protector.....	22
1.1.1.	<i>In dubio pro operario .....</i>	<i>23</i>
1.1.1.	<i>La aplicación de la norma más favorable .....</i>	<i>24</i>
1.1.2.	<i>La condición más beneficiosa .....</i>	<i>25</i>
1.2.	Principio de irrenunciabilidad.....	27
1.3.	Principio de primacía de la realidad.....	29
1.4.	Principio de razonabilidad .....	30
1.5.	Principio de buena fe .....	31
1.6.	Principio de igualdad y no discriminación .....	32
2.	<b>MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA REMUNERACIÓN Y LA JORNADA DE TRABAJO .....</b>	<b>34</b>
2.1.	Definición de derecho fundamental .....	34
2.2.	El derecho fundamental a la remuneración .....	36
2.3.	El derecho a la jornada de trabajo.....	38
3.	<b>TRATADOS Y CONTEXTO INTERNACIONAL .....</b>	<b>40</b>
3.1.	La posición de los tratados internacionales en la Constitución .....	40
3.2.	La remuneración en el derecho internacional.....	41
3.3.	La jornada de trabajo en el derecho internacional .....	43
	<b>CAPITULO 2: LA REMUNERACIÓN .....</b>	<b>48</b>
1.	<b>CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA .....</b>	<b>48</b>
2.	<b>CLASIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS .....</b>	<b>53</b>
2.1.	Características .....	54
2.2.	Clasificación.....	57
2.2.1.	<i>Por su naturaleza.....</i>	<i>58</i>
2.2.1.1.	<i>En efectivo .....</i>	<i>58</i>
2.2.1.2.	<i>En especie .....</i>	<i>58</i>
2.2.1.3.	<i>Mixta.....</i>	<i>61</i>
2.2.2.	<i>Por su ubicación en la estructura salarial.....</i>	<i>61</i>

2.2.2.1. Salario básico.....	61
2.2.2.2. Salario o remuneración complementaria .....	64
2.2.2.2.1. Las compensaciones contraprestativas.....	65
2.2.2.2.2. Los complementos personales.....	66
2.2.2.2.3. Suplementos particulares.....	66
2.2.2.2.4. Complementos aleatorios.....	67
2.2.3. Por los factores que la integran.....	67
2.2.3.1. Remuneración computable y remuneración ordinaria.....	67
2.2.3.2. Remuneración integral .....	69
2.2.4. Por la regularidad de su pago .....	72
2.2.4.1. Remuneración fija.....	72
2.2.4.2. Remuneración variable.....	73
2.2.4.3. Remuneración periódica.....	74
2.2.5. Por su forma de cálculo .....	74
2.2.5.1. Remuneración por unidad de tiempo .....	74
2.2.5.2. Remuneración por unidad de producción .....	75
2.2.5.2.1. Comisión.....	77
2.2.5.2.2. Destajo.....	80
2.2.5.2.3. Salario mixto .....	81
<b>CAPÍTULO 3 LA JORNADA DE TRABAJO .....</b>	<b>83</b>
<b>1. CAMPO PRELIMINAR: DESARROLLO HISTÓRICO DE LA JORNADA DE TRABAJO .....</b>	<b>83</b>
<b>2. CONCEPTO DE JORNADA DE TRABAJO .....</b>	<b>93</b>
2.1. El Tiempo efectivo de trabajo.....	93
2.2. Dependencia en sentido restringido del trabajador.....	94
2.3. Dependencia en sentido amplio de trabajador .....	97
2.4. El criterio asumido por la legislación peruana .....	98
<b>3. CLASIFICACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO .....</b>	<b>100</b>
3.1. Según la duración de la prestación .....	100
3.1.1. Jornada ordinaria.....	100
3.1.2. Jornada extraordinaria .....	102
3.1.3. Jornada atípica o acumulativa.....	103
3.2. Según el horario de trabajo .....	106
3.2.1. Jornada diurna.....	106
3.2.2. Jornada nocturna.....	106
3.3. Por la aplicación o continuidad del esfuerzo.....	107
3.3.1. Jornada continua .....	107
3.3.2. Jornada a tiempo corrido .....	108
3.3.3. Jornada partida.....	108
3.3.5. Jornada a tiempo parcial.....	110
3.4. Por la forma de la remuneración .....	110
3.4.1. Jornada por unidad de tiempo.....	110
3.4.2. Jornada por unidad de obra o de producción .....	111

4.	<b>LA LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO</b>	112
5.	<b>EXCLUSIONES DE LA JORNADA DE TRABAJO</b>	117
5.1.	La legislación nacional	119
5.1.1.	<i>Trabajadores de dirección</i>	120
5.1.2.	<i>Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata</i>	122
5.1.3.	<i>Trabajadores con jornada intermitente o de espera</i>	126
<b>CAPITULO 4 LA JORNADA DE TRABAJO EN EL DERECHO COMPARADO</b>		<b>131</b>
1.	<b>ESPAÑA</b>	131
1.1.	Concepto de jornada de trabajo	131
1.2.	Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo	132
2.	<b>MÉXICO</b>	136
2.1.	Concepto de jornada de trabajo	136
2.2.	Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo	137
3.	<b>ARGENTINA</b>	139
3.1.	Concepto de jornada de trabajo	139
3.2.	Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo	140
4.	<b>CHILE</b>	142
4.1.	Concepto de jornada de trabajo	142
4.2.	Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo	143
5.	<b>COLOMBIA</b>	145
5.1.	Concepto de jornada de trabajo	145
5.2.	Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo	146
6.	<b>URUGUAY</b>	147
6.1.	Concepto de jornada de trabajo	147
6.2.	Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo	148
7.	<b>BRASIL</b>	153
7.1.	Concepto de jornada de trabajo	153
7.2.	Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo	154
III.	<b>HIPÓTESIS</b>	<b>157</b>
IV.	<b>METODOLOGÍA</b>	<b>158</b>
1.	Operacionalización de variables	158
2.	Diseño de investigación	160
3.	Unidad de estudio	160
4.	Población	160
5.	Muestra	160
6.	Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos	161
7.	Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos	161
V.	<b>RESULTADOS</b>	<b>163</b>
1.	Entrevistas	163
2.	Análisis Jurisprudencial	169
3.	RESULTADO N° 01: El concepto de la jornada de trabajo y su regulación en la legislación peruana	180
4.	RESULTADO N° 02: La limitación de la jornada de trabajo, las exclusiones de la jornada de trabajo y su regulación en la legislación peruana	181

5.	RESULTADO N° 03: Sobre las modalidades del contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración .....	183
6.	RESULTADO N° 05: La labor comisionista en los contratos de trabajo y sus efectos en la jornada de trabajo .....	187
7.	RESULTADO N° 06: Regulación de la jornada de trabajo, límites y sus exclusiones en el derecho comparado .....	191
<b>VI.</b>	<b>DISCUSIÓN .....</b>	<b>196</b>
1.	DISCUSIÓN N° 01: Concepto, limitación y exclusiones de la jornada de trabajo en el derecho laboral y la norma peruana. ....	196
2.	DISCUSIÓN N° 02: Las modalidades del contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración y sus efectos en la jornada de trabajo.....	203
3.	DISCUSIÓN N° 03: La labor comisionista en los contratos de trabajo y sus efectos en la jornada de trabajo .....	206
4.	DISCUSIÓN N° 04: Tratativa y regulación de la jornada de trabajo, en sus límites y exclusiones en el derecho comparado .....	210
5.	DISCUSIÓN N° 05: La determinación de la exclusión de la jornada de trabajo a partir del pago de la remuneración por comisión .....	214
<b>VII.</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>220</b>
<b>VIII.</b>	<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>223</b>
<b>IX.</b>	<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>224</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>.....</b>	<b>227</b>

## RESUMEN

Durante los avatares del desarrollo histórico del Derecho del Trabajo, son dos las instituciones jurídicas que, con harto contenido social, han sido pretensiones arraigadas a la lucha obrera y sindical, centro de disputa constante entre los trabajadores y el empresario capitalista: la jornada de trabajo y la remuneración. Así, la presente investigación se centra en el estudio de la vinculación de ambas instituciones en la producción de uno de las actividades comunes en la realidad del mercado laboral, cual es la contratación del trabajo por pago a comisión, es decir, en la constitución de aquellos vínculos de trabajo donde el salario es cancelado a razón de las ventas, cobranzas u otras operaciones comerciales ejecutadas por el laborante. Ello especialmente en los efectos que aquella genera en la jornada de trabajo del dependiente; considerando que en la realidad los comisionistas, debido a las condiciones y características de su labor, suelen estar excluidos del derecho a la limitación de la jornada de trabajo, de modo que aun cuando el Convenio N° 01 de la OIT (Organización Mundial del Trabajo) en su artículo 2° establezca como derecho fundamental y humano de todo trabajador el tener un límite a su tiempo de trabajo, como asimismo lo reproduce en el artículo 25° de nuestra Constitución, ello no sería aplicable al laborante comisionista.

En tal sentido, esta investigación ha partido particularmente de la observación de la realidad trujillana, en donde los órganos de justicia laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, analizando y resolviendo sobre el encuentro de estas dos instituciones en la exclusión del derecho a la limitación de la jornada de trabajo del comisionista, han establecido que la sola condición de la comisión como forma de pago en el contrato de trabajo, hace posible la exclusión del laborante contratado, del límite de la jornada máxima legal, debido a la énfasis que en ella adquiere la producción y los resultados por encima del tiempo de trabajo; precisando que al margen de la situación en la que se desarrollen las labores, ya sea fuera o dentro del centro empresarial, la sola constitución de los resultados como objeto del trabajo y del salario, reducirá la necesidad de supervisar la utilización efectiva del tiempo de trabajo y otorgará lapsos de descanso en la jornada según el ritmo de las ventas o demás operaciones comerciales, de modo que el trabajador, de acuerdo a los supuestos previstos por nuestra legislación, se encontrará excluido por ausencia de fiscalización inmediata e intermitencia en su trabajo.

Así, ante la problemática e interrogantes que tal circunstancia plantea, esta investigación pretende, a partir del análisis de las instituciones jurídicas y conceptos relacionados en la misma, arribar a una conclusión y resolución satisfactoria que se

acomode más a los principios del derecho del trabajo y a los derechos fundamentales de trabajo de los comisionistas.

## ABSTRACT

Through the conflicts in the labor law's history, there are two legal institutions with a heavy social mean, that had been continually claim at the worker's protest and strikes, and that had been also the center of many disputes between workers and capitalist employers, this are the working period and the salary. Therefore, this investigation attend the study of the legal relationship between both institutions, mainly in one of the most common events on the labor market, which is the commissions agents work contract, meaning those labor hiring's where the salary is pay as a result of the quantity of products, sells or any other commercial operations, that the worker made. That especially about the effects that this salary pay mode cause on the work period of the dependent; knowing that in the reality of the labor relationships, the commission agents are commonly excluded from the limitation of the work period, because of the particular conditions and features of their job. So, even when the Convention N° 01 of the ILO (International Labor Organization) in its second article, establish the limitation of the work period as a human right, as so it does our Constitution in its article 25°, that wouldn't be applicable to the commission agent.

In that sense, this investigation have started particularly from the observation of the Trujillo's reality, where the labor courts of justice analyzing and solving about the relation of this two institutions on the exclusion of the commission agent of the limitation of the work period, have established that just the covenant of the commission as the salary paying mode is enough to sustain the exclusion, because of the emphasis that its generates on the quantity of the production over the working time. So, notwithstanding how the labor of the commission agent its make, whatever its outside or inside the labor center, just the constitution of the production and results as the objective of the work and the salary, will generated the reduction of the need to control the effective use of the working time, and will give to the worker many rest periods as the rhythm of its sells or commercial operations goes. In that way, according to the law, he will be excluded because of no need of immediate audit and the presence of intermittent lapses on his job.

Therefore, facing the problematic and the questions that this circumstance shows, this investigation pretends, due to the analysis of the legal institutions and concepts that are linked, to arrive to a satisfactory conclusion and resolve that follows the labor law principles and the worker rights of the commission agents.

# I. INTRODUCCIÓN

## 1. Realidad problemática

La conquista de la limitación de la jornada de trabajo ha sido el resultado del anhelo profundo de las clases trabajadoras durante el desarrollo histórico de las relaciones de trabajo, sobre todo a partir de la revolución industrial vivenciada luego de la segunda mitad del siglo XVIII, que ha costado inolvidables batallas y luchas, culminadas en la declaración del Tratado de Versalles de 1919, cuya tratativa respecto a la limitación de la jornada fuera posteriormente recogida por el Convenio N° 01 de la Organización Internacional del Trabajo en Washington; organismo creado justamente a partir de dicho Tratado. Así, no es ajeno a la consciencia de quien estudia el Derecho del Trabajo que tanto la jornada de trabajo en sí misma, como su limitación, no son solo elementos del vínculo existente entre el laborante y el empleador, sino que trascienden como expresiones de la esencia del derecho al trabajo mismo, como pilares abanderados en la expansión y evolución de éste, más que valores, como instituciones jurídicas con un peso propio y fundamental. La jornada de trabajo, de este modo, no solo encarna una de las razones principales de las movilizaciones obreras más grandes de la historia, sino que es uno de los ejes jurídicos cardinales del Derecho del Trabajo en general. Y es que en tanto ella mide la cantidad de tiempo por el que el trabajador tendrá que enajenar su fuerza de trabajo para la obtención de una contraprestación remunerativa, su relevancia dentro de la vinculación laboral se hace notoria; tanto que habiendo ratificado el Perú la Convención Nro. 01 de la OIT en 1945, dentro de la última Carta Magna de 1993, vigente a la actualidad, acogiendo el parámetro limitativo fijado en la Convención de Washington de 1919, en su artículo 25° se ha establecido como regla en el país la observancia máxima de la jornada de trabajo en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Adquiriendo pues, la jornada de trabajo, el protagonismo advertido, su interrelación con otras esferas del derecho del trabajo, es un evento ineludible. Recordando así que, primordialmente, los motivos de lucha sindical y obrera durante la historia fueron, en estricto, dos: la jornada de trabajo y el pago de la remuneración (resumidos en menos tiempo de trabajo y el pago de una retribución justa y suficiente), no costará mucho resolver la inexorable conexidad y vinculación que una mantiene con la otra. En tanto la primera se tome como medida del trabajo, vale decir, como carácter de la venta del esfuerzo, la remuneración será el precio a pagar por dicha venta, de tal modo que la regulación, particularidades o variaciones que padezca la jornada, impactara en la cuantificación o determinación de ésta última. Ocurre ello con la limitación de la jornada de trabajo, y el pago retributivo de la sobretasa por labores excedentes a la misma, o también en la

ordenación del tiempo de trabajo según el turno horario en que se presta (labores diurnas y nocturnas) y la cancelación de la sobretasa correspondiente a cada uno de ellos. No obstante, aunque en los casos descritos la relación entre ambas instituciones del Derecho del Trabajo, pareciera ser estática y de un solo sentido (de la jornada hacia la remuneración) ésta en realidad es interactiva y de doble vía. La forma del pago de la remuneración, esto es, el modo en que la misma será calculada para cancelación, podrá también influir en la clasificación y en la variación de la jornada de trabajo, o en su determinación y aplicación. A tal efecto, bastará recurrir a las modalidades del cálculo de la remuneración, para notar que en una u otra, la jornada de trabajo no se verá inafecta, sino que, muy por el contrario, sufrirá alteraciones necesarias de estudio y detalle.

En ese sentido, siendo que la remuneración puede ser pactada bien por unidad de tiempo o por unidad de producción (al margen de los salarios mixtos que, pese a ser particulares, los efectos que producen en la jornada de trabajo son subsumibles a estos dos), la jornada de trabajo observará en cada situación una clasificación y características distintas, pues en el primer escenario, dado que el trabajador obtiene el pago de su remuneración a cambio de la venta de su esfuerzo por una determinada medida de tiempo, se logra observar que la jornada de trabajo será prestada a razón de dicha medida, es decir, que la cantidad de tiempo que constituirá la jornada del laborante se ceñirá a la unidad de tiempo vendida al empleador; mientras que, en el segundo escenario, puesto que el pago de la remuneración se obtiene a razón de los resultados producidos por el trabajador, surge la interrogante de si existiría o no la sujeción del trabajo a una jornada, o si, dado que el tiempo de labores no es el objeto de la venta, no habrá obligación ni limitación alguna en el mismo. Así, esta última circunstancia denota una serie de incertidumbres en relación a los derechos vinculados con la jornada de trabajo (como institución jurídica del derecho laboral) harto merecedores de estudio; como por ejemplo, el si no existiendo un interés ni obligación en la jornada a prestar, no habrá una limitación de la misma, extendiéndose el trabajo durante el tiempo que fuera necesario para la producción de los resultados pactados en el contrato, sin que por ello, dado que no hay limitación al tiempo de trabajo, exista derecho al pago de una sobre tasa o sobre remuneración por el exceso o sobretiempo.

Es en el último contexto que, dentro del macro de trabajadores sujetos a contratos de unidad de producción, se ubica el caso particular de los laborantes comisionistas, entendiéndose por estos aquellos cuya remuneración es pagada únicamente a razón de comisiones por resultados o producción; quienes de igual forma, al pactar el pago de su remuneración por la consecución de resultados, se sumergen dentro de las interrogantes planteadas en el párrafo anterior. Puede notarse, entonces, que uno de los más remarcables efectos generados por el encuentro de la jornada de trabajo y de la

remuneración (o en preciso, de la forma de pago de ésta) en un solo foco, como en este caso es la labor comisionista, es la relativización de la limitación de la jornada de trabajo; pues a partir de las singularidades que este tipo de contrato presenta, se cuestiona si el trabajador comisionista estará sujeto a una jornada, ostentando el derecho a no prestar servicios más allá de determinado parámetro salvo que fuera voluntario y obtuviera el pago de la sobre remuneración correspondiente; o si, en contrario, por la naturaleza de su contratación y de las labores que presta, no constriñe su trabajo a ningún margen horario, encontrándose excluido de la limitación y el cumplimiento de una jornada en específico. Desde luego que esta exclusión tendría que operar, dentro del marco jurídico establecido por ley para ello; en nuestro caso, tal se constituye por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (en adelante, LJT), que excluye de la jornada máxima de trabajo a *“los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia”*. Obviamente que, para el caso que se viene comentando, de los trabajadores comisionistas, se descarta la operación de la causal que involucra al personal de dirección o de confianza, por ser labor distinta a la del comisionista, siendo utilizable, en caso que se decida la exclusión de estos trabajadores, los supuestos de labores intermitentes o la ausencia de fiscalización inmediata en el trabajo.

Ahora, tomando en cuenta lo anterior, en nuestra realidad local producto del crecimiento comercial que ha vivido el departamento de la Libertad en la última década, el mercado de trabajo se ha intensificado en la contratación de este tipo de trabajadores; encontrando el comisionista el ambiente y las condiciones necesarias para anidarse en la producción comercial y económica de un importante número de negocios, o más bien, de rubros empresariales que han optado por la compra de las energías de trabajo por resultados. Así, no es extraño que entidades como las concesionarias de automóviles, las empresas del sistema financiero, tiendas comerciales de electrodomésticos, vendedoras de seguros, empresas de telecomunicación, ejecutores de cobranza y demás similares dedicadas a la venta y comercialización de bienes en general, prefieran la utilización de un sistema de trabajo por resultados en tanto que el rédito de su actividad se deberá, en esencia, al comercio del producto final que producen, distribuyen y ofrecen. La comisión, de ese modo, dado que centra la retribución del esfuerzo del trabajador en la cantidad de resultados que logra, es un buen estímulo para el incremento del rendimiento empresarial en este tipo de giros comerciales. No obstante, como hemos venido anotando en los párrafos anteriores, ante las particularidades del sistema de trabajo por comisión que al mismo tiempo que vira –como se ha dicho– el objeto de compra del trabajo del tiempo, al resultado, exige la concesión de mayores libertades al comisionista a fin de que pueda

lograr la producción requerida, en la realidad de nuestro medio, se ha preferido que aquél (el comisionista) ejerza sus labores fuera del centro de trabajo, apartándole de la supervisión inmediata de su empleador, y haciéndole autónomo de su faena para que, justamente, logre obtener los coeficientes que tanto le interesan al empresario.

Es ahí, en medio de éste ámbito, que las interrogantes concretas respecto a la jornada de trabajo cobran vigor. Y es que, habiéndose comprendido que en el marco de las relaciones laborales del comisionista, la duración del trabajo pasa a un segundo plano, y que la flexibilidad de su medición y exigencia es necesaria (es más, podría decirse hasta inherente al sistema de comisión mismo) se opta porque, en todos los casos, el comisionista no éste sujeto a al cumplimiento de una jornada mínima ni que tampoco constriña su trabajo a una jornada máxima, suprimiendo el derecho a que obtenga el pago de sobretasa (artículo 10° de la LJT) de *horas extras*. La cuestión, entonces, parte por responder si realmente en todas las situaciones en las que exista una labor por comisión, originada por el acuerdo del pago de la remuneración bajo ese sistema, no será necesaria ninguna limitación ni tampoco la fijación de exigencias en torno a la jornada de trabajo a cumplir, de modo que, la mera identificación de que al trabajador es un comisionista, conllevaría la exclusión de sus labores de la jornada máxima legal a la que, en nuestro sistema, se refiere el artículo 1° del D.S. N° 007-2002-TR y el artículo 25° de la Constitución; o si, por otra parte, es posible determinar que no es la forma de pago de la remuneración por comisión ni el sistema mismo los que determinan la relativización de los límites de la jornada de trabajo del laborante, descartando la inmediata relación causalidad (causa-efecto) que se enmarca en ello, sino que son otras las circunstancias concurrentes que producen la exclusión de la jornada máxima legal, y que, lógicamente, de no estar presentes en la situación de trabajo del comisionista, por más que se trate de una modalidad de pago por unidad de producción (sin aparente interés en el tiempo de la prestación), impedirán que a éste se le excluya –al menos– de la limitación de la jornada, validando su derecho de labores en *sobretiempo*.

El panorama descrito, con semejantes planteamientos, ha sido abordado por los órganos de justicia laboral de la Corte Superior de Justicia de la Libertad. El asunto entonces, y he ahí la trascendencia y justificación de su estudio en esta investigación, más que un problema derivado del simple cruce de conceptos o de deducciones dogmáticas del estudio de las instituciones del derecho del trabajo, es una situación tangible y diaria en nuestro medio. Así, a partir del singular pronunciamiento emitido el 03 de setiembre del 2014, por la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, en el Expediente Nro. 0062-2013-0-1601-JR-LA-04, seguido por contra Elektra del Perú SA, y otros (Expedientes Nro. 3846-2012-0-1601-JR-LA-03; Nro. 0066-2013-0-1601-JR-LA-03, ambos del mismo año 2014), el órgano colegiado analizando el caso

singular de un trabajador pagado por comisión que ejercía funciones dentro del establecimiento comercial que era su centro de trabajo, precisó que aun cuando el vínculo de trabajo implicara el desenvolvimiento de funciones de forma constante en el centro empresarial, la sola naturaleza del contrato, cuyo objeto no es la enajenación del esfuerzo por el tiempo sino por la producción, descarta que el trabajador sea subyugado al cumplimiento de una jornada y que ésta, en su caso, sea pasible de limitación u organización alguna, de modo que, el comisionista no tiene derecho al pago de horas extras operando los supuestos del artículo 5° del D.S. N° 007-2002-TR para su exclusión de la jornada máxima legal, cuales son, la ausencia de fiscalización inmediata y la existencia de labores de intermitencia o espera.

De este modo, para el razonamiento jurisdiccional, la primera causal señalada ocurriría debido a que, al enajenarse el esfuerzo de trabajo en razón a los resultados y no al tiempo para la obtención de la remuneración ofrecida, se margina la medición del tiempo de trabajo del interés y atención del empleador quien, como consecuencia, ya no tendrá que fiscalizar de modo inmediato o permanente las labores, cumpliéndose el primer supuesto descrito por el artículo 5° de la LJT, siendo que la presencia perenne del trabajador dentro del centro de trabajo no corresponde a la necesidad primaria del empleador de controlar o fiscalizar el trabajo, sino a la necesidad del laborante de utilizar el espacio publicitario y comercial que ofrece el local de trabajo para conseguir los clientes o consumidores necesarios para alcanzar la producción que necesita. Dicho de otro modo: el trabajador permanece en el centro de labores porque así lo desea y le es útil para conseguir sus resultados (y por ellos, el pago de su remuneración), mas no por la necesidad de que sus labores sean fiscalizadas. En cuanto al segundo supuesto, precisa sus razones el órgano colegiado, en que la venta por comisión conlleva la prestación esporádica de labores, concentradas solo en los momentos de venta o de atención al cliente, los que, en la realidad, no son constantes sino eventuales según el día, la publicidad, ofertas y otros condicionantes.

No obstante este razonamiento, remarcando la trascendencia fundamental e histórica de la jornada de trabajo, su consistencia como institución y valor jurídico en la producción de las relaciones laborales, este investigador considera que a la luz de un estudio concienzudo de las instituciones y figuras jurídicas involucradas en la realidad representada en líneas anteriores, es imperativo dar una respuesta satisfactoria a las incertidumbres (por cierto, no reguladas) que plantea la vinculación de la jornada de trabajo y la forma de pago de la remuneración en los casos del trabajador comisionista; a fin de determinar, al margen del criterio jurisprudencial que, aunque extensivo en todos los órganos de justicia laboral en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, bien podría comprobarse erróneo, si en efecto, bajo qué casos y causales, corresponde o no la

exclusión de la jornada máxima de trabajo a los trabajadores comisionistas, o si, debido a la naturaleza de sus labores y a la modalidad de pago de su remuneración, es inverosímil incluirles en la limitación de la jornada, tal cual ha estimado los órganos de justicia laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

## **2. Formulación del problema**

¿De qué manera el pacto de la remuneración por comisión en los contratos de trabajo determina la exclusión de la jornada máxima legal de los trabajadores sujetos a los mismos, de acuerdo a las causales de exclusión establecidas en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR?

## **3. Justificación**

La presente investigación, en un enfoque teórico, ayudará a comprender la interrelación jurídica existente entre la modalidad de pago de la remuneración por unidad de producción, en específico, en los contratos por comisión, y la exclusión de la jornada máxima de trabajo de los laburantes comprendidos en dicha contratación, a partir de un análisis adecuado de la jornada de trabajo misma y de sus exclusiones previstas en el artículo 5° del D.S. N° 007-2002-TR; generando, con ello, desde un enfoque práctico, que la tratativa y solución de los casos e incertidumbres de derecho que involucren el ámbito teórico precisado (sobre el pago de la remuneración por comisión y la exclusión de la jornada de trabajo), sean resueltos de forma proba y acorde a la esencia de las instituciones jurídicas del Derecho del Trabajo involucradas, sin mellar los derechos laborales de los trabajadores comisionistas, lo cual a su vez explica la trascendencia cualitativa de este trabajo. Ayudará por último la presente investigación, a satisfacer la necesidad, de nivel académico, de resolver la incertidumbre que plantea el problema entre dos instituciones jurídicas diferenciadas, la jornada de trabajo y la modalidad de pago de la remuneración, aportando en el estudio de ambas instituciones del Derecho del Trabajo (jornada de trabajo y remuneración) que aunque ampliamente tratadas por separado, no han sido examinadas copulativamente por la doctrina, y solo de forma exigua por la jurisprudencia en la situación concreta del trabajador comisionista.

## **4. Limitaciones**

Las principales limitaciones de la presente investigación se resumen en dos aspectos, uno relativo a que el número de casos ventilados en nuestro distrito judicial respecto al tema de investigación, durante el rango de años que se ha tomado para la investigación, no son amplios. Ello no porque se trate de una realidad poco recurrente,

pues la labor comisionista es ampliamente difundida en el mercado, y la superación de la jornada máxima de trabajo de quienes se dedican a ella, también es harto frecuente; la poca cuantía del número de casos se debe más bien a la unificación del criterio jurisdiccional respecto a la exclusión de este tipo de trabajadores de la jornada máxima legal, lo que ha generado que los laburantes inmersos en esta realidad opten por ya no demandar a sus empleadores al menos por el pago del denegado derecho a las horas extras. De manera que, al haber sentenciado los órganos jurisdiccionales superiores laborales en nuestra Corte de Justicia en ese sentido, el estímulo de demanda se ha reducido, no porque no suceda el conflicto en la realidad, sino por el conocimiento de que el derecho no será amparado.

Por otra parte, otra limitación incide en que, por tratarse de un tema nacido de la realidad próxima, no cuenta con estudios o investigaciones previas que le desarrollen. No se ha podido encontrar pues antecedentes que analicen las variables de investigación, aunque sí existen estudios serios respecto de cada variable de modo independiente, de lo cual se valdrá nuestro desarrollo para comprobar la hipótesis planteada.

## **5. Objetivos**

### **5.1. Objetivo general**

Determinar la forma en la que el pacto de la remuneración por comisión en los contratos de trabajo, de acuerdo a las causales de exclusión establecidas en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, determina la exclusión de la jornada máxima de trabajo de los trabajadores sujetos a los mismos.

### **5.2. Objetivos específicos**

- Analizar el concepto, limitación y exclusiones de la jornada de trabajo como institución jurídica del Derecho Laboral y su tratativa en la normatividad peruana.
- Examinar las modalidades del contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración y sus efectos en la jornada de trabajo.
- Estudiar la labor comisionista en los contratos de trabajo y los efectos que ésta genera en la jornada de trabajo.
- Determinar la tratativa y regulación de la jornada de trabajo, su limitación y sus exclusiones en el derecho comparado.

## **II. MARCO TEÓRICO**

### **1. Antecedentes**

Aunque la labor por comisión, como modalidad de pago del salario, y la exclusión de la jornada de trabajo, como apartado dentro de la jornada de trabajo como institución jurídica, son aristas que sí han sido estudiadas por el derecho del trabajo, dado que la realidad que es objeto de investigación en el presente estudio, se deriva de su enfrentamiento en una problemática recientemente generada en el medio de nuestro distrito judicial, desde el 2012 aproximadamente, no existen antecedentes que estudien la relación o vinculación de ambas variables. De ahí que este estudio en lo sucesivo, procure el análisis y examen de cada una de ellas por separado según la doctrina más clásica y autorizada, a fin de fijar luego de los resultados, la relación que entre ambas se requiere para la comprobación de la hipótesis. Por esta razón, no se describe ningún estudio o cita en este extremo.

### **2. Bases teóricas**

Se procederá en este apartado a presentar y analizar las principales teorías o estudios que circundan en torno a las variables de investigación, esto es, tanto respecto al pago de la remuneración por comisión, que deriva de una institución jurídica más amplia, cual es la remuneración en sí misma, y la exclusión de la jornada máxima de trabajo, que también involucra el estudio de la jornada de trabajo como tal. Así, será en torno a ambas instituciones jurídicas: la remuneración y la jornada de trabajo, sobre las que se desarrollará el marco teórico subsecuente, sin perder en ello el filtro y direccionamiento que es necesario para no salirnos de los bordes de la investigación, y centrarnos en el aspecto específico que de cada institución nos es útil, pertinente y necesario justamente para el estudio de las variables señaladas.

# CAPITULO 1:

## PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

### 1. PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Para empezar con la labor de describir y ahondar en los principios del derecho vinculados con la remuneración y la jornada de trabajo, variables a las cuales se circunscribe el presente trabajo, es preciso esbozar a partir de la doctrina, una definición corta pero concisa de lo que se entiende por un principio del derecho. Asunto que no es de poca complejidad, y que ha merecido amplio estudio y análisis, desde la perspectiva constitucional, por numerosos autores, pero que en la presente investigación, se tratará de modo somero y preciso, persiguiendo presentar el marco conceptual que en este extremo se requiere.

En tal sentido, para el jurista argentino Benito Pérez (1983), por principios generales del derecho se puede comprender a los “principios inspiradores de un derecho positivo, en virtud de los cuales el juez podrá dar la solución que el mismo legislador daría, si estuviese presente, o hubiese resuelto de prever el caso” (p. 87); así entonces, para el autor, los principios del derecho serían no solo fuente de inspiración o génesis de la legislación ordinaria, sino una fuente directiva de aplicación del derecho mismo en la práctica diaria, sobre todo en la función jurisdiccional, como herramienta básica en la solución de conflictos. En el mismo modo, resuelta interesante la noción de Real, citado por Américo Pla Rodríguez (1978), respecto a que los principios del derecho serían reglas fundamentales de gran generalidad que, directa o indirectamente, otorgan “soluciones expresas del derecho positivo”, pudiendo resolverse también “mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan indirectamente” (p. 14). Para Américo Pla Rodríguez entonces, se trata de líneas directrices, enunciados más amplios y generales que una norma, que cumplen con informar el contenido de estas e inspirar, ya sea directa o indirectamente, la solución de casos, cumpliendo así una triple funcionalidad: la promoción, dación y aprobación de nuevas normas; la dirección o guía en la interpretación de las normas ya existentes; y la resolución de conflictos no previstos legislativamente.

De igual forma opina Néstor de Buen (1985) quien citando a Lino Rodríguez-Arias Bustamante (1961) concuerda con la definición de este respecto a que se trata de “ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación” (p. 71), lo cual en nada se altera porque cada rama del derecho opere según principios o directrices propias, según su naturaleza, pues todas ellas en suma, se unen sustancialmente en base a principios generales comunes. Para el autor nacional Víctor Anacleto Guerrero (2015), los

principios generales del derecho son como los cimientos de la estructura sobre la que se construye el sistema jurídico, de manera que este puede ser modificado, actualizado o alterado de cualquier forma mientras que se mantengan las bases, ya que si estas cambiaran, toda la construcción se vendría abajo y no serviría más. Asimismo, Toyama Miyagusuku (2015) les conceptúa como “pautas generales, las directrices que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa”. Hasta este punto, en suma, la definición de un principio se propicia como una directriz, una línea o idea general que no solo soporta la construcción de las normas positivas, inspirándolas, sino que se ofrece como herramienta de interpretación de las mismas, llegando incluso a resolver conflictos cuando lo enunciado por aquellas no es suficiente, concluyente o preciso.

Desde una perspectiva más constitucionalista, sin embargo, por parte de Robert Alexy (2012), se define a los principios como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, o sea que son “*mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado” (p. 68). No serían ya los principios líneas directrices o ideas fundamentales, sino propiamente normas, esto porque, a partir de una conceptualización semántica de *norma*, será esta aquella que exprese lo que es debido, independientemente del enunciado normativo que sea utilizado para dicho fin; y que puede o no tener una estructura deóntica, sin que por ello se cuestione o descarte la calidad normativa del contenido, como ocurre con los principios. Sobre tal carácter no existe mayor discusión en la doctrina constitucional; pues al margen que existan diversas clasificaciones en torno a los principios, y más de un autor que proponga una conceptualización distinta, para este campo del derecho, no cabe duda alguna que cuando hablamos de principios, no estamos únicamente ante líneas directrices o ideas principales, sino normas propiamente dichas que, como señala Ronald Dworkin, según la cita de Luis Ferrajoli (2014), “no indican consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se den las condiciones previstas”, a diferencia de las reglas, en las que se puede ubicar a la mayoría del derecho positivo, que son normas “aplicables en forma de todo o nada” (p. 193), sin que por esto se pueda negar o descalificar el carácter normativo de los principios.

De este modo, se concluye que, para el marco que se desarrollará en lo posterior, los principios generales del derecho, y en especial del derecho del trabajo, vienen a ser normas directrices que no poseen una consecuencia jurídica exacta, sino que se fungen como *mandatos de optimización*, tanto en la creación legislativa como en la colisión entre reglas ante un caso específico, vale decir, como fundamento y herramienta de solución de conflictos.

## 2.1. Principio Protector

Dicho lo anterior, es importante comenzar por el que es quizá el principio más eminente del derecho del trabajo. Su fundamento parte, como nominalmente se entiende, de la intención protectora de la normativa laboral, en ajustar la desequilibrada situación que subsiste en la relación de trabajo entre el laburante y su patrono. Tal postulado, sin embargo, no debe equívocamente filtrarse como la proyección normativa de una posición política, ni mucho menos como un empoderamiento injusto frente a la igualdad exigida en el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución Política, pues se trata de trasladar al espacio normativo las desventajas naturales con las que el trabajador cuenta frente a su empleador, implicando que en la colisión normativa o en la interpretación de las reglas del derecho del trabajo, se favorezca a la parte que, con ello, se ve más afectada, sobre todo cuando la esfera de los derechos sobre los cuales recae dicha afectación en el trabajador son de tenor fundamental y alimentario. Aquí cabe remarcar, como se hará más adelante con más detalle, que el verdadero rol de la igualdad *inter partes* antes que condicionar una ciega equiparación de condiciones, es pretender la distribución justa y equitativa de los deberes y derechos según la condición personal de cada sujeto de derecho, tratando como ya comúnmente cita la doctrina “igual a los iguales y desigual a los desiguales”. De ahí que Antonio Vásquez Vialard, citado por Víctor Anacleto Guerrero (2015), comente que en el derecho laboral “no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tener en cuenta la igualdad jurídica entre las partes. Al contrario, el mismo tiene un carácter tuitivo del empleador a fin de asegurarle una igualdad sustantiva y real”, no aplicándose la autonomía privada de modo amplio, sino sobre ciertas bases, mínimos o límites que constituyen el “orden público de trabajo”. (p. 73)

El principio protector, de este modo, reproduce el centro de la *problemática social* de los derechos laborales, que desde su pugna con la aparición de la Revolución Industrial de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, y la producción de las primeras manifestaciones obreras, pretendió proteger al trabajador como parte económica y contractualmente débil; no para llegar al extremo de superponerle al empleador, sino para producir el desarrollo de relaciones justas, sustentables, que no afectaran sobre todo los derechos básicos de la jornada de trabajo y el salario, ambas instituciones básicas que fueron peleadas y reclamadas por la masa trabajadora mundial desde el inicio de los conflictos con el modo de producción capitalista en el siglo XIX. La protección legislativa del trabajador así surgió como contraposición a la presunta igualdad y libertad otorgadas por el neoliberalismo político imperante durante la producción de la revolución industrial, que fueron reflejadas con inmediatez en el derecho civil y contractual, cuya tendencia fue

incluir a las contrataciones de trabajo dentro de su objeto de regulación, desvalorando la realidad contractual y social de las mismas, y de la cual desde el inicio de las reivindicaciones y paralizaciones obreras, se buscó separar al derecho del trabajo, promoviendo la gestación de un sistema legal informado e inspirado por principios exclusivos de la materia, como es primordialmente el principio protector.

Ahora, bajo este panorama, el jurista uruguayo Américo Plá Rodríguez (1978), ha identificado hasta tres expresiones del principio protector, que se constituyen en reglas fundamentales, aceptadas ampliamente por la doctrina labora, y que son las siguientes:

### **1.1.1. In dubio pro operario**

Esta regla, que en esencia se traduce como *la duda favorece al trabajador*, es descrita por el mismo autor como el “criterio que debe utilizar el juez o intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador”. Del mismo modo para Víctor Anacleto (2015), se trata de una regla útil en la interpretación del contenido normativo de cualquier enunciado, por lo que solo tendrá lugar cuando realmente exista una “duda en la aplicación de la ley” (p. 76). Se requiere así que la norma de derecho que se pretende aplicar plantee aún dudas en su significado, a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, no siendo factible llegar a una elección clara y precisa a través de las herramientas de la hermenéutica. Desde luego que, tal situación, no implica el alejamiento o modificación de la ratio juris de la norma; por el contrario, el intérprete debe procurar que la elección interpretativa a favor del trabajador guarde íntima relación con la *razón de ser* del texto legislativo.

En nuestra Carta Magna, esta regla o principio operativo, es reconocida por el artículo 26° inciso 3°, que establece textualmente lo siguiente: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: ... 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”. De ahí que, sobre su aplicación, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, señalara en la STC N° 008-2005-PI/TC (Caso Juan José Gorriti y otros, 2005), las cuatro siguientes consideraciones:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método admitido como válido por el ordenamiento nacional

- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador”

Así, se puede concluir en que la operación de este subprincipio o regla, como le llama Américo Plá Rodríguez (1978), ocurre cuando existe dudas en la interpretación de una disposición normativa, de modo que, sin alterar la ratio legis de la misma, se prefiera aquella que ofrece mayores beneficios al trabajador. A tal efecto, cuando nos referimos “norma”, debe entenderse no solo aquella disposición del ser o deber ser que están contenida dentro de un enunciado normativo expedido legislativamente, sino también al que rige dentro de las cláusulas de un convenio colectivo, recordando que, tal cual señala la Ley de Relaciones Colectivas, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, artículo 41°, tal tiene por fin “regular las remuneraciones y las condiciones de trabajo”, y ejerce fuerza vinculante entre las partes, obligándolas a reconocer el efecto normativo de su contenido, cumpliendo y respetando lo dispuesto. No siendo extraño así entonces, que las dudas interpretativas y la necesidad de aplicar el principio protector en el *indubio pro operario*, se muestre también en este contexto.

En base a esto, por ende, la relación entre el *indubio pro operario* con la remuneración y la jornada de trabajo, resulta a harto estrecha y evidente; ya que siendo esta regla de interpretación de cualquier disposición normativa, sea su fuente sea legislativa o colectiva por acuerdo entre las partes, es lógico que se vinculará con ambas instituciones al plantearse la duda interpretativa en una norma que las regule, y eligiéndose entre el abanico de interpretaciones posibles, aquella que resguarde, incremente o vulnere en menor medida el derecho a la remuneración, y todos los que en él se inserta, así como los relativos y conexos a la jornada de trabajo. Este será el foco pues de la aplicación del *indubio pro operario* en el caso de cualquiera de ellas.

### **1.1.1. La aplicación de la norma más favorable**

Para Américo Plá Rodríguez (1978), esta “determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, se debe optar por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiera correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas”. Aquí, a diferencia de lo que ocurre con la regla anterior, el conflicto normativo no ocurre

más de forma individual, en la interpretación de una sola disposición normativa, sino en la colisión de dos o más contenidos normativos contrapuestos, o sea, contrarios, que plantean duda sobre la preferencia de su aplicación a un caso en concreto.

Podría objetarse, sin embargo, que este problema se resuelve con la jerarquía normativa y piramidal que ordena el sistema jurídico, de modo que frente a la contradicción de dos normas de diferente rango, se opte por aplicar la que es de mayor estatus; verbigracia, que se prefiera aplicar la ley antes que su reglamento, la ley ordinaria frente a un reglamento interno de trabajo o un acuerdo colectivo. No obstante, en el derecho de trabajo es necesario considerar que la ley, como señala De la Cueva, citado por Américo Plá Rodríguez (1978) no es más que un “punto de partida, es el mínimo que no podrá disminuir, mas no representa el derecho que necesariamente ha de regir las relaciones obrero-patronales” (p. 84); y es que en el vínculo de trabajo es perfectamente posible que el empleador decida mejorar las condiciones de trabajo y los beneficios económicos de sus laborantes muy por encima de la baya legal; es más, es el propio marco del derecho del trabajo el que obliga, en determinados casos, a hacerlo. Piénsese en el rol que desempeña el principio promocional de los derechos laborales en la negociación colectiva, exigiendo que el objetivo de todo acuerdo a dicho nivel sea el mejorar e incrementar las condiciones de trabajo, nunca reducirlas, pese a que aun con la disminución, no se estuviera otorgando un derecho inferior a lo legalmente dispuesto. Las leyes, bajo este criterio, se convierten en un piso mínimo de los derechos y los beneficios de cualquier trabajador, mas no en el techo de los mismos, siendo libres estos de pactar con su empleador, a cualquier nivel (sea individual o colectivo), concesiones superiores a la normatividad.

Esto así, conlleva a que naturalmente cuando exista una colisión entre dos o más normas, aun cuando estas fueran de rasgos distintos, se preferirá la que más favorezca al trabajador a pesar de que el rango jerárquico de esta sea inferior. Se podría dar el caso, entonces, que se prefiera el reglamento interno o el convenio colectivo antes que la ley ordinaria, e incluso el reglamento antes que la propia ley que este regula, siempre que ello sea de mayor ventaja para el laborante. Se trata, entonces, de una regla proteccionista del trabajador que será útil en relación al salario y a la jornada de trabajo, también para proteger el *core* de ambas instituciones, resguardando los derechos del trabajador que se encuentran relacionados con ellas.

### **1.1.2. La condición más beneficiosa**

Según esta regla lo que se habrá de preferir es la situación de derecho que fuera más ventajosa al trabajador frente a otra que se observe menos beneficiaria. Tal es así que

Arévalo Vela (2016) precisa que ella establece que “la aplicación de nuevas normas debe hacerse sin disminuir los derechos del trabajador preexistentes, pues, todo cambio debe ser en beneficio de la parte laboral y no en su perjuicio” (p. 90) Víctor Anacleto Guerrero (2015) señala que esta implica que: “cuando una situación anteriores (sic) más beneficiosa para el trabajador, ésta debe ser respetada. La modificación que introduce debe ser para mejor y no para disminuir los derechos de aquél” (p. 77). Y, en el mismo sentido, Américo Plá Rodríguez (1978), que este es el “criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador” (p.84). Nótese que no se trata de un conflicto entre normas, sino entre situaciones jurídicas, de modo que a diferencia de la regla analizada anteriormente, lo que se pretende no es elegir la norma que tenga un contenido más beneficioso al laborante, sino la condición de trabajo, la situación que represente mejor provecho para éste. Esto conlleva obviamente a eliminar la posibilidad de que la condición más beneficiosa aplique cuando la variación de la condición de trabajo provenga de un cambio legislativo, pues si la situación de trabajo del laborante hubiese sido generada exclusivamente por el piso mínimo establecido por ley, se entiende que al modificarse este, será la última disposición legislativa la que regirá en el vínculo de trabajo, aun cuando implicara un perjuicio a los derechos del laborante.

No cabría la posibilidad de que, frente al caso planteado, aplique la condición más beneficiosa para excluir al trabajador de la aplicación de la nueva legislación; pues cabe recordar que en nuestra legislación impera la teoría de los hechos cumplidos, prescrita en el artículo 103° de la Constitución Política, cuando este consagra que: “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos”. De ahí que el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 020-2012-PI/TC (Caso Ley de Reforma Magisterial 2, 2014), señale que: “nuestro ordenamiento jurídico está regido por la teoría de los hechos cumplidos y no por la teoría de los derechos adquiridos... constituye una facultad constitucional del legislador el dar, modificar o derogar leyes”. De tal forma, es perfectamente posible que se varíe la condición de trabajo del laborante a partir de una nueva disposición legal que altere el *piso mínimo* de los derechos otorgados con una antigua legislación, sin que en ello se vulnere en modo alguno la regla de la condición más beneficiosa.

Se puede entender, en suma, que uno de los requisitos en la aplicación de la condición más beneficiosa se constituye porque el conflicto surja en la alteración de la situación de derecho del trabajador obtenida por convenio colectivo, pacto individual en el contrato de trabajo o reglamentación expresa, e inclusive por costumbre. Frente a ello,

deberá preferirse la estabilidad de la condición más ventajosa, exigiéndose indirectamente al empleador que toda modificación o cambio en las condiciones de trabajo debe ser de mejora y nunca de retroceso, poniendo en peligro el estatus de vida que el trabajador ha adquirido en virtud a la condición anterior, y a partir de ello, su propia manutención económica y la de su familia.

Esto se vincula con la jornada de trabajo y con el salario, al igual que en los casos anteriores, en la preferencia de aquella condición que resulte más provechosa al trabajador en relación a ambos derechos; así, si el laborante obtuvo dentro de su esfera de derechos el pago de un concepto remunerativo de S/. 100.00 soles por ostentar el grado académico de bachiller, no le sería aplicable una disposición anterior que le redujera a S/. 80.00 soles exigiéndole además la obtención del grado de profesional titulado; y del mismo modo, en cuanto a la jornada de trabajo, si aquel estuvo sujeto al pago de un determinado monto salarial, por la ejecución de funciones en una jornada de 40 horas por semana, no se podrá modificar su condición a que, para obtener la misma remuneración, se le requiera trabajador por 48 horas semanales.

## **1.2. Principio de irrenunciabilidad**

Este es otro principio vascular del derecho del trabajo que, en el caso de nuestra legislación nacional, está reconocido en el artículo 26° inciso 2 de la Constitución Política de 1993, que establece lo siguiente: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: ... 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. El Tribunal Constitucional, al respecto, señaló en el fundamento 24 de la STC N° 008-2005-AI/TC, que éste “hace referencia a la regla de la no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley... En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.” Nótese en ambos casos que la protección está dado solo contra los derechos reconocidos por la Constitución y por la ley, no ingresando en este rango, los beneficios otorgados convencionalmente, por pacto individual o por disposición unilateral del empleador.

Para ampliar y justificar debidamente este último punto, es preciso tener presente que la doctrina al definir la cobertura de irrenunciabilidad de los derechos, parte por distinguir dos tipos de normas existentes dentro del sistema. De un lado, las normas dispositivas o *ius dispositivum*, y del otro, las normas taxativas o *ius cogens*. Las primeras para Gottschalk, citado por Américo Plá Rodríguez (1978), regulan la conducta del sujeto de derecho de modo absoluto, soberana e incondicional, sin concederle la posibilidad de

reglamentar sus relaciones jurídicas; mientras que las segundas, ocurren cuando “el propio orden jurídico delega a los sujetos de derecho el poder de formular su propia norma de conducta, condicionando la obligatoriedad de la norma legal al no uso de esa facultad” (p. 127). La irrenunciabilidad a la que se refiere la Constitución y se integra como uno de los principios directores y exclusivos del derecho laboral sustantivo, operaría, como concuerda también el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada, solo frente a normas de carácter taxativo o imperativo, ya que al contener estas disposiciones que no son debatibles ni negociables, sino que fijan *derechos mínimos e indispensables* para el laborante, es lógico que el trabajador no podrá despojarse de ellas, aun cuando el mismo las consienta.

Esto en aplicación del deber fundamental establecido en el artículo 1° de la Constitución respecto a que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Permitir por ello, que el trabajador pueda disponer libremente y renunciar a los derechos que son considerados por la ley y la Constitución, como mínimos indispensables, no puede sino ser descartado por el sistema normativo, entendiendo que una vulneración de ese tipo iría en contra de los derechos fundamentales al trabajo, a la remuneración, a la limitación de la jornada de trabajo, y demás conexos, poniendo en peligro la manutención personal y familiar del laborante, y exponiéndole a la vez a condiciones de trabajo infra legales, entendidas por el legislador común como inhumanas y contrarias a la dignidad.

En contrario, el derecho de trabajo sí permite que el trabajador disponga de los derechos provenientes de la voluntad de las partes, o sea, de normas dispositivas que otorguen a los sujetos intervinientes en la relación de trabajo, la facultad de autorregular sus condiciones. Esto guarda lógica con la esencia o el fin de protección del derecho del trabajo, pues si son la Constitución y la ley ordinaria, las que fijan los *derechos mínimos necesarios* o el llamado *piso mínimo* de las condiciones de trabajo, todo pacto que sea excedente a ellos podrá naturalmente ser de disposición de las propias partes, máxime de aquella que se vería primordialmente afectada por su alteración, como es la parte trabajadora. De ahí que el texto constitucional no incluya en la protección de irrenunciabilidad a los beneficios o derechos que no sean concedidos constitucional o legalmente, tal cual como se ha citado antes, ocurre con los derechos obtenidos por negociación colectiva, el reglamento interno de trabajo, por disposición unilateral del empleador o por costumbre. Piénsese, por ejemplo, en una remuneración complementaria por puntualidad, establecida por acuerdo colectivo, que es rechazada por el trabajador como consecuencia de una rotación de cargo que, según los términos acordados con su patrono, le generará un mayor ingreso económico, o ni siquiera esto, sino una buena

proyección de línea de carrera y ascenso en la empresa. Tal sería perfectamente posible sin que se interponga el principio de irrenunciabilidad, a diferencia de lo que ocurriría pacto individual donde el propio trabajador exprese la reducción de su remuneración, o la renuncia al pago de la asignación familiar por obtener un incremento salarial u otro favorecimiento de cualquier tipo. En este último caso, la disposición del derecho a la asignación familiar por parte del trabajador, sería por demás inconstitucional por infracción a la irrenunciabilidad del artículo 26° de la Constitución, generándose de plano su invalidez.

La relación así del principio de irrenunciabilidad con la remuneración y la jornada de trabajo, consiste precisamente en la protección de los derechos relativos ambas instituciones, que siendo establecidos por ley y por la Constitución, se consideran como mínimos indispensables, normas taxativas, que no están disposición del trabajador; tal ocurre, para ilustrar lo dicho, con las prohibidas reducciones inmotivadas de la remuneración, que incluso están sancionadas como acto hostil de acuerdo al literal b) del artículo 30° del TUO de La Ley de Productividad y Competitividad laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97TR; y del mismo modo con el derecho a la limitación de la jornada de trabajo, del cual no puede retirarse el trabajador, salvo que estuviese inmerso en cualquiera de las causales de exclusión del artículo 5° del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR.

### **1.3. Principio de primacía de la realidad**

En relación a este principio, es bastante acertado y preciso lo señalado por Américo Plá Rodríguez (1978), respecto a que este significa que “en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales” (p.315), de tal modo que la naturaleza y las condiciones del vínculo de trabajo no pueden ser valoradas a razón de lo escritural o formalmente pactado, ya que si lo acordado no se condice con la realidad, aquello pierde toda validez. En el mismo sentido, Guillermo Guerrero Figueroa, citado por Víctor Anacleto Guerrero (1973), precisa que para “este principio, prima siempre la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Lo que interesa es lo que suceda en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido o establecido en documentos” (p. 82).

De igual forma, el Tribunal Constitucional en la STC N° 1944-2002-AA/TC (Caso Eduardo Chinchay Puse, 2003), expresó que la primacía de la realidad implica que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. Toyama Miyagusuku (2015), estudiando el principio de primacía de la realidad en el marco

de las contrataciones laborales, señala que: “En virtud de este principio laboral, aun cuando exista un contrato –formalizado por escrito– de naturaleza civil, lo que determina la naturaleza de una relación contractual entre las partes es la forma como, en la práctica, se ejecuta dicho contrato” (p. 102).

Queda claro a partir de lo reseñado, que el principio de primacía de la realidad implica que el juicio sobre las condiciones de trabajo, dentro de determinado vínculo contractual, debe efectuarse no sobre la base de lo formalmente establecido por las partes, sino de lo que acontecido en la realidad diaria de la relación jurídica. Esto en base a un doble fundamento; por un lado, en rendir tributo al principio de buena fe, teniendo en cuenta que si bien lo expresado en los documentos puede ser real, también es posible que sea el resultado del deseo de ocultar la verdad para evadir el cumplimiento de las obligaciones de trabajo, haciendo coherente por ello su descarte, para ceñirse exclusivamente a la realidad, que indiscutiblemente siempre reflejará la verdad, más aún si en las relaciones de trabajo, dado el poderío contractual del empleador frente al trabajador, es bastante probable que las expresiones documentarias, redactadas y forjadas por el empleador, hayan omitido los valores y modos reales del vínculo laboral en la práctica, con el fin de incumplir las normas de trabajo y aminorar costos; y por otro lado, en que el contrato de trabajo es de carácter progresivo y sucesivo, de modo que los derechos pactados documentariamente en el presente, puede luego ser modificados por la práctica en el desarrollo del vínculo de trabajo, remarcándose así la importancia de validar los hechos ocurridos en la realidad, antes que lo escrito.

En el contexto de las remuneraciones y la jornada de trabajo, ambas instituciones que son también parte de las condiciones del contrato de trabajo, se verán afectadas por el principio de primacía de la realidad, en tanto que su aplicación y regulación para el caso específico de un trabajador o de un grupo de ellos, tendrá que ser evaluado en torno a lo que pueda apreciarse en la realidad de los hechos, facilitando así su tutela.

#### **1.4. Principio de razonabilidad**

En relación a este principio, Américo Plá Rodríguez (1978) expresa que consiste principalmente, en que los sujetos dentro de las relaciones laborales deben actuar y proceder conforme a la razón, desterrando de este ámbito la producción de decisiones arbitrarias, que carezcan de un fundamento y que resulten contrarios a estándares mínimos de sentido común. El Tribunal Constitucional, en este sentido, en la STC N° 2235-2004-AA/TC (Caso Grimaldon Saturdino, 2005), señala que este principio “exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin

constitucionalmente valioso... la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional". Aquí el supremo intérprete trata la razonabilidad desde la calificación de constitucionalidad de una medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental, trasladados al terreno de las relaciones laborales, es preciso reconocer que varias de las medidas en las que es necesario observar criterios de razonabilidad para su elaboración existe, en cierto modo, la restricción de un derecho fundamental del trabajador; piénsese como ejemplo, en el despido, que afecta inmediatamente la estabilidad de salida del trabajador, y de forma mediata, el propio derecho al trabajo; la reducción de la remuneración, que afecta el ya reconocido derecho fundamental a la remuneración; y la modificación del horario o de la jornada de trabajo, que podría implicar la afectación directa a la limitación de la jornada trabajo, y en modo mediato, a la salud e integridad física del trabajador.

La expresión del Tribunal Constitucional, por eso, insta en que ante cualquiera acción relacionada con la limitación de un derecho fundamental debe tener por propósito alcanzar un fin legítimo y constitucional, como sería, en cualquiera de los casos anteriores, mantener el buen funcionamiento de las relaciones y la organización de trabajo dentro de la empresa y proteger, al mismo tiempo, la actividad productiva dentro de esta. Sin perjuicio de esto, el mismo supremo intérprete de la Constitución, de un modo más genérico, en la sentencia del Expediente N° 045-2004-PI/TC (Caso Colegio de Abogados de Lima Cono Norte de Lima, 2005), señala que la razonabilidad es identificada como "prohibición o interdicción de arbitrariedad", haciendo razonable toda "intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente".

Así, en esencia, puede decirse que el principio de razonabilidad exige que en la relación de trabajo se actúe de un modo coherente y propio al promedio de lo que ocurre en la realidad, sin exageraciones o arbitrariedades que no tengan motivo alguno. Se aprecia claramente, entonces, que su relación con el derecho a la remuneración y la jornada de trabajo, se constituye como freno a las acciones del empleador tendientes a afectar los derechos, condiciones y beneficios del trabajador que estén relacionados con ellos, exigiendo que en cada una se obedezca al sentido común y la razón.

## **1.5. Principio de buena fe**

De acuerdo a Víctor Anacleto Guerrero (2015), este principio se refiere a la conducta que ambas partes intervinientes en el contrato de trabajo deben observar en el

cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, comprendiendo el deber de estas de actuar con *fidelidad*, y conforme a reglas éticas como la honestidad, prudencia, veracidad, diligencia, desechando cualquier engaño, abuso o perjuicio en la ejecución de sus prestaciones. Américo Plá Rodríguez (1978), manifiesta que este principio se involucra, por una parte, con la obligación del trabajador de cumplir diligentemente con sus obligaciones de trabajo y todas las tareas encomendadas por su empleador, en virtud al yugo de subordinación a la que aquél se ha sometido; y, por otra parte, con el deber del patrono de satisfacer sus obligaciones y las normas de trabajo, respetando los derechos mínimos establecidos por Ley. Javier Arévalo Vela (2016), al respecto, señala que según este “las partes de la relación laboral, entiéndase trabajador y empleador, deberán actuar de una manera leal, respetando determinados valores como la honradez, lealtad, confidencialidad, es decir respetando la buena fe uno del otro” (p. 105)

Es partir de esta conceptualización que Blancas Bustamante (2013) citando a Montoya Melgar, y comentando el quebrantamiento de la buena fe laboral como causa justa de despido, señale al respecto que el trabajador es “deudor de específicas obligaciones de buena fe: deber de no hacer concurrencia desleal al empresario, deber de abstenerse de otras conductas dañosas para el empresario” (p. 239). Este principio así, no tiene mayor explicación sino que ambas partes, tanto el empleador como el laborante, cumplan cabalmente con todas las exigencias, deberes y obligaciones a las que se han comprometido con la suscripción del contrato de trabajo. Su relación con la remuneración y la jornada de trabajo, insta primordialmente en que el empleador, a partir de su aplicación, está obligado a respetar los derechos que ambas instituciones encierra, como el pago justo, equitativo y suficiente del salario, y el respeto a la limitación de la jornada de trabajo o, en su defecto, el pago de la sobretasa legal correspondiente por las labores en sobretiempo. Cualquier conducta que se observe por contraria será, notoriamente, una afectación directa al principio de buena fe laboral por parte del empleador, que merecerá sanción.

## **1.6. Principio de igualdad y no discriminación**

Aunque ambos principios puedan parecer idénticos y muy difícil de separar o diferenciar, lo cierto es que no lo son. Se trata de dos caras de la misma moneda que, en este caso, para un estudio compendioso pero concreto se ha decidido unificar en este apartado para ofrecer un marco más coherente al respecto.

Así, se debe empezar por remarcar que la igualdad está consagrada como derecho y como principio en la Constitución Política de 1993, siendo que, respectivamente, el artículo 2° inciso 2° de la misma señala que: “Toda persona tiene derecho ... 2. A la

igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, y luego, el artículo 26° inciso 1, que: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”. Al respecto, Américo Plá Rodríguez (1978), es de la opinión que el principio de igualdad, correctamente aplicado, implica que “los seres humanos deben ser tratados en forma igualitaria, siempre que se hallen en situaciones semejantes, pero no cuando se encuentra en posiciones diferentes”, siendo “tan injusto tratar diferentemente las situaciones iguales como tratar igualmente dos situaciones dispares” (p. 411).

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, precisa que el derecho a la igualdad consta de dos facetas: una igualdad ante la ley, y la otra, la igualdad en la ley. La primera instruye que la norma debe aplicarse del mismo modo para quienes se hallen en la situación descrita o contemplada por la misma; mientras que la segunda se refiere a que, en la actividad jurisdiccional, no puede variarse arbitrariamente el criterio de resolución ante dos conflictos exactamente iguales; de ser necesario el apartamiento del precedente, este requerirá de una fundamentación razonable y suficiente. La igualdad como principio del derecho del trabajo se circunscribe, frente a lo postulado, exclusivamente en la primera, de modo que en las relaciones de trabajo la aplicabilidad de las reglas, obligaciones y normas de trabajo, así como la concesión de beneficios y oportunidades, se efectúe de forma equitativa a quienes se encuentran en situaciones idénticas, y distinta a quienes operen en circunstancias disímiles.

La no discriminación, sin embargo, se proyecta a partir del principio de igualdad, prohibiendo que en las relaciones de trabajo existan diferenciaciones de trato entre laburantes de la misma condición y funciones, por razones arbitrarias e inadmisibles. Es así que el propio Tribunal en el fundamento 7 de la citada sentencia, acotando que la igualdad no solo es un derecho sino también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, aclara que no toda desigualdad conlleva una discriminación, pues “no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales”, de manera que “la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”. Tal es así que el Convenio 111° de la OIT en el literal 2 de su artículo 1, señala que: “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.

La proscripción de la no discriminación que se consagra en el inciso 2 del artículo 2° de nuestra Constitución, entonces, se plantea como contraparte al principio de igualdad, de manera que mientras que este se convierte en una directriz de optimización de la

conducta de las partes dentro del vínculo de trabajo, el principio de no discriminación, es una regla de protección frente a la vulneración del primero, que genera la reparación del daño ocasionado con el acto discriminatorio a aquél que lo sufrió.

En el contexto del derecho a la remuneración, ambos principios desempeñan un rol importante, tanto que el artículo 1° del Convenio 100° de la OIT, estableció como regla directriz en la fijación de los salarios, la “igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, consagrando así un principio básico harto difundido en el derecho del trabajo, cual es “a trabajo de igual valor, igual remuneración”. Así, aunque inicialmente esta perspectiva de aplicación del principio de igualdad, fue únicamente establecida para la valoración del trabajo femenino frente al masculino, sus efectos se han extendido para toda situación de trabajo que pueda calificarse del mismo valor, de modo que la remuneración pagada a cambio en estos casos, tendrá que ser idéntica. Al respecto José Castro Otero (2009) señala que: “La discriminación en materia de remuneraciones tiene lugar cuando el criterio de determinación del salario no es la naturaleza del trabajo que se realiza, sino el sexo, color de piel o cualquier otro atributo personal” (p. 273). Nótese también aquí, que si bien el principio de igualdad en el caso de las remuneraciones opera como regla de optimización de las condiciones de trabajo, es el principio de no discriminación el que sanciona y prohíbe el trato desigual en la fijación del salario cuando el trabajo ejercido entre dos o más laborantes, fuera de la misma consistencia, responsabilidad y cargo; demostrándose nuevamente que ambos son, como se ha señalado, dos cara de la misma moneda. Desde luego que la vigencia de ambos principios, va más allá de una protección restringida al derecho a la remuneración, instalándose en todas las condiciones y rincones del vínculo de trabajo, incluso en la jornada máxima de trabajo.

## **2. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA REMUNERACIÓN Y LA JORNADA DE TRABAJO**

### **2.1. Definición de derecho fundamental**

Analizar este extremo, implica una referencia previa a la noción de derecho fundamental; así Luis Sánchez Marín (2014) señala que son “derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana” (p.1). Debido a esto, para este autor, los derechos fundamentales denotan cuatro caracteres propios que les diferencia del resto de derechos:

son imprescriptibles, su vigencia no está condicionada al paso del tiempo; son inalienables, esto es, que no son transferibles o enajenables; son irrenunciables, de modo que el titular del derecho no puede renunciar al derecho; y, por último, son universales, su concesión es común a todos los hombres simplemente por ostentar dicha naturaleza.

Luigi Ferrajoli (2006), desde un plano teórico-jurídico, concuerda con la definición anterior señalando que son derechos fundamentales aquellos que son concedidos a todos sea por su condición humana, ciudadana o como sujeto con capacidad de obrar; inalienables y conferidos a todos por igual. No obstante, este mismo autor aporta además, desde la perspectiva de la filosofía política, tres criterios útiles para denotar no solo qué es un derecho fundamental, sino cuáles son estos. Así, precisa como primer criterio el nexo entre derecho fundamental o derechos humanos y la paz. Serán pues derechos fundamentales todos los que estén destinados a garantizar o practicar la paz, tal como el derecho a la vida, a la integridad personal, los derechos civiles y políticos y los derechos de libertad. Como segundo criterio, fija el nexo entre derechos e igualdad, de modo que se determinen como derechos fundamentales los derechos de libertad, que garantizan la igualdad del valor entre diferentes sujetos al margen de sus rasgos personales, y los aseguren la igualdad en los derechos sociales, procurando la reducción de las desigualdades sociales y económicas. Por último, añade que deberán ser derechos fundamentales aquellos que pugnen la *ley del más débil*, protegiendo a los grupos sensibles frente al poderío de otros, incluso del propio Estado, tales como el derecho a la vida, los derechos de inmunidad y libertad, y los derechos sociales.

Por otra parte, Miguel Carbonell (2013) siguiendo la misma línea de Ferrajoli, precisa que son derechos fundamentales aquellos útiles para corregir las relaciones asimétricas que existen en la sociedad, protegiéndonos de la sumisión a los más fuertes, consagrando la *ley del más débil*; que además están referidos a intereses básicos y vitales de las personas, de ahí que sean universales, o sea, compartidos e inherentes a toda la humanidad; siendo también inoponibles frente a conceptos como el bien común, seguridad nacional, interés público o la moral ciudadana, pues se trata de derechos que no pueden ser afectados o alterados por ninguna imposición convencional y pública, que pueda referirse como superior, remarcándose así la inalienabilidad de los derechos humanos.

Bajo estas consideraciones, entonces, se puede llegar a concluir que un derecho fundamental es una prerrogativa esencial de la condición humana, propia e inherente a dicha condición, que no tiene que ser ganada, ni puede ser otorgada por ningún ente social o político; y que además, por esto, se difunde universalmente para todos, protegiendo a cada ser ante las desigualdades de poder que existen en la sociedad, amparando y

haciendo inalienables e irrenunciables, derechos vitales y esenciales, referidos a bienes básicos y comunes.

Asimismo el Tribunal Constitucional peruano, en STC 3330-2004-AA/TC, desarrollando las dimensiones subjetivas y objetivas de los derechos fundamentales ha señalado lo siguiente:

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional. (Caso Ludesminio Roja Mori, 2005)

## **2.2. El derecho fundamental a la remuneración**

Ahora bien, delimitado el concepto de lo que se entiende por un derecho fundamental desde el punto de vista de la doctrina constitucional, dado que no es la intención en este apartado profundizar en el concepto ni en la naturaleza jurídica de la remuneración, que serán cuestiones analizadas más adelante, se hará una breve descripción y desarrollo del salario exclusivamente en su dimensión de derecho fundamental, a partir de lo previsto en la Constitución Política y lo expresado por el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la misma.

Bajo este margen, entonces, se tiene que el Tribunal Constitucional en STC 4922-2007-PA/TC (Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT, 2007), ha señalado que:

La remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana.

Precisando también en la conocida STC 020-2012-PI/TC (Caso Ley de Reforma Magisterial 2, 2014), que el derecho a la remuneración es una contraprestación por los servicios del trabajador, de libre disposición, que posee carácter alimentario y que tiene prioridad de pago sobre cualquier otra obligación que el empleador pueda poseer (conforme al artículo 24° de la Constitución”. De este modo el Tribunal precisa que el contenido esencial de la misma abarca los siguientes elementos:

- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución)
- No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada
- Prioritario, en tanto su pago es preferente a las demás obligaciones del empleador, de acara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución)
- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24° de la Constitución)
- Suficiencia, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24° de la Constitución)

Así, como señala Elmer G. Arce Ortiz (2013), bajo esta perspectiva “se concibe la remuneración del trabajador como el principal medio de vida de la clase trabajadora y como herramienta de conquista de un bienestar material y espiritual” (p. 344). Se puede resumir entonces que la remuneración, de acuerdo al criterio establecido por la constitución, no es únicamente la prestación económica percibida por el trabajador a cambio de la prestación de sus servicios, sino que es medio de subsistencia familiar y personal, que permite al trabajador el acceso a recursos y necesidades básicas y vitales, como la educación, salud, pensiones, alimentación, entre otros. No puede considerarse a la ligera y flexibilizar las normas laborales en este sentido, sino que como bien establece el artículo 24° de nuestra Constitución Política, es preciso que el salario sea equitativo y suficiente.

De este modo, aunque sobre ambas características volveremos más adelante durante el desarrollo del presente marco teórico, por equidad debe entenderse la sustracción del salario a juicios de valor discriminatorios y diferenciados, que no se sustente en un criterio objetivo y razonable, prohibiéndose la afectación del derecho del

trabajador a percibir una justa retribución por sus servicios en base a criterios arbitrarios, que le coloquen en una posición de desigualdad frente a sus homólogos, pese a ejecutar servicios de igual valor, tal cual consagra además el Convenio N° 100 de la OIT, sobre el cual se hablará también más adelante.

Asimismo, en cuanto a la suficiencia de la remuneración, se persigue que el monto del salario mantenga un nivel apropiado para que el trabajador pueda acceder a los servicios básicos y sustentar su canasta personal y familiar; y es que en tanto que se entienda al salario desde su función social, no como mera prestación económica, sino como medio de subsistencia del trabajador y constructor de un status de vida, en base al cual este podrá procurar para el su familia “el bienestar material y espiritual”, es razonable y hasta necesaria la exigencia social y jurídica de que el salario se pague a razón de un sueldo mínimo o básico que le permita al trabajador alcanzar lo señalado.

### **2.3. El derecho a la jornada de trabajo**

Es preciso partir en relación a la jornada de trabajo, de lo prescrito en el artículo 25° de la Constitución Política de 1993; curiosamente colocado a continuación de la regulación constitucional de la remuneración, precisa el texto constitucional lo siguiente: “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 las horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo”. Así, nótese en primer término que el desarrollo constitucional de la jornada de trabajo se circunscribe a la fijación de un límite en la extensión de la misma, y es lógicamente, si se considera a la jornada como la medida del tiempo de la prestación del servicio, lo forzosamente necesario de regular será establecer los márgenes máximos por los que dicha duración o medida puede ocurrir en el contrato de trabajo, a fin de evitar la disposición al trabajo de una cantidad de tiempo diario o semanal que resulte harto exagerado, abusivo y por demás extenuante para el trabajador, consumiendo sus energías por más de lo necesario, y contraviniendo el derecho fundamental establecido en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución respecto de que “toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

Ante tal escenario, es lógico pues que el derecho a la jornada de trabajo este íntimamente vinculado con la obligación de que legalmente se establezca un número máximo de horas por las que el trabajador podrá ceder su trabajo a favor del patrono para obtener el pago de la remuneración, de lo contrario, merced de la libertad de contratación y de la hegemonía contractual del empleador en las relaciones de trabajo, podría ocurrir que el trabajador se vea sometido a jornadas extenuantes, de diez, once, doce o más horas, para obtener el pago del salario que necesita para suplir sus necesidades. Nótese

así que, al igual que la remuneración, se trata de bienes jurídicos sensibles que no pueden ser dejados al libre albedrío contractual de las partes, menos en una relación tan asimétrica como lo es la relación de trabajo. Resalta entonces, en este espacio, la condición de la *ley del más débil* de los derechos fundamentales, para establecer en el caso de la remuneración, un piso mínimo, y en la jornada de trabajo, un límite máximo, congruente con las luchas obreras y sindicales libradas desde inicios del siglo XIX, junto con la aparición del derecho del trabajo, cuyo objeto de reclamación fue siempre el incremento del salario y la reducción de la jornada, en virtud a la íntima relación que ambas guardan con las condiciones de vida y el desarrollo personal del ser humano individual y familiarmente.

Es así que, en esta misma línea, el Tribunal Constitucional en la STC 4635-2004-AA/TC (Caso Sindicato de Trabajadores Toquepala y Anexos, 2006), refiriéndose a la importancia del límite de la jornada de trabajo según los parámetros del artículo 25° de la Constitución, en 08 horas diarias y 48 semanales, precisa que “el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable”. Se refiere así el supremo intérprete de la constitución a que en las jornadas atípicas o acumulativas permitidas también por el mentado artículo constitucional, se respete los márgenes temporales máximos establecidos, a fin no alterar el descanso y los tiempos libres que estos persiguen. Es claro, de este modo, que el fundamento de la limitación de la jornada de trabajo reposa también en la concesión de tiempos de descanso suficientes para que el trabajador pueda desarrollarse libre y sanamente.

Al respecto Elmer G. Arce Ortiz (2013) señala que “los tiempos libres permiten la consolidación del individuo como ciudadano. No se puede concebir una democracia sin personas que vuelquen sus tiempos libres en las cuestiones cívicas” (p. 431); y de modo parecido la Corte Suprema al señalar que las partes dentro del contrato de trabajo “no pueden pactar una jornada mayor a la establecida por la Carta Magna, pero sí podrán pactar una jornada menor, toda vez que lo que se protege es el desgaste fisiológico del trabajador, el cual no puede ser compensado por ningún salario” (Casación N° 1684-2003-La Libertad, 2005). La flexibilidad que la normativa constitucional concede entonces, dentro de las relaciones de trabajo, insta en la prerrogativa del empleador a establecer jornadas irregulares de trabajo, acumulativas o atípicas, que se acomoden a sus necesidades de producción, siempre que se respeten, en promedio, el límite de las 08 horas diarias o las 48 semanales; permitiendo además que las partes puedan acordar una jornada ordinaria

de trabajo diferente a la máxima establecida legalmente, siempre que aquella fuera menor y no afecte el límite máximo previsto para proteger la salud e integridad física del trabajador.

### **3. TRATADOS Y CONTEXTO INTERNACIONAL**

#### **3.1. La posición de los tratados internacionales en la Constitución**

Haciendo una breve reseña respecto al estatus de los tratados internacionales en el derecho nacional interno, es preciso citar lo prescrito en el artículo 55° de la Constitución que establece que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y también la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma que señala lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. De este modo, es evidente el lugar que las disposiciones de los tratados internacionales ostentan dentro de nuestro sistema normativo, tal es así que Carlos Hakansson Nieto (2012) expresa la siguiente opinión: “Nos parece evidente que si los tratados sobre Derechos Humanos son fuente de interpretación..., consideramos que la jerarquía de dichos instrumentos internacionales no es distinta de la propia Constitución Peruana” (p. 237).

Es por este motivo que el Tribunal Constitucional, en STC 5854-2005-PA/TC, ha manifestado que “los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado” (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, 2005). Luego también, en los expedientes acumulados Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, que “los tratados internacionales de derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las normas con rango constitucional se encuentran los Tratados de derechos humanos” (Caso Colegio de Abogados de Arequipa, 2006).

Así, en resumen respecto a los tratados internacionales puede afirmarse tanto que forman parte de nuestro derecho interno y, por ende vinculan y se aplican a las relaciones jurídicas existentes en el territorio peruano; y que el rango normativo que poseen es constitucional, de ahí que el Tribunal Constitucional señalara, también la STC 5854-2005-PA/TC, que toda interpretación dirigida a determinar el contenido constitucionalmente

protegido de los derechos fundamentales, debe efectuarse tomando en cuenta el contenido de las “disposiciones de los tratados internacionales de Derechos Humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre Derechos Humanos a través de sus decisiones” (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, 2005); y que también el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prescriba que “el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos... debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos”; vinculándose así toda interpretación, dirección y elaboración de la normativa ordinaria interna del país a las disposiciones de los tratados internacionales.

### 3.2. La remuneración en el derecho internacional

Partiendo principalmente de las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo, en un orden cronológico, se tiene la Convención N° 95 de la OIT, en vigor desde el 24 de setiembre de 1952, que no ha sido ratificada por el Perú, pero que como instrumento informador precisa en su artículo 1° lo siguiente:

El término **salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Se establece así a la remuneración como una ventaja patrimonial y económica percibida por el laborante a cambio de la enajenación de su fuerza de trabajo para un servicio específico al patrono, constituyéndose así en un derecho suyo obtener el pago del salario, siempre que se hubiera sometido a una contratación de trabajo, subordinando sus servicios.

El Convenio N° 100 de la OIT, en vigor desde el 23 de mayo de 1953, ratificado por el Perú el 01 de febrero del 1960, señala en su artículo 1° que la remuneración “comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último” y que “la expresión **igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor** designa las

tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”; exigiendo además en su artículo 2° que todo estado miembro deberá “garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Desde luego que la intención del texto legislativo internacional no es proscribir toda clase de diferencia remunerativa, sino únicamente las que resultaran arbitrarias e injustas, sustentadas en motivos subjetivos y contrarios a la dignidad del hombre; de ahí que en el artículo 3° inciso 3 del mentado convenio se precise que: “las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Se consagra así la protección a la equidad de la remuneración, proscribiendo las diferencias remunerativas basadas en la vulneración del principio de igualdad y no discriminación del derecho del trabajo, que además no solo afectarían al trabajador en un término de evidente injusticia, pues si el trabajo ejecutado por este es del mismo valor que un compañero, no existe motivo razonable para que el trato salario fuera disímil, sino también frente a la igualdad como derecho fundamental y universal de todo ser humano, de acuerdo a lo prescrito el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que señala que: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Bajo este criterio, se puede inferir que la prohibición de la discriminación remunerativa e igualdad que consagra el Convenio N° 100, no solo debe ceñirse al aspecto del género, sino a todo aquel que pueda computarse como subjetivo y arbitrario, contrario a la dignidad del hombre, de forma que la regla genérica sea que “trabajo de igual valor, igual salario”.

De otro lado, el Convenio N° 131 de la Organización Internacional del Trabajo, en vigor desde el 29 de abril de 1972, que no ha sido ratificado por el Perú, en relación a la fijación de los salarios mínimos, inicia en su artículo 1°, por obligar a todo miembro que ratifique su contenido a “establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema”; estableciendo, en su artículo 2°, que “los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza”. Lo más interesante es la propuesta que el mentado Convenio realiza respecto a las variables que tendrían que considerarse para la determinación del nivel del salario mínimo, las cuales son:

- (a) Las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales;
- (b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

En otro ámbito, el Convenio N° 173 de la OIT, en vigor desde el 08 de junio de 1995, que tampoco ha sido ratificado por el Perú, trata lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, tema que se desprende del reconocido carácter prioritario del pago del salario, el mismo que a su vez se desprende del carácter alimentario que este posee, como medio de subsistencia y acceso de la persona a sus necesidades esenciales y básicas. Así, en este convenio se establecen dos formas o mecanismos de protección: por un lado, la protección del crédito laboral por medio de un privilegio; y por el otro, a través de la institución de una garantía cuando el pago no pudiera ser efectuado por el empleador producto de la insolvencia en la que se encuentra. Resulta bastante interesante que el gobierno peruano no se haya decidido por ratificar este último convenio, cuando la priorización de los adeudos laborales, y del salario, es un principio que además de ser reconocido por el artículo 24° de la Constitución, se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 856, que establece los mecanismos de predilección y protección del cobro de los créditos laborales.

De cualquier forma, no se deber perder de vista que, en estricto, la regulación internacional de la remuneración de acuerdo a la OIT, insta principalmente en proteger la remuneración de acuerdo a cada uno de los caracteres que le componen y que, para el caso de la legislación peruana, ya han sido reconocidos como hemos visto, en el artículo 24° de la Constitución. Nos referimos al carácter equitativo, suficiente (relacionado con la fijación de un salario mínimo), y prioritario del salario, desarrollado además como se ha citado en los apartados anteriores, como parte del contenido esencial de la remuneración como derecho fundamental.

### **3.3. La jornada de trabajo en el derecho internacional**

En este asunto, resalta el tan famoso Convenio N° 01 de la OIT, generado en 1919 a partir de la Convención de Washington en la misma fecha, luego de que, en el ambiente de post guerra, los países involucrados hubieran firmado el Tratado de Versalles, con el fin de unir y brindar la paz a las naciones. El contexto del mencionado convenio estuvo

constituido, como más adelante se desarrollará en la parte pertinente a la jornada de trabajo, no solo por la sensibilidad mundial después de la atrocidad de la guerra, sino por la sensación de agradecer a los soldados que, luego del conflicto, tendrían que reincorporarse como masa laborante a la sociedad, e incluso, por la aspiración de dar fin, o mejor dicho, inicio a una de las prerrogativas más luchadas por el conjunto obrero desde el inicio de la Revolución Industrial, por lo que no es extraño que el primer acuerdo oficial de la recién creada Organización Internacional del Trabajo, fuera justamente sobre la limitación de la jornada de trabajo.

Así, teniendo en cuenta que, como ya antes se ha señalado, desarrollar la jornada de trabajo como derecho fundamental, es referirse ineludiblemente a su limitación, se observa que el artículo 2° del Convenio N° 01, precisa: “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, salvo las excepciones previstas a continuación”. Se establece así como regla internacional que la duración de la jornada de trabajo habrá de ser de ocho horas por día y cuarenta y ocho semanales. El texto aquí, como se observa, es bastante rígido, la terminología “y” hace inferir que la jornada tendría que sumar ambos parámetros en estricto, cerrando la posibilidad al establecimiento de jornadas acumulativas a irregulares que, pese a su distribución especial, guarden el promedio de las ocho horas diarias o de las cuarenta y ocho semanales. No obstante, basta revisar el literal c del artículo 2° para llegar a la conclusión contraria, pues este consagra lo siguiente: “cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá 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 un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana”, y luego el literal 2 del artículo 5° que señala que: “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”. La legislación internacional, como se observa, si ha sido flexible en este punto, permitiendo las alteraciones de la jornada siempre que el baremo medio sea el límite de las 08 horas diarias o las 48 semanales.

Esto, sin embargo, no pone un punto final al amplio contexto de la jornada de trabajo, y es que delimitada la misma, surge el inconveniente de saber cuáles son las horas que en ella deben contabilizarse, es decir, cómo se mide la jornada. Es por esto que surgió en 1930 el Convenio N° 30 de la OIT, en vigor desde el 29 de agosto de 1933, que no ha sido ratificado, en Sudamérica, por Venezuela, Perú y Brasil, y en cuyo artículo 2° se

precisa que “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”. De tal forma, se fija a la jornada de trabajo como el tiempo en el cual el trabajador dispone su fuerza de trabajo al empleador, excluyendo del cómputo de esta a todo periodo de tiempo por el que no exista tal disposición, siendo el trabajador autónomo y libre de las labores o actividades efectuadas durante el mismo. Este criterio, es mucho más acorde con el elemento de subordinación del contrato de trabajo, ya que fija como jornada todo el tiempo de vida por el cual el laborante se somete a las órdenes del empleador, o sea, dispone su tiempo para la realización de las labores, independientemente de que el patrono las utilice efectivamente o no.

Extremo interesante también de este convenio, que por cierto extendió el límite de las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales a los establecimientos comerciales, es el artículo 4° del mismo, según el cual: “Las horas de trabajo por semana previstas en el artículo 3 podrán ser distribuidas de suerte que el trabajo de cada día no exceda de diez horas.”. Se nota aquí nuevamente la flexibilización de la jornada de trabajo a la que nos referimos al citar al Convenio N° 01, estableciéndose la posibilidad de organizar el tiempo de trabajo de diferentes formas, siempre que se guarde en promedio los límites generales. A partir de lo observado, entonces, puede concluirse que el Convenio N° 30, estuvo motivado en gran medida, por el fin de aclarar, interpretar o explicar los espacios grises que se descubrieron con el Convenio N° 01 en 1919.

Asimismo, resulta importante también citar el Convenio N° 175 de la OIT, relativo al trabajo por tiempo parcial, en el cuyo se precisa, artículo 1°, lo siguiente:

(a) la expresión **trabajador a tiempo parcial** designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable;

(b) la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia en el apartado a) puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado;

Se prevé así un régimen especial para incluir a aquellos trabajadores cuya necesidad de labores no es equivalente a jornada ordinaria de la empresa, sino que el esfuerzo de trabajo que se necesita de ellos es menor, excusándose en ello que límite de la jornada, así como del salario, también lo sean. La razón por la que el gobierno peruano

hasta la actualidad no ha decidido ratificar este convenio, pese a que en nuestra normativa interna existe una regulación de la labor a tiempo parcial, insta probablemente en los derechos que el artículo 7° del Convenio otorga al trabajador parcial, y que no concuerdan del todo con los que son fijados por nuestra legislación interna a favor de ellos. Así el texto del mencionado articulado es el siguiente:

Deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, en las siguientes esferas:

- a) Protección de la maternidad;
- b) Terminación de la relación de trabajo;
- c) Vacaciones anuales pagadas y días feriados pagados; y
- d) Licencia de enfermedad,

En el entendido de que las prestaciones económicas pecuniarias podrán determinarse proporcionalmente a la duración del tiempo de trabajo o a los ingresos.

Nótese entonces que el nivel de protección de los derechos del trabajador parcial, sobre todo en cuanto a la estabilidad al trabajo y el descanso vacacional, es superior al que se establece en nuestra legislación, según la cual los trabajadores a tiempo parcial no tienen acceso ni a la estabilidad de trabajo, ni al descanso vacacional; derechos que solo son concedidos a los trabajadores a tiempo completo.

Por último, merece mención también el Convenio N° 47 de la OIT, en vigor desde el 23 de junio de 1957, no ratificado por el Perú, que consagra el principio de las 40 horas de trabajo. El texto de su primer articulado es el siguiente:

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se declara en favor:

- (a) del principio de la semana de cuarenta horas, aplicado en forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores;

(b) de la adopción o del fomento de las medidas que se consideren apropiadas para lograr esta finalidad, y se obliga a aplicar este principio a las diversas clases de empleos, de conformidad con las disposiciones de detalle que prescriban otros convenios ratificados por dicho Miembro.

Su importancia radica en la evolución de limitación de la jornada de trabajo que demuestra, de las 48 horas semanales consagradas en el Convenio N° 01 de 1919, como primer acto oficial de la Organización Internacional de Trabajo, a una jornada de margen inferior. Desde luego que la conquista de este nuevo parámetro fue ardua entre 1919 hasta el mediados del siglo XX, dadas las resistencias del grupo empresarial, temeroso de que con tal reducción se afectara las posibilidades de competencia comercial, más por la posibilidad de que los estados poderosos y en desarrollo de aquella época, en especial de Europa occidental y central, decidiera no ratificar el contenido del Convenio. Y de hecho así fue, este temor razonado primordialmente en el contexto de la postguerra del segundo conflicto mundial armado recientemente concluido, llevo a que aún hasta la actualidad, ninguna de las naciones de Europa central ratificaran el discutido Convenio; nos referimos a España, Italia, Francia, Alemania, y demás vecinos. Este es, por eso, uno de los convenios con menor número de ratificaciones, solo 15. Sin embargo, desde nuestro particular punto de vista, se trata de una legislativa conquistadora y cimentada en los principios que inspiran el derecho del trabajo y asimismo sustentan la limitación y reducción de la jornada de trabajo; de ahí que, a pesar de su no ratificación, países como España y Francia, le hayan considerado dentro de su legislación interna, más este último que extendiéndose más allá con la Ley Aubry de 1998, redujo la jornada de trabajo a 35 horas semanales.

## **CAPITULO 2: LA REMUNERACIÓN**

Aunque el objeto de la investigación en torno a esta institución jurídica es únicamente el estudio de las modalidades o formas de su pago en las relaciones de trabajo, como hemos señalado en el introductorio, el análisis de la institución en márgenes más amplios, o si se quiere genéricos, es necesario no solo para seguir un orden narrativo y analítico que vaya de lo general a lo particular, sino porque aporta en gran medida para lograr ubicarnos en el centro de lo que nos interesa sin perder de vista detalles importantes que la reducción a lo específico suele obviar, comprendiendo que para entender el meollo del asunto en todo estudio jurídico, es imprescindible conocer mínimamente, primero, las bases sobre las que este se desarrolla, sin llegar a un estudio de amplitud tediosa y circundante. Así, solo se tratarán aspectos básicos y generales de la remuneración, con la profundidad y extensión suficientes para ubicarnos en la materia.

### **1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA**

Hemos convenido por necesario iniciar a explicar este elemento del contrato de trabajo y, más bien, institución jurídica del derecho laboral, a partir de la comprensión de su significado; y aunque ello, involucra inexorablemente referirse al mismo tiempo a la naturaleza jurídica del mismo, y viceversa, se intentará analizarle como cuestión disímil a esta, dejando en claro desde ya que la determinación de la naturaleza jurídica de la remuneración –como de cualquier otra institución del derecho– decantará el concepto o significado que a ésta tendrá que dársele. No obstante, consideramos útil ubicar primero el desarrollo teórico del contenido conceptual, para luego con un poco más de holgura adentrarnos a la espesa conjetura sobre su naturaleza, con un poco más de conocimiento y preparación.

Así, Néstor De Buen L. (1985) criticando el concepto que el artículo 82° de la Ley Federal del Trabajo de Mexico, vigente desde 1970, ofrece respecto al salario o remuneración, precisa que el salario no siempre debe entenderse como la obligación que asume el empleador frente al trabajador por su trabajo, pues existen situaciones en las que el deber de su pago no es correlativo a la prestación de éste último, de lo cual solo puede deducirse, a lo más, que siempre que existe el servicio en el contexto de una relación de trabajo, habrá la obligación del empleador de retribuirla; es decir, que la remuneración no es determinadamente la *contraprestación* al trabajo, sino más bien una obligación derivada

de la relación de trabajo misma, sin perjuicio de admitir que en determinadas ocasiones ésta no siempre implica el pago del salario, lo que refleja su condición de obligación principal antes que esencial en la vinculación laboral.

Para el también autor mexicano Mario de la Cueva (1980) el salario es “la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa” (p. 297). Nótese que en este caso, reafirmando la *contraprestatividad* de la remuneración, se le considera a diferencia del autor anterior, más bien solo como retributiva al trabajo, incidiendo en el fin social que debe cumplir como medio de subsistencia y manutención del sujeto que enajena su fuerza de trabajo y del entorno familiar que tiene a cargo, procurándole no solo la satisfacción de necesidades básicas, sino, principalmente, la obtención de una calidad de vida decorosa, digna, llámese adecuada.

Así, aunque no es el propósito esencial en este apartado, la definición dada ofrece, además de la contraprestatividad, otra característica esencial de la remuneración: su suficiencia. Se refleja en este extremo el ánimo protector del derecho del trabajo que persigue otorgar al trabajador no solo el derecho a percibir el pago de sus servicios, sino a que dicho pago sea *suficiente* para concederle una vida grata, que cubra tanto las necesidades primarias de la canasta familiar, como los demás gastos esenciales de la vida diaria, sin llegar a la opulencia o al lujo. Como expresión del principio protector del derecho del trabajo entonces, esta característica será a la vez una condición insoslayable en la negociación del contrato de trabajo. El empleador en ningún caso podrá pactar ni ofrecer el pago de la remuneración por debajo del mínimo suficiente considerado por ley, pues atendería contra la subsistencia misma del trabajador, así como de su familia. Ahora, esto no significa, como señala Mónica Díaz (2006) que las obligaciones del vínculo de trabajo o, en estricto, la obligación del pago de la remuneración en un mínimo legal, tenga por fuente la norma que le prescribe, pues en todos los casos la fuente de las obligaciones de la relación de trabajo es el contrato mismo; lo que sucede es que “por efecto del principio protector, la norma (autónoma o heterónoma) impone a ambos contratantes el contenido básico del contrato de trabajo” (p. 29).

Retornando a la conceptualización de la remuneración o salario, para el autor dominicano Lupo Hernández Rueda (1985), ésta sería toda retribución percibida por el trabajador a cambio de la disposición de su trabajo, es decir, de la enajenación de sus servicios en relación a una actividad determinada. En el mismo sentido, Manuel Alonso García (1973) inicia su teoría del salario precisando que por éste debe entenderse la “atribución patrimonial, fijada legal o convencionalmente, o por vía mixta, que, como

contraprestación nacida a la relación laboral, el empresario debe al trabajador en reciprocidad del trabajo realizado por éste” (p. 498); no obstante, aunque este autor parece reconocerle como condición *contraprestativa* a la prestación del trabajo, o sea, como intercambio a la enajenación de ésta última, insiste casi en la misma línea que el primer autor mexicano citado anteriormente, que no se trata de un “precio de venta” gravado sobre la fuerza de trabajo del subordinado, sino que su origen deriva de la relación de trabajo, es decir, que su causa se deriva de ser uno de los elementos de la vinculación que se genera de la correlación entre los servicios prestados y la retribución que por ellos se establece. De este modo, partiendo de que la retribución “antes que contraprestación u obligación es elemento esencial de la relación de trabajo, sin el cual ésta no se da” (p. 504), se deriva el carácter *contraprestativo* de la misma y el que ella logre configurarse como una obligación del empleador, pasible de ser exigida por parte del trabajador en caso de incumplimiento. Manuel Palomeque López y Álvarez de la Rosa (1997), en contrario a la naturaleza jurídica que el autor anterior le otorga al salario, precisa que el abono de éste y la prestación del trabajo son obligaciones recíprocas de carácter sinalagmático, esto es, originadas la una en la otra; solo habrá retribución si hay trabajo.

Por otra parte, el autor nacional Toyama Miyagusuku (2015) señala que será remuneración todo lo que el trabajador perciba a cambio de los servicios que presta, ya sea en dinero o en especie, incluyendo los conceptos o las sumas que se perciben con ocasión del trabajo. Esta última definición se inserta dentro del contexto normativo que establece el artículo 6° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, sobre la remuneración definiéndola como “el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición”. De este modo, como precisa también el autor nacional Elmer G. Arce Ortiz (2013), dentro de nuestro sistema normativo laboral, se habría optado por una noción meramente contractual de la remuneración, determinándola como intercambio directo a la prestación efectiva de servicios del laborante.

Con lo señalado hasta el momento, se puede notar que el problema de la conceptualización de la remuneración insta, por un lado, en la determinación de su carácter contraprestativo y, por el otro, en cuál es la prestación a cambio de la cual aquella justamente se contrapresta. De modo que, como señalábamos inicialmente, llegar a concluir este aspecto significa primero tener en claro la naturaleza jurídica de la remuneración, sería negligente aventurarse por elegir alguna de las definiciones presentadas precedentemente sin considerar antes el problema que cada una plantea, otorgándole a la institución un sentido equivocado que pueda, probablemente, limitar el

desarrollo teórico que en este apartado se desea presentar para la fines de nuestra investigación. Ahora, al margen de los inconvenientes descritos, es claro que en ninguna de las descripciones que efectuadas por la doctrina que a grandes rasgos ha sido aludida, existe controversia respecto al hecho patrimonial ni social del salario, admitiéndose que éste implica siempre un incremento del peculio del trabajador que cede su fuerza de trabajo al empleador, una ventaja patrimonial que tiene por objeto procurarle los medios económicos suficientes para alcanzar, como señala el artículo 24° de nuestra Constitución Política, el bienestar material y espiritual de él y su familia.

Virando, entonces, a la solución de las problemáticas manifestadas, sobre la noción contraprestativa de la remuneración, sin ánimo de abarcar un estudio profundo y detallista sobre el tema que, se insiste, no es el objeto de la presente investigación, bastará con descartar que el salario pueda definirse como mera obligación del empleador derivada de la relación de trabajo, no solo por el insuficiente sustento de dicha referencia que, de acuerdo a lo precitado, parece basarse más en el miedo o el peligro de que se comprenda al salario como contraprestación al trabajo pese a que, en determinadas ocasiones, aquel es pagado aún sin que éste último exista, más que en una respuesta suficiente a su naturaleza, sin considerar que con ello se soslaya la condición contractual de la vinculación de trabajo que, notoriamente, connota las prestaciones que en tienen lugar bajo su halo contractual y principalmente contraprestativo, tal como la mayor parte de la doctrina acuerda.

En este sentido, es preciso remarcar lo que se entiende cuando nos referimos al carácter contraprestivo de la remuneración, o sea, a la contraprestatividad en el contrato de trabajo. Así, Mónica Pizarro Diaz (2006) es de la idea de que ésta no debe entenderse como la existencia de una relación sinalagmática o causal entre la remuneración y el trabajo, sino de un vínculo de reciprocidad entre ellos. No podrá comprenderse al salario, por ende, como la prestación otorgada al trabajador *a causa* de la enajenación de su trabajo, ni en contrario, que la prestación de éste último es consecuente con el pago del primero, pues la causa de cada una de ellas no se origina en el cumplimiento de la otra, no soy interdependientes. Esto tiene que ver con la aplicación de la *teoría unitaria* de la causa del contrato que descarta la existencia de causas fragmentadas en cada una de las prestaciones que componen el negocio jurídico, para situar la única causa del mismo en el intercambio o conexión que hay en estas (Roppo, 2009). De este modo, en el contexto de la relación de trabajo, la causa de cada una las prestaciones de las que hablamos, será el intercambio entre el trabajo subordinado y retribución, la misma que es, a su vez, la causa del contrato de trabajo en sí mismo. La contraprestatividad, entonces, no debe asumirse como la relación de causalidad entre las prestaciones, haciéndolas sinalagmáticas; sino

más bien como la reciprocidad entre ellas, esto es, como una interconexión paralela entre las prestaciones que produce, en palabras de De la Puente y Lavalle (2001) citado por Mónica Pizarro (Pizarro Díaz, 2006, pág. 30), que “el cumplimiento de una de ellas determine necesariamente el cumplimiento de la otra”. Se tratará, pues, de prestaciones unidas o vinculadas en su producción, mas no bajo una relación de mutua causalidad.

Teniendo más claro este concepto dentro de nuestro análisis, podemos proceder a inferir que la remuneración no se genera, o sea, se *causa* en el trabajo, pues de otro modo no tendría sentido lógico que se admita, es más que se exija o se obligue a su pago en situaciones en las que este último no existe, produciéndose su pago sin que su *causa* tuviera lugar u ocasión. Conviene ser claros, por ende, en que la causa del salario será la causa del contrato de trabajo mismo a la que ya nos referimos en el párrafo precedente, lo que nos impulsa a superar el peligro advertido por Néstor Del Buen en la cita introductoria, sin que se altere o sacrifique la naturaleza contractual de la remuneración; desde luego que ello no es del todo satisfactorio dado que aun con el comprendido carácter recíproco de las prestaciones del contrato de trabajo, no se erradica la incertidumbre de su pago cuando no se presta o dispone trabajo alguno, pues aunque hayamos descartado la causalidad entre las prestaciones, su reciprocidad exige una justificación a que el cumplimiento de una de ellas, en determinadas situaciones, no se desarrolle por el cumplimiento de la otra.

Hacia tal objetivo, que es el segundo problema en la conceptualización de la remuneración y de su naturaleza jurídica, es preciso remitirse nuevamente a lo establecido en el artículo 6° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo texto ya se citó, así como a la referencia doctrinaria de los dos autores peruanos precitados anteriormente, con el fin de observar que dentro de nuestro sistema normativo, tal cual harta sección de la doctrina coincide, se asume a la remuneración como la percepción económica recibida por el trabajador *a cambio de la prestación de sus servicios*, tal como ha precisado también la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en la Casación Nro. 1793-2000-Lima del 22 de enero del 2001, y en otra ocasión el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente Nro. 04922-2007-PA/TC (Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT, 2007), donde señaló textualmente que la remuneración es la “retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador”.

Para nuestro sistema entonces, será la prestación del trabajo efectivo la que determine la contraprestación del salario al trabajador. No obstante, esto no explica suficientemente lo que sucede en las situaciones ya mencionadas en las que no existe trabajo efectivo pero sí obligación del pago de la remuneración, sea por motivos imputables

al empleador o por disposición legal. La respuesta inmediata de quienes defienden esta forma de conceptualización de la remuneración, es que tales supuestos son expresiones originadas bien por mandato imperativo de la ley o por el carácter proteccionista del Derecho del Trabajo a la débil posición contractual del trabajador. Al respecto, nos parece más acertada la posición desarrollada por Mónica Pizarro Díaz (2006) que incide en que la remuneración es contraprestativa a la disposición de la fuerza de trabajo, entendida no en una medida delimitada y concreta sino global y genérica a la función realizada por el trabajador durante todo el periodo de vinculación del contrato de trabajo, e incluso comprensiva de todos los supuestos en los que el trabajador por motivos imprevisibles no podrá prestar servicios; en sus propios términos “la remuneración es la ventaja patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación global o genérica, principalmente conmutativa, pero con rasgos aleatorios, a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo” (p. 51).

Así, se supera la dificultad que representa la definición de que la remuneración es solo contraprestativa a la prestación efectiva de trabajo, cuando subsiste la obligación del pago del salario frente a la inexistencia de ésta última (como en los descansos remunerados, permisos concedidos por el empleador, despido nulo, entre otros), comprendiendo que su cancelación, en realidad, es contraprestativa a la enajenación de la disposición de la fuerza de trabajo que el laburante cede al empresario durante toda la vinculación suscrita, la cual debido a los rasgos aleatorios del contrato de trabajo, bien podrá suspenderse durante determinados espacios imprevisibles por ambas partes en la celebración del mismo pero que, en ningún modo, desaparecen la obligación del empleador a pagar el salario (como los subsidios por enfermedad). Hasta aquí entonces queda resuelto el aspecto referente a la conceptualización de la remuneración y su naturaleza jurídica, que posteriormente durante el desarrollo subsecuente del marco teórico de la presente investigación, nos será útil para llegar a definir las demás variables de estudio, permitiendo un mejor análisis de cada una de ellas.

## **2. CLASIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS**

El estudio de la remuneración como institución jurídica del derecho del trabajo que nos hemos propuesto al inicio, impele a que, sin ánimo de desembocar en un desarrollo harto tedioso y extenso del mismo (que, se itera, no es objeto de la presente) tengamos que referirnos brevemente, primero a las singularidades propias de la remuneración, a sus características y, sucesivamente, a su clasificación. Para lo primero partiremos de los esquemas formulados separadamente por los autores mexicanos Euquerio Guerrero (1973) y Néstor Del Buen (1985), y por el autor nacional Toyama Miyagusuku (2015), así

como del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 020-2012-PI/TC (Caso Ley de Reforma Magisterial 2, 2014), comentado por éste último.

## 2.1. Características

De este modo, entre otros caracteres, se le atribuye a la remuneración las siguientes:

- a) **Tiene un valor económico.** Ésta característica deviene de la onerosidad del contrato de trabajo, pues en tanto éste tenga por causa el intercambio entre ventajas y sacrificios jurídicos, es decir mientras implique la cesión o asunción de derechos y obligaciones a condición de la obtención o adquisición de otros, las prestaciones involucradas en la negociación tendrán inexorablemente un valor económico y comercial apreciable entre las partes. Así, sea que el salario se pague en dinero en especie, será susceptible de valorización pecuniaria, de otro modo, no podría hablarse de la existencia de una remuneración como tal ni de una relación de trabajo si quiera, porque la enajenación de la fuerza de trabajo no se habrá rendido a la obtención de un beneficio, perdiendo onerosidad el vínculo y escapando, por ende, del contexto contractual y eminentemente patrimonial que queda claro posee el contrato de trabajo.
- b) **Es determinado o determinable.** Para Néstor del Buen (1985), esto significa “que el trabajador debe saber de antemano a qué tiene derecho por la prestación del servicio convenido”. Desde luego que, dependiendo de las formas de cálculo de la remuneración (unidad de obra y unidad de producción) sobre las cuales ahondaremos más adelante, la condición de esta característica se altera, pues mientras pueden existir contratos de trabajo donde el salario es estable, fijo y constante por toda la duración de tiempo que el vínculo contemple, habrán otros donde aquél se determine en razón a condiciones futuras pero previsibles, como por ejemplo, la cantidad de resultados, ventas o créditos producidos por el trabajador en determinado tiempo de trabajo. En cualquiera de los dos casos, sin embargo, la remuneración es bien determinada o determinable; jamás podrá hacerse depender de una condición imprevisible o de difícil ocurrencia, pues ello afectaría, como anota el autor mexicano, el derecho del trabajador a conocer a cambio de qué está subordinando su fuerza de trabajo.
- c) **Tiene carácter alimentario.** El artículo 24° de nuestra Constitución Política establece que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”, es claro a partir de este texto constitucional que el salario cumple un rol social, cual es la manutención económica del propio trabajador, y de la carga familiar que este

ostenta; así aquél cede su fuerza de trabajo a cambio de obtener los medios económicos necesarios para satisfacer sus necesidades personales y humanas básicas, como alimentación, salud, vestimenta, recreación entre otros.

- d) Debe ser suficiente y dignificadora.** Partiendo de la característica anterior, y del mismo texto constitucional citado, se concluye que la remuneración, en tanto es medio de subsistencia para los trabajadores, deberá ser *suficiente* para que aquellos logren cubrir justamente sus necesidades alimentarias básicas, tanto personales como familiares, llegando así a obtener el bienestar material y espiritual que se pretende. El salario, entonces, será el constructor de la calidad de vida a la que el trabajador tenga acceso; si su pago fuera mínimo e injusto a los gastos de vida estándar y promedio de cualquier sujeto en el mercado, se atentaría contra su propia subsistencia y dignidad. La suficiencia en este sentido, goza de una connotación general y común, definirla para cada situación e interés individual conllevaría, notablemente, serias complicaciones que incluso podría afectar otros derechos y caracteres propios de la remuneración, como la equidad. No debe plantearse la suficiencia de la remuneración, entonces, según la singular necesidad de cada laborante, pero sí en base a un estándar horizontal ordinario a toda situación humana y social en el medio, que pretenda cubrir mínimamente las necesidades esenciales de la persona y su familia.

Esto, desde luego, responderá a criterios de política estatal y económica de cada comunidad, nación o país, como en el caso peruano sucede el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, del 31 de marzo del 2016, que incrementó recientemente el ingreso mínimo vital de S/. 750.00 soles a S/. 850.00 soles. Nótese así que, tal cual ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 020-2012-PI/TC (Caso Ley de Reforma Magisterial 2, 2014), ésta carácter de la remuneración, *su suficiencia*, es parte del *contenido esencial* del derecho a la remuneración, al extremo que actúa como norma directriz (principio) en la legislación de la política remunerativa y laboral interna en nuestro ordenamiento.

- e) Su pago es prioritario.** Éste rasgo del salario deriva también del artículo 24° de la Constitución Política, que establece que: “El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador”; la cancelación del salario entonces, es preferente en relación a los demás créditos que el empleador como sujeto de derecho mantenga respecto a otros acreedores; esto como habrá de notarse, deriva al igual que la ya analizada suficiencia de la remuneración, del trasfondo social de esta prestación, del carácter alimentario que el derecho le reconoce y que, por evitar una situación de peligro en la subsistencia y el bienestar material de la persona, influye a que su pago se exija

como crédito de primer orden; de ahí que además del texto constitucional precitado, el legislador nacional haya expedido el Decreto Legislativo N° 856 para la protección de los créditos laborales a través del denominado “derecho a la persecutoriedad” de los mismos, que permite el rastreo y confiscación de los bienes del empleador en el mercado para que el trabajador pueda satisfacer su acreencia de trabajo, siempre que en el traslado de los bienes y en el contexto del trabajo concurren las causales del artículo 3° y 4° de dicho texto legislativo.

f) **Debe ser equitativa.** Aquí conviene remitirnos primero al Convenio 100 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre la igualdad de la remuneración, ratificado por el Perú el 01 de febrero de 1960, que por vez primera ante la comunidad internacional estableció la necesidad de igual los valores remunerativos del trabajo efectuado tanto por hombres y mujeres; y hacia la misma dirección el inciso 1 del artículo 26° y el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política que, en la misma línea de protección que la OIT, proscriben la discriminación en cualquier modo, ámbito y forma. En este carácter de la remuneración se inserta el principio de igualdad y no discriminación del derecho sustantivo del trabajo, que precisamente pugna, en sentido negativo, que en las condiciones del trabajo, ya sea de acceso o de su desarrollo, no existan diferencias injustificadas por demás caprichosas en cuestiones subjetivas como la raza, la religión, sexo u otras; y, en un sentido positivo, que las condiciones y el ambiente de trabajo sea equitativo entre los iguales y desigual entre los desiguales (principio de igualdad).

Así, lo que se establece es que entre situaciones de trabajo de símil valoración, o sea, de igual esfuerzo, responsabilidades, conocimiento técnico, experiencia profesional y otros rasgos propios a la función del trabajo, la retribución salarial sea la misma. Por supuesto que en un mismo rango de trabajo, puede ocurrir que uno de los trabajadores posea mejores cualidades de desempeño que el empleador desee premiar incrementando su remuneración, o sea, efectuando una distinción que no es acorde con el principio de igualdad ni la equidad salarial que venimos comentando. Ello, sin embargo, en ninguno modo implicaría la trasgresión del *trabajo de igual valor* si es que, primero, se fundamenta en criterios objetivos de real y posible comprobación, y segundo, si es que se trata de una singularidad en el medio de trabajo, de modo que dentro del cúmulo de trabajadores sujetos a un mismo puesto, la distinción se efectúe a un porcentaje mínimo de ellos o si es posible, solo a uno, ante lo cual no sería posible de acuerdo a Américo Plá Rodríguez (1978), que se profese la vulneración al principio de no discriminación, pues este no existe para equiparar a la generalidad a la minoría, sino al contrario. En cualquier caso, nos parece más exitoso que en un situación como la descrita, el

empleador opte por conceder las ventajas que desea en un rubro remunerativo distinto al salario básico, sustentándole en una condición más ocasional que directa a la disposición efectiva de trabajo, como bien podría ser un bono por desempeño, por experiencia u otro factor que fuera el objeto del premio.

**g) Es intangible.** Este rasgo al igual que los anteriores es bastante conexo al carácter alimentario como fundamento social de la remuneración, consiste en la indisponibilidad de la remuneración, salvo por consentimiento expreso del acreedor de la misma, o sea, del trabajador, o por causa justificada y motivada. Resulta lógico, pues, que si la remuneración es el medio de subsistencia principal del trabajador subordinado, es decir, la condición que determina la calidad de su bienestar material y espiritual, resulte necesario fijar determinados límites y bayas a su afectación, máxime si en el contexto del contrato de trabajo, el empleador que es deudor de la misma, puede utilizar su posición contractual superior para afectar el salario de sus dependientes, aprovechándose de su condición de patrono para vulnerar su acreencia. La intangibilidad, de este modo, es una reflejo del carácter tuitivo y protector del Derecho del Trabajo, reconocedora de las diferencias intrínsecas en los poderes de las partes que intervienen en la relación laboral, y que pugna, por ello, la proscripción de la alteración o vulneración del salario del trabajador, salvo que exista consentimiento o justificación razonable para ello, de ahí que el literal b) del artículo 30° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), condene como un acto de hostilidad equiparable al despido, la reducción *inmotivada* de la remuneración.

## 2.2. Clasificación

Descrito el panorama que circunda las características de la remuneración, es importante y hasta imprescindible referirnos a su clasificación; y aunque dicha labor admita distintos criterios, de acuerdo a la fuente doctrinaria que se siga, en este marco de estudio se utilizará principalmente la clasificación propuesta por Néstor Del Buen (1985) y Manuel Alonso García (1973). Conviene advertir que la referencia a autores extranjeros y de antigua data se debe a que dentro de la doctrina nacional, así como de la más contemporánea revisada, si bien las clasificaciones de esta institución jurídica son analizadas detalladamente, no se ha encontrado un criterio organizador tan ordenado y puntual como el que realizado por los autores citados, de modo que la referencia a ellos se debe más a un estilo de forma que al estudio del fondo que, como se desarrollará en lo sucesivo, ha sido tratado con gran acierto y profundidad al margen del época de producción del estudio.

Así, siguiendo los modelos señalados, y de la revisión doctrinaria efectuada, bastará en este estudio somero de la remuneración anotar cinco clasificaciones: a) por su naturaleza, que puede ser en efectivo, en especie o mixta; b) por su ubicación en la estructura salarial, según la cual puede ser básica o complementaria; c) por los factores que la integran, en la que puede ser ordinaria, computable o integral; d) por la regularidad del pago, en la que bien sería fija, variable o periódica; y e) por su fórmula de cálculo, la que le subdivide en unidad de producción, unidad de obra o mixta.

## **2.2.1. Por su naturaleza**

### **2.2.1.1. En efectivo**

Al señalar que una de las características esenciales de la remuneración es la susceptibilidad de su valoración económica, es natural que, primordialmente, se piense en su equivalente monetario; de modo que ésta será aquel salario contraprestativo a la disposición de la fuerza de trabajo del subordinado, que se cancele en dinero o en metálico. En nuestro ordenamiento no existe condición alguna a que el pago en efectivo deba realizarse siempre en la moneda en curso; así mientras que su circulación en el medio sea la suficiente para no perder valor patrimonial, no habrá objeción alguna respecto a la moneda en que se pague; en nada cambiará, pues, si la remuneración es otorgada en soles (moneda nacional), en dólares o en euros (monedas extranjeras), porque al estado cambiario del dinero, estas tres denominaciones poseen valor en el mercado. Lo mismo no ocurriría, sin embargo, si la remuneración se pagara en un valor monetario que bien está fuera de circulación, piénsese en los intis o soles de oro, o bien pertenece a un espacio económico distinto al lugar donde se realiza el trabajo, por ejemplo, en el marco del territorio nacional, los pesos argentinos o reales brasileños. En este último caso, aunque la remuneración no deja de ser clasificable como suma líquida en efectivo, el problema se plantearía en su patrimonialidad y, por ende, también en las condiciones de manutención y subsistencia económica personal o familiar del trabajador. De tal forma que, pese a que no exista una regulación o limitación en el valor monetario del salario en efectivo en la LPCL, lo señalado es una condición insoslayable que todo vínculo de trabajo que contemple este tipo de remuneración tendría que observar.

### **2.2.1.2. En especie**

Por esta se entiende al salario cancelado en valores no dinerarios pero de igual especulación económica, tales como mercancías, comestibles, objetos u otras

materias símiles que impliquen un incremento patrimonial a favor del trabajador. Ahora, al igual que en la clasificación anterior, el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) no establece mayores precisiones respecto al pago de la remuneración en especie que el marco genérico que ofrece el artículo 6° de la misma, según el cual será “remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, **en dinero o en especie**” [las negritas son nuestras]; se omite así regular aspectos importantes al respecto como, por ejemplo, si el salario en especie debe observar un límite cuantitativo, o si se proscribiera del mismo algún tipo de especie u objeto en su pago (Arce Ortiz, 2013).

En este ámbito, es importante lo establecido en el artículo 4° del Convenio 95 de la OIT, no ratificado por el Perú, el mismo que además de establecer que el pago de la remuneración en especie deberá ser solo parcial, prohíbe que ello se incluyan “bebidas espirituosas o con drogas nocivas”; señalando también que en los casos en donde se admite el pago parcial del salario en especie “se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que: (a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunde en beneficio de los mismos; (b) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable”.

Para nuestra normatividad de trabajo, sin embargo, no existe, fuera de la obligación de que la valorización de la remuneración en especie debe ser consignada en el libro de planillas y las boletas de pago, ya sea que aquella se haga de común acuerdo o por el valor del mercado (artículo 15° del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, D.S. N° 001-97-TR), restricción o regulación alguna en torno al salario en especie, campo en el que domina notablemente la flexibilidad de la autonomía privada o, si se quiere ser un poco más realista, la disposición del más fuerte y aventajado en la relación de trabajo, el empleador.

A este nivel, conviene hacer dos precisiones más acerca de esta clasificación. La primera, que la remuneración por especie no es un evento moderno o contemporáneo en el pago de la remuneración; por el contrario, durante la gestación prematura del derecho del trabajo, en el intercambio de las prestaciones que conforman la relación laboral, se aplicó el denominado *truck-system*, por el cual a cambio de la prestación del trabajo, el empleador otorgaba a sus trabajadores una remuneración nominal que efectivizaba en “bonos o vales sólo susceptibles de cambio en tiendas propiedad de la misma empresa” (García, 1973, pág. 508), lo cual en la evolución y fortaleza de la normatividad de trabajo, se fue proscribiendo con el fin de evitar la imposición de sistemas de trabajo forzoso encubiertos mediante este

modelo, y que se llegara al pacto de las condiciones y requisitos establecidos en el Convenio 95 de la OIT según la cita efectuada en líneas anteriores.

Y, la segunda, que no toda concesión económica en especie podrá significar siempre el pago de la remuneración al trabajador, sino que dependerá de la ventaja patrimonial que conlleve, así por ejemplo la entrega de un uniforme exclusivo para la realización de las funciones encomendadas, la concesión de una vivienda cercana al campamento minero o al centro de trabajo donde se ejecutará la labor, o la cesión temporal de un vehículo como herramienta de trabajo, aunque puedan constituir en apariencia una forma de pago de la remuneración en especie, no serán tal ya que no se trataría, en estricto, de una retribución al trabajo mismo, sino más bien, una condición facilitadora de su ejecución, o sea, una *condición de trabajo*. Desde luego que si el automóvil o la vivienda se conceden de forma definitiva, más para el disfrute personal que para la efectucción del trabajo, su connotación será, evidentemente, de incrementar el peculio del subordinado, lo que sí les constituiría en una forma del salario en especie.

Por otra parte, es necesario considerar que este tipo de remuneración, además de la entrega de bienes no monetarios, también abarcará la concesión de servicios, siempre que éstos cumplan con el incremento patrimonial al que nos hemos referido anteriormente; así, por ejemplo, es factible determinar que las matrículas de estudios o inscripción en cursos y capacitaciones brindados por un centro de desarrollo académico a sus propios trabajadores, podrían considerarse como una remuneración en especie. No obstante, este tipo de ventajas deben ser diferencias de los llamados *beneficios accesorios* o *fringe benefits*, sobre los que si bien parte de la doctrina señala que se tratan de percepciones remunerativas en especie (Toyama Miyagusuku, 2015), parece más acertada la opinión de que se tratan de beneficios marginales que no responden propiamente a una categoría jurídica, sino a una técnica de recursos humanos destinada a mejorar el ambiente de trabajo, fortaleciendo el vínculo existente entre las partes involucradas; en este grupo se encuentran los descuentos en servicios o tiendas por departamento, bastante común en empresas que pertenecen a un solo grupo económico o empresarial, acceso a clubes o servicios específicos, y demás símiles que en ningún modo tendrán el carácter patrimonial y remunerador suficiente que se requiere para ser calificados como salario en especie, tratándose más bien, como podrá notarse, de beneficios accesorios al vínculo de trabajo.

### **2.2.1.3. Mixta**

Esta clase, como se puede notar de su propia nominación, refiere aquel tipo de salario que resulta de la combinación de las dos modalidades antes descritas; así, visto la remuneración como un todo retributivo al trabajo del subordinado, se dirá que su naturaleza es mixta, siempre que esté compuesta al mismo tiempo por percepciones económicas materiales, o sea, en especie, y por valores monetarios, en dinero. Podría aducirse que, dada la realidad de las relaciones de trabajo, en pocos casos la remuneración llegaría a ser solo en especie, siendo más común que se presente ligada a prestaciones monetarias que en conjunto, sean lo percibido por el trabajador como intercambio a la subordinación de su trabajo. Esto, desde el plano doctrinario nacional, es bastante cierto. Gran parte de las percepciones remunerativas materiales entregadas por el empleador, son complementarias al salario en efectivo, ello debido, probablemente, al efecto inconsciente que ha generado la regulación de la OIT en el artículo 4° Convenio 95, que permite dicha forma de salario sea solo *parcial* a la retribución del trabajo, o porque en el mercado, al menos en nuestra sociedad y en América Latina, el ofrecimiento de las contrataciones de trabajo a cambio únicamente de salario en especie, no es lo suficientemente atractivo para que el futuro laborante acepte ceder su fuerza de trabajo a cambio de aquél.

## **2.2.2. Por su ubicación en la estructura salarial**

### **2.2.2.1. Salario básico**

Al respecto Toyama Miyagusuku (2015) señala que “es una remuneración principal fija a través de la cual el trabajador recibe una misma cantidad, determinada por cada uno de los módulos temporales en los que desarrolla su prestación laboral”, o sea que, “constituye la contraprestación directa e inmediata más estrechamente conexas con la prestación misma de trabajo” (p. 284). Por su parte, García Manrique y Valderrama Valderrama (2014), precisan que es la que se cancela siempre que el subordinado cumpla “con la condición de laborar efectivamente o poner a disposición su fuerza de trabajo” (p. 27); mientras que Víctor Anacleto Guerrero (2015) señala que es remuneración básica lo pagado directamente por la cantidad de tiempo por la que el trabajador permanece a disposición del empleador o lo correspondiente a las unidades de producción efectuadas y acumuladas por éste, sea que el pago sea realice en dinero o en especie, precisando que la calificación de ésta remuneración sirve de base para la cancelación de otros conceptos remunerativos.

Hacia una definición acertada sobre esta clasificación remunerativa, sin embargo, es necesario tener en cuenta, primero, que conforme ya se ha señalado al analizar el campo teórico relativo a la conceptualización de la remuneración, ésta es toda ventaja patrimonial de carácter contraprestativo a la disposición del trabajo del subordinado a quien lo contrata, de modo que, ceñir la definición del salario básico simplemente a lo pagado por el empleador a cambio de ello, sería notoriamente no hacer ninguna diferenciación entre ésta clasificación y el concepto mismo de la remuneración, lo que evidentemente no es correcto, e incluso entraña un obstáculo en la delimitación conceptual y específica que respecto a los caracteres de la remuneración se viene efectuando, por ende, resulta necesario en este extremo recurrir a un criterio que se extienda más allá de la llana contraprestatividad, considerando que ésta es, en suma, rasgo genérico a todo concepto remunerativo, sea que califique como básico o no.

A tal efecto, nos parece acertado lo señalado por Toyama Miyagusuku, respecto a que el salario básico es el concepto *principal y fijo* que se constituye como *contraprestación directa e inmediata* a la disposición del trabajo. Nótese, entonces, que su connotación se grava en torno dos caracteres: i) es principal, y ii) es fija. Respecto a la primera, es correcto aducir que la remuneración en su clasificación básica es la tasación directa del valor del trabajo realizado por el subordinado, de ahí que se le considere como rubro principal en su estructura salarial, pues será el concepto más conexo a las labores ordinariamente efectuadas por el laborante. Esta cualidad conlleva, precisamente, a que su cancelación se reconozca como fija y constante en el vínculo de trabajo; así, se reconocerá a la remuneración básica por su *permanencia y determinabilidad* de pago a favor del trabajador, dado que si el objeto de ella es retribuir la disposición del trabajo ordinario efectuado por éste, su otorgamiento tendrá que ser estable mientras dure el vínculo de trabajo, salvo por los periodos en los que no exista dicha disposición del trabajo por causa imputable al trabajador (como las faltas o suspensiones sin goce de haber); de ahí que Elmer G. Arce Ortiz (2013) señale que “la finalidad de una remuneración básica es asegurar una paga fija a los trabajadores, con el fin de retribuir directamente la prestación del servicio” (p. 371).

Estando de acuerdo con esta definición, parece conviene descartar que en los contratos de unidad de producción, que serán analizados más adelante, exista en su estructura remunerativa la posibilidad de distinguir una retribución básica; y es que ésta en su carácter *fijo y permanente*, necesita corresponderse con una valorización estable del trabajo efectuado, lo que no ocurre en las modalidades donde la

remuneración se determina de acuerdo al resultado logrado en determinado periodo de tiempo por el trabajador, circunstancias en las que dicho valor será fluctuante y alterable según los esfuerzos personales de éste, descartando la seguridad de un salario fijo cancelado por la sola disposición del trabajo ordinario. Esta clasificación, por ende, solo cobrará sentido en el marco de un contrato de trabajo remunerado en base al tiempo de la disposición efectiva del trabajo (contrato por unidad de tiempo), en los que sí podrá existir una valorización estable y contraprestativa al trabajo ordinario sin mayores complicaciones.

Ahora, esta parcialización en la clasificación puede que se deba a que como señala Elmer G. Arce Ortiz (2013), en nuestro sistema legal de trabajo, la remuneración básica carece de todo sentido, ello al margen de que el artículo 2 de la Ley N° 2735, Ley que regula el otorgamiento de las gratificaciones de fiestas patrias y navidad, establezca que: “se considera remuneración, a la remuneración básica y a todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador en dinero o en especie como contraprestación de su labor”, como si se reconociera existencia de un rubro básico y de otros contingentes también con carácter remunerativo, dentro de la estructura salarial. Esta objeción, sin embargo, no parece ser compartida por la mayoría de la doctrina nacional, con la cual concordamos a fin de reafirmar la necesidad de identificar y diferenciar la clasificación de la remuneración en un rubro básico y en otros complementarios, más aún si la propia normatividad de trabajo, en contrario de lo que señala el mentado autor, en la prescripción de la remuneración ordinaria computable para el pago de las horas extras, en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR; y para el pago de la remuneración en los días de descanso semanales obligatorios y en feriados, en el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 713, aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR, al excluir expresamente la inclusión de las *remuneraciones complementarias de naturaleza variable o imprecisa*, implícitamente asume la clasificación que en este apartado se analiza, entre salario básico y complementarios, más aún si el TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Decreto Supremo N° 001-97-TR, en el mismo sentido que el ya citado artículo 2° de la Ley de Gratificaciones, determina como remuneración computable del pago de dicho beneficios a la “remuneración básica y todas las cantidades que regularmente reciba el trabajador”; todo lo que demuestra que el legislador en la creación del sistema remunerativo de nuestro país sí tuvo en mente la clasificación, al margen de las dificultades que en ello se observen, como ocurre en los contratos de unidad de producción o resultados.

### 2.2.2.2. Salario o remuneración complementaria

Luego de conceptualizada la primera, la definición de la remuneración complementaria sucede casi de forma inmediata, pues, en disposición contraria, podrá comprenderse como toda percepción económica no principal a la contraprestación del trabajo y, más bien, indirecta, que remunera la ejecución de un trabajo extraordinario o favorece las condiciones personales del trabajador, es decir, que atiende a un “factor causal adicional relacionado” a la prestación del trabajo (Arce Ortiz, 2013, pág. 372). En este espacio, dado que el concepto de remuneración por el que nos hemos inclinado, le precisa como contraprestativa más a la disposición de la fuerza de trabajo que a la ejecución de una labor en concreto, es coherente aclarar que ello no se anula con que la razón del pago del salario complementario sea la ejecución de una *labor extraordinaria*, haciéndole parecer como contraprestativa a la prestación efectiva de trabajo, pues, en realidad, aquella se contiene dentro de la disposición de la fuerza de trabajo del subordinado, quien al ceder esta última al empleador, enajena también la prestación efectiva de su labor concreta y específica, sea que fuere por funciones ordinarias o por extraordinarias.

A tal efecto, es bastante acertado lo conceptuado por Toyama Miyagusuku (2015), en relación a que será remuneración complementaria los conceptos que “no se derivan necesariamente de la prestación ordinaria de trabajo sino de otros factores relacionados con la prestación misma, la calidad personal del trabajador, circunstancias externas al trabajo o el resultado del negocio” (p. 286). Del mismo modo Lupo Hernández Rueda (1985), manifiesta que “el salario lo integran diversas prestaciones que, directa o indirectamente constituyen ventajas económicas para el trabajador. Estas prestaciones complementan el *salario ordinario*, constituyendo una retribución adicional, complementaria” (p. 388), y luego también Antonio Martín, Fermín Rodríguez y Joaquín García (2000) señalan que los complementos salariales son las “cantidades que se adicionan al salario base por la concurrencia de una causa específica y bien determinada que ésta presente en la relación laboral además de la básica de la prestación del trabajo” (p. 587), de modo que, aquello solo tendrán lugar siempre que ocurra o exista la causa expresamente prevista para su otorgamiento, de lo contrario no se generaría su percepción.

Ahora bien, de la doctrina se pueden abstraer lo siguientes subgrupos o categorizaciones de los complementos salariales:

### 2.2.2.2.1. Las compensaciones contraprestativas

Denominadas también complementos salariales pagados por el *trabajo realizado*; son definidos por Antonio Martín, Fermín Rodríguez y Joaquín García (2000), como complejos remunerativos cuya causa deriva del aspecto material del servicio prestado, justificándose el pago de la cantidad adicional para el trabajador en la mayor exigencia o dureza que representan las actividades extraordinarias que a éste se le encargan. Tomas Sala Franco y otros (1997), precisa que serán *circunstancias relativas al trabajo realizado* que originen el pago adicional y complementario de estas percepciones, “todas aquellas que se toman en consideración para retribuir una mayor cantidad o calidad del trabajo que se presta”, agregando que “entrarían aquí los complementos salariales que como primas o incentivos a la producción o a la calidad o perfección del trabajo puedan establecerse en la negociación colectiva” (p. 476).

Así, por esta subcategoría se comprende a aquellos suplementos cancelados por la ejecución de una labor extraordinaria, de manera que es el valor agregado al esfuerzo común del trabajo el que se reconoce con su otorgamiento, como ocurre por ejemplo, con las horas extras, el trabajo nocturno, la bonificación por trabajo de riesgo, la asignación por puntualidad o asistencia, entre otros. Si bien en estos casos, nos encontramos ante conceptos que son también remunerativos, y por ende, contraprestativos a la disposición de la fuerza de trabajo en términos amplios, su particularidad incide en la anormalidad de la materialización de dicha disposición reflejada en el desempeño de una labor adicional o tangencial al común ejercicio del trabajo. No se trata de que existe una disposición de otra fuerza laboral o de una distinta, pues la fuerza de trabajo es en sí, única; sino más bien de su ejecución concreta. Así, en el caso del trabajo nocturno, la bonificación es cancelada por el mayor desgaste de energía y fatiga que demanda la efectuación de labores en dicho horario, comprendiendo que no demanda igual concentración de fuerzas ni genera el mismo desgaste físico la dedicación del trabajo durante el día, que en horas que están naturalmente dedicadas al descanso; mas no porque la ejecución de esta labor difiera o sea ajena de la genérica disposición del trabajo que efectúa el subordinado al empleador desde la suscripción del contrato de trabajo.

Entendido su significado, es claro que mientras que la condición extraordinaria o el valor agregado al común ejercicio de trabajo, no suceda; tampoco existirá lugar ni derecho al pago de la compensación que le premia. En ello, es importante lo expresado por Toyama Miyagusuku (2015), respecto a que “estaríamos ante un concepto no consolidable en la medida en que el trabajador no

conserva el derecho a percibir este concepto, dado que se encontrará supeditado al acto o hecho que lo originó” (p. 287), siendo inverosímil que se otorgue su pago si es el supuesto de hecho que le precede no se originó. Ahora, aunque lo anterior en un rasgo propio del complemento contraprestativo que le hace reconocible frente a otras categoría remunerativas, siempre cabe la posibilidad de que su uso sea a contrario sensu, para determinar en qué casos no sé está frente a un concepto complementario. De este modo, si el pago del concepto imputado, no se supedita a la realización del esfuerzo extra que grava o que, se supone, que debería gravar, entonces estaremos frente a un precepto patrimonial ajeno a esta categoría que, incluso, podría estar encubriendo parte del salario básico del trabajador.

#### **2.2.2.2.2. Los complementos personales**

Este segundo grupo de remuneraciones complementarias obedece a prestaciones de carácter personal, que gravan una condición personal o una característica del trabajador, como puede ser la carga familiar que ostenta, la experiencia de trabajo obtenida, la especialidad que ejerce, entre otras. Comúnmente estos conceptos son cancelados como asignaciones con carácter remunerativo, sin perjuicio de que por exclusión de ley pueda ocurrir que no tenga dicha condición (Toyama Miyagusuku, 2015). La doctrina española, con un poco más de ahínco en esta subcategoría, precisa que los complementos salariales de carácter personal son “aquellos que remuneran circunstancias personales del trabajador, no tomadas en cuenta al determinar el salario base (v.gr.: complementos de antigüedad, por posesión de títulos, por conocimiento de idiomas” (Montoya Melgar, 2009, pág. 380) y también, Antonio Martín, Fermín Rodríguez y Joaquín García (2000), que “la causa específica en ellos concurrente es una cualificación personal o profesional del que presta el servicio, que se tiene en cuenta a efectos de la retribución en cuanto repercute en el trabajo realizado, en su contenido o en su calidad” (p. 588)

#### **2.2.2.2.3. Suplementos particulares**

Estas son percepciones económicas que tampoco encajan dentro del concepto del salario básico ya esbozado, y que no están referidas ni a la valoración de un trabajo extraordinario o adicional, ni a la estimación de una condición personal o particular del laborante; su connotación complementaria proviene, en la mayoría de casos, de la ley, como ocurre con las gratificaciones de fiestas patrias y navidad, cuya particularidad de entrega se debe exclusivamente a la voluntad del legislador; desde luego que este beneficio también es producible a través de fuente colectiva,

dependiendo cada caso en particular, y siempre que su fin o naturaleza no pueda subsumirse en las dos clasificaciones anteriores (Toyama Miyagusuku, 2015). Este suplemento salarial no debe confundirse con los complementos aleatorios que dependen de la actividad empresarial y cuyo pago, en diferencia, es incierto.

#### **2.2.2.2.4. Complementos aleatorios**

Al respecto, por último se encuentran todos aquellos agregados remunerativos que son cancelados a partir de los resultados de la actividad empresarial del empleador, de ahí que en la doctrina española se le conozca como los complementos salariales fijados en función a las *circunstancias relativas a la situación y resultados de la empresa*, de modo que para aquella en estos se “comprenden las cantidades abonadas a los trabajadores en función de los beneficios obtenidos por la explotación empresarial, de los que se extrae una parte que aumenta la remuneración de aquellos” (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Guitierrez, & García Murcia, 2000, pág. 588). La finalidad así de este complemento sería hacer partícipe al trabajador del triunfo colectivo obtenido por el empleador, del incremento de las utilidades y del estado económico de la empresa que, aunque en una pequeña medida, ha sido resultado de su participación laboral en el gran engranaje productivo (Tomás Sala, Albiol Montesinos, López Gandía, Camps Ruiz, & García Ninet, 1997). Consecuente a esto, de ocurrir que la situación bonificadora no tuviera lugar dentro de la empresa, o sea, por ejemplo, que no se incrementaran u obtuvieran las utilidades, o que no se alcanzaran las metas y escalas de producción, el beneficio salarial no sería cancelado al trabajador, ni conservaría este el derecho de su pago, tal como ocurre en el caso del pago de la participación de utilidades que, en nuestro país, es regulado por el Decreto Legislativo N° 892. En este caso, de ocurrir que la empresa empleadora productora de renta de tercera categoría, comprensora de un total igual o superior a veinte empleados, no obtenga réditos dentro del ejercicio económico correspondiente, el trabajador no recibirá pago alguno por participación utilitaria, ya que ésta en la realidad, no existe.

### **2.2.3. Por los factores que la integran**

#### **2.2.3.1. Remuneración computable y remuneración ordinaria**

La remuneración computable, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, es la “remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre

que sean de su libre disposición”. Se vincula este concepto, principalmente, a la remuneración que es base de cálculo para el pago de la compensación por tiempo de servicios, aunque en términos un poco más amplios, podría denominarse dentro de esta a todo complejo remunerativo que sirva de cómputo para el pago de cualquier beneficio social o concepto remunerativo en general; muestra de ello es que el artículo 2° de la Ley que regula el otorgamiento de las gratificaciones, Ley N° 27735, conceptuando como remuneración de cómputo para el otorgamiento de dicho beneficio, casi el mismo texto que el establecido en el citado artículo 9° del TUO de la Ley de CTS, omite incluir a diferencia de éste último, el valor de la alimentación principal, limitándose a excluir los conceptos que no son remunerativos para la compensación por tiempo de servicios, según los artículos 19° y 20° de su propia norma, los mismos que, contradictoriamente, no excluyen expresamente a la alimentación principal otorgada directamente por el empleador, de manera que aunque la ley de gratificaciones no lo menciona, también tendría que incluirse en el pago de éstas, demostrándose que la clasificación de *remuneración computable* excede a la base de cálculo de la CTS y se extiende, más bien, a todo conglomerado de ingresos remunerativos que servirán de cómputo para el pago de un concepto o beneficios social, como ocurre con las gratificaciones.

La remuneración ordinaria, igualmente, también es definida por los conceptos que la norma expresamente ordena que le integre; así, por ejemplo, el artículo el artículo 4° del Decreto Supremo 012-92-TR señala que: “se entiende por remuneración ordinaria aquella que percibe el trabajador semanal, quincenal o mensualmente, según corresponda, en dinero o en especie, incluido el valor de la alimentación.”, excluyendo al mismo tiempo a todo concepto variable o impreciso, así como a cualquier remuneración que tenga periodicidad distinta a la semanal, quincenal o mensual, como las gratificaciones de navidad y fiestas patrias. En el mismo sentido se pronuncia también el artículo 11° del Decreto Supremo 007-2002-TR, que margina también a los conceptos remunerativos variables y de periodicidad distinta a la semanal, quincenal o mensual. Así, la remuneración ordinaria es un concepto más restringido del complejo remunerativo computable, que solo se fija en salarios fijos y que, de acuerdo a las normatividades precitadas, es utilizable preferentemente en el pago de los descansos remunerados y de las horas en sobretiempo.

Aquí conviene hacer una breve distinción entre las clasificaciones remunerativas antes citadas, y el denominado *salario nominal*, que si bien no es reconocido por nuestra normatividad nacional ni estudiado en los textos doctrinarios nacionales más contemporáneos, en la realidad mexicana, de acuerdo a Néstor del

Buen (1983), se le reconoce por aquel salario cancelado en base a los días efectivos de trabajo o, bajo la conceptualización que se ha preferido sobre la remuneración en los párrafos anteriores, en base a los días en que existe disposición efectiva del trabajo; de modo que, en palabras sencillas, podría decirse que el *salario nominal* es el percibido por el laborante a cambio de su trabajo. Esta clasificación de la doctrina, parece completar la categorización de la remuneración de acuerdo a los factores que la integra, de hecho el autor precitado le reconoce como tal en esta categoría, pues clasificándose el salario en base a sus componentes remunerativos, es bastante lógico que exista una categoría que sea global, llana y básica que represente el íntegro de lo percibido por el trabajador por sus servicios; sin embargo, la dificultad de ello se presenta en que su clasificación es más reconocida por la expresión de su valor que por las percepciones remunerativas que le componen. Se le enfrenta así como antípoda a la *remuneración real*, estudiadas ambas desde su valor económico y de suficiencia en la atención de las necesidades del trabajador; por lo que, a pesar de su mención se ha obviado su inclusión en este categoría siguiendo la propuesta de la más autorizada doctrina española (García, 1973).

### **2.2.3.2. Remuneración integral**

Esta categoría deriva, en principio, de lo establecido en el último párrafo del artículo 8º del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR, el mismo que señala lo siguiente: “Asimismo, el empleador podrá pactar con el trabajador que perciba una remuneración mensual no menor a las dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, una remuneración integral computada por periodo anual, que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa, con excepción de la participación de utilidades”; así esta remuneración integral anual se trata de un complejo remunerativo contenedor de todos los preceptos económicos percibidos por el trabajador, sea que tengan calidad remunerativa o no, que tiene por finalidad simplificar la estructura u organización remunerativa del trabajador, de modo que no solo se evita la consignación en las boletas y en las planillas de pago de todos los rubros salariales cancelados al trabajador, sino que libera al empleador del depósito periódico de la compensación por tiempo de servicios, o de la cancelación de las gratificaciones semestrales, mostrándose en suma, como un instrumento simplificar en el contrato de trabajo.

Al respecto, Toyama Miyagusuku (2015) precisa que “la remuneración integral está formada por una única cantidad que engloba o incluye todos los montos que percibe el trabajador por su servicios”, el inconveniente que sobre ello anota la doctrina, sin embargo, se enmarca en los conceptos que la integra, ya que el texto

legislativo que le regula es bastante genérico y parecería incluir todos los conceptos económicos salvo, expresamente, el pago de las utilidades. En ese sentido, es útil lo establecido por el artículo 14° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, que establece que: “El Convenio sobre remuneración integral a que se refiere el Artículo 41 de la Ley, debe precisar si comprende a todos los beneficios sociales establecidos por ley, convenio colectivo o decisión del empleador, o si excluye uno o más de ellos. A falta de precisión, se entiende que los comprende a todos, con la sola excepción, de la participación o asignación sustitutoria de las utilidades. Las partes determinarán la periodicidad de pago de la remuneración integral. De establecerse una periodicidad mayor a la mensual, el empleador está obligado a realizar las aportaciones mensuales de ley que afectan dicha remuneración, deduciendo dichos montos en la oportunidad que corresponda.”.

La precisión del texto reglamentario, sin embargo, es aún bastante confusa, pues si bien se establece la presunción de que la remuneración integral anual (RIA) engloba a todos los beneficios sociales, pasa por alto el carácter especial de determinados conceptos que, a simple vista, ingresan dentro del saco de la RIA. Así, por ejemplo, no se pronuncia respecto a la inclusión de los conceptos remunerativos variables o imprecisos, como las horas extras, la bonificación por trabajo nocturno y la remuneración por labores efectivas en domingos y feriados, y mucho menos en relación a las indemnizaciones por despidos o las liberalidades del empleador, todos estos conceptos cuya cancelación dentro del vínculo de trabajo no es determinable ni conocible antes de que ocurra el supuesto de hecho que les condiciona. No obstante, como acota parte de la doctrina nacional (Arce Ortiz, 2013) es clara la imposibilidad de que este tipo de conceptos sean integrables dentro de la RIA, por cuanto el notorio carácter simplificador y anticipado que ésta pugna, hace imposible que ello ocurra; así, siendo la RIA una remuneración global fija y estática, resulta inconcebible que dentro de ella se contemple el pago de sumas salariales que, por su propia naturaleza, serán imprecisos y cambiables según el desarrollo del vínculo de trabajo, la aleatoriedad del contrato de trabajo, referida en la parte introductoria de este capítulo, entonces, truncará la posibilidad de que, conforme parece estipular el artículo 14° del D.S. N° 001-96-TR, la RIA pueda englobar *todos* las percepciones económicas pagadas al trabajador a cambio de la disposición de su fuerza de trabajo. Aclarado esto, se puede concluir que la RIA es una remuneración globalizada que integra el pago de los beneficios sociales y conceptos remunerativos de condición fija o periódica, no variable o aleatoria, y cuya utilidad es simplificar la estructura remunerativa del haber mensual del trabajador.

Por otra parte, es importante observar que de los articulados señalados, se abstrae la existencia de tres requisitos para la constitución de una remuneración integral anual, cuales son: i) que el cómputo de la remuneración sea anual, sin perjuicio de que el pago de la misma se realice posteriormente en periodos menores (semanal, quincenal, mensual, entre otros); ii) que es necesaria la preexistencia de un pacto expreso entre las partes, sin que se precise la observancia de una formalidad específica, aunque es recomendable que ello exista con finalidad ad probationem; y iii) que la remuneración del trabajador con quien se pacta la RIA no sea inferior a 2 UIT (Unidad Impositiva Tributaria), de manera que la propia norma excluya la posibilidad de que se pueda pactar una remuneración integral anual con un trabajador que perciba, al cambio actual, un salario inferior a S/. 7, 900.00 soles. Así, todo pacto que contravenga e incumpla estos requisitos, generará la nulidad de la remuneración integral acordada.

Ahora, al margen de la remuneración integral anual antes desarrollada, el pacto global de la remuneración es, en suma, un ejercicio de simplificación o consolidación remunerativa destinado a establecer una cantidad única salarial que abarque los diferentes complejos o complementos salariales que el trabajador tenga derecho a percibir, de modo que es razonable la interrogante de si en nuestro ordenamiento fuera de la RIA, que es un pacto global bastante limitado considerando que no es común que la remuneración de todo trabajador exceda las 2 UIT, existe la posibilidad de acordar otras formas de consolidación remunerativa. En ello, aunque la doctrina nacional no ha hecho mayor precisión ni desarrollo alguno, partiendo del análisis amplio de esta clasificación remunerativa, se puede llegar a concluir que, en efecto, dada la libertad contractual subyacente en la contratación de trabajo es factible que en ella se pueda pactar cualquier modo de unificación salarial siempre que con ello no se afecte los derechos adquiridos del trabajador, cancelándole una remuneración consolidada que resulte inferior a la que percibiría de forma desintegrada (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Guitierrez, & García Murcia, 2000).

Así, puede concluirse que todo pacto globalizador o integrador de la remuneración que no sea la RIA, está perfectamente permitido por el derecho del trabajo, siempre que aquello no sea un medio para afectar la remuneración del trabajador ni ninguno de sus derechos ya adquiridos, esto significa no solo que, como se ha señalado, el ejercicio integrador no arroje un monto salarial inferior a la sumatoria de las partidas remunerativas independientes, sino que además, el trabajador pueda tomar conocimiento de cuáles son los preceptos remunerativos que se agruparan, los montos y el tiempo por el que ello ocurriría, remarcando el carácter

determinado o determinable de la remuneración, y el derecho de la parte trabajador a saber, en virtud a ello los montos y las partidas salariales que conforman su remuneración, o sea, su estructura y organización remunerativa; teniendo además la posibilidad de expresar su consentimiento al respecto, no olvidando que la connotación contractual y bilateral del contrato de trabajo exige que ambas partes estén de acuerdo sobre las condiciones remunerativas que se pagarán, y que demuestren libremente la aceptación de las mismas, evitando que, en virtud al desequilibrio de las posiciones contractuales y al poderío del empleador, la globalización del salario, como en general cualquier otra condición, se convierta en una imposición unilateral en contra de los intereses y de la voluntad de la parte trabajadora.

## **2.2.4. Por la regularidad de su pago**

### **2.2.4.1. Remuneración fija**

Por esta se comprende al salario invariable y estable, cuyo monto de pago es determinable y conocible con anticipación a su efectiva cancelación. Al respecto, Manuel Alonso García (1973), en modo similar, precisa que por “retribución fija entendemos aquella en la cual el módulo de remuneración no varía, de manera que el trabajador sabe lo que percibirá como contraprestación de sus servicios” (p. 511). Esta característica remunerativa, sin embargo, no se limita al pago del salario básico, sino que se extiende a todo precepto complementario que también goce de esta condición; así, por ejemplo, las asignaciones remunerativas o denominadas en líneas anteriores como *complementos personales*, en tanto se tratan de conceptos cancelados a partir del cumplimiento de una situación o circunstancia determinada por parte del trabajador, serán remuneraciones fijas e invariables, ya que desde el momento en que éste último cumple con aquella, se sabrá el monto al que el complemento salarial ascenderá en lo sucesivo, tal como ocurre con la asignación familiar cuyo pago, una vez acreditada y comunicada la carga familiar, es estable y permanente durante el tiempo que dure dicha carga o sea mantenga vigente la relación de trabajo.

De igual modo, tampoco es certero que la remuneración básica sea siempre un salario fijo, pues aunque en la contratación de trabajo es claro que ésta, como ya se ha señalado en líneas anteriores, responde a la valorización misma del esfuerzo de trabajo enajenado por el trabajador, puede ocurrir que en determinadas circunstancias particulares, aquella no responda al ejercicio de labores en una

determinada medida tiempo, sino a factores de producción o resultados, como se da en el destajo y la comisión que ya serán analizadas más adelante; de modo que, el salario base del trabajador sea siempre impreciso. En cualquier forma, no cabe duda alguna que la *estabilidad* del salario tiene harta que ver con su *determinabilidad*, y no únicamente con su regularidad de pago; es decir que, no será fija una partida salarial porque su cancelación sea repetible o periódica en el tiempo, aunque fuera incluso pagada mensual o quincenalmente, sino porque además, por su propia naturaleza, su monto de pago fuera realmente determinable antes de su pago; así, por ejemplo, aunque el pago de las horas extras o de la bonificación por turno nocturno, o incluso de las comisiones por ventas, fuese constante durante todo el vínculo de trabajo, no se podría concluir que éstas son o se han convertido en preceptos remunerativos fijos y estables, pues aun así subsiste la posibilidad, incluso abstracta y no real si es que se aduce que la cantidad de labor extraordinaria (extra o nocturna) se genera en una misma cantidad todos los meses, que su sumas de pago varíen de un mes o de una quincena a otra, por la propia naturaleza de la situación que remuneran. De tal forma, se identifica que la calificación fija del salario no es generada únicamente por la regularidad del pago sino, y quizá de forma más distintiva, por su *determinabilidad*, esto es, por la posibilidad de preconcebir *sus montos de pago o módulos de retribución* con seguridad antes de la ejecución del trabajo.

#### **2.2.4.2. Remuneración variable**

En contrapartida, será remuneración variable todo precepto salarial cuyo *monto de pago* fuera impreciso y cambiante en la relación de trabajo. Manuel Alonso García (1973) precisa que en este caso, la retribución variable “*supone la variabilidad del mismo módulo de retribución de la unidad remuneratoria*, sometido a determinados factores cuya fluctuación impone la periódica variación de aquél. El índice del primero queda así condicionado a las variaciones o cambios de los segundos” (p. 512). Álvaro García Manrique, Luis Valderrama Valderrama y Brucy Paredes Espinoza (2014), señalan que en estos casos, “*existe certeza, únicamente, sobre la posibilidad de su otorgamiento, mas no sobre la oportunidad exacta ni del monto al que ascenderán*” (p. 28). Así, las partidas salariales se vuelven inestables en tanto que la circunstancia que remuneran, y de la cual dependen para su existencia y cálculo, son también imprecisas en el vínculo de trabajo; así, por ejemplo, la realización de trabajos en sobretiempo o en horario nocturno, la ejecución de ventas, transacciones comerciales u obras de producción, entre otras similares donde el factor por el cual se compensa el precepto remunerativo es de posible y natural alteración o cambio periódico. Es importante remarcar que en esta clasificación no

solo se incluyen las partidas salariales de módulo impreciso, sino que, como refiere la última cita doctrinaria efectuada, se cuentan también todos los preceptos remunerativos cuya *oportunidad de pago* no sea conocible o determinable por el trabajador antes de su pago, tal como los suplementos salariales pagados por la productividad de la empresa.

### **2.2.4.3. Remuneración periódica**

Esta clasificación se ha tomado, principalmente, del artículo 18° del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, en donde se reconoce por estas a todas las remuneraciones percibidas con carácter semestral o superior a éste hasta el límite de un año, de modo que su categorización es útil primordialmente para su inclusión en el cómputo de este concepto.

## **2.2.5. Por su forma de cálculo**

### **2.2.5.1. Remuneración por unidad de tiempo**

Esta tiene lugar cuando la valorización del trabajo se realiza en función a la medida de tiempo prestada por el trabajador, de modo que la remuneración se cancela a razón de una determinada cantidad de tiempo efectivo de servicios; Manual Alonso García (1973), precisa que en estos casos, el salario será el “resultado de multiplicar el número de unidades trabajadas por la cantidad con que cada una de ésta se considera retribuida” (p. 509) Así, en esta clasificación remunerativa no interesa la cantidad de resultados que el trabajador obtenga durante su jornada de trabajo, los índices de productividad del laborante en concreto no serán objeto de medición, ni mucho menos de compensación salarial; será pues suficiente que aquel cumpla con la disposición de su fuerza de trabajo al empleador durante determinada medida de tiempo para que, dependiendo del modo de medición pactado en el contrato, se haga acreedor del pago del salario correspondiente, independientemente de si durante las horas, minutos o semanas dedicadas al trabajo, realmente no consiguió desempeñarse como su empleador esperaba.

Esto parecería ser un desincentivo en el incremento de producción dentro de la empresa, ya que conceptuándose el pago de la remuneración por la sola disposición de la fuerza de trabajo, al margen de los resultados que ésta produzca, se reduce los niveles de exigencia al trabajador en el cumplimiento de sus funciones, generando que al sentirse este confiando en la obtención de su salario aun cuando

no cumpliera eficazmente con su trabajo, la productividad en la empresa se vea afectado. No obstante, al respecto, nos parece acertada la opinión de Elmer G. Arce Ortiz (2013), quien descarta la posibilidad de que el pago de la remuneración por unidad de tiempo genere la desmotivación del trabajo, aclarando que “la sola presencia del trabajador tampoco se remunera. El contrato de trabajo, al ser un acto jurídico bilateral, exige de las partes una diligencia debida y buena fe en su ejecución” (p. 365), de forma que el incumplimiento de estos deberes, podría generar el despido de acuerdo a los incisos a y b del artículo 25° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. La inminente posibilidad de que el trabajador remunerado por unidad de tiempo, sea despedido si es que no cumpliera con sus obligaciones de trabajo, es presión suficiente para que aquel no comprenda que su sola presencia será remunerada y, por ende, se obligue a la ejecución cabal de sus funciones.

La medida básica de la remuneración será, entonces, la jornada de trabajo. Esto no significa, sin embargo, que de algún modo se altere la fórmula básica de que la remuneración es la contraprestación global, primordialmente conmutativa pero con matices aleatorios, a la disposición de la fuerza de trabajo; de forma que se infiera que aquella será, en términos burdos, la contraprestación al tiempo efectivo de la prestación de servicios, pues en estricto, el pago de la remuneración por unidad de tiempo es una forma de cálculo de la misma, esto es, el módulo o parámetro que definirá su monto de pago, mas no el objeto que aquella contrapresta, ni mucho menos el objeto del contrato mismo. No debe asumirse así que el interés del empleador a cancelar el salario se reduce a la cantidad de tiempo que el trabajador permanece en el centro de labores, concentrándose por eso aquel en que el tiempo por el que ello ocurre, sea lo más aprovechado posible, porque, en realidad, el deber de pago de la remuneración será siempre, en términos amplios, la disposición de la fuerza de trabajo, sea que aquella se mida o se canalice para efectos del cálculo del monto del salario, en función a las unidades de tiempo por las que se dispone el trabajo o por el resultado o la producción en concreto alcanzada.

#### **2.2.5.2. Remuneración por unidad de producción**

Al respecto, de forma concreta Néstor del Buen (1985), precisa que bajo esta clasificación “el salario se determina por el número de unidades y no por el tiempo tomado para producirlas” (p. 187), y en el mismo sentido, el autor español Manuel Alonso García (1973) señala que el salario por unidad de obra o de producción “es aquel en el cual se atiende a la obra producida, con independencia del tiempo empleado en su realización”, de modo que la medida de retribución se determina “por la aportación concreta del trabajador en la actividad económica de la empresa” (p.

510); y también Bayón Chaco y Pérez Botija (1976), concordando en la definición de los autores anteriores, precisa que el salario por rendimiento es aquel que se “cifra por cantidad de obra, independientemente del tiempo invertido” (p.442). Camerlynck y Lyon-Caen (1974) precisan que “el salario por rendimiento es una forma de remuneración en la cual la remuneración varía en función de la cantidad de producción realizada por un individuo... según una fórmula determinada y de acuerdo con las normas de calidad exigidas” (p.188). No cabe duda entonces que, en contrario a lo que sucede en la remuneración por unidad de tiempo, en estos casos, el salario es calculado y determinado en base a la cantidad de unidades de trabajo concretas y útiles producidas por el subordinado, quien entonces, se sujetará a la variación de su remuneración en razón a la producción que el mismo ejecute (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 1997), lo que a decir de Camerlynck y Lyon-Caen (1974) , se denota como desventaja en contra del trabajador.

La medida básica del salario, por ende, no será más el tiempo que el trabajador permanezca en labores efectivas, sino los resultados individuales que obtenga durante la ejecución del trabajo al margen de la cantidad de tiempo que utilice para lograrlos. Esto vira enormemente el contexto de la relación de trabajo, produciéndose un doble fenómeno: la imperativa necesidad de que el trabajador disponga de mayor flexibilidad en la duración de sus tiempos de trabajo para poder lograr su cuota de producción, por un lado; y que el arsenal directivo y fiscalizador del patrono, se concentre antes que en el tiempo de trabajo prestado, en el avance de la producción individual de sus subordinados. En este aspecto, resulta inquietante el aporte de Palomeque López y Manuel Álvarez (1997), cuando recapitulan que la relación que esta modalidad remunerativa posee con el tiempo de trabajo insta en que la producción medible será bien la que se realice dentro de la jornada legal, en cuyo caso el trabajador no tendría más que cumplir la jornada de trabajo, sin contar con ninguna flexibilización al respecto; o bien será la que el empleador fije en cuotas específicas que, previamente alcanzadas por el trabajador antes de la finalización de la jornada, le eximirán de tener que completar el tiempo de trabajo.

No obstante, es claro que dentro de un sistema como el que plantea esta modalidad remunerativa, la relativización del tiempo de trabajo no solo será observable en ambos ángulos, que en estricto, no afectan al trabajador en el tiempo de vida dedicado a la realización de sus labores, ya que a lo sumo habrá cumplido con la jornada legal, sino también en la perspectiva contraria, según la cual la flexibilización de la duración del trabajo puede ser tal que, merced del cumplimiento de los resultados de producción propuestos, se justifique que el trabajador deba

ejercer sus funciones durante un periodo de tiempo superior a la jornada legal. Este extremo sin embargo, necesita de nociones avanzadas sobre el tiempo y la jornada de trabajo, sobre las que este trabajo se pronunciará más adelante, dejando solo entre abierta la problemática para su posterior tratativa concreta.

Ahora, nuevamente conviene recalcar que el que la remuneración sea calculada en base a la cantidad de producción, o sea, el que esta sea su medida, en nada significa que aquella deja de ser cancelada como contraprestación a la disposición efectiva de trabajo, ni siquiera al trabajo efectivo si es que se opta por la definición específica del artículo 6° de la LPCL, pues en ambos casos, la prestación intercambiada por la remuneración es independiente de su forma de medición; es decir, la disposición efectiva de trabajo será tal aun cuando aquella se compute a partir de la cantidad del tiempo de prestación de las labores, o a razón de los resultados individuales alcanzados; sucede del mismo modo con el trabajo efectivo, ya que será a tal a pesar de si su medida es la unidad de tiempo o la de producción.

Explicado todo lo anterior, es preciso adentrarse un poco más en esta clasificación remunerativa explicando sus modalidades según la doctrina. Así se tiene: la comisión y el destajo.

#### **2.2.5.2.1. Comisión**

Al respecto, Elmer G. Arce Ortiz (2013), precisa que “esta modalidad implica que el trabajador percibe una cantidad económica individualizada por su participación en los negocios u operaciones en que hubiese intervenido (ventas, compras, seguros, créditos, apertura de cuentas corrientes, etc.)” (p. 366); también así Tomas Sala Franco y otros (1997) señala que este es un “sistema salarial en el que la retribución del trabajador está constituida en todo o parte por una cantidad calculada sobre los negocios mediados por el trabajador” (p. 472), y luego, en el mismo sentido, Manuel Olea y Casas Baamonde (1995), que la definen como la participación en los negocios concretos en que hubiese mediado el trabajador así remunerado. No cabe duda entonces que en esta modalidad remunerativa por producción, está definida por la intervención del trabajador en determinadas *actividades útiles* para el empleador, de modo que por el resultado obtenido en ellas se compute la retribución que le será cancelada. Esta operación en particular puede calcularse de distintas maneras, bien en un determinado porcentaje sobre el precio final de la venta del negocio u actividad, o bien mediante una tarifa económica graduada por una determinada cantidad de volumen de venta o de operación. En cualquiera de los casos, es claro que esta modalidad remunerativa se connota como un esquema retributivo al esfuerzo

individual del trabajador sobre los negocios o actividades empresariales, que por ende, se enmarca como un salario por unidad de obra o producción.

El instante en el que el trabajador adquiere el derecho a obtener el pago de la comisión, si bien es una condición que puede estar sometida a la libre voluntad de las partes, o más bien si se quiere, a partir de la disparidad de poderes en el vínculo de trabajo, al criterio libre del empleador, conviene que existan determinados límites que no trasladen al trabajador costos demasiado altos, peligrando el plus salarial que habría de obtener por su intervención en los negocios o el particular comercio de la empresa; así, no será razonable que se exijan situaciones imprevisibles o difíciles de controlar por el trabajador, para que la operación que realice cuente en el pago de su remuneración, como por ejemplo, que el cliente afiliado mantenga su vínculo con la empresa por un determinado periodo de tiempo, que la colocación de la venta se concretase y que se mantuviera la regularidad de pago en los primeros meses post venta, u otras circunstancias similares, ya que ello significaría trasladar al trabajador parte del riesgo propio de la actividad, el mismo que, por antonomasia debería recaer solo sobre el empleador, siendo por demás injusto que el subordinado tuviera control sobre estos aspectos, más allá del ejercicio ordinario de sus funciones. Desde luego que, frente a esto, existe la necesidad de que el trabajador sea responsable y no compulse ventas u operaciones de forma maliciosa, para alcanzar cierta cuota remunerativa, afectado al empleador en el camino; sin embargo, lo que se precisa es que tal control y regulación en el modo de la transacción y del derecho del trabajador a percibir la comisión, debe ser razonable y proporcional, sin exceder los parámetros acotados.

Ahora, otra circunstancia resaltante en la comisión, es la descrita por el artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 091-92-TR, del 03 de abril de 1992, que señala lo siguiente: “Tratándose de empleos sujetos a comisión la Remuneración Mínima Vital se aplicará cuando los servicios tengan carácter de exclusivos, debiendo completarse la diferencia entre la comisión y la Remuneración Mínima Vital, si no se alcanzara ésta.”, esto en el mismo modo que el descrito por Néstor del Buen (1985), quien sobre este tema en particular manifestó que el salario a comisión “habría de ser calculado de tal manera que garantice al trabajador la percepción, por lo menos, del salario mínimo” (p. 188). Así, lo que se prevé a aquí no es otra cosa que la protección del derecho previsto en el artículo 24° de la Constitución Política, que les asegura a los trabajadores el acceso a una remuneración equitativa y suficiente para la atención de sus necesidades básicas personales o familiares, la misma que, se entiende, se constituye por la baya mínima salarial establecida legalmente por el

Estado; de tal modo que si el trabajador comisionista no lograra efectuar la cantidad de actividades o negocios que le generen la cuota retributiva equivalente a la remuneración mínima vital, el empleador tendrá que suplir la diferencia remunerativa existente entre la cuota alcanzada y la retribución mínima.

En este extremo es preciso referirnos también a dos formas de remuneración relacionadas con la comisión y que, hasta cierto punto, pueden ser confundidas con estas; nos referimos a *la retribución por tarea* y a las *primas* de trabajo. La primera, de acuerdo a Manuel Alonso García (1973), citando el artículo 38° de la LCT, es aquella en la cual la remuneración es resultado de la cantidad de obra ejecutada por el trabajador en una determinada jornada o duración de trabajo establecido a tal efecto, de modo que se entenderá por cumplido el tiempo de trabajo cuando se culmine la obra o *tarea* exigida. Nótese así que la retribución en este contexto aun cuando no deja de ser subsumible en un sistema de resultados, pues en estricto, el monto de la remuneración será calculado en base al número de unidades producidas, combina el factor tiempo en su ecuación, ya que ciñe la duración del tiempo de trabajo prestado a la culminación de la *tarea* encomendada. De otro lado, la segunda, las *primas de trabajo*, de acuerdo a Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez y Joaquín García (2000), son complementos salariales adicionales a un salario fijo, cuyo cálculo responde a la cantidad de trabajo ejecutado por el trabajador, esto es, a su rendimiento.

En ambos casos, el tiempo de trabajo adquiere un notable énfasis en el sistema remunerativo del trabajador, sea para presionar o incentivar la aceleración de la producción, como ocurre en la retribución por tarea, o como módulo de cálculo del salario, como en la prima de trabajo con el salario básico al que se agrega. Es esta relación la que plantea incertidumbres más inquietantes respecto al pago de la remuneración por resultados y el sistema de trabajo que genera, pues dado el notable desinterés que pesa en estos casos sobre la duración del tiempo de trabajo efectivo prestado por el trabajador, y la consecuente necesidad de flexibilizar la jornada de trabajo a merced de producción de los resultados, a razón de los cuales a fin de cuentas se pagará la remuneración, es correcto cuestionarse los alcances de dicha flexibilización. Por citar un ejemplo, sobre todo en la retribución por tarea, ya que la prima de trabajo es un caso de cómputo mixto del salario sobre el que se retornará más adelante, conviene cuestionarse si así como el trabajador es libre de abandonar el centro de trabajo en caso que culminara la tarea encargada antes de la jornada de trabajo en la cual supuestamente debía de hacerlo, también le será exigible permanecer en él, el tiempo que le sea necesario para acabar la tarea, sin que ello

genere derecho al reconocimiento de la labor en sobretiempo; e incluso, en el caso de las comisiones puras, cuestionarse hasta qué punto podrá reconocerse también el pago de horas extras si el trabajador decidiera ejecutar en sobretiempo su trabajo con tal de cumplir con la meta de producción impuesta o hasta superarla en beneficio suyo. De ahí que, en lo sucesivo sea preciso ahondar en el estudio del tiempo o la jornada de trabajo, tal cual se ha propuesto esta investigación.

#### **2.2.5.2.2. Destajo**

Sobre esta modalidad remunerativa, Elmer G. Arce Ortiz (2013), señala que es aquella en la que “la fijación del importe de la remuneración se realiza mediante resultados concretos obtenidos por su esfuerzo en el marco de un periodo de tiempo (normalmente, la jornada de trabajo).” (p. 366). Por su parte, Bayon Chacón y Pérez Botija (1976), señalan que en el destajo el trabajador está obligado a realizar una obra determinada medida en trozos, piezas, conjuntos o cualquier otra medida individual, dentro de una determinada jornada de trabajo, de modo que su salario se calcula en base a la cantidad de trabajo ejecutado por aquél siempre que aquella no sea menor a la baya mínima legal que percibe un trabajador por unidad de tiempo. Así, nótese la estrecha vinculación y similitud que esta posee con la *retribución por tarea*, de ahí que la doctrina se refiera reincidentemente a *retribución por tarea o destajo*, remarcando el punto común que poseen en la valoración del factor tiempo dentro de la ejecución de trabajo, el mismo que si bien no es importante en el cálculo del salario, pues este se mantiene a razón del resultado, sí lo es para la medición de la productividad del trabajador subordinado.

El destajo en su mayoría es utilizado en grandes emporios de producción manufacturera, en los que las condiciones de trabajo son fijadas, en gran medida, por acuerdos colectivos, la organización sindical en estos casos ha adquirido una gran relevancia para la protección de los derechos del trabajador a destajo o tarea, lo cual es casi necesario dada la poca normatividad que al respecto existe en nuestro ordenamiento. Los sistemas remunerativos así establecidos tienden a incentivar el aceleramiento de la capacidad productiva del trabajador, fijando precios más elevados en las unidades mientras se supere determinados límites de producción, de modo que si el trabajador alcanzase un determinado número de unidades individuales el salario que percibirá individualmente por cada una de ellas será superior, y así sucesivamente. Esto de algún modo ha tenido el efecto de compensar el exceso de la jornada máxima de trabajo, ya que a mayor producción del trabajador, que significará mejores escalas salariales, es necesario que este permanezca mayor tiempo en la ejecución de sus labores; así, el pago de la sobretasa por horas extras

se suple en el incremento del precio unitario de cada unidad producida. Véase entonces que las singularidades de la relación entre el tiempo de trabajo y el sistema de remuneración por resultados, se presenta en todas las clases, no solo en la producción a comisión, donde el cumplimiento de una jornada de trabajo y la permanencia en el centro de trabajo no son factores siempre ocurrentes, sino también el destajo, en el que la interrelación con la satisfacción de una jornada mínima de labores es casi natural, y donde, incluso, es imprescindible que el trabajador permanezca dentro del centro de trabajo que es, a su vez, el centro de producción.

### **2.2.5.2.3. Salario mixto**

Antonio Valverde, Fermin Rodriguez y Joaquín García (2000), precisan que este es el resultado de los dos sistemas remunerativos anteriores, y que las dos técnicas más usuales que en él se utilizan son las *tareas* y el régimen de *primas* o *incentivos*, sistemas que ya han sido anteriormente analizados, y cuyo énfasis, en el caso del primero, se encuentra en la ejecución de la obra encomendada dentro de determinado tiempo de trabajo, de modo que éste determina el plazo máximo en que el trabajador debe ejecutar la *obra* o *tarea*, mientras que en el segundo, es el sobrepago productivo adicional a un salario básico pagado al trabajador por la disposición de su fuerza de trabajo, de modo que la remuneración cancelada a éste por su servicios se componga tanto por factores de tiempo representados en el salario fijo que le es otorgado, como por factores de producción, reflejados en los *incentivos* o *primas* pagadas a su favor.

Nótese, a pesar de las disimilitudes que en ambos casos existe una valoración del tiempo de trabajo cumplido por el personal subordinado; desde luego que en el caso de los incentivos o primas, su connotación es más precisa debido a los componentes del salario otorgado que abarcan los dos factores de retribución (tiempo y producción), mientras que en el caso de la *tarea*, el valor del tiempo sirve únicamente como indicador del límite de la ejecución del trabajo, ya que el salario se continúa calculando en función a las unidades de producción ejecutadas, sea que estas se cumplieran antes del término del horario, durante el mismo o que, incluso, se extendieran con posterioridad; claro que en este último caso, es preciso que como regla al sistema se imponga al empleador la obligación de fijar una tarea razonable que, en promedio, no sea imposible de cumplir por el trabajador en la tiempo de la jornada establecida para ello.

Dentro de este modelo remunerativo también se encuentra el sistema de comisión mixta. Al respecto, Elmer G. Arce Ortiz (2013), precisa que “la comisión

puede constituir una parte de la remuneración, a modo de complemento salarial. Ocurre en este modelo entonces, que la remuneración contiene una cantidad fija (salario base o, en su caso, RMV) y sobre ella se agrega el importe de las comisiones” (p. 367). En este caso, el rol de la comisión es casi idéntica a la prima o incentivo, con la diferencia que la comisión es siempre fijada a razón del rendimiento del trabajador, mientras que la prima bien puede medir otros factores o valorar el rendimiento del trabajador en un modo amplio y conjunto, no solo individual.

En suma, pues, no cabe duda de la importancia de este sistema salarial que, en estricto, lo que hace es agrupar los dos sistemas remunerativos de los acápite anteriores, haciendo factible que el trabajador perciba una remuneración fija y que luego se agreguen suplementos remunerativos por su esfuerzo productivo, o que éste se mida a razón de todo lo efectuado en determinado número de horas como ocurre con la remuneración por tarea.

## CAPÍTULO 3

### LA JORNADA DE TRABAJO

#### 1. CAMPO PRELIMINAR: DESARROLLO HISTÓRICO DE LA JORNADA DE TRABAJO

El estudio de la jornada de trabajo como institución jurídica del derecho laboral, requiere la imprescindible revisión del campo o contexto histórico que le precedió y le gestó, no solo por orden y mejora de la técnica de estudio, sino porque, particularmente en lo que se refiere a esta figura, es necesario comprender el trasfondo social y económico que llevó a su determinación para no tomar con ligereza su contenido, siendo conscientes de la razones principales (que trascienden el plano netamente jurídico) por las que se constituyó, se limitó, se reguló y se le insertó dentro del derecho del trabajo como una de las aristas más controversiales y neurálgicas del mismo. Así, no parece adecuado pues que el análisis sucesivo se ciña netamente a la descripción y delimitación teórico-jurídica de la jornada de trabajo, aunque sea esta labor la que en gran medida contribuya a la presente investigación, sino que es preciso ahondar en el tracto histórico y social que le rodeó desde los inicios del derecho laboral, descubriendo y remarcando al mismo tiempo, los fundamentos de carácter social que desde aquella época hasta la actualidad le sostienen y justifican.

En base a la explicación anterior entonces, conviene remontarse hasta los primeros antecedentes de la distribución del *trabajo libre* en la historia, lo cual tuvo lugar durante la organización política y económica de la edad media. En aquel momento, ante la hegemonía del poder monárquico como régimen político y la constitución del vasallaje como mecanismo de producción económica dominante, que relacionaba, de un lado, al señor feudal y, del otro, al vasallo o sirviente, surgió en paralelo la agrupación de cofradías o corporaciones de oficios, constituidas por artesanos especialistas en determinada materia u ocupación que, estableciendo reglas de organización a nivel gremial como la división del sistema ocupacional en tres niveles: aprendices, oficiales y maestros, tenían el objetivo de rentar sus servicios a quienes lo solicitaran, creando así el primer antecedente de la prestación remunerada del trabajo. Lo característico de estas agrupaciones es que, como señala Lupo Hernández Rueda (1985), a diferencia de la organización de artesanos en otros momentos históricos como en la collegia romana, las guildas germanas, sajónicas y escandinavas, o las sreni y asociaciones de agricultores, pastores y artesanos de la India, e incluso de las propias cofradías cristianas, las corporaciones de artesanos del medioevo

ostentaban una organización y régimen interno que “justifica tratarlo como una de las etapas singulares en la evolución del trabajo humano” (p. 26).

Así, estas corporaciones cooperativistas tenían un estatuto interno propio, consagrado entre los mismo miembros del gremio y que definía, entre otros asuntos, de acuerdo a Cabanellas (1949), citado por Lupo Hernández (1985), la distribución de la jornada de trabajo, la repartición de la materia prima necesaria para ejecutar las labores, la forma de realizar el trabajo, la calidad de la mercadería y de la obra que, por cierto, estaba dominada inicialmente por el anhelo de mejorar el arte y el oficio, la fijación de los precios del servicio que eran uniformes para evitar la competencia, los socorros mutuos o pensiones destinados a las viudas, huérfanos y obreros inválidos para el trabajo, y demás condiciones de trabajo necesarias para llevar a cabo el oficio sin generar el desgaste excesivo o exagerado de la mano de obra. Lo remarcable de estas organizaciones en relación a la jornada de trabajo, o sea, al tiempo de duración de la ejecución del trabajo, era no solo que se encontraba perfectamente reglamentado por las disposiciones internas a las que ya nos hemos referido, sino que además era contemplada en equilibrio para evitar la fatiga de los agremiados, de modo que el oficio pudiera realizarse con la perfección que se buscaba sin afectar la salud de los trabajadores. En consecuencia, según Montenegro Baca (1959), aunque el promedio de la jornada de trabajo durante el medioevo fuera de “sol a sol” esta no fue agotadora ni absurdamente extendida, debido a que, por un lado, la cantidad de días festivos calendarios durante aquella época, mayormente promovidos por la iglesia cristiana, abarcaban casi la mitad de los días laborables del año; y, porque por el otro, dado que en la mayor parte de la edad media, el comercio fue mínimo y reducido al feudo, no era necesaria la producción a gran escala, por el contrario había cuidado de la sobreproducción por parte de estos *trabajadores libres*.

En la evolución del sistema gremial, sin embargo, ocurrió que el libre desarrollo del artesano y la facilidad para que este, según sus aptitudes y dominio del oficio, ocupara luego de ser aprendiz, el puesto de oficial, y posteriormente, el de maestro, se degeneró comenzando por la imposición de exigencias adicionales para el avance de un grado al otro, como la ejecución de una obra maestra o el pago de impuestos o tributos extraordinarios, hasta el extremo de pervertir la posición con la injerencia de la política, admitiéndose el desarrollo de un nivel a otro a quien gozara el favor del señor feudal o del rey, y estuviera dispuesto a pagar una cantidad de bienes o dinero por su designación como maestro, e incluso hasta llegar a convertir esta posición en un cargo hereditario, transmisible solo por filiación a quienes fueran descendientes de maestros. Esto ocasionó que la libertad y el espíritu de perfección y justicia con el que se habían iniciado los gremios se alterara, convirtiéndose las cofradías en centros de dominio monopólico, donde un solo

grupo de personas, designadas como maestros bajo procedimientos injustos y contrarios a las creencias originarias, se encargaba de manejar la corporación, explotando a la mano de obra obrera a pesar de las reglas de los estatutos internos que ya poco fueron cumplidos y honrados.

Bajo este escenario, teniendo en cuenta que mientras más se culminaba el siglo XVIII, los procesos de descubrimiento, conquista y colonización de las tierras americanas y vírgenes, que durante casi dos siglos se habían desarrollado, comenzaba ya a impactar en el mercado económico de la época, las cofradías o gremios de artesanos del medioevo se fueron debilitando, diluyendo entre sus conflictos internos y la pujanza de la demanda activada por las necesidades militares y de consumo de los estados colonizadores y de los colonizados, al punto que con el advenimiento del vapor como fuente de energía industrial y el desarrollo del maquinismo, se hizo más que evidente la necesidad de modificar los modos de producción que hasta aquel momento habían predominado, reduciéndose la importancia productiva y económica de las cofradías e iniciándose la tan conocida Revolución Industrial de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, que cambió las relaciones de producción, gestando dos nuevas clases, el capitalista o patrono, detentor de los mecanismos de producción, y el trabajador asalariado o proletariado, cuya única mercancía de venta era su fuerza de trabajo y la enajenación de ésta, su fuente de sustento económico. La desaparición de las cofradías o corporaciones de oficios se consagró definitivamente con el Edicto de Turgot, en Francia, que declaró por abolidos los mismos, y posteriormente por la Ley Chapelier que las terminó por desaparecer, considerándolas como contrarias al nuevo orden de producción instituido.

La liberación de una nueva era de producción con el maquinismo de Watt y Corwigh, así, en palabras de Birnie (1940), citado por Guillermo Cabanellas (1960), generó el quiebre de la sencilla organización económica del siglo anterior, desviando la agricultura a la industria, arrebatando la población de la tierra para ser conducida en masas a las fábricas y talleres, de modo que el sirviente y el artesano cedieron sus oficios a la obra manufacturera, incrementándose el comercio exterior, la producción a gran escala y el tráfico mundial de materias primas y productos industriales. Ante ello, la tradicional distribución del trabajo hasta entonces controlada como se ha señalado por las cofradías de oficios, padeció también grandes alteraciones que decantaron el inicio de las luchas obreras y proletarias por la fijación de condiciones y derechos mínimos a favor de la nueva masa trabajadora industrial que se sometió al poderío, en gran medida abusivo y descontrolado, que el capitalista industrial ejercía sobre ellos, y al que aquella tenía que subyugarse por necesidad de obtener un salario que cubriera, en muchos casos de forma insuficiente, los gastos de sus necesidades primarias y básicas. El problema social que

entonces surgió entre la clase proletaria tuvo así diversos factores; no solo la abolición de las corporaciones de oficios y la pérdida total de estas sobre la producción de los bienes del mercado, que como ya se ha descrito dejó sin ocupación a una gran cantidad de artesanos y siervos que luego pasaron a ocupar los talleres y las fábricas del capitalista, sino también la necesidad de incrementar los índices de producción ante un mercado de mayor demanda que cobijada por la nueva política del *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar) del liberalismo económico, exponía al proletariado a condiciones contractuales abusivas y totalmente desventajosas, obligándole a alienar su trabajo aun contra su propia salud y bienestar.

La onda del liberalismo económico que entonces había sido proclamada por las ideologías innovadoras del siglo XVIII, asumida por la nueva clase burguesa emergente, constituida en su mayoría por mercaderes y comerciantes de gran y mediano éxito, y que encontró su revelación principal luego de la Revolución Política iniciada en Francia en 1789, con la lírica de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Convención Nacional francesa el 2 de octubre de 1789, contuvo la participación del Estado dentro del mercado, marginando su intervencionismo, y proclamando la libertad económica, la libertad de comercio, la libertad de empresa, la libertad contractual y la libertad de trabajo que hizo, por un lado, libres a los capitalistas y productores en la contratación de los medios de producción, incluido la mano de obra, que les fuera necesaria para llevar a cabo sus actividades, libres en la fijación del salario o costo mínimo al que adquirirían dichos bienes, y hasta libres, en el caso de la fuerza humana de trabajo, de despedir o cesar los servicios del personal contratado; y por el otro, libres a los obreros para vender su trabajo al precio que la oferta y demanda establezcan, libres para comenzar a laborar o dejar de hacerlo cuando mejor les parezca, de ahí que el naciente Código de Napoleón prohibiera la enajenación del trabajo o del servicio prestado por lapsos que sean temporales o para obras determinadas (Plá Rodríguez, 1978). Esto, según Gide, citado también por Caballenas (Cabanellas, 1960), hizo que el contrato del salario fuese tan libre como el de venta, y “mucho más simplificado; porque la ley no se dignó preocuparse de él, y la mano de obra se convirtió en una mercancía cuyo valor se regulaba por las mismas leyes que otra mercancía cualquiera” (p. 123)

Así, todas las condiciones de trabajo y, en particular la duración de la jornada laboral, quedaron a merced del capitalista, quien combinando la abstención del intervencionismo estatal en el desarrollo de sus actividades y la ventajosa posición contractual y de poder que ostentaba frente a la masa proletaria, elaboró la receta perfecta para imponer su voluntad en aquellas, extendiendo la jornada de trabajo diaria según las exuberantes demandas de producción que le exigía el mercado, la competencia rival, y el

constante deseo de incrementar sus utilidades; se fijaron así tiempos de hasta 17 horas de trabajo diario, con personal de todo género y edad, sin establecer un precio justo por cada hora de trabajo, ni mucho menos preocuparse por la salud del laborante. El estado de explotación del trabajador en relación a la cantidad de horas por las que debía enajenar su fuerza de trabajo, superó cualquier nivel suscitado en épocas anteriores, pues ni aun el señor feudal o el dueño del esclavo, si retornamos a los modos de producción anteriores, demostraban tal indiferencia frente al estado físico y mental de sus subordinados, considerando que de enfermar el vasallo o el esclavo, mermaría la producción. El capitalista, por el contrario, justificado por las libertades de contratación y de trabajo, podía exigir el cumplimiento de prolongadas jornadas de trabajo, sin interesarse en la salud del proletariado que, al dejar de ser productivo por estos motivos, podía ser fácilmente sustituido, teniendo en cuenta la gran masa de población que durante el siglo XIX pretendía ser contratada en las fábricas para obtener los ingresos necesarios para su manutención personal y familiar.

Este desenfreno liberalista en las condiciones de trabajo que aumentaba la brecha diferencial entre la clase capitalista o burguesa y el proletariado, enfrentado por las ideologías políticas y económicas comunistas, de Marx y Engels, y anarquistas, de Bakunin, críticas del rol del estado y del modelo económico de la época, coció entre la masa obrera el anhelo de la reivindicación de sus derechos como personas humanas, merecedoras de un desarrollo libre y adecuado, y el ánimo de la lucha revolucionaria por ello, tanto que se produjeron un número considerable de revueltas y manifestaciones proletarias en las calles, dirigidas contra la clase capitalista y el estado, a quien por cierto se le objetaba su pasividad y abstencionismo frente al problema social, interpretándolo, o más bien definiéndolo, como la parcialización de todo el aparato político a favor de las clases burguesas controladoras de los carriles económicos, jurídicos y políticos del momento. Así, por ejemplo con la difusión del *Manifiesto Comunista* de Marx y Engels el 21 de febrero de 1848, se dio el sello a las manifestaciones populares de la conocida Revolución de 1848, gestada durante el primer semestre de dicho año desde Francia hacia toda Europa Central e Italia, dejándose oír los reclamos de justicia del proletariado ante los poderes públicos en torno a ideales como *la distribución de la jornada de trabajo de ocho horas diarias*, que fuera pintada por primera vez en una bandera en la manifestación obrera de Victoria, Australia de 1856, como expresión del ideal de los *cuatro ochos*, según aquella progresista canción inglesa que proclamaba: “Eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep, eight hours shillis a day”.

Ahora bien, en concreto, de los primeros aportes hacia la regulación de la duración del trabajo, que no fueron pocos durante el hito histórico que se viene describiendo, es

preciso mencionarse a Robert Owen, industrial y filántropo inglés que, hacia 1817, fue el primero en reducir la jornada de trabajo a diez horas e introducir reformas sociales avanzadas para la época en su fábrica textil de New-Lanarck, las mismas que no siendo sino criticadas y repudiadas por otros industriales, impulsaron al singular empresario a emigrar a los Estados Unidos, en donde fundó las colonias de New Harmony, donde replicó también las reformas de carácter social en las que creía y que posteriormente hicieran que se le llamase como padre del cooperativismo y fundador del socialismo inglés. Aunque la actitud y las ideas de Owen padecieron de mucha resistencia por sus homólogos capitalistas, sirvieron de base y motivación para la continuidad de las reacciones obreras tanto en Inglaterra como en los países europeos vecinos, tanto que hacia 1819, en tierra inglesa, se dictó la primera ley que reducía la jornada de trabajo a doce horas para los niños de 9 a 16 años, y posteriormente en 1847, se implantó la jornada de diez horas en toda la industria textil. En el mismo sentido, también resulta remarcable la labor del belga Edouard Ducpétiaux, quien siendo considerado como uno de los precursores de los movimientos a favor de la legislación internacional de trabajo, tras analizar la situación de numerosos países, alegaba la idea de que “la reducción de la duración del trabajo ha de acarrear el aumento del número de trabajadores sin reducción de salario, si la medida se toma al mismo tiempo en todos los países industriales”, proponiendo así no solo la reducción especial de la duración del trabajo para los niños y el trabajo nocturno de los mineros y de las mujeres, sino también para todo trabajador adulto que, de acuerdo a sus formulaciones, debía constreñir su trabajo a ocho horas diarias, pues ello sería más ventajoso en términos de producción que a extenuante jornada de doce, dieciséis y hasta de dieciocho horas que regía durante aquella época.

La limitación de la jornada de trabajo a ocho horas, sin embargo, fue por primera vez debatida amplia y públicamente en agosto de 1866, en el Congreso Obrero de Baltimore, en Estados Unidos, y posteriormente, un mes después, en setiembre del mismo año, en Ginebra, en el primer Congreso de la Asociación Internacional de los Trabajadores (conocida como la Primera Internacional). En aquella oportunidad, el informe del Consejo Central de la Asociación dando cuenta de la reclamación ocurrida en Baltimore por parte de los trabajadores norteamericanos, instaba a la adopción de la limitación de la jornada de trabajo de ocho horas diarias para el mundo entero, lo que fue ampliamente resistido sobre todo por los delegados franceses, al punto que sin acuerdo alguno, el asunto fue nuevamente discutido en el Congreso siguiente de la Primera Internacional, celebrado en Lausanne en 1867. La reducción de la jornada de trabajo a ocho horas diaria entonces, seguía siendo una utopía perseguida por la masa obrera que, en realidad, fue de algún modo adaptada por disposiciones particulares y colectivas que ajustaban la duración de

trabajo a doce o diez horas diarias según la actividad y el género o la edad del trabajador. Llegándose a discutir así este tema también en las Conferencias Internacionales de Berlín de 1890, de Berna en 1905, 1906 y 1913.

Estallado y culminado el conflicto armado mundial de la época, la Gran Guerra de 1914, la sensación de gratitud que se sentía por parte de los poderes públicos a los ex trabajadores y soldados combatientes en el mismo, fue precisa para que la Carta de Trabajo elaborada en la última Convención en Berna, se incluya dentro del Tratado de Paz de Versalles en 1919, que no solo puso fin y sello al conflicto bélico generado en los años anteriores, sino que tuvo el mérito de reconocer la dignidad del trabajador como persona, señalando incluso que “la adopción por una nación de un régimen de trabajo realmente inhumano, es un obstáculo para los esfuerzos de las naciones deseosas de mejorar la suerte de sus trabajadores”, indicando también que la fijación de condiciones de trabajo injustas o míseras, provoca el descontento general de los pueblos, dificultando el desarrollo de la paz y la armonía universal, siendo imprescindible por ello reglamentar la jornada de trabajo diario y semanal. Así en su artículo 427° se aprobaron las siguientes resoluciones:

Las Altas partes contratantes... persuadidas como están de que el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio, piensan que hay métodos y principios para la reglamentación de las condiciones de trabajo que todas las comunidades industriales deberían esforzarse en aplicar.... Entre tales métodos y principios, las siguientes parecen a las Altas Partes Contratantes de una importancia particular y urgente: ....

4.- La adopción de la jornada de 8 horas, o de la semana de cuarenta y ocho horas, como fin para alcanzarse en todas partes donde aún no se haya obtenido

De este modo, creándose también a partir de la Sección XIII del Tratado de Versalles, la Organización Internacional de Trabajo (OIT), en el mismo año, del 29 de octubre al 29 de noviembre, en la ciudad de Washington, tuvo lugar la primera Conferencia Internacional de Trabajo a cargo de este nuevo órgano internacional creado para velar y discutir los problemas laborales subsistentes entre las naciones contratantes y las del mundo entero. Allí se reafirmó lo pactado en el mentado acuerdo internacional, forjándose el conocido Convenio N° 01 de la OIT, en cuyos articulados se incluyó predominantemente la regulación de la jornada de trabajo acorde con el principio de las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales que ya se habían establecido en el Tratado de Paz. La aplicación de este precepto sin embargo, fue de gran preocupación para las potencias

mundiales quienes temían que ello generara el encarecimiento de la producción, por lo que en Berna, en 1924, se reunieron los Ministerios de Trabajo de Alemania, Bélgica, Francia, Inglaterra e Italia; y posteriormente también en marzo de 1926 en Londres, donde se gestó el Acuerdo Interpretativo del Convenio de Washington de 1919, el que si bien no tiene la fuerza ni la forma de un convenio, ya que su creación se dio al margen de la participación de la Organización Internacional de Trabajo, sirvió como fuente interpretativa y directriz en la aplicación de la nueva estandarización de la jornada de trabajo. Así, en dicho documento se estableció que la duración de la jornada de trabajo se refiere, no al trabajo efectivo, sino *al tiempo que el obrero está a disposición del empleador*; de tal forma que el tiempo de espera debe computarse en el tiempo de duración, siempre que dentro de él exista la disposición efectiva de la fuerza de trabajo, excluyéndose los descansos durante los cuales el laburante no se encontrara a disposición de su patrono; y asimismo también se precisó que en los trabajos preparatorios y accesorios las horas suplementarios o en sobretiempo deberían pagarse con el salario normal y no con sobretasa.

Tales precisiones en torno a la jornada de trabajo fueron después discutidas en la Conferencia de Ginebra de 1930 promovida por la Organización Internacional Trabajo, y en la cual se produjo el Convenio N° 30 de la OIT que, haciendo suyo lo estipulado en el Acuerdo de Londres de 1926, prescribió en su articulado 2° que “la expresión horas de trabajo significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador, estarán excluido los descansos durante los cuales el personal no se halle a disposición del empleador”. Además de esta novedad, dentro del citado Convenio se incluyó la aplicación de la jornada de ocho horas y cuarenta y ocho semanales a los establecimientos comerciales, correos, telégrafos y teléfonos, así como los servicios comerciales de todos los demás establecimientos, dado que en el Convenio N° 01, producido en Washington, solo se circunscribía dicha reglamentación del tiempo de trabajo a los trabajadores industriales. De igual forma, el Convenio estableció exclusiones a la aplicación de esta limitación diaria y semanal de la jornada de trabajo, fijando que todo trabajador que fuere familiar del patrón, que laburando en una entidad pública actúe como órgano de poder, que fuere o desempeñe un cargo de dirección o de confianza en la empresa, o cuya labor se constituya por viajes o representaciones que se realicen fuera del establecimiento de trabajo, no se encontrará sujeto al lineamiento de la jornada de ocho horas.

Otros Convenios de importante mención respecto la regulación de la jornada de trabajo son Convención N° 31 votada en Ginebra el 18 de junio de 1931 sobre la limitación de las hora de trabajo en las minas de carbón; la Convención del 25 de junio de 1935, sobre la reducción de las horas de trabajo en las fábricas de botellas de vidrio; la Convención de 1939 que reglamentó la duración del trabajo de los trabajadores

camioneros, la misma que no debía excederse tampoco de las 48 horas semanales, teniendo en cuenta que las horas extras se abonarán con una sobretasa mínima del 25% y que ningún conductor de vehículo puede conducir más de 5 horas consecutivas y que en las 24 horas debe gozar de un descanso de 12 horas consecutivas. Por último también es preciso mencionarse las Conferencias de Ginebra de 1935, 1936 y 1937 en donde se discutió la jornada de trabajo de las 40 horas semanales. Sobre esto en particular, la jornada de 40 horas ha sido desde aquella época bastante discutida, al extremo de ser incluida en el Convenio N° 51 dado en Ginebra en 1936 por la OIT, que establece la jornada de 40 horas en las obras públicas, y el Convenio N° 61, de 1937, que aprobó ésta limitación de la jornada de trabajo para la industria textil, ambas sin embargo, fueron solo proyectos de Convenio que no alcanzaron el número mínimo de ratificaciones para convertirse en convenios propiamente dicho. Así hasta la actualidad la lucha de la reducción de la jornada de trabajo a las 40 horas semanales no ha sido generalizada en la ordenación de trabajo mundial, manteniéndose muchos de los países del globo con el sistema de las 48 horas semanales, como es el caso de los territorios en América Latina, exceptuando, desde luego, aquellas idiosincrasias donde la legislación de trabajo está mayormente cedida a la actividad sindical y colectiva, como ocurre en Europa y en Norte América, donde la regulación del tiempo de trabajo ha alcanzado otros niveles y estándares, al punto que, en el caso de España, la ordenación del trabajo se evalúa, en efecto, sobre las 40 horas semanales y las ocho diarias, o también en el caso de Francia, donde a partir de la Ley de Robin de 1996, se fijó la jornada de 35 horas semanales con el objetivo de reducir las tasas de desempleo en el país.

Situándonos ya netamente en el caso peruano, José Montenegro Baca (1959), divide la historia de la jornada de trabajo en dos etapas, una anterior a la promulgación del Decreto Supremo del 15 de enero de 1919 por la presidencia de don José Pardo, y otra posterior. En la primera, que temporalmente se extiende hasta 1918, ocurrió que luego del acto de independencia de 1821, la regulación de las condiciones de trabajo, al igual que en toda la cultura occidental, conforme a lo que ya se ha descrito en los párrafos anteriores, estaba sometida básicamente a la libre voluntad contractual del empleador y el trabajador, fórmula liberalista que históricamente se ha anotado como ineficiente y desprotectora de la salud y dignidad de la masa trabajadora, de modo que la insatisfacción entre aquella fue amplia y largamente gestada durante aquella data de tiempo, estallando manifestaciones y movimientos obreros en distintas zonas del país, a la par de la influencia de las ideas marxistas y reaccionarias trasladadas desde Europa occidental a suelo latinoamericano, al extremo que hacia enero de 1919, debido a la influencia de las recientes revoluciones melchevique y bolchevique en Rusia y de los movimientos obreros de Europa central, la

masa trabajadora decidida a salir a las calles en huelga incluyó a los empleados, estudiantes, trabajadores de alumbrado, panaderos y baja policía, así como a los valles azucareros del Norte del país, paralizándose las actividades en Lima, Callao y balnearios y todo el Norte, infundiendo el temor en el gobierno de turno presidido por José Pardo, del desencadenamiento de una huelga política en el país con el objetivo de derrocar al Ejecutivo, tan inestable en aquel entonces. De este modo, ante la presión general de la mayoría de sectores obreros del país, dada la participación del Dr. Manuel A. Vinelli, Ministro de Fomento de la época, quien luego de reunirse con la Federación de Estudiantes del Perú, apuntaló ante el Consejo de Ministros la aprobación de la medida de las ocho horas diarias amenazando con presentar su renuncia en caso que se accediese al pedido, y agregando la condición del Partido oficialista que se encontraba en peligro debido a la simpatía acogida por la población por la facción política contraria, representada por Augusto B. Legía, en la tarde del día 15 de enero de 1919 se expidió el Decreto Supremo que estableció legalmente por primera vez en nuestro país la jornada de ocho horas de trabajo.

No obstante, el Convenio N° 01 de la OIT que ratificaba dicha regulación estableciendo la jornada de 8 horas diarias y 48 semanales, no fue ratificado por nuestro país sino hasta el 08 de noviembre de 1945, de ahí que las Constituciones Políticas de 1920 y de 1933, no optaran por regular la jornada de trabajo directamente, relegando dicha labor a la legislación ordinaria, a diferencia de la pasada Constitución de 1979, en cuyo artículo 44 se precisó por vez primera la limitación de la jornada de ocho horas y de cuarenta y ocho semanales como derecho y principio constitucional, y asimismo la Constitución Política vigente de 1993 en su articulado 25°, que también regula el tiempo de trabajo en el mismo sentido, dándose origen a nivel ordinario, al Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo del 01 de Octubre de 1996, y al posterior Decreto Supremo 007-2002-TR, actualmente vigente, que regulan igualmente la duración del trabajo a razón de las 8 horas diarias y 48 semanales.

Es claro entonces, a partir de todo lo desarrollado hasta aquí, que la limitación y regulación de la jornada de trabajo es una problemática tan antigua como el derecho laboral mismo, y que, al igual que la fijación del salario mínimo, ha sido uno de los incidentes neurálgicos en la lucha y construcción de esta rama del derecho; originada en el extenso anhelo obrero de liberarse de tiempos de trabajo exagerados e inhumanos, impuestos verticalmente por el empleador en abuso de su poderío contractual en las relaciones de trabajo, y con la pretensión de vender su fuerza de trabajo bajo condiciones justas, equitativas y acordes a la dignidad humana, tal cual señalara Luigi de Litala (1946), citado Montenegro Baca (1959), cuando expresara que “la lucha por la disminución del horario de

trabajo es la lucha humana por la vida y la lucha por una vida humana” (p. 3); y del mismo modo este último autor, cuando precisa que es la jornada de trabajo la puerta de entrada a toda la legislación y al derecho del trabajo, de ahí que el ordenamiento laboral comenzara por regular, como se ha visto luego de la reseña histórica aquí detallada, aspectos relativos al tiempo de trabajo. El estudio de su definición, limitaciones y exclusiones, entonces, no puede hacerse al margen de este contexto histórico y social tan trascendental que nos exige un análisis concienzudo y delicado de la institución, no olvidando durante las elucubraciones teórico-jurídicas la razón social y humana de su constitución.

## **2. CONCEPTO DE JORNADA DE TRABAJO**

Habiendo culminado con la labor de describir el contexto histórico de la institución de la jornada de trabajo en el derecho laboral, corresponde proseguir con el análisis conceptual de la misma, para lo cual es preciso considerar que en tanto que la jornada de trabajo es una medida del tiempo del trabajo, es necesario para llegar a una delimitación conceptual correcta, referirse a la extensión o duración de dicha medida. Así, para este cometido, nos referiremos a la clasificación de los criterios de medición de la jornada de trabajo efectuada por el jurista trujillano José Montenegro Baca (1959), quien al abordar el asunto, señala hasta tres criterios: i) el del trabajo efectivo; ii) el de la dependencia en sentido restringido del trabajador; iii) y el criterio de la dependencia en sentido amplio del trabajador.

### **2.1. El Tiempo efectivo de trabajo**

Sobre este criterio en particular, para el mentado autor, se entiende que la jornada de trabajo “sólo abarca el tiempo que el trabajador efectivamente presta su esfuerzo al empleador” (p. 5), esto es lo que Mario de la Cueva (1980) describe como el *principio del trabajo efectivo*, discutido según menciona hacia 1930 por la Comisión de la Organización Internacional de Trabajo, luego de que en 1919 se estableciera la reglamentación de la jornada de trabajo en 8 horas diarias y 48 semanales, y que, históricamente, en 1926, a través del Acuerdo de Londres se discutiera lo relativo a lo que debían comprenderse por jornada de trabajo. Así, este autor mexicano precisa, igualmente, que bajo este principio, se entiende por hora de trabajo aquella durante la cual el laborante ejecute efectivamente las labores encomendadas. Esta interpretación de la jornada de trabajo deviene de la concepción contractualista de la relación de trabajo, en tanto que según ella es preciso fijar las prestaciones intercambiables por las partes sometidas por el contrato, lo que en el caso del trabajador, no se logra sino estableciendo una cantidad precisa de energía medible a través de un número determinado de horas en las que ella se despliegue; así solo la

prestación del trabajador solo se computaría por las horas de labor concreta que este realiza durante el día a favor de su empleador.

El inconveniente principal de este criterio de medición de la jornada de trabajo, se constituye no solo en lo dificultoso y ambiguo que es determinar la cantidad de labores efectivas o concretas que durante el día ejecuta un laborante promedio, sino también en el abuso que se generaría en contra del trabajador quien pese a disponer su fuerza de trabajo al empleador, tendría que esperar las órdenes de este para que inicie el cómputo de la ejecución efectiva de su trabajo, disponiendo en la realidad su tiempo de vida por jornadas superiores a las ocho horas, de hasta diez, doce o más, y según lo que fuera necesario para alcanzar el conteo exacto de las ocho horas de *trabajo efectivo*, piénsese en un restaurante que alcanza la concurrencia de sus comensales solo durante determinadas horas del día, de modo que los meseros que laboran en él, al margen del tiempo que dedican en la apertura y al cierre del local, gozarían de lapsos de labor no efectiva o concreta, hasta que comience la afluencia de clientes, debiendo por ello ceder un tiempo mayor a ocho horas diarias para alcanzar las ocho horas de labor efectiva, haciendo ilusoria el derecho de la limitación de la jornada a las ocho horas y cuarenta y ocho semanales. En este mismo sentido es que Mario de la Cueva (1955), citado por Montenegro Baca (1959), señala que este criterio podría ocasionar “que el trabajador permanezca 12 o 14 horas a disposición del patrono y es indudable que aun cuando solo trabaje, efectivamente, 8 horas no se alcanzaría de manera integral el propósito de la limitación diaria de la jornada” (p. 14).

Así, tanto históricamente como para la doctrina ha sido claro que acoger este criterio para conceptualizar la jornada de trabajo no es útil ni adecuado, en tanto que sería una puerta abierta para que el empleador logre subyugar al trabajador más allá de las 8 horas diarias o las 48 semanales, haciendo fútil entonces toda limitación de la jornada de trabajo, ya que, según cada actividad en particular, para que el laborante logre acumular la cantidad de trabajo que aquella delimita, siempre tendrá que extender su tiempo de vida cedido al empleador más allá de la jornada máxima, a fin de acumular el íntegro de las horas exactas o efectivas que se le requieren, vulnerando la salud del trabajador y la concesión de los espacios libres al día que se persigue con la limitación legal de la jornada de trabajo, a fin de que éste pueda desarrollar libre y adecuadamente como ser humano.

## **2.2. Dependencia en sentido restringido del trabajador**

Este criterio, para Montenegro Baca (1959), sostiene que la “jornada abarca todo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo” (p. 6). Los antecedentes de esta conceptualización de la jornada de trabajo se remontan hasta

el Acuerdo de Londres de 1926, el cual se suscitó por la consternación de los industriales capitalistas en la aplicación de la limitación de la jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 semanales que ya se había hecho extensiva a partir de la Convención de Washington de 1919 y el Convenio N° 01 de la Organización Internacional del Trabajo, pues parte de ellos comenzaron a utilizar dicha limitación a razón de este segundo criterio, contabilizando las horas de disposición de la fuerza de trabajo del laborante a favor suyo, cosa que sin duda fue más justa y congruente con la finalidad de la medida reglamentaria de la duración del trabajo; mientras que, otro sector industrialista, prefirió aplicar el principio del trabajo efectivo, explotando en demasía al personal a su cargo y afectando la competencia con las primeras industrias, quienes se escandalizaba por la disminución de la producción que en comparación con estos últimos les generaría. Así, el documento en cuestión, precisó que “por jornada de trabajo se entiende el tiempo durante el cual el trabajador permanece en la negociación a disposición del patrono”; criterio que posteriormente fuera acogido también en Ginebra, en junio de 1930, por la Convención N° 30 de la OIT, en cuyo articulado 2° se señala que: “la expresión horas de trabajo significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador”, excluyéndose “los descansos durante los cuales el personal no se halle a disposición del empleador”.

Mario de la Cueva (1980), relata este suceso señalando que la Comisión que analizó en 1930 esta temática, dispuso la preferencia del *principio del tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono* sobre el *principio del trabajo efectivo*, estableciendo en la nueva idea de la jornada de trabajo en torno a que el deber del trabajador consiste únicamente “en poner su energía de trabajo a disposición de la empresa por el número de horas que se hubiese determinado, por lo tanto, la no utilización de la energía de trabajo es *un riesgo de la empresa*”. Lo que ocurre entonces entre el primer y segundo criterio, es un traslado del riesgo de la efectividad de la ejecución del trabajo, pues, en el primero, en base al trabajo efectivo, es el trabajador quien asume la inejecución de las labores, debiendo como consecuencia, extender el tiempo de vida cedido a su empleador por el margen que sea suficiente para que la contabilización de las horas de labor efectiva concreta alcance el límite legal establecido, esto es, en el escenario dado, las 8 horas diarias o las 48 semanales; bajo el segundo criterio, por el contrario, una vez que el trabajador se encuentra dentro de las instalaciones de la empresa, y por ende, dispone su tiempo y fuerza de trabajo a su patrono, es éste quien asumirá sus tiempos de inactividad, computándose estos como parte de la jornada de trabajo en tanto que el empleador no dispusiera orden alguna o no los aprovechara para la efectuación de trabajo alguno.

Por otra parte, es evidente que entre la expresión regulada por el Convenio N° 30 de la OIT, y la expresada por José Montenegro Baca, existe una sutil diferencia generada para dar mejor definición al concepto; esta es la necesidad de que la disposición del trabajo ocurra “dentro del centro de trabajo”. Frente a ello, resulta imprescindible reconocer lo que se entiende por centro de trabajo, sobre todo si se evalúa que en determinadas actividades, el lugar de ejecución del trabajo puede encontrarse distanciado del centro de ingreso del trabajador a la empresa e incluso del espacio físico en el que éste registra su entrada o su salida; o también que, para complicar aún más este asunto, la marcación de la asistencia se efectúe en el mismo espacio donde se ejecutan las labores en concreto, lo que, en caso que este se encuentre distanciado del centro de ingreso a la empresa, plantearía la incertidumbre de si el espacio de tiempo transcurrido entre el ingreso y el arribo al lugar de las labores (y por ende, al registro de la asistencia), también denota la disposición de la fuerza de trabajo al patrono, o sea, si es parte de la jornada de trabajo.

Al respecto, es preciso recurrir a lo señalado por Manuel Alonso Olea (1974) y por Colotti (1954), ambos citados por Néstor del Buen (1985), respecto a que “por jornada de trabajo se entiende el tiempo que cada día se dedica por el trabajador a la ejecución del trabajo” y que la jornada es el “tiempo durante el cual, diariamente el trabajador se encuentra a disposición del patrón para cumplir la prestación que le impone el contrato de trabajo” (p. 146). Del mismo modo, es útil lo acotado por Carlos Alfonso Mellado (2007), quien refiriéndose a la legislación española, concluye que por hora de trabajo debe entenderse todas aquellas que impliquen la prestación efectiva de servicios o la permanencia del trabajador dentro del centro de trabajo a disposición del empleador, y además los “desplazamientos entre el centro de trabajo y el lugar de realización de un concreto servicio” (p. 64), pues considerando que la jornada de trabajo se inicia y termina en el puesto de trabajo todos los desplazamientos que en el intermedio se generen por orden del empleador o por necesidad misma del servicio, no pueden sino constituir horas de trabajo efectivo.

Así, dentro de la jornada de trabajo habrá de contabilizarse todo el tiempo de vida que es enajenado por el trabajador a favor del empleador para la ejecución de las labores para las que fue contratado, y durante el cual, por ende, se encuentra subyugado a las órdenes del patrono aun cuando no se encuentre en el lugar donde hará efectivo su trabajo, asumiéndose un concepto amplio del “centro de trabajo”, según el cual se entiende por tal tanto al espacio físico de ingreso a la empresa como aquel donde se realizarán el trabajo en concreto, ya que en ambas situaciones el trabajador no es más dueño de su tiempo de vida sino que se ha sometido al poder directivo de su empleador, siendo circunstancial el hecho de que el trabajo en concreto se realice o no en centros alejados al de ingreso o que

la marcación de la asistencia se haga en aquellos e incluso que, como sucede en las plantas azucareras del Norte de nuestro país, los laburantes deban esperar el paso de los mayordomos (antiguamente llamados caporales) para que se registre su asistencia. Se toma así la interpretación más acorde con el carácter de subordinación y dependencia que ostenta la relación de trabajo, de modo que por jornada de trabajo se comprenda “todo el tiempo que el trabajador no puede disponer libremente” (Montenegro Baca, 1959, pág. 16), subyugando su energía de trabajo al patrono.

### **2.3. Dependencia en sentido amplio de trabajador**

Pese a que el eje principal de este criterio, al igual que en el anterior, es la disposición de la fuerza de trabajo a favor del empleador, considerando en tal la desposesión por parte del laburante del tiempo de vida cedido por la subordinación que se acepta en el contrato de trabajo, en este caso, se asume que los márgenes de tal enajenación incluyen no solo el tiempo que el laburante permanece dentro del centro de trabajo (este entendido en el sentido amplio ya explicado), sino todo aquél fuera de él pero que sea utilizado para razón del trabajo, como es el tiempo dedicado por el personal para trasladarse de su domicilio al centro de trabajo, y que Montenegro Baca (1959), denomina como *tempus in itinere*, sosteniendo que también durante dicho lapso el trabajador se encuentra subordinado al empleador y le cede parte de su tiempo de vida, por lo que debe ser considerado como parte de la jornada de trabajo siempre que el tiempo invertido en el traslado sea considerable, pues “si es más o menos corto, no vale la pena computarlo porque su computación acarrearía inúmeros problemas antes que beneficios”.

Sin embargo, aunque este criterio se observe más favorable a las labores agrícolas, portuarias o mineras, su aplicación no es del todo satisfactoria, no solo por las dificultades e inconvenientes que representaría al empleador controlar que el tiempo de traslado del domicilio al centro de trabajo utilizado por su personal sea el promedio correcto, sin que existieran retrasos o dilaciones ocasionados por el propio trabajador para disminuir su jornada efectiva, sino porque además durante dicho espacio, en realidad, no se produce una subordinación y dependencia total del tiempo de vida ni de los servicios del trabajador, ya que en él no puede el empleador disponer órdenes, mandar el acatamiento de una sanción o efectuar cual otra manifestación del poder directivo que ostenta a razón del vínculo de trabajo, siendo libre el trabajador de salir la cantidad de horas anticipadas que necesite de su domicilio y de realizar las actividades previas que más le interesen o convengan, reservándose la disposición de su tiempo.

## **2.4. El criterio asumido por la legislación peruana**

Para empezar el TUO de la Ley de Jornada, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobada por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, aunque en su artículo 1° reproduce la limitación de la jornada en 8 horas diarias y 48 semanales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25° de la Constitución, no contiene referencia directa alguna a qué se debe entender por jornada de trabajo ni qué es una hora de trabajo efectivo; así tampoco su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR; de modo que en la legislación nacional no existe una referencia exacta sobre este asunto, lo cual complica en un primer instante la determinación del criterio al cual nuestro ordenamiento laboral ha decidido asumir en lo que respecta al concepto de la jornada de trabajo, más aún si el Convenio N° 30 de la OIT, que podría servir de interpretación para esto, no ha sido ratificado por nuestro país. No obstante, aproximándonos hacia una solución, se puede revisar el artículo 7° del mencionado DS N° 007-2002-TR, que estableciendo que “el tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos”, señala que este “no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto.”. Asimismo el artículo 5° de la Ley 27607, que prescribe que la duración del trabajo de los laburantes porteadores incluye el tiempo dedicado:

- 1.- Estar a disposición del empleador en el punto inicial de la expedición para realizar el transporte de carga contratada;
- 2.- Transportar la carga asignada durante la expedición;
- 3.- Otras actividades personales o auxiliares propias de su obligación, mientras dura la expedición; y
- 4.- El tiempo empleado al término de la expedición, para trasladarse hasta el punto de partida o regreso u otro fijado en común acuerdo con el empleador.

De esta forma, partiendo de ambos enunciados normativos, que son los únicos explicativos acerca del concepto de la jornada de trabajo, se puede concluir que el legislador peruano ha tenido en mente utilizar el segundo criterio, comprendiendo que se contabilizará dentro de la jornada de trabajo todo tiempo por el cual el laburante disponga de su fuerza de trabajo a favor del patrono; de otro modo, no cabría justificación para que en el caso de los trabajadores porteadores dentro de la duración del trabajo se incluya el tiempo de la expedición computado desde la puesta a disposición a favor del empleador, hasta el retorno al punto de partida o de retorno, esto es, hasta que acabe la cesión de su

energía de trabajo al mismo; y de igual forma con el refrigerio, ya que regulado este, por el mentado artículo 7° del DS N° 007-2002-TR, como el tiempo dedicado por el trabajador para la ingesta de sus alimentos, se asume que durante el mismo cesa la puesta a disposición de la energía de trabajo a favor del empleador. A favor de esta interpretación apunta la doctrina nacional más autorizada, según la cual la jornada de trabajo “no es otra cosa que la duración de la puesta a disposición del empresario de la actividad del trabajador y cuyo cómputo ha de realizarse de forma diaria o semanal” (Arce Ortiz, 2013, pág. 431); dejando claro Toyama Miyagusuku (2015) que si bien en la normatividad peruana no existe mayor precisión sobre este asunto, se evidencia que el cómputo de la jornada se hace en base a la *puesta a disposición efectiva del trabajador*, no estando comprendidos dentro de la misma la “mera presencia del trabajador en la empresa, el cambio de ropa, el traslado interno, etc.”, remarcando que “la puesta efectiva a disposición del trabajador –aun cuando no exista un trabajo real– se encuentra dentro de la jornada de trabajo.”

Adicionalmente a ello, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, también aporta a favor el segundo criterio, descartando que en nuestra legislación laboral deba asumirse como concepto de la jornada de trabajo el primer o tercer criterio antes estudiados, pues, por el lado del *trabajo efectivo*, es claro que se vulneraría el derecho de toda persona al disfrute del tiempo libre y al descanso, de acuerdo al inciso 22 del artículo 2° de la Constitución Política, sometiendo a que el trabajador disponga de su fuerza de trabajo y de su tiempo de vida en cantidades superiores a la jornada máxima legal, con el fin de que computar las 8 horas de trabajo efectivo diario, haciendo ilusoria a la vez el principio limitativo de la jornada que la propia Constitución en su artículo 25°; y asimismo, en cuanto a la *disposición de trabajo en sentido amplio*, se relativizaría la subordinación como rasgo definidor de la relación de trabajo y por ende útil para determinar el inicio de la jornada laboral, ya que en el tiempo de traslado del domicilio del laborante al centro de trabajo no existe proyección mínima alguna del poder directivo del empleador, y además se impondría en el cómputo de la jornada un criterio que notablemente es ambiguo e incierto, pues no es similar la distancia que cada trabajador recorre para llegar al centro de trabajo, teniendo que computarse en algunos casos un tiempo superior a otro, o asumirse en su defecto un criterio uniforme para todos que, en estricto no hace justicia a la finalidad de este tercer criterio; ello sin perjuicio de que en la mayoría de actividades donde el centro de labor efectiva o las instalaciones de la empresa se encuentran lejos de la residencia del trabajador, por ejemplo en lugares rurales o mineros, la opción común es dar domicilio o albergue a estos en lugares cercanos, maximizando así su disponibilidad para el trabajo y aplicando preferentemente jornadas acumulativos o compensatorias para remediar los excesos que los límites horarios del artículo 25° de la Constitución se cometan.

Así pues, no cabe mejor conclusión que dentro de nuestro sistema normativo de trabajo, por jornada laboral debe computarse todo el tiempo que el laborante ceda o disponga su fuerza de trabajo al patrono, no solo dentro del centro laboral sino incluyendo los desplazamientos que aquel efectúe por órdenes de este mismo para ejecutar las actividades que le han sido encomendadas, pues en estos tiempos a fin de cuentas, también existirá una disposición de la energía de trabajo por parte del personal a favor del empleador. Esto, teniendo en cuenta la interpretación que internacionalmente es impuesta por ya analizado artículo 2° del Convenio N° 30 de la OIT, y que dentro del contrato de trabajo la prestación intercambiable al salario, según el concepto de remuneración que se ha estudiado y asumido en el capítulo anterior de este marco teórico, es justamente la disposición de la fuerza de trabajo, siendo lógico que la jornada como herramienta de medición de dicha prestación, se refiera pues a la duración de tiempo por el que la fuerza o energía de trabajo se dispone.

### **3. CLASIFICACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO**

Ahora bien, acerca de la clasificación de la jornada de trabajo, ítem que corresponde desarrollar hacia el estudio teórico de la jornada como institución jurídica, se describirá, en estricto, en base a las siguientes clasificaciones que se han obtenido de un análisis sistemático de la doctrina, a saber: i) por la duración de la prestación, jornada ordinarias, jornada extraordinarias, jornada atípicas o acumulativas; ii) en atención al horario de trabajo, jornada diurna y jornada nocturna; iii) por la aplicación o continuidad del esfuerzo, jornada continua, jornada a tiempo corrido, jornada partida, jornada intermitente, y jornada a tiempo parcial; iv) por la forma de la remuneración, jornada por unidad de tiempo y jornada por unidad de obra o producción.

#### **3.1. Según la duración de la prestación**

##### **3.1.1. Jornada ordinaria**

Para el jurista nacional José Montenegro Baca (1959), se entiende por esta a la jornada normal de trabajo, entendida la normalidad no como la referencia al límite máximo de trabajo establecido por ley, sino a la duración habitual del trabajo dentro de la empresa, que puede ser inferior o bien coincidir con la regla legal de las ocho horas establecidas, en nuestra legislación, por el artículo 25° de la Constitución Política de 1993 y en el artículo 1° del DS N° 007-2002-TR. Esta es la razón por la que el propio artículo 1° del último texto legislativo mencionado, establece en su segundo párrafo

que: “Se puede establecer por Ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias”, y también en el artículo 3° del mismo que en los centros de trabajo donde “rijan jornadas menores a ocho (8) horas o cuarenta y ocho (48) horas a la semana, el empleador podrá extenderlas unilateralmente hasta dichos límites, incrementando la remuneración en función al tiempo adicional”.

Así, se pueden identificar hasta cuatro situaciones, relativas distintas fuentes de derecho, a partir de las cuales tal situación puede generarse en la relación de trabajo. Es posible que la reglamentación de la duración de la jornada se pacte a nivel colectivo, de acuerdo a las normas del artículo 41° y siguientes del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, de manera que si, por ejemplo, en el acuerdo colectivo se fija que la jornada diaria será solo de 7 horas de trabajo, de ejecutarse labores en la octava hora, esta se considerará como extraordinaria o de sobretiempo, debiendo cancelarse el recargo salarial que también colectivamente se hubiera establecido. Del mismo modo, es factible que la regulación del tiempo de labores se efectúe por acuerdo individual entre las partes, dentro del contrato de trabajo, el cual teniendo fuerza de ley entre las partes según el principio *pacta sunt servanda*, obligaría que el empleador reconozca y cancele como tiempo extraordinario de trabajo todo aquel que supere el límite establecido consensualmente, aun cuando este fuera inferior a la jornada máxima legal. También es posible que la fijación de la jornada de trabajo, como señala el artículo 1° del mentado DS N° 007-2002-TR, se realice por decisión unilateral del empleador, esto es, que se incluya dentro de los instrumentos de gestión y de reglamentación en la relación de trabajo, piénsese en el Reglamento Interno de Trabajo (RIT) de la empresa, o cualquier otra directiva o documentación similar que cumpla la misma función. Y por último, puede ocurrir igualmente que el límite ordinario de la jornada de trabajo se origine por costumbre dentro del centro de trabajo, la cual aunque no ostente ningún reconocimiento escrito, en tanto sea repetitivo y manifieste un yugo de obligatoriedad en su cumplimiento por parte de todos, tendrá los mismos efectos normativos que todas las disposiciones anteriores, calificando de extraordinario todo tiempo que sobrepase los márgenes de labores aceptados por costumbre, de modo que el empleador tenga también que cancelar la sobretasa respectiva, pese a que el total de lo trabajado su supere la jornada máxima legal de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

### 3.1.2. Jornada extraordinaria

Habiendo establecido en el punto anterior que existen dos clases de jornadas ordinarias, una que, por pacto colectivo, individual, por decisión unilateral del empleador o por costumbre, se connota como inferior a la jornada máxima legal, y otra que se constituye en igual medida que la jornada máxima legal, se puede definir que serán horas o jornadas extraordinarias de trabajo aquellas que superen dichos límites, ya sea, la jornada ordinaria inferior a la máxima legal, o esta última, cuando es ella la que marca el tiempo de trabajo en la empresa. En este mismo sentido, Carlos L. Alfonso Mellado (2007), profesor de la Universidad de Valencia, señalando la posibilidad de que los convenios colectivos concreten una jornada máxima de trabajo inferior a la jornada máxima legal, o que ello ocurra, en su defecto, en el contrato individual de trabajo, explica la generación de dos escenarios posibles. El primero, que el trabajador realice horas de trabajo, por encima de los límites establecidos en el contrato o en el convenio colectivo, que resulten superiores también a la jornada legal máxima, lo cual hace indiscutible que se trata de horas extraordinarias de trabajo; y el segundo, que aunque la jornada trabajada supere la establecida contractual o colectivamente, no exceda la máxima legal, ante lo cual “si el convenio o el pacto no establecen ningún otro matiz esas horas de trabajo debe considerarse como horas extraordinarias”.

En este último supuesto, sin embargo, para el autor señalado, es preciso que tanto el convenio colectivo como el contrato de trabajo que deciden reducir la jornada de trabajo respecto de la máxima legal, se ocupen de regular las condiciones en las que la misma se disfruta, ya que de lo contrario estaría en peligro no solo la calificación del trabajo excedente como jornada extraordinaria, sino también su forma de retribución, que podría, en caso que no existiera mayor reglamentación, sujetarse a la absoluta libertad del empleador, y ser cancelado en sumas inferiores al valor de la hora ordinaria. Al respecto, aunque tal supuesto e interpretación resulten factibles en el contexto legislativo español, harto flexible según La Ley de Estatuto de Trabajadores, y en el que además, en materia de trabajo, predomina la negociación colectiva; en el ámbito nacional, el problema de la calificación y de la forma de retribución de las horas extraordinarias que no superen los parámetros máximos legales, se soluciona, por un lado, en la propia técnica legislativa del artículo 1º del DS N° 007-2002-TR, que al establecer una definición amplia de la jornada ordinaria, no circunscrita solo a la equivalencia de la jornada a los máximos de ley, facilita la definición de la *hora extraordinaria* como toda aquella que exceda los márgenes de trabajo regulados en la empresa, sea que tales fueran inferiores o coincidentes con

la máxima legal; y, por otro lado, en el enunciado normativo del artículo 10° del mismo texto normativo que establece lo siguiente: “El tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) ... y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes”. Así, la retribución de las horas extraordinarias que superen la jornada ordinaria establecida por convenio colectivo, por el contrato individual de trabajo o cualquier otra fuente, en caso que no fueran reguladas, tendrán que cancelarse con la sobretasa mínima establecida por ley, cual es de 25% por las dos primeras horas y de 35% en las restantes.

Por otro lado, cabe precisar que de acuerdo al artículo 9° del DS N° 007-2002-TR, la prestación del trabajo en jornada extraordinaria es voluntario, el trabajador no puede ser obligado a ejecutarla salvo que dicha labor resulte necesaria por consecuencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor que “ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva”; la imposición del trabajo en sobretiempo, de acuerdo a dicha normativa, no solo es considerada como una infracción administrativa de tercer grado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, sino que genera el adeudo indemnizatorio equivalente al 100% del valor de la hora extra. En cualquier caso, sea que la prestación de la hora extraordinaria es voluntaria o impuesta por la concurrencia de los supuestos precitados, el pago de la sobretasa se hará igualmente en los porcentajes señalados por el artículo 10° del mismo texto legal, tal cual lo establece el artículo 19° del Reglamento de la ley, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR

### **3.1.3. Jornada atípica o acumulativa**

Para Jorge Toyama Miyagusuku (2015), se trata de una jornada distinta a las ocho horas diarias de trabajo, pero que respeta las 48 horas semanales, que solo aplican cuando existen condiciones que lo justifican, mayormente porque el desarrollo de la actividad se ejecuta en zonas alejadas al hogar, como en minas, pesca o hidrocarburos; de forma que el trabajador se compromete a la labor en jornadas extendidas, para gozar luego de “descansos prolongados compensatorios (por ejemplo, 4 x 3 o 14 x 7), respetándose tanto los días de descansos semanales como las horas máximas de trabajo” (p. 421). La normativa de trabajo, en el artículo 2° inciso 1 literal c) y el artículo 4° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, permite

que, en efecto, el empleador establezca regímenes especiales de trabajo, maleando la jornada de labores según las necesidades particulares de la empresa, siempre que con ello no se exceda el límite de las 48 horas semanales. Se trata pues de una medida de flexibilización de los límites legales de la jornada de trabajo a favor del empleador, para que este, atendiendo a la naturaleza de su actividad, pueda valerse de la fuerza laboral que necesita para desarrollarla, sin afectar los derechos del trabajador.

En estos casos, la fórmula propuesta por el artículo 9 del Reglamento, DS N° 008-2002-TR, para determinar si las horas trabajadas en la jornada o ciclo atípico no se exceden del límite máximo legal, consiste en dividir el total de horas laboradas entre el número de días del ciclo, incluyendo los días de descanso, de modo que el resultado obtenido sea igual a ocho; en el mismo sentido, también resulta útil dividir el total de número de horas extraordinarias superiores a la máxima legal que fueron trabajadas en el ciclo, entre ocho, de modo que el resultado sea equivalente o inferior a los día de descanso de la ciclo atípico. Desde luego que, en el caso que utilizando cualquiera de las dos fórmulas, el resultado arrojará la existencia de un excedente en horas de trabajo no compensadas, el empleador estaría obligado a pagarlas, lo cual habría de efectuarse al momento del pago de la remuneración del trabajador, sea cual fuera la periodicidad con que ello ocurra (semanal, quincenal o mensual), descartando la necesidad de que transcurra todo el ciclo de trabajo o un periodo superior para determinar el sobretiempo excedente adeudado, ya que este es factible de ser conocido y determinado desde el inicio del vínculo de trabajo al establecerse el tipo de jornada atípica y el horario de trabajo diario que regirá durante el mismo.

Por otra parte, es necesario hacer presente que en lo que se refiere a este tipo de jornadas, el Tribunal Constitucional (TC) de nuestro país, en la sentencia emitida en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC (Caso Sindicato de Trabajadores Toquepala y Anexos, 2006), y en su posterior del 11 de mayo del mismo año, en el fundamento 14 de esta última, precisó que “no son compatibles con la Constitución las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarentiocho (sic) semanales para un periodo de tres semanas, o un periodo más corto”; ello en base a lo establecido en el artículo 2° literal c) del Convenio N° 01 de la OIT, ratificado por el Perú en noviembre de 1945, el mismo que señala la duración del trabajo podrá exceder los límites de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales “siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado por un periodo de tres semanas o más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana” Así, aunque a través de la fórmula prevista legalmente, basta que el

ejercicio no arroje un tiempo de trabajo superior a las ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, independientemente de la cantidad de semanas de trabajo que acumule el ciclo atípico, para el Tribunal Constitucional existen dos consideraciones por las cuales se juzga principalmente la constitucionalidad de la jornada atípica; una, relativa a que el número de semanas que constituyen el ciclo atípico no puede ser superior a tres; y dos, que el promedio de calcule a razón de la cantidad de semanas del ciclo, de modo que el resultado no supere las cuarenta y ocho horas semanales.

Para ser más ilustrativos en este extremo, piénsese en una jornada de trabajo de trabajo que sí cuente con las tres semanas, por ejemplo de 14 x 7 (21 días = 3 semanas), con 12 horas de trabajo diario; bajo el esquema legal, la multiplicación de las 12 horas diarias por los 14 días, arrojaría un total de 168 horas de trabajo, que divididas entre el número total de días del ciclo, esto es, 21, resultarían en 8 horas diarias, con lo cual se aprueba la validez y legalidad de la jornada atípica; utilizando el criterio propuesto por el Tribunal Constitucional, por otro lado, se tiene que el total de las horas trabajadas en el ciclo, esto es, 168 horas, divididas entre el número de semanas del mismo, esto es, de 3 semanas, el promedio de horas trabajadas por semana es de 56, superior en 8 horas del límite de las 48 horas semanales establecidas en el artículo 25° de nuestra Constitución, por lo cual la jornada atípica pasaría a ser inconstitucional. Efectuando otro ejemplo, si escogiésemos una jornada atípica de 28 x 14 con 12 horas de labor diaria, que es bastante común en la actividad minera, según el esquema legal, se tendría un total de 336 horas laboradas en el ciclo, que divididas entre los 42 días del mismo, arrojarían el total de 8 horas de labor diaria, respetando los parámetros máximos de ley; sin embargo, bajo el criterio del Tribunal, la utilización de dicha jornada atípica estaría descartada de plano, ya que al representar un total de 42 días, o sea, de 6 semanas, estaría excediendo el ciclo de 3 semanas al que se refiere el artículo 2° del Convenio N° 01 de la OIT.

Sin embargo, aunque el criterio del TC, se observe contrario a lo dispuesto en la legislación ordinaria, tal cual lo manifiesta Toyama Miyagusuku (2015), el fin de ello ha sido la necesidad de proteger la salud del trabajador sujeto a tales regímenes de trabajo que, presentándose por lo general en actividades de alto riesgo, como la minería, hidrocarburos, extracción petrolera, y demás afines, ponen notablemente en peligro la integridad física del laburante al extenderse más allá del parámetro de 3 semanas; periodo que además no resulta arbitrario, sino acorde con los Convenios de la OIT ratificados por el Perú que, de acuerdo al artículo 55° de la Constitución Política “forman parte del derecho nacional”. No se trata entonces en absoluto, de una prohibición en el uso de jornadas atípicas en los centros de trabajo, ni una

regulación exagerada de las mismas, sino la interpretación de la figura en concordancia con los derechos, la vida y la integridad de los trabajadores, sin que se pierda de vista por ello, la necesidad de permitir al empleador la flexibilización y organización de los tiempos y horarios de trabajo según la naturaleza de su actividad económica.

## **3.2. Según el horario de trabajo**

### **3.2.1. Jornada diurna**

Notablemente será esta la que se realice durante el periodo del día que la legislación considere como turno diurno; para nuestro caso, el artículo 8° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, establece en su último párrafo que: “se entiende por jornada nocturna el tiempo trabajado entre las 10:00 pm y 06:00 am”; por lo que, contrario sensu, la jornada diurna es la que está comprendida entre las 06:00 am y las 10:00 pm. La necesidad de efectuar esta clasificación en la jornada de trabajo, insta en la diferencias del esfuerzo y desgaste físico del trabajador por la ejecución de labores en ambos turnos; es evidente que no conlleva el mismo valor prestar servicios durante el día que en la noche, menos aun cuando, a pesar de la ligereza del trabajo, o las costumbres personales del laborante, el turno nocturno está natural y biológicamente dedicado a reponer las fuerzas y energías utilizadas durante el día, por lo que no descansar bien y, más aún, efectuar labores físicas por más ínfimas que sean, genera ya de por sí un desgaste de mayor grado que durante el turno diurno. Tal situación ha sido evaluada pues por la legislación nacional a fin de que, efectuando una calificación distinta de las jornadas, se establezcan compensaciones o medidas especiales en cada una de ellas.

### **3.2.2. Jornada nocturna**

Siguiendo la definición anterior, en contraposición, será jornada nocturna toda aquella que se preste desde las 10:00 pm hasta las 06:00 am, de acuerdo a la norma citada en el punto anterior. Lo particular en relación a esta, es que el legislador no ha previsto mayor protección o compensación que el incremento remunerativo que fija el artículo 8° del DS N° 007-2002-TR, incluso este resulta ínfimo ya que únicamente bonifica a aquellos trabajadores que perciban una remuneración inferior a la remuneración mínima vital más el 35% de esta, de manera que todo aquel que labore en turno nocturno debe percibir una remuneración mensual, quincenal o semanal equivalente a dicho monto; precisando el artículo 17° del Reglamento, DS N° 008-

2002-TR, que en caso que las labores se presten en ambos horarios, diurno y nocturno, la sobretasa “para determinar la remuneración mínima a que se refiere el artículo 8° de la Ley, se aplicará en forma proporcional al tiempo laborado en horario nocturno”. Así, se excluye la posibilidad de que cualquier trabajador que perciba una remuneración superior a la mínima vital más su 35%, obtenga una bonificación o compensación económica por sus servicios en horario nocturno, sin considerar el desgaste físico, ni el esfuerzo adicional que los mismos significan.

Es remarcable también que la compensación aludida, en caso que exista una jornada mixta de trabajo, o sea, que se desarrolle tanto en turno diurno como nocturno, se fije por proporcional a la cantidad de horas trabajadas en turno nocturno; enunciado que, como insiste Toyama Miyagusuku (2015), respecto a toda la regulación de la jornada nocturna, refleja que “el Estado no considera otros aspectos para compensar o volver menos gravosa la prestación de servicios en jornada nocturna” (p. 419). Situación diferente es, por ejemplo, la que ocurre con la Ley de Estatuto de Trabajadores de España, en cuyo articulado 36° inciso 1° se considera como trabajador nocturno a todo aquel que ejecute “en periodo nocturno una parte o inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual”. De este modo, es claro que la política legislativa nacional en torno a este asunto ha retrocedido en los fines del derecho del trabajo, olvidando la penosa carga que se impone al laburante nocturno en el despliegue de sus labores, a fin de compensarle o protegerle por el desmedro que a su salud padece por las mismas.

### **3.3. Por la aplicación o continuidad del esfuerzo**

#### **3.3.1. Jornada continua**

Para Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez y Joaquín García (2000) esta se define como “aquella en la que la prestación diaria se realiza ininterrumpidamente” (p. 551); casi de modo similar José Montenegro Baca (1959), señala que esta es aquella que se ejecuta sin más suspensiones que las permitidas por ley o establecidas en el reglamento interno o también por negociación colectiva; así, la jornada continua será la “jornada normal u ordinaria que prestan los trabajadores en general, dividida en dos medias jornadas con un descanso de determinado lapso entre ambas”. Al respecto el artículo 7° del DS N° 007-2002-TR señala que: “en el caso de trabajo en horario corrido, el trabajador tiene derecho a

tomar sus alimentos de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario”; tal tiempo, como también señala el artículo 15° del Reglamento, DS N° 008-2002-TR, no deberá ser inferior a 45 minutos, y deberá coincidir con los horarios habituales del desayuno, almuerzo o cena, o sea, de cualquiera de las alimentaciones principales a las que se refiere el artículo 6° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, DS N° 003-97-TR.

### **3.3.2. Jornada a tiempo corrido**

Conviene hacer una precisión adicional sobre la jornada continua, y es su fácil identificación con la que es denominada por Montenegro Baca (1959) como *jornada a tiempo corrido*, que según este autor sería aquella en la cual las labores se ejecutan en un solo tramo, sin que exista descanso o interrupción alguna, tal cual es el refrigerio según lo señalado anteriormente. Nuestra legislación, sin embargo, de acuerdo al título del artículo 7° del DS N° 007-2002-TR, parecería contemplar ambas situaciones como clasificaciones distintas, asumiendo que la jornada a tiempo corrido puede llevar un tiempo de descanso, como el refrigerio, o bien no hacerlo, como en la jornada continua. En cualquier caso, la diferenciación sirve en la doctrina más para fines didácticos en el estudio que operativos jurídicamente.

### **3.3.3 Jornada partida**

En cuanto a la *jornada partida*, para Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez y Joaquín García (2000), se trata de aquella en la que “el tiempo de trabajo se divide en dos fracciones, con una interrupción entre ellas que normalmente corresponde a la hora de almuerzo” (p. 551). Esta es la que se conoce también como *horario partido*; el tiempo de trabajo en estos casos se subdivide en dos horarios distintos, separados por un tiempo de receso que no es similar al horario de refrigerio, pues es de mayor prolongación y ocasionalmente existe para permitir al trabajador salir del centro de trabajo hacia su domicilio, consumir apropiadamente sus alimentos y descansar para retornar en el segundo turno de trabajo. Es así que en el mismo sentido, Néstor del Buen (1985) señala que la característica principal de esta jornada es la “la interrupción de tal manera que el trabajador pueda, libremente, disponer del tiempo intermedio” implicando “dos momentos diferentes de iniciación de jornada” (p. 152)

Aquí, conviene aclarar que en la doctrina estas clasificaciones de la jornada de trabajo suelen desarrollarse dentro del horario de trabajo, definiendo a este de modo distinto a la jornada laboral, ya que aquél, según Elmer G. Arce Ortiz (2013), representa “el momento exacto de comienzo y final del trabajo” (p. 443), y para

Toyama Miyagusuku (2015), el “periodo temporal durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios” comprendiendo el tiempo “desde el ingreso hasta la salida del trabajador” (p. 418). Según esto, el horario de trabajo entonces es la constitución concreta de la jornada de trabajo conformada por el periodo de tiempo que transcurre entre el ingreso y la salida del trabajador; por ello, la continuidad, el tiempo corrido o partido, corresponden más a calificaciones o distintivos del horario de trabajo y no de la jornada. No obstante, la identificación de género especie que ambos conceptos denotan, no impide que tales se apliquen directamente a la jornada, sin que por ello se generen problemas o riesgos conceptuales, tal cual se ha hecho en líneas anteriores.

#### **3.3.4. Jornada intermitente**

Esta se refiere a aquella jornada de trabajo que es objeto de suspensiones o intervalos de inactividad propios a la naturaleza de la prestación, tal como ocurre en los servicios de portería, guardianía, custodio y demás símiles. Aunque sobre esta se escribirá más adelante cuando se desarrollen las exclusiones de la limitación de la jornada máxima de trabajo que prevé nuestra ley, no está demás remarcar que este tipo de jornadas, dentro de nuestro sistema normativo, no se encuentra sujetas a la limitación del artículo 25° de la Constitución Política, ni a otra limitación, por lo que, literalmente, podrían extenderse todo lo que resulte necesario y útil al empleador, siempre que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución, no se limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni se desconozca o rebaje la dignidad del trabajador, como ocurriría, por ejemplo, si se impusiera una duración inhumana y extensa de las labores bajo la excusa de la intermitencia. Cabe resaltar, finalmente, al respecto que la intermitencia se califica a partir de la naturaleza del trabajo, no de los eventuales lapsos de inactividad que, en determinado temporada o periodo, pueda mostrar la actividad realizada por el trabajador; sería injusto pues calificar de intermitente la jornada de un mesero o cajero de un restaurante que durante determinadas horas del día y en turnos específicos, realmente se encuentra sin ejercer función alguna por la ausencia de comensales, en tal caso, la presencia de lapsos de inactividad o descanso en la jornada no corresponde a la naturaleza o la condición normal del trabajo, sino que es accidental y circunstancial a la afluencia de comerciales, la publicidad, y otros factores que afecten la concurrencia de clientes a la empresa.

### **3.3.5. Jornada a tiempo parcial**

Esta jornada es la que se aplica en los contratos de trabajo a tiempo parcial, que se encuentran regulados por el artículo 4° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, DS N° 003-97-TR, que precisa que: “También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”, y también por los artículos 11° y 12° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobada por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, que establecen, en suma, que la jornada de trabajo en esta modalidad contractual habrá de ser inferior a las 4 horas de trabajo diario, de modo que el total de horas trabajadas por el laborante a tiempo parcial durante toda la semana, dividida entre jornada semanal de trabajo de la empresa, según corresponda, 5 o 6 días, sea siempre inferior a las 4 horas por día. Así, se trata de una jornada de trabajo reducida en proporción a la jornada máxima legal, que tiene por fin ofrecer al empleador la obtención de fuerza de trabajo a bajo costo, para la ejecución de labores en un breve periodo de tiempo diario, generándose con ello la reducción también del salario respecto a la remuneración mínima vital. En este caso, los trabajadores sujetos a esta jornada solo percibirán el pago de los beneficios sociales que no exijan para ello, el ejercicio de labores por un tiempo equivalente o superior a las 4 horas diarias.

## **3.4. Por la forma de la remuneración**

### **3.4.1. Jornada por unidad de tiempo**

Al haber explicado ya dentro del desarrollo teórico de la presente investigación, que la remuneración por unidad de tiempo es aquella en que el salario se cancela por la enajenación de la fuerza de trabajo por cierta medida de tiempo, extrapolando tal concepto, se puede definir a este tipo de jornada de trabajo como aquella que está constituida por un cantidad determinada de tiempo de trabajo a cambio de la cual el laborante percibe, en forma proporcional, el pago de su salario. La medición y los límites temporales de la jornada, en este caso en particular, serán bastante relevantes dentro de la relación de trabajo, pues es a razón de las horas de trabajo comprendidas en la jornada ordinaria por las que el trabajador cumpla con poner a disposición su empleador su energía de trabajo, que se cancelará la remuneración. Así, la duración del trabajo, o sea la composición de la jornada, es fija y estática durante la relación de trabajo, todo incremento así como reducción en la misma,

tendrá efectos inmediatos en el pago del salario, exceptuando desde luego el caso de que la reducción se hiciera por fines promocionales a favor del laborante.

### **3.4.2. Jornada por unidad de obra o de producción**

En este caso, la jornada no se define ya por una cantidad predeterminada de tiempo, por la cual el laborante dispone su fuerza de trabajo al empleador, sino que se flexibiliza según los resultados, productos o tareas que son o deben ser obtenidos por el trabajador. Se debe tener presente, para esta situación, el sistema o tipo de unidad de producción que se aplica particularmente en cada relación de trabajo. Así, cuando se trate de un contrato cuyo salario se paga por *tarea*, la jornada se constituirá por el marco de horas dedicadas a acabar la labor encargada; la incertidumbre en este caso se plantea en la limitación de la extensión del trabajo, ya que, dada la obligación y compromiso del trabajador de acabar las tareas encomendadas para obtener el pago de su remuneración, resulta posible que para alcanzar ello, aquél tenga que laborar más allá de la limitación máxima legal, sin que ello, en principio, tenga que producir recargo salarial por el sobretiempo, considerando que a fin de cuentas, la extensión del trabajo se debe a la demora del trabajador en cumplir con su carga, y al mismo tiempo, al ánimo de este de alcanzar la remuneración prometida, ya que el retiro del centro de trabajo antes de culminar su tarea significaría la reducción proporcional de su salario a lo estrictamente producido o incluso solo al número de tareas o cargas completadas. De similar modo ocurre con el *destajo*, en donde la jornada de trabajo también se extendería por la cantidad de tiempo por la cual el laborante decida permanecer en el centro de trabajo para alcanzar los niveles de producción que más le convengan según sus aspiraciones remunerativas.

Es así que Montenegro Baca (1959) al respecto, ya desde mediados del siglo XX, insistía en la necesidad de proscribir la modalidad del destajo, como el de limitar la fijación de las tareas a lo que razonablemente pudiera producirse en ocho horas de trabajo diario, remarcando el constante recurso de los empresarios a tales sistemas de trabajo para burlar los límites legales de la jornada de trabajo. No cabe duda que, en ambos casos, es importante ajustar y dirigir la normativa para evitar la imposición de tareas abusivas y así también la extralimitación de las ocho horas en el destajo, imponiendo expresamente quizá un sobrecargo salarial cuando en ambas situaciones el trabajador exceda, por efecto del propio trabajo, dicho margen; teniendo en cuenta que nuestra legislación aún hasta la fecha está ausente respecto

a estos temas, habiéndose relegado la reglamentación de ambos sistemas de trabajo a la voluntad colectiva y sindical, la cual si bien puede tener varios éxitos en tales materias, no asegura un estándar mínimo de protección a los derechos del trabajador que, indudablemente, tendría que ser asumido por el Estado en vía legislativa.

Por último, está el caso de la *comisión*. Aquí la jornada de trabajo está constituida, igualmente, por el tiempo que el laborante comisionista emplee para alcanzar los objetivos comerciales planteados por la empresa, en razón también a sus aspiraciones remunerativas. El problema de la limitación de la jornada, en esta situación, es diferente a las anteriores, pues va a depender mucho de las condiciones de trabajo específicas del comisionista el saber si la ausencia de limitación alguna, es o no problema; para esto, debe estar claro que la extensión de la jornada del comisionista, al igual de lo que sucede con el destajo, se debe al anhelo de este en alcanzar los montos salariales que, escalada y gradualmente, le propone la empresa según la cantidad de unidades producidas o vendidas, por lo que es igual de probable y seguro, como en el destajo, que el laborante decida dedicar mayor tiempo de vida a su trabajo para lograr todo ello. No obstante, como se ha dicho, la trasgresión al derecho a la limitación de la jornada de trabajo, va a depender mucho de la condición particular del comisionista, pues si este realiza sus funciones fuera del rango fiscalizador inmediato de su empleador, es claro que ello no se convierte en problema alguno a su salud e integridad física, más si fuera dentro del centro de trabajo, a disposición del empleador, es imprescindible que se observe la pauta máxima de las ocho horas, exigiéndole al empleador que cancele el sobrecargo del trabajo extraordinario. Sobre este extremo, sin embargo, ya se volverá más adelante.

En cuanto a la remuneración mixta, como en el caso de la *prima*, que conjunta tanto el salario por unidad de tiempo como el de producción, debe precisarse que, en tanto método mixto salarial, la jornada se sujetará al primero, siendo perfectamente limitable según los parámetros legales, y de generar también el pago de horas extras cuando corresponda.

#### **4. LA LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO**

Cuestión importante es antes de analizar las exclusiones de la jornada de trabajo, el fundamento o las razones que motivan a la limitación de la jornada de trabajo, teniendo en cuenta que esta como institución del derecho del trabajo, es primordialmente valorada a partir de sus márgenes temporales. No hay mayor aspecto dentro de la jornada de trabajo

que su limitación, de hecho casi todas las demás cuestiones que en ella se estudian, se derivan de la regulación de este asunto, de ahí que las luchas y la primera conquista en la regulación internacional de trabajo haya estado relacionadas justamente con la fijación de un límite máximo de trabajo. Por eso, basta un recorrido en la historia del derecho del trabajo, un recuento acerca de las manifestaciones y expresiones obreras libradas alrededor del globo desde inicios del siglo XIX hasta la actualidad, para darse cuenta que este ha sido uno de los conflictos centrales del desarrollo del derecho del trabajo, generador del denominado conflicto social en las relaciones de trabajo, pugna principal entre el desacuerdo entre el empresariado y la masa obrera.

La causa de esto para Alfredo Villavicencio Ríos (2013), insta en que la jornada de trabajo se vincula con una de las plataformas del desarrollo de la vida, cual es el tiempo; no puede imaginarse ni concretarse la realización libre del ser humano, ni el bienestar de este como individuo social, si es que no cuenta con la libre disposición del tiempo diario en las actividades que más le resulten provechosas, satisfactorias o necesarias. Por eso, la rendición del tiempo de vida a cargas de trabajo extenuantes, que desposean al trabajador de gran margen de su tiempo de vida diario, será no solo una clara lesión a su salud e integridad física, si se tiene en cuenta la necesidad de equilibrar el desgaste de energías con la recuperación y el descanso, sino una amenaza directa contra su libre y sano desarrollo; de ahí la necesidad de hacer realidad en las relaciones de trabajo la conocida frase de *trabajar para vivir* y no del *vivir para trabajar*. Así, este autor precisa que la limitación de la jornada de trabajo tiene relación con una fase micro, constituida por las situaciones antes precisadas, y una fase macro, vinculada con la relación de la jornada de trabajo con el empleado y la productividad. La prescripción de un límite a la jornada de de trabajo, entonces, debe sopesar ambas aristas, de modo que se proteja la vida y salud del trabajador, al mismo tiempo que el desarrollo de las actividades productivas dentro del mercado; el extremo en una u otra, ocasionara un desequilibrio en las relaciones económicas y sociales, ocasionando definitivamente grandes daños a distintos sectores.

Lupo Hernández Rueda (1985), señala que durante la historia los argumentos sostenidos por el empresariado han sido básicamente dos: uno jurídico, relativo a que la limitación de la jornada de trabajo es contraria a la libertad y autonomía contractuales, que imperaron luego del derrocamiento del vasallaje como sistema de producción económico, y de la monarquía como modelo de organización política; el conocido principio de *dejar hacer dejar pasar* que entonces dirigió los cambios económicos al liberalismo, y concentro las exposiciones y motivos de las reglas jurídicas y políticas del nuevo sistema político implantado, se alojó en la base de la concesión de estas libertades, de modo que hacia el siglo XIX e incluso el XX, la protección de la autonomía contractual no era un argumento

vano o de poca simiente, de ahí que desde el inicio de las revueltas obreras por la lucha de la jornada de trabajo, hasta su consagración internacional en 1919, en Washington, transcurrieran poco más de 100 años.

El otro argumento que repelió la fijación de una jornada máxima de trabajo, fue de orden económico, el autor así precisa que los patronos insistían en que la reducción de la jornada conllevaría el empobrecimiento económico, pues aumentaría los costos de producción y elevaría el valor de las cosas. Tal razonamiento, sin embargo, fue descartado por la propia realidad social; la reducción de la jornada de trabajo, en contrario a lo postulado por el conjunto empresarial, exigió una mejor organización de los sistemas de trabajo dentro de la empresa, un giro en la búsqueda de mecanismos y procesos más eficientes, que aprovechando al máximo los recursos con los que se contaba, entre ellos, la fuerza de trabajo obrera, pudieran producir la mayor cantidad de resultados posibles. Además, se demostró que el aumento del descanso en el trabajador, ocasionó una mejora en los niveles de concentración y producción de este, por lo que todos los temores y predicciones dadas en este campo, se vieron descartadas.

De este modo, Antonio Ballester Hernández, manifiesta que el fundamento de la limitación de la jornada de trabajo reside en razones que podrían subsumirse en dos grupos: a) de carácter humanitario, relativas a la preservación y protección de la salud del trabajador, de su vida familiar y cívica, y de su libre desarrollo y bienestar; b) de carácter económico, referidas a la productividad empresarial y el incremento del rendimiento individual del trabajador que goza de tiempos de descansos razonables y prudentes factibles de ser dedicados a las diferentes facetas de su existencia (Hernández Rueda, 1985) . En el mismo sentido, el mexicano Mario de la Cueva (1980), manifiesta que “la limitación de la jornada persigue un propósito supremo, que es asegurar a cada ser humano dieciséis horas de tiempo libre, para reponer las energías gastadas, para convivir con su familia y para dar rienda suelta a su espíritu” (p. 283).

Para Manuel Alonso García (1973), las razones que justifican la limitación de la jornada de trabajo las siguientes:

- Las de carácter económico, relativas al hecho de que con una mayor jornada no existe una mejora de rendimiento, sino que, por el contrario, alcanzado un óptimo determinado en el trabajo, la extensión temporal del mismo genera el descenso del nivel productivo del laborante, producto de la fatiga acumulada, de ahí que sea preciso establecer una jornada que mantenga y aproveche en la mayor medida posible las energías de trabajo.

- Las de carácter social y estrictamente humano, que remarcan la necesidad de que el trabajador pueda contar con el tiempo suficiente para dedicarse a actividades y deberes distintos al trabajo, relacionados con su crecimiento personal, familiar y social.
- Las de naturaleza espiritual, que atienden tanto a la necesidad de un descanso razonable como a la utilización del tiempo al adecuado desarrollo de valores morales, culturales y religiosos.
- Las de significado puramente fisiológico, relativos a los efectos y daños que en el cuerpo humano produce la imposición de jornadas de trabajo prolongadas, ocasionando la fatiga del trabajador y perjuicios que debe ser considerados a fin de proteger su salud e integridad física.
- Las de valor político-jurídico, que refieren a la limitación de la jornada de trabajo como una acción de política social, que refleja la posición del estado o del gobierno en relación al *problema social* del trabajo, y cuyo materialización se alcanza exclusivamente a través del derecho.

La limitación de la jornada de trabajo persigue entonces la tutela de la integridad física del trabajador (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 1997), la protección como se ha dicho de su salud, bienestar y libre desarrollo como ser humano individual y social. La consagración de ello es un paso decisivo y fundamental dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto apunta a la mejora de las condiciones de vida del trabajador, ofreciéndole un límite en la enajenación de su fuerza de trabajo, que equilibre sus tiempos de recreo y familia, con sus labores, y al mismo tiempo, aumento su productividad en la empresa, considerando que el rendimiento de un trabajador extenuado por una amplia y extensa jornada de trabajo, no rendirá lo mismo que quien con mayor descanso y lucidez mental, recurre a su centro de trabajo para proyectar toda su creatividad y energías en el corto y limitado tiempo de trabajo que posee. En este sentido, nos parece harto importante la opinión de Alfredo Montoya Melgar (2009), quien señala lo siguiente:

En todos los países civilizados, pues, una de las primeras manifestaciones del intervencionismo del Estado en las relaciones laborales fue la limitación de la jornada de trabajo; limitación fundada tanto en razones humanitarias (la defensa física y moral del obrero de que se haba a mediados del siglo XIX) como en razones económicas, al haberse probado que el incremento de la jornada laboral a partir de un determinado límite surte efectos negativos sobre la productividad de trabajo”

Consideramos, de este modo, que el fundamento de la limitación de la jornada de trabajo puede resumirse en la pretensión de proteger al trabajador a la exposición de condiciones y tratos de trabajo que sean contrarios a su salud, integridad y dignidad, haciendo énfasis en lo prescrito en el artículo 23° de la Constitución Política respecto a que “ninguna relación laboral puede el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Así, se procura que el laburante tenga acceso al tiempo de libre suficiente para que pueda desarrollarse como persona, descansar y recobrar su energías. La contrapartida a ello será, definitivamente, que el empleador antes que resistirse a la reducción de la jornada de trabajo por motivos que, ya se han señalado como absurdos y descartados por la realidad social, busque sistemas de organización de trabajo que resulten más productivos a su favor, tomando en cuenta la brevedad del tiempo de disposición de la fuerza de trabajo; el mismo que, de acuerdo a la doctrina precitada, es indirectamente proporcional al nivel de rendimiento del trabajador, pues este aumentará mientras más descanso tenga el trabajador, ya que es en este contexto cuando los niveles de concentración mental y energético pueden ser mayormente aprovechados, en contrario a las jornadas de larga o extenuada duración que desgastan el rendimiento y le conducen de a pocos al declive. Ilustración clara de estos principios está en la acción legislativa francesa con la Ley de Aubry que, tomando en cuenta el incremento del rendimiento laboral con la reducción de la jornada, y la necesidad de incrementar los niveles de empleo en el mercado de trabajo del país, redujo el límite de la jornada de trabajo a 35 horas semanales.

Ahora, es preciso comentar que en nuestro ordenamiento laboral, como ya se ha señalado antes, la jornada de trabajo limitada en el artículo 25° de la Constitución y también en el artículo 1° del DS N° 007-2002-TR, es de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, ello al tenor del Convenio N° 01 de la OIT, ratificado por nuestro país, que justamente establece en su artículo 2° este margen como límite máximo del tiempo de trabajo. A pesar que, a diferencia de otras normativas de la región sudamericana –que estudiaremos más adelante– no hemos acogido jornadas más reducidas, ni mucho menos ratificado el Convenio N° 47 de la OIT, sobre el principio de las 40 horas semanales, la realidad es que nuestra legislación de trabajo valida en realidad únicamente el límite de las 48 horas, debido a que las ocho horas diarias son perfectamente modificables o redistribuidas (Cornejo Vargas, 2013).

Es por esta razón que el artículo 2° del DS N° 007-2002-TR, señale lo siguiente:

- 1.- El empleador está facultado para efectuar las siguientes modificaciones:
  - a) Establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal.

b) Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana.

c) Reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso ésta no podrá exceder en promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Luego de esto, como colofón, se puede concluir que nuestro ordenamiento laboral ha optado por una regulación más flexible de la limitación de la jornada de trabajo, de ahí que el rango de las ocho horas diarias sea maleable según las necesidades del empleador, siempre que se respete únicamente el parámetro semanal de las cuarenta y ocho horas semanales. Forjar esta premisa es incluso mucho más acorde al texto original del artículo 25° de la Constitución que utiliza como conector entre las ocho y las cuarenta y ocho horas, la letra “o”, permitiendo la posibilidad de jornadas irregulares y variables (Toyama Miyagusuku, 2015).

## **5. EXCLUSIONES DE LA JORNADA DE TRABAJO**

Aunque la limitación de la jornada de trabajo fue un derecho que, como hemos visto anteriormente, costó el sacrificio de años de lucha obrera hasta que en Washington, en el año 1919, a través del Convenio N° 01 de la reciente OIT, creada a partir del Tratado de Versalles, se estableciera como principio la limitación de la duración del trabajo a 8 horas diarias y 48 semanales, existen supuestos en los que, incluso el mismo órgano internacional, dispuso la exclusión de dicha limitación a cierto tipo de labores que debido a su naturaleza, se permitían ser prestadas por jornadas superiores, descartando el valor absoluto de la reciente limitación. Así, las exclusiones de la jornada de trabajo, no son sino, de acuerdo a Montenegro Baca (1959) la “negación o privación del derecho del trabajador a gozar de un límite en su jornada laboral en atención a diversas razones” (p. 148), de

manera que los laburantes inmersos en dichas razones o causales no podrán operar a su favor las cláusulas de limitación de la jornada de trabajo.

Si bien basados sobre dicho precepto, se puede determinar que las razones de la exclusión de la jornada máxima de trabajo son variadas, y singulares según las condiciones especiales o específicas de cada relación de trabajo, efectuando un razonamiento que parta del desarrollo anterior respecto a la limitación de la jornada propiamente dicha, se puede deducir que cada exclusión podrá ser justificada en general, en el propio fundamento de la limitación, o mejor dicho, en su atenuación y ausencia. Desde luego que esto se generará menos en el fundamento económico de la limitación –explicado antes–, que se refiere al incremento del rendimiento productivo del trabajador y que propiamente actúa como motivación para la reducción de la jornada, que en el fundamento humanitario, dedicado a consagrar para el trabajador el derecho a un número de horas libres y de descanso durante el día, en las que pueda dedicarse a cumplir sus actividades personales, desarrollarse como individuo e interrelacionarse en sociedad. Y es que es a partir de este último argumento, del cual se puede verificar que la limitación de la jornada de trabajo se convierte en un derecho fundamental en tanto que, de acuerdo a los criterios de Luigi Ferrajoli (2006), se relaciona, por un lado, con la noción de *la ley del más débil*, ya que previene y resguarda al trabajador de la sumisión a condiciones de trabajo abusivas que le fueran impuestas por su patrono en virtud al poder directivo y contractual que este ejerce en las relaciones de trabajo; y por otro lado, con *la paz*, por cuanto protege la salud, integridad física y el bienestar material y espiritual del trabajador, condiciones que pueden juzgarse de imprescindible protección en el rumbo hacia la paz social.

Bajo este razonamiento entonces, la exclusión de la limitación de la jornada de trabajo bien podría ser justificada en el quiebre de la disparidad de poderes del vínculo de trabajo, de modo que las condiciones en las que este se desarrolla otorgan tales libertades de dirección, organización e incluso fiscalización al propio trabajador, que es innecesaria la utilización de la medida limitativa; o bien, en la reducción del peligro y del riesgo contra la salud e integridad física del trabajador, considerando la existencia de una relación contractual en la que, debido a la forma de trabajo, se otorgue al laburante los descansos suficientes durante el día o se disminuya tanto el riesgo de afectación a aquellos derechos con la extensión de la jornada de trabajo por encima del rango ordinario, que se haga innecesaria y hasta contradictoria la fijación de un límite.

Comprendido esto, es preciso, sin embargo, volver sobre las justificaciones específicas de las exclusiones, de acuerdo al estudio que se presenta ampliamente en la doctrina. Así, antes de ahondar en la legislación nacional, es necesario revisar las prescripciones internacionales sobre este asunto. El Convenio N° 01 de la OIT, al respecto,

no solo es el instrumento legislativo mediante el cual la masa obrera mundial logró la primera conquista reconocible sobre sus condiciones de trabajo, fijándose el límite de la duración del trabajo a las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, sino que en el mismo, se estableció por vez primera las exclusiones a la limitación, demostrando que la regulación de esta cuestión era tan importante como la proclamación propia de un margen máximo de trabajo. Fue de este modo que en el artículo 2° del mencionado convenio se estableció lo siguiente:

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, salvo las excepciones previstas a continuación:

- i. las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza;

Nótese que el texto internacional excluye o exceptiona la aplicación de la jornada de trabajo, primero, a aquellas dependencias en las que los trabajadores fuesen miembros de una misma familiar, y luego, a aquellos trabajadores que ocupen puestos de inspección o de dirección, incluso un puesto de confianza. La relación de ambas disposiciones con nuestra legislación, solo se vincula en el último supuesto, y exclusivamente, como se verá más adelante, con los trabajadores de dirección, no expresamente con los de confianza. La explicación propia se hará en cada punto en específico, así que en este extremo basta haber presentado el contexto internacional de las exclusiones de la jornada de trabajo, en base al cual posteriormente, se juzgará la legalidad y la realidad de lo establecido en nuestra legislación interna.

## **5.1. La legislación nacional**

El artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, en ese sentido, establece lo siguiente: “No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia”. Se fijan así tres situaciones claras en las que las labores no estarían comprendidas en la jornada máxima de trabajo, a saber: a) los trabajadores de

dirección; b) los trabajadores no sujetos a fiscalización; y c) trabajadores con jornada intermitente de espera.

### **5.1.1. Trabajadores de dirección**

Nos es preciso para analizar esta causal, definir qué se entiende por un trabajador de dirección. Para esto basta remitirse al artículo 43° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, DS N° 003-97-TR, que establece lo siguiente:

Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial

En cierta medida, entonces, no solo puede decirse que el personal de dirección identifica al empleador frente al común de trabajadores, sino que posee ciertas facultades directrices en la organización de trabajo tal cual lo hace el empleador. Dicho de otro modo, el trabajador de dirección es el que personifica al empleador frente a la empresa, y quien además, por ello, tiene las facultades de conducir, fiscalizar y controlar las actividades de trabajo, pues goza, como señala la norma, facultades de administración al extremo que de su propia gestión, depende en gran medida la actividad de toda la empresa. Toyama Migusuku (2015) precisa que: “Son altos directivos. Representan –o sustituyen– al empleador ante los trabajadores, terceros, etc. Administran, dirigen, controlan y fiscalizan la actividad empresarial y el resultado de sus servicios tiene enorme incidencia en el resultado del negocio” (p. 409). Ejemplo de tal cargo son los gerentes, supervisores o jefes de áreas o zonas de trabajo, directores, subdirectores, subgerentes, en suma, toda la alta dirección de la empresa.

Elmer G. Arce Ortiz (2013) precisa que “la actividad que asumen estos trabajadores... explica por sí misma la necesidad de no sujetar a una jornada con topes rígidos. Al ser detentadores del poder de dirección del empresario, sus intereses se incorporan en gran medida a los intereses empresariales” (p.434). Gallart Folch, citado por José Montenegro Baca (1959), manifiesta que este tipo de trabajadores, por la naturaleza de su labor, no pueden “estar sujetos a limitaciones sin peligro para la vida y prosperidad de la propia empresa y porque, además, por la representación que ostentan, por su elevada capacidad técnica e importancia de sus emolumentos pueden ser considerados como independientes en su labor” (p. 227). Para el autor trujillano que cita, entonces, la razón de excluir a estos trabajadores de la limitación de la

jornada de trabajo se sustenta en los siguientes motivos: i) que las funciones que ellos realizan son propias del empleador, pues están a cargo, en diferentes grados y especialidades según sea el caso, de la dirección y la fiscalización de las actividades empresariales; ii) que su trabajo es intermitente, ya que sus tareas son realizadas según las necesidades y el estado de la actividad en la empresa, por lo que gozan de lapsos entrecortados de descansos; y iii) que posee independencia en su trabajo, es decir, no está sujeto a una fiscalización superior e inmediata.

Se nota pues, en suma, que es la identificación personal que existe entre el empleador y el personal de dirección, lo que ocasiona su exclusión de la jornada máxima de trabajo, puesto que es esta cercanía y semejanza la que trasladan el poder directivo del empleador al personal de dirección, y le atribuyen a partir de ello, la posibilidad de organizar y distribuir su fuerza y tiempo de trabajo, según operen sus intereses y los de la empresa, sin que tenga que efectuar una rendición de cuenta o explicación de ello. Esta autonomía y libertad, es la que ha sido considerada por nuestro legislador, y también en el Convenio N° 01 de la OIT, para relegar a este tipo de labores de la limitación de la jornada de trabajo. De ahí que el jurista nacional, Toyama Miyagusuku (2015) precise que el rango de “no fiscalización” en la empresa incrementa según más alta sea la jerarquía ocupada en la empresa, de modo que a los trabajadores de dirección, que se encuentran en el tope de la escala organizacional, no les corresponda fiscalización alguna.

Otro punto que señala la doctrina respecto a este tipo de labores, es que para que el trabajador sea calificado como personal de dirección, debe percibir el monto remunerativo suficiente que le demuestre como un laborante de *alta dirección*, cumpliendo además únicamente labores de este rasgo, pues no basta con la denominación de gerente o administrador al puesto de trabajo para que se excluya al trabajador de la jornada máxima legal, cuando en la realidad realiza labores de poca bagatela, comunes a la media de trabajadores, sin participación en la dirección y fiscalización de la actividad empresarial, percibiendo además una remuneración ínfima que no guarda coherencia con el nivel jerárquico del cargo que supuestamente ejerce. Lo que se pretende así es hacer énfasis en el principio de primacía de la realidad al juzgar la naturaleza del trabajo, y como consecuencia de ello, al determinar la comprensión o no del laborante dentro de los límites máximo de la jornada de trabajo. Corresponderá pues al empleador demostrar en el proceso judicial o ante la autoridad administrativa de trabajo, que realmente la labor efectuada por el trabajador es de *alta dirección*, y que todas las demás condiciones que le rodean, desde la duración de la prestación del trabajo hasta el monto del pago del salario, también reflejan dicha

realidad. De otro modo, se tendría que incluir al laborante dentro del límite de las 8 horas y 48 semanales y, de ser el caso, pagarle las horas extras que le correspondan.

### **5.1.2. Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata**

Para Ludovico Barassi (1953) uno de los efectos del contrato de trabajo es que el trabajador se convierte en un dependiente de su patrono, es decir, al ceder su fuerza de trabajo a cambio del salario, se somete a la dirección del empleador, generándose entre ambos un vínculo de *subordinación* y *jerarquía* que coloca a este último a cargo del control y riesgo de la actividad, mientras que al primero, le genera el deber de obediencia de las disposiciones del trabajo. Así, el empleador asume un *derecho de mando*, un poder directivo sobre las energías dispuestas por el trabajador, que necesitan ser encausadas a un destino específico. Para este autor, dicho poder y fin directivo del que es responsable el patrono se expresa en tres elementos: uno inicial, que es propiamente el mandato, o sea, la expresión de órdenes y reglamentación del trabajo; un elemento permanente, que es la vigilancia o fiscalización, a través del cual el empleador controla la actividad y acompaña al mando; y otro final que es la verificación, el cual para el mencionado autor “sustituye prácticamente la atenuación transitoria de la vigilancia y”, por lo tanto, “no siempre es dado encontrarla” (p. 409).

Este aporte da un contexto acerca del fenómeno de la fiscalización en el contrato de trabajo. Su expresión es consecuente al mando u orden del empleador, ya que consiste en el control, supervisión y seguimiento de las funciones del trabajador, a fin de que estas se encausen a las órdenes, reglas y disposiciones impartidas por el empleador en el ejercicio de su *derecho de mando*. No es pues ilógico referir que, en estricto, la fiscalización en las relaciones de trabajo es expresión directa del nexo de subordinación que existe entre el empleado y su patrono. Es más, la ausencia de control sobre el trabajo, quiebra dicha noción porque refleja la traslación del riesgo del empresario al laborante; pues si la razón de ser de la supervisión es que el trabajador realice las labores, tareas o funciones que le corresponden, con el fin mediato de obtener el resultado productivo por el cual se le contrató, la ausencia total de aquella denotará el desinterés del empleador en los resultados de la producción del trabajo, lo cual solo ocurriría si no se estuviese en un vínculo de trabajo, teniendo en cuenta que la causa de la contratación laboral para el empleador es, en estricto, obtener el producto final del trabajo. La ausencia de fiscalización, en suma entonces, significará la inexistencia de un vínculo de trabajo.

Ahora, el caso de los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, constituye no una excepción a lo señalado, sino una variante en la expresión del *derecho de mando* en el contrato de trabajo, que genera, para Barassi (1953), una “variedad de intensidad en el grado de subordinación” (p. 420), que ocasionará la posibilidad de que el trabajador preste sus servicios fuera del centro de trabajo, sin contacto continuo con el empleador, y que incluso no le sea exigible el cumplimiento de un horario de trabajo ni la permanencia en las instalaciones de la empresa. Lo que sucede en este caso, no es que el poder de dirección ni el de fiscalización del empleador han desaparecido, sino que como consecuencia de la adaptación de la dependencia y subordinación a las características particulares del trabajo, el ejercicio del poder directivo existe más potencial que materialmente. Así, lo que la dimensión mediata de la fiscalización genera en el vínculo, es reducir la presencia del poder directivo del empleador, relativizar la necesidad de control de las labores, mas no extinguir el *mando* y *la fiscalización*, ya que ello –como se ha dicho– conllevaría a la inexistencia de la relación de trabajo en su totalidad. En este extremo, nuevamente citamos a Barassi para señalar que, en estos casos, lo que al empleador le importa es que “el trabajador dependa de él y que sea un elemento de la organización de la empresa, en forma tal que el riesgo esté a cargo del empleador y a la otra parte contratante le sea asegurada una retribución más o menos fija” (p. 421). Nótese así que, cualquiera que fuere el modo de expresión de la fiscalización en el contrato de trabajo, mediato o inmediato, en ambos casos el riesgo de la actividad se mantiene en el empleador; si sucediese lo contrario –se itera– no estaríamos más ya frente a un contrato de trabajo.

Ahora bien, comprendido lo anterior, y estando claro que la fiscalización mediata significa la reducción de la vigilancia de las labores, conviene cuestionarse cómo es que esto sucede. Aquí es trascendente lo señalado por José Montenegro Baca (1959), en relación a que para que esto ocurra es necesario que el trabajador “goce de autonomía similar a la del gerente o a la del administrador”, de modo que si “se probara fehacientemente que gozan de marcada autonomía dentro de su sección, sí estarían excluidos del beneficio de la jornada laboral” (p. 230). Interesante y más técnico es lo señalado por el venezolano Héctor Jaime Martínez (2004), quien parafraseando a Russomano, señala que estos casos la naturaleza propia del trabajo ofrece al trabajador la *autorregulación de su tiempo de trabajo*, de modo que estos gozan de tal autonomía en la distribución del tiempo de labores, que son capaces de decidir ellos mismos, los momentos de actividad y de descanso durante el día.

El artículo 10° del DS N° 008-2002-TR, al respecto extendiendo y explicando las situaciones en que ocurre la fiscalización inmediata, prescribe lo siguiente:

Para efectos del Artículo 5 de la Ley se considera como: ...

c) Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes.

Para Carlos Cornejo Vargas (2013), la norma comete así una distinción entre dos grupos de trabajadores, por un lado, aquellos que no “reciben instrucción de cómo realizar su trabajo”, o sea que no informan diaria ni cotidianamente su labor y que “responden solo al resultado del trabajo, y que prestan servicios en lugar distinto al de su jefe” (p. 245); y por el otro, a los que realizan labores de ventas, cobranzas y demás símiles. Elmer G. Arce Ortiz (2013), casi del mismo modo, con más exactitud, distingue las dos situaciones descritas en la norma, precisando que cuando la norma se refiere a los “trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata” se refiere principalmente a los trabajadores de confianza, definidos por el artículo 43° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral como:

...aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Para Toyama Miyagusuku (2015) en este contexto debe realizarse un análisis minucioso según cada caso, ya que existe la posibilidad de que ciertos trabajadores de confianza sí se encuentren sujetos a fiscalización inmediata, como es el caso de la secretaria o los asistentes de gerencia, de modo que en estos casos a pesar de la calificación de su trabajo, no tendrían por qué estar excluidos de la jornada máxima de trabajo. La razón por la que la doctrina identifica la causal de exclusión del artículo 10° del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, con la labor de los trabajadores de confianza, insta en la naturaleza de este trabajo. Su cercanía al personal de dirección y nivel de acceso informativo, en muchas ocasiones, genera la necesidad de que su trabajo sea efectuado de modo flexible, sin una supervisión constante por parte del

empleador, de otro modo no habría sido así incluido como excepción también por el Convenio N° 01 de la OIT, lo que es, en adición, otra razón jurídica para considerar que en el mentado texto legislativo se hace referencia a los trabajadores de confianza.

No obstante, ello no es certero ni evidente, ya que si bien la labor de confianza mayormente no es fiscalizada, a diferencia de lo que ocurre con el personal de dirección, la ausencia de control no es una condición propia e inherente al ejercicio de sus funciones, por lo que es equívoco interpretar que la intención del legislador al redactar la norma fue incluir en el primer supuesto a los trabajadores de confianza. Parece más acertada la referencia de Cornejo Vargas, respecto de que en esta primera situación se ubican a todos los laburantes que no están sometidos al control de sus funciones ni rinde cuentas de ello, pero que aun así no asumen el riesgo de la actividad ni de los resultados; ya sea que en esta circunstancia se encuentre un trabajador de confianza o no.

En cuanto al segundo supuesto del citado artículo, respecto de quienes laboran total o parcialmente fuera del centro de trabajo, recurriendo a este solo para dar cuentas; el texto legislativo parece redundante. Es obvio que si las labores son ejecutadas totalmente fuera del centro de trabajo, como ocurre con los vendedores o promotores de ventas, gestión de cobranzas entre otros símiles, no existirá una fiscalización inmediata porque la autonomía con la cuenta el laburante en la distribución de su tiempo de trabajo es tal que tiene poder sobre la elección de sus tiempos de trabajo efectivo y de descanso, ergo, no estará comprendido de la jornada máxima de trabajo. Por otra parte, en relación a la labor desplegada parcialmente fuera del centro de trabajo, es interesante lo expresado por Elmer G. Arce Ortiz (2013), en el sentido de que, en la realidad, los trabajadores que encajan dentro de este supuesto “normalmente tienen la obligación de registrar su entrada y salida en la propia empresa... Aquí los trabajadores se encuentran sujetos a una fiscalización inmediata, solo que por la propia naturaleza de las labores impide que la supervisión se realice de forma convencional.” (p. 435). Parece justo así identificar que los trabajadores que actúan bajo esta última condición no ostentan, en realidad, la autonomía y libertad regulativa de su tiempo de trabajo que se utiliza como fundamento en esta exclusión; debiendo remarcar que no es lo mismo que el empleador se valga de métodos no convencionales para efectuar la fiscalización, que concluir que el trabajador goza de independencia y de la *autorregulación* de su tiempo. Será factible pues, que frente a una situación de trabajo donde el dependiente deba permanecer la mitad del día dentro de las oficinas de la empresa, y la otra mitad, fuera efectuando promociones comerciales –por ejemplo–, pero siendo constante y recurrentemente controlado en

forma personal por un supervisor y/o por vía telefónica, se concluya que sí existe fiscalización inmediata, ya que el empoderamiento y libertad que deberían concederse al trabajador para que este decida, por ejemplo, cuando efectiviza su trabajo y cuando descansa, no existe.

De cualquier modo, si este aspecto de la autonomía y *autorregulación* que venimos resaltando, es como se ha visto, la razón principal de la exclusión de los trabajadores con fiscalización mediata, resultaba por demás redundante que la técnica legislativa efectuara las precisiones del artículo 10°, generando que de forma contraproducente, antes de ser aclarativa, plantee problemas como los anotados en el párrafo precedente.

### **5.1.3. Trabajadores con jornada intermitente o de espera**

Bien, por último la norma excluye de los límites de la jornada máxima de trabajo a aquellos laborantes que durante su jornada de trabajo posean lapsos de intermitencia o espera, o sea, de descanso e inactividad. Aquí conviene recordar que el criterio de nuestro sistema normativo, respecto a la definición y medición de la jornada de trabajo, asume por considerar como tal a todo el tiempo por el cual el trabajador dispone su fuerza de trabajo al empleador. Esto indica que en el vínculo del trabajador intermitente, aún los lapsos de inactividad son contados como parte de su jornada de trabajo, pues el riesgo de los tiempos muertos de trabajo, como ya se ha visto en los apartados anteriores, reposa sobre el empleador y no sobre el laborante. No se debe inferir, pues, que la exclusión de la jornada de trabajo, significa que el dependiente cuya labor encaje dentro de los supuestos de ley, no cumpla con una jornada de trabajo, ello sería absurdo, pues ya sea que se trate de trabajos sin fiscalización inmediata, con intermitencia o efectuados por personal de dirección, siempre habrá una disposición de la fuerza de trabajo al patrono. El efecto, entonces, de la exclusión es que la jornada de trabajo diaria o semanal que efectúen los que estén incluidos dentro de los supuestos de la norma, no se comprenderá ni se aplicará a los límites máximos establecidos en el artículo 25° de la Constitución, pudiendo extenderse por encima de estos, sin generar horas extraordinarias de trabajo que merezcan ser canceladas según lo previsto en el artículo 10° del DS N° 007-2002-TR.

Partiendo de este punto, en cuanto a la intermitencia José Montenegro Baca (1959), precisa que no se trata de una permisión del exceso de las 8 horas de trabajo diario, sino de una tolerancia a la extensión del trabajo por encima de dicho límite

debido a que el trabajado efectivo resulta recordado por las suspensiones, descansos o lapsos de inactividad que se derivan de la propia naturaleza del trabajo. No obstante, resalta la ilegalidad de la exclusión total de estos trabajadores de cualquier limitación a su jornada de trabajo, pues a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores de dirección y no sujetos a fiscalización inmediata, quienes por su autonomía en la distribución de su tiempo de trabajo, pueden decidir cuándo abandonar el centro de trabajo, descansar o activar sus energías, el laborante intermitente está siempre a disposición inmediata de su empleador, sin contar con tal flexibilidad, debiendo permanecer en su puesto de trabajo durante el tiempo que el empleador lo considere.

Es en este extremo en el que, para el mentado autor, se apertura una grieta de injusticia en contra del trabajador intermitente, pues su tiempo de vida está a merced del empleador, quien le puede encomendar la ejecución de labores por el tiempo que considere pertinente y necesario. Dicho de otra forma, “el trabajador está a disposición del empleador sin poder disponer con completa libertad su tiempo, sino a lo sumo, en forma muy relativa o mediatizada” (p. 244). Es necesario entonces que, al margen de que la razón por la que se permite que este tipo de labores excedan las ocho horas diarias, sea correcta, se establezca legislativamente un límite horario a las labores del trabajador intermitente. Pues si bien la existencia y acumulación de lapsos muertos o de inactividad reduce el riesgo de vulneración de la salud e integridad física del trabajador, con la extensión de la jornada ordinaria más allá de los límites legales, el efecto se vuelve contrario si no se impone margen algún. No habrá intermitencia o espera que compense la dedicación de 14 o 16 horas diarias al trabajo, ya que aun cuando la cantidad de tiempos muertos fuera suficiente para no peligrar la salud del trabajador, este habrá perdido tiempo de vida útil y necesario para gastar en las demás dimensiones de su vida personal y familiar, truncando su desarrollo sano y adecuado. En este mismo sentido se pronuncia Elmer G. Arce Ortiz (2013) al señalar que en este caso en particular el supuesto adolece de inconstitucionalidad pues “deja en una desprotección absoluta a estos trabajadores al no establecer ningún tope máximo adicional ¿Cuántas horas puede trabajar un vigilante de edificio? ¿10, 12, 14...? La ley no señala tope alguno.” (p. 435).

El criterio jurisdiccional de nuestro medio, sin embargo, parece haber reaccionado en parte frente a esta problemática; de ahí que el Acuerdo Plenario N° 001-2009 de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, acordara unánimemente como Tema N° 02, lo siguiente:

- Por regla general, los vigilantes y choferes se encuentran exceptuados de la jornada máxima de trabajo; sin embargo, en casos específicos y particulares, se puede producir un supuesto de *exclusión a la excepción de la jornada máxima*, cuya consecuencia es la de considerar que en tal situación estos trabajadores sí tienen una jornada máxima de trabajo y, por ende, se les debe reconocer las horas extras que laboran. Ello se produciría, por citar un ejemplo, en los casos de un vigilante superior o de un chofer interprovincial cuya jornada efectiva de manejo (tiempo al volante sin incluir los periodos de descanso) superó la jornada máxima legal de ocho horas.
- Establecer que el límite *razonable* para la extensión de la jornada de trabajo (permanencia en el centro de trabajo) de aquellos trabajadores vigilantes y choferes exceptuados de la jornada máxima de trabajo, el mismo que se fija en doce horas diarias, por ser este lapso la jornada habitual de la gran mayoría de vigilantes y porque tal es el límite diario máximo fijado por el artículo 121 del Decreto Supremo número 009-2004-MTC. El exceso a dicho límite debe computarse como horas extras.

Siguiendo un orden contrario, y refiriéndonos primero al segundo párrafo citado, a partir de lo señalado por la doctrina, resulta acertado lo efectuado por junta jurisdiccional, sobre todo porque la limitación de la jornada de trabajo de los trabajadores intermitentes es cosa justa y acorde con los fundamentos que existen detrás de la limitación, o sea, con la salud e integridad física del trabajador y la protección de su desarrollo adecuado y sano. De este modo, aunque debido a la propia naturaleza de las labores, se permita el exceso de las ocho horas diarias de trabajo, pues la cantidad de lapsos de descanso que existe en el ejercicio de las labores lo permiten y justifican, es preciso concordar con la fijación de un límite de duración a la disposición de la fuerza de trabajo de estos trabajadores a su patrono, a fin de que goce del tiempo de descanso que les es imprescindible para su desarrollo personal y familiar.

Ahora, analizando el primer aspecto del Acuerdo Plenario citado, sobre la posibilidad de que exista una *exclusión a la excepción de la jornada de máxima*, se deben señalar dos cosas. Primero, que en estricto, no se trata de una exclusión a la excepción, pues como señala Toyama Miyagusuku (2015), la calificación de la intermitencia no se haya ni se vale del solo ejercicio del cargo, por ejemplo del vigilante o custodio, aun cuando sea la norma la que parece establecerlo, sino que es necesario que la ejecución del trabajo se efectúe realmente con lapsos de inactividad. La ratio de la exclusión efectuada en la norma, entonces, no es la ostentación del cargo de vigilante o de chofer, ello sería por demás discriminatorio y arbitrario porque no reporta fundamento alguno, sino la presencia de lapsos de espera en la jornada de trabajo. Lo que pasa es que la identificación realizada por el legislador en la redacción del texto legislativo, ocurre más por sentido común, bajo la experiencia de es en aquellas labores, vigilancia y custodio, en las que existe la intermitencia. Ello, sin embargo, como entiende la junta jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, no siempre ocurre.

En consecuencia, antes que una causal de exclusión de la excepción, se trata de la simple inaplicación de la exclusión de la jornada máxima de trabajo. Preferir lo contrario, significaría asumir que la labor del vigilante o del chofer, se encuentra taxativamente excluida de la jornada máxima legal por disposición expresa del texto normativo, cuando ello no ocurre así, ya que –se itera– lo que la norma excluye es la labor intermitente. El que el grado de certeza, a partir de las reglas y máximas de experiencia, respecto de que tanto los choferes como los vigilantes ejercen trabajos intermitentes, sea alto, y que por eso se asuma sin mayor probanza u objeción su inclusión en los efectos del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, no justifica que lo planteado se precise como una *excepción a la exclusión de la jornada máxima de trabajo* (para hablar de modo más propio), pues para ello, la exclusión de tales trabajadores debería ser expresa en el texto del enunciado normativo.

Lo segundo a precisar respecto del primer párrafo del Tema N° 02 del Acuerdo Plenario, es que la preocupación de establecer situaciones en la que los vigilantes y choferes, logren ser exceptuados de la presunción automática y certera que la jurisprudencia ha establecido sobre la intermitencia de sus funciones, no es única de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, sino a todos los focos jurisdiccionales de nuestra nación; de ahí que en el Pleno Jurisdiccional Regional Laboral, de las Cortes Superiores de Ancash, Cajamarca, Del Santa, La Libertad, Lambayeque, Piura y Tumbes, de junio del 2009, frente a la situación intermitente de los choferes, se acordara como Tema N° 02, que:

Existen algunas situaciones de hecho que determina que en casos particulares los choferes no se encuentran excluidos de la jornada máxima legal; ello por cuanto los adelantos tecnológicos (sistema de posicionamiento global – GPS, entre otros) permite una fiscalización directa y constante de su empleador; y, su tiempo de descanso en la prestación de la jornada debe considerarse como efectivamente trabajado en aplicación del Convenio OIT N° 67.

Y asimismo, en relación a los vigilantes, que la doctrina contemplara las labores de *vigilancia superior* para la aplicación de los límites de la jornada máxima de trabajo en estos casos. Es por esto que la Corte Suprema señala que: “la norma no descarta la posibilidad de que existan vigilantes o custodios que desempeñen labores que demandan de una permanente atención y cuidado” (Casación Laboral N° 4503-2012-La Libertad, 2013). Se reconoce así como vigilante superior a todo aquel que efectúe labores de constante alerta y actividad; preferentemente en aquellos casos donde los enseres a cuidar o el establecimiento sobre el que recae la seguridad y vigilancia, son de valor sensible, como ocurre en las tiendas de comercio, las entidades financieras o de ahorro, y demás similares; pues se asume que ante estas circunstancias desaparecen los tiempos de inactividad y descanso que normalmente existen en la vigilancia, requiriéndose que el trabajador este en permanente trabajo.

## CAPITULO 4

### LA JORNADA DE TRABAJO EN EL DERECHO COMPARADO

A fin de hacer un estudio amplio acerca de la institución de la jornada de trabajo, es preciso remitirse a la legislación comparada más cercana a nuestra realidad nacional, efectuando una evaluación de la técnica legislativa que se ha utilizado dentro de nuestro país en comparación con otros.

#### 1. ESPAÑA

##### 1.1. Concepto de jornada de trabajo

En España, el artículo 34.5 de la LET (Ley del Estatuto de los Trabajadores), aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2015 del 23 de octubre del 2015, establece 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”; así el tiempo de trabajo se computa “a partir del momento en que el trabajador se incorpora del puesto de trabajo” (Manuel Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa, 1997, p. 852), de modo que como señala Tomas Sala Franco (1997), por jornada ordinaria habrá de entenderse la cantidad de tiempo al día por el cual el laborante, de acuerdo a las características de su trabajo, se somete al empleador para la ejecución de sus labores; de ahí también que para Carlos Alfonso Mellado (2007), al margen de la gran participación de influencia de la negociación colectiva para determinar, dentro del derecho laboral español, cuáles son los tiempos que se consideran de trabajo efectivo, debe entenderse que la jornada de trabajo computa todo el tiempo por el cual el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, abarcando incluso los desplazamientos que se ejecuten fuera de este por órdenes de aquél, para la ejecución de la labor en concreto, y también los lapsos de inactividad de la guardianía o vigilancia, que pese a existir dentro de la jornada no anulan la disposición de la energía de trabajo efectuada por el laborante, tal cual se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea, por ejemplo en las STCJE del 03 de octubre del 200, asunto SIMAP y STJCE del 09 de setiembre del 2003, asunto JAEGER, en donde se analizó que aun en el supuesto que dentro de la guardianía existieran habitaciones con camas para dormir a disposición del trabajador, y que se le permitiera a éste utilizarlas cuando no se necesitaran sus servicios, el tiempo dedicado a ello se contaría

como de trabajo efectivo, en tanto que es obligatoria la presencia del laborante dentro del centro de trabajo a disposición del empleador.

La posición de la legislación española entonces es bastante clara; se ha optado por aplicar el segundo criterio en la concepción de la jornada de trabajo, entendiendo por esta todo el tiempo de vida por el cual el trabajador se subyuga al empleador para la ejecución de sus labores, es decir, por el cual dispone su trabajo a favor de éste, sea que ello ocurra dentro del centro de trabajo o no (como en el caso de los desplazamientos a causa de las ordenes patronales). La razón de que ello ocurra insta en que, primero, España ha ratificado desde el 29 de agosto de 1932 el Convenio N° 30 de la OIT, según el cual, como ya se ha anotado, se expresa que por horas de trabajo se entiende justamente, el tiempo por cual el personal se halle a disposición del empleador, excluyéndose de la jornada aquellos descansos o periodos en los que esto no ocurra; y segundo, en que la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y Consejo Europeo, en su articulado 2.1° establece que por tiempo de trabajo se entiende: “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”. La influencia y determinación de ambas legislaciones supranacionales dentro del sistema normativo del país, ha generado como consecuencia que el artículo 34.5° de la LET contemple el concepto de la jornada laboral por la disposición efectiva y restringida del trabajo tan seriamente que incluso hasta los desplazamientos y los periodos de inactividad durante la jornada se incluyen dentro de la misma, en tanto exista la disposición y subordinación de la fuerza de trabajo, excluyendo únicamente los periodos de tiempo utilizados por el trabajador para el traslado de su domicilio hasta el lugar de trabajo; los mismos que, de acuerdo a Carlos Alfonso Mellado (2007), no son tiempo de trabajo.

## **1.2. Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo**

Al respecto, se debe comentar lo establecido en el artículo 34° literal 1 de la Ley de Estatuto de Trabajadores (ET), cuyo texto es el siguiente: “La duración máxima de la jornada de trabajo será pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. El margen de duración de la jornada de trabajo, de este modo, es establecido en un parámetro semanal de 40 horas, con un elemento de flexibilización bastante remarcado. Tan igual como ocurre en nuestra legislación nacional, en que la el límite real –como vimos– es de 48 horas semanales, en España, también existe la tendencia de otorgar al empleador la libertad y autonomía de

distribuir el tiempo de trabajo de su personal, siempre que se respeten los límites legales. Tal prerrogativa, desde luego, tendría que ser ajustada a reglas de razonabilidad y en proporción a la necesidad productiva de la empresa; para esto en el sistema jurídico español se encuentran ciertos frenos; así los incisos 2 y 3 del artículo 34° que establece lo siguiente:

2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

3. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

Nótese, a partir de ello, que la distribución irregular de la jornada de trabajo está primordialmente concedida a la negociación colectiva, y no solo al libre albedrío del patrono, quien en caso que no existiera pacto colectivo alguno, podrá disponer únicamente del 10% de la jornada de trabajo. Se entiende que la razón por la que se ha procedido con ello, insta en la corrección de las diferencias de poder que ocurre en la negociación colectiva; dejar al arbitrio del empresariado la distribución de la jornada de trabajo podría significar la exposición del trabajador a jornadas perjudiciales a su tiempo de descanso, se busca así términos de justicia en la negociación y fijación de las condiciones de trabajo.

Por otra parte, la ET también exige que la distribución de la jornada, sea que se efectúe por negociación colectiva o por disposición del empleador, respete los tiempos de descanso diarios y semanales establecidos por ley, en ello es interesante que el artículo 3° señale que entre el fin de la jornada de trabajo y el comienzo de la siguiente deben mediar

mínimamente 12 horas de descanso, pues se limita a que la regulación de los tiempos de trabajo, en cualquier caso, sea realmente lesiva al trabajador, truncando su tiempo de vida más de lo que se considera adecuado y correcto. El límite de las 09 horas diarias si bien también opera como freno en la distribución irregular de la jornada de trabajo, su rol no es del todo decisivo, ya que es la misma normativa quien contempla la posibilidad de que dicho límite sea excedido siempre que exista un acuerdo colectivo que le regule y que se respeten los descansos de ley; incluso a partir de una interpretación más profunda del precepto remunerativo mencionado es factible atribuir dicha facultad de alteración distributiva en el tiempo de trabajo al pacto individual de un contrato de trabajo, ya que, siguiendo lo mencionado por Manuel Alarcón Caracuel (2007), aun cuando el artículo 34.2° de la ET pareciera limitar la distribución irregular de la jornada de trabajo concedida en el 34.1° del mismo texto solo a la negociación colectiva, una interpretación sistemática con los artículos 34.3 y el literal c) del artículo 3.1, conlleva a concluir que es “perfectamente legal establecer en el contrato individual de trabajo una distribución irregular de la jornada de trabajo, respetando el límite de las 9 horas diarias... y respetando *los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos por ley*” (p.46).

Por último, es interesante también como freno a la distribución de la jornada de trabajo en España, el Acuerdo Interconfederal de 1983 (BOE Num. 51 del 01 de marzo), en cuyo artículo 6 establece que:

...b) A efectos del cómputo anual, la jornada semanal de cuarenta horas será de mil ochocientos veintiséis horas y veintisiete minutos de trabajo efectivo, a establecer a través de la negociación colectiva...

Cuando por razones objetivas sea necesario, las partes negociarán otros sistemas de cómputo y control, respetándose en todo caso el tiempo máximo anual mencionado en los apartados anteriores.

Remarcando así nuevamente la disponibilidad concedida por esta normativa también a las partes, a fin de que ellas puedan dentro del contrato de trabajo distribuir el tiempo de labores, es harto útil el parámetro anual que fija la normativa española para asegurar que el ejercicio de dicha disponibilidad negocial no exceda los límites legalmente establecidos.

También resulta importante citar el artículo 35.2° de la ET, respecto de que: “El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo el apartado 3”, el mismo que establece que no se tendrá en cuenta la jornada máxima laboral, ni el

límite de las horas extraordinarias, cuando el exceso del trabajo sea para “prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias”. En este aspecto, se denota por justa y acorde con los fines sociales que persigue el derecho del trabajo, la disposición de limitar aún el ejercicio de las horas extraordinarias de trabajo, protegiendo al trabajador aún contra su propia intención de extender su tiempo de trabajo. No obstante, es preciso remarcar que entre la regulación de este artículo y lo dispuesto en el artículo 34.1° de la ET, existe un inconveniente relativo al modo de distribución del trabajo, y es que regulándose la jornada ordinaria en cómputo semanal y la extraordinaria, en anual, hay la posibilidad de que el laborante efectúe un total de 20 o 30 horas extras en una semana, lo cual a pesar de ser bárbaro no sería, en principio, ilegal. El monto remunerativo de las horas extras, de acuerdo al artículo 35.1° de la ET, se deja a la regulación colectiva o individual, exigiéndose únicamente que aquel no sea inferior al valor de la hora ordinaria.

Ahora bien, la normativa española a diferencia de la nuestra no contempla de modo expreso causales o situaciones de exclusión de la jornada máxima de trabajo, sino que establece jornada especiales en las cuales el tiempo de trabajo es permitido de ser ampliado más allá del límite legal de las 40 horas establecido en la ET. Así, no aplica en absoluto un límite de la jornada de trabajo para los trabajadores de “alta dirección”, que se puede equiparar para nuestro caso con el personal de dirección, a partir de lo señalado en el artículo 1° del RD 1382/1935, cuyo texto es el siguiente:

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

Lo expresado en estricto, por el artículo 7° de dicho texto legal es que para los trabajadores de alta dirección “el tiempo de trabajo... será fijado en las cláusulas del contrato, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente”.

Otro supuesto especial es el previsto por el artículo 7.1° del RD 1424/1985, que regula el Servicio del Hogar Familiar, en el cual se permite el acuerdo de tiempos de presencia a disposición del empleador, por encima del límite de la jornada ordinaria efectiva; así el texto exacto del enunciado normativo es el siguiente: “La jornada máxima semanal de carácter ordinario será de 40 horas de trabajo efectivo, sin perjuicio de los

tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes”.

También se regula en modo especial la situación laboral de los “representantes de comercio”, a quien se le considera, de acuerdo al artículo 1° del RD 1438/1985, como aquella persona que: “actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquier otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones”. En estos casos, el artículo 4.1° del citado texto legal, establece que: “La relación laboral a la que está sujeta el trabajador no implicará sujeción a jornada u horario de trabajo concreto, sin perjuicio de las previsiones contenidas en los pactos colectivos e individuales”. Esta circunstancia de trabajo es la que, en comparación con nuestra realidad nacional, puede asemejarse a la de los trabajadores por comisión. Para Manuel Alarcón Caracuel (2007), la razón de la excepción o exclusión de un límite horario en el trabajo se debe a que se trata de un contrato “cuyo objeto es una pura deuda de resultado, no de actividad” (p. 49). Sin embargo, lo curioso de la RD 1438/1985 es que frente a esto, excluye de su ámbito de aplicación a todos los “Los trabajadores de la Empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la Empresa.”. Así, cabría cuestionarse si el fundamento de la norma para efectuar la exclusión es en realidad la deuda por resultado, y si en el caso de los representantes de comercio que laboran dentro de la empresa, sujetos al horario de la misma, por ende, se puede inferir que el objeto del contrato es también por actividad y no solo de resultado. En cualquier caso, nos parece que el fundamento de la legislación española para regular una condición especial en la jornada de trabajo de este tipo de laborantes va más allá de la relación del objeto del contrato, con el resultado productivo del trabajador.

## **2. MÉXICO**

### **2.1. Concepto de jornada de trabajo**

En el caso de México, el artículo 58° de la Ley Federal de Trabajo señala que: “jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo”. Para Néstor del Buen (1985), el acogimiento de la legislación mexicana también del principio de la disposición restringida de la fuerza de trabajo radica en la injusticia que significaría someter al trabajador a asumir el riesgo de los

tiempos de inactividad dentro de la jornada, contabilizando la misma solo a partir de las horas de trabajo concreto y efectivo, debiendo, en estricto, conceptuarse por aquella, el tiempo que cada día el trabajador dispone para la ejecución de sus labores, o sea, por el cual se subyuga a la dirección de su patrono. El marco de esta legislación se debe también a que México ha ratificado desde el 12 de mayo de 1934 el Convenio N° 30 de la OIT que, a diferencia de lo que ocurre en la legislación nacional peruana que a la fecha no lo ha hecho, le obliga a reproducción el concepto la disposición efectiva que en dicho documento se establece.

## **2.2. Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo**

La Ley Federal del Trabajo, en su artículo 61° establece lo siguiente: “La duración máxima de la jornada será: ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta”, para estos efectos el artículo 60° señala que: “jornada diurna es la comprendida entre las seis y las veinte horas”; que la “jornada nocturna es la comprendida entre las veinte y las seis horas”; y que “jornada mixta es la que comprende periodos de tiempo de la jornada diurna y nocturna, siempre que el periodo nocturno sea menor de tres horas y media, pus si comprende tres y media o más, se reputará jornada nocturna”. Nos parece que la regulación mexicana, es mucho más precisa y protectora en este aspecto; y es que lógicamente, como uno de los sistemas jurídicos precursores en el derecho del trabajo, no solo por los ilustres personajes que en el mundo jurídico del derecho del trabajo provienen de nacionalidad mexicana, sino por la fuerte carga histórica y obrera que ha pujado el proteccionismo e intervencionismo a los niveles que ahora se observa en la ley mexicana, resulta evidente que se legislador mexicano decidiera ser preciso en las limitaciones al tiempo de trabajo, según el turno de trabajado, teniendo en cuenta como ya se ha señalado en la parte pertinente, que el trabajo nocturno es definitivamente más oneroso y exigido que el diurno. Tal es así que, Santiago Barajas Montes de Oca (1997), manifiesta que en el ordenamiento jurídico mexicano la jornada de trabajo se estima “como cuestión de orden público. Por ello la ley establece que no produce efecto legal ni impide el goce o ejercicio de cualquier derecho la estipulación contractual que fije jornadas mayores a las permitidas por ley” (p.13). Es curioso resaltar, sin embargo, que la limitación efectuada en este ordenamiento no concibe un cómputo semanal horario, sino solo por día, de modo que la flexibilidad que parece introducir el artículo 59° de la Ley, cuando establece que: “el trabajador y el patrón fijarán la duración de la jornada de trabajo, sin que pueda exceder de los máximos legales” no es en realidad, tal, puesto que la distribución del trabajo que

efectúe el empleador, tendrá siempre que respetar el límite diario precisado en la ley federal.

Ahora, por otra parte, es también interesante que el artículo 64° de la Ley Federal prescriba que “cuando el trabajador no pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de reposo o de comidas, el tiempo correspondiente le será computado como tiempo efectivo de la jornada de trabajo”, pues la intención clara del legislador en este extremo, ha sido la de validar el concepto de jornada de trabajo que se establece en el artículo 58° de la Ley, cual es entender por aquella “el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo”. Así, partiendo de este concepto, se puede inferir que el tiempo de reposo o de descanso no es computado como parte de la jornada de trabajo, prima facie, porque el disfrute regular del mismo significa el cese de la disposición de las energías de trabajo del laburante al patrono, siendo lo normal que durante este tiempo el trabajador no tenga mayor fin que el de reposar y recuperar energías. Lo contrario, pues, como prevé la norma, implicaría que aun cuando se conceda el descanso al trabajador, la fuerza productiva de este aún estaría dispuesta al mando de su empleador, lo cual calza el tiempo transcurrido en la definición de la jornada de trabajo. Es pues la opción lógica ante este escenario, que el lapso de descanso se contabilice dentro de la jornada.

Respecto a la efectuación de jornadas extraordinarias, la Ley Federal de Trabajo, establece lo siguiente: i) que, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 65°, la jornada de trabajo puede excederse de los límites establecidos, siempre que ocurran casos de “siniestro o riesgo inminente en que peligre la vida del trabajador, de sus compañeros o del patrón, o la existencia misma de la empresa”; ello por el tiempo que resulte necesario para evitar estas circunstancias; y ii) que, según el artículo 66°, en los demás casos cuando sea necesaria la ejecución de sobretiempo por circunstancias extraordinarias, ello no podrá excederse nunca de tres horas diarias ni de tres veces por semana. En este caso, la jornada extra se pagará según el artículo 67° con una sobretasa del 100%. También prevé la norma mexicana que, en caso que el trabajo extraordinario se extendiera más allá del límite permitido, o sea, de nueve horas a la semana, cada hora será adicional, será pagada con un sobrecargo del 200%. Nótese que el costo de la norma respecto a la jornada extraordinaria, es bastante alto; lo que lleva a definitivamente a que el empresariado frente la duración del trabajo de su personal, a fin de no hacer demasiado onerosa la mano de obra con la que cuenta.

Remarcamos, nuevamente, que el proteccionismo de la legislación mexicana es, notablemente, mucho más severo que el de nuestra legislación nacional, quizá como hemos señalado, ello se deba a la carga social que informa el proceso histórico del derecho

mexicano del trabajo, muy diferente al peruano, y la consciencia que debido a ello se ha logrado en el gobierno de dicho país. Lo que es en suma inquietante, es que a pesar de la tratativa específica y especializada que ejecuta la norma federal mexicana, para cada tipo de trabajo, según su naturaleza, no existe una cláusula legal que precise las exclusiones o excepciones de la aplicación de la limitación máxima de la jornada de trabajo. Así, aunque en determinadas labores, como ocurre con los trabajadores de confianza y el personal de dirección, la norma regule las condiciones de trabajo de tal modo que la excepción de la limitación en estos casos, parezca un paso consecuente, expresamente esta no llega a tal conclusión, por lo que, en principio, cabría señalar que tal precepto no es, al menos legalmente, contemplado por el ordenamiento jurídico de México; tal cual se desprende de la clasificación de las jornadas de trabajo que efectúa el jurista mexicano Néstor del Buen (1985), quien sobre las “jornadas especiales”, en las cuales se permitiría una jornada diaria mayor a la establecida en la ley federal, únicamente se refiere al artículo 59° que establece que “los trabajadores y el patrón podrán repartir las horas de trabajo, a fin de permitir a los primeros el reposo del sábado en la tarde o cualquier modalidad equivalente”; refiriéndose así a la forma de distribución del trabajo, mas no a una exclusión de la limitación propiamente dicha.

### **3. ARGENTINA**

#### **3.1. Concepto de jornada de trabajo**

De similar modo a España, ocurre a nivel sudamericano en la legislación laboral de Argentina, país que habiendo ratificado también el Convenio N° 30 de la OIT, el 14 de marzo de 1950, en el artículo 197° de su Ley N° 20.744, Texto Ordenado del Decreto 39/1976, Ley de Contrato de Trabajo, señala que: “se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio.”, y también que: “integrarán la jornada de trabajo los periodos de inactividad que obliguen la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador”; acogiendo así también el criterio de la disposición restringida de la fuerza de trabajo, tan igual como España y México.

### **3.2. Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo**

En el caso de la legislación argentina, primero en relación a la duración de la jornada de trabajo, el artículo 196° de la Ley N° 20.744, Texto Ordenado por Decreto 390/1976, Ley de Contrato de Trabajo, establece lo siguiente: “La extensión de la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación y regirá por la ley 11.544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario”. Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en el caso mexicano, que también es un país con organización política federal, en Argentina, las disposiciones de sus estados o provincias federadas, por ley, están permitidas de fijar un límite de duración distinto al que establece la norma federal. Desde luego que aquí tendría que hacerse valer lo prescrito en el artículo 14° bis de la Constitución de la Nación Argentina, respecto de que las leyes asegurarán al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor” y una “jornada limitada”, así como “descansos y vacaciones pagados”; así también el artículo 31° de dicha Carta Magna, que precisa que “los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación”, de modo que se enfatice el rol del artículo 2° de la Convención N° 01 de la OIT, ratificada por esta nación el 30 de noviembre de 1933, en cuanto establece como margen máximo de trabajo las 08 horas diarias y cuarenta y ocho semanales; y por último, también la pausa o descanso de 12 horas que, conforme al último párrafo del artículo 197°, debe existir entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra. Todo ello con el fin de que, al margen de la autonomía legislativa otorgada a las provincias en la regulación del tiempo de trabajo, estas cumpla con resguardar la dignidad del trabajador, y observar los límites máximos que internacionalmente están establecidos y que, además, por disposición constitucional expresa, le vinculan.

En ese sentido, la mencionada Ley 11.544, del 12 de setiembre de 1929, en su artículo 1° establece que: “La duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro”. Pese a ello, el artículo 2° de dicha normativa y, a la vez, el artículo 200° de la Ley 20.744, establecen que la jornada nocturna de trabajo, no podrá exceder de 07 horas diarias, entendiendo que el horario de trabajo propio de este turno es el que se extiende entre “la hora veintiuna del día y la hora seis del siguiente”. Y, asimismo, el artículo 201° de este último texto normativo, sobre el trabajo en sobretiempo, establece que: “el empleador deberá abonar al trabajador que prestare servicios en horas suplementarias...un recargo del cincuenta por ciento (50%), calculado sobre el salario habitual, si se tratare de días comunes”, y con un rango mayor del 100%, las horas extraordinarias en los días sábados después de las trece (13) horas, domingo y feriados. En complemento, el texto del artículo 203° de la Ley, enfatiza el

carácter voluntario de la ejecución del trabajo extraordinario, de modo que “el trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias”, salvo que concurrieran casos de “peligro o accidente ocurrido o inminente fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa”; claro que la ocurrencia de estas circunstancias no descarta en modo alguno que el trabajo deje de ser suplementario y que, por ello, merezca ser cancelado conforme al recargo del 50% del artículo 201°.

Sobre las exclusiones de la jornada máxima de trabajo, el artículo 199° de la Ley 20.744 señala que: “El límite de duración del trabajo admitirá las excepciones que las leyes consagren en razón de la índole de la actividad, del carácter del empleo del trabajador y de las circunstancias permanentes o temporarias que hagan admisibles las mismas, en las condiciones que fije la reglamentación”; y, en este mismo giro, el segundo párrafo del artículo 1° de la Ley 11.544 establece lo siguiente: “No están comprendidos en las disposiciones de esta ley, los trabajos agrícolas, ganaderos y los del servicio doméstico, ni los establecimientos en que trabajen solamente los miembros de la familia del jefe, dueño, empresario, gerente, director o habilitado principal”. La legislación argentina, de acuerdo al artículo 3° de la misma normativa, en concordancia con lo establecido en el Convenio N° 01 de la OIT, se admiten también las siguientes excepciones:

- a) Cuando se trate de directores y gerentes;
- b) Cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá ser prolongada más allá de las ocho horas por día y de cuarenta y ocho semanales, a condición de que el término medio de las horas de trabajo sobre un período de tres semanas a lo menos, no exceda de ocho horas por día o de cuarenta y ocho horas semanales;
- c) En caso de accidente ocurrido o inminente, o en caso de trabajo de urgencia a efectuarse en las máquinas, herramientas o instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero tan sólo en la medida necesaria para evitar que un inconveniente serio ocurra en la marcha regular del establecimiento y únicamente cuando el trabajo no pueda ser efectuado durante la jornada normal, debiendo comunicarse el hecho de inmediato a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la presente ley.

Esto último en congruencia a lo previsto en el ya citado artículo 203° de la Ley 20.744. De este modo, básicamente las excepciones a la jornada máxima de trabajo aplicarían para los trabajadores agrícolas, los ganaderos, los que laboren entre miembros de familia, y los trabajadores de *alta dirección*; haciéndose la precisión que la labores de los que efectúan trabajos en equipo no están exentas de la limitación de la jornada de trabajo, sino que se permite la distribución irregular de su trabajo con tal que en promedio no se exceda el límite del artículo 1° de la Ley 11.544. Mención aparte es la del trabajador de vigilancia y seguridad, que de acuerdo al Convenio Colectivo N° 507 del año 2007, si bien también no se le excluye del límite de las ocho horas y cuarenta y ocho semanales, sí se permite que su trabajo diario se distribuya en forma superior a las 8 horas diarias, hasta 12, siempre que a la semana no se superen las 48 horas; ya que de lo contrario generará el pago de horas extras.

## **4. CHILE**

### **4.1. Concepto de jornada de trabajo**

En la legislación chilena, partiendo de la ratificación que dicho país ha efectuado al Convenio N° 30 de la OIT, el 18 de octubre de 1935, en su reciente Código de Trabajo, Capítulo IV de la “Jornada de Trabajo”, artículo 21°, se prescribe que: “La jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato”, esto es, el tiempo del día que es enajenado por parte del laborante a favor de su patrono, subyugándose a sus órdenes; se dispone además en dicha normativa que “se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables”. Nótese que tanto en esta legislación como en la argentina –antes descrita–, la acentuación de la definición de la jornada de trabajo como el tiempo de disposición de labores al empleador, se extiende expresamente a los periodos de inactividad que existan dentro de la jornada, siempre que aquellas no fueran producidas por el propio trabajador, lo cual resalta la traslación del riesgo del trabajador al empleador, según lo refiere Mario de la Cueva (1980); de modo que la “no utilización de la energía de trabajo” es un “riesgo de la empresa” (p. 274). Tal principio pues, se observa congruente con la naturaleza de las relaciones de trabajo, ya que asumiendo el empleador la dirección, reglamentación y organización de las labores, así como de los resultados que por ella se producen, resulta lógico que sea este quien asuma todo el riesgo involucrado, máxime cuando la inactividad se presenta como contingente al trabajo, habiendo cumplido el laborante con su prestación

contractual al disponer su energía trabajo a favor de su empleador; siendo exclusiva responsabilidad de este utilizarla.

#### **4.2. Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo**

En Chile, el artículo 22° del Código del Trabajo, establece que: “La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales”, y luego el artículo 28° que “el máximo semanal establecido... no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días. En ningún caso la jornada podrá exceder de diez horas por día”. Nótese así el gran tenor de flexibilidad que ofrece esta normativa al empleador, ajustando un único margen de tiempo semanal, y permitiendo que la distribución de las horas se efectúe según su conveniencia, siempre que se respete lo señalado por el artículo 28, y no se exceda el límite del artículo 22°. La técnica legislativa utilizada en este campo es así bastante precisa. Incluso en lo que respecta a la jornada en sobretiempo, los artículos 31° y 32° del Código, describen claramente la posibilidad de que el exceso se dé hasta un máximo de 02 horas por día, abonando un sobrecargo del 50% por cada una de ellas. Aquí también al igual que en las normativas anteriormente analizadas, se prevé la posibilidad, según el artículo 29°, de que la jornada de trabajo se extienda en la medida necesaria para evitar “perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena”, cuando “sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito”, o también cuando “deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones”.

Siendo que respecto del exceso de la limitación de la jornada de trabajo, existe en el Capítulo IV del Código de trabajo una amplia regulación en relación a la distribución del tiempo de trabajo en jornadas especiales según la actividad, por ejemplo, la labor pesquera, en el artículo 23°, los dependientes de comercio, en el artículo 24°, los choferes de vehículo de carga en el artículo 25°, nos parece únicamente útil para los propósitos de esta investigación, referirnos únicamente a las exclusiones que precisa el artículo 22° del Código de trabajo, respecto de la limitación de la jornada de trabajo, teniendo en cuenta que no es el fin realizar un análisis profundo sobre cada una de las aristas de la regulación de trabajo en dicho país, sino específicamente en relación a la limitación y las exclusiones generales de la jornada máxima de trabajo, que servirán en la solución del problema de investigación planteado. Bien, este tenor, se tiene que el texto del mencionado artículo, en cuanto a las exclusiones, es el siguiente:

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores,

apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento

También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras

Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones

Bajo este enunciado, en suma, los supuestos de exclusión son los siguientes: i) los gerentes, administradores y apoderados, que pueden agruparse como *trabajadores de alta dirección*; ii) los que laboren sin fiscalización superior inmediata; iii) los que ejercen su trabajo en su propio hogar, en un lugar libremente elegido por ellos, o simplemente fuera del local o sitio de funcionamiento de la empresa; iv) los trabajadores con labores a bordo naves pesqueras. Salvo el último supuesto de exclusión, que es posteriormente regulado con más detalle en los artículos siguientes; merece relevancia referirnos a los tres primeros puntos resumidos. Así, en cuanto a los trabajadores de dirección, la exclusión es coherente con lo postulado con el Convenio N° 01 de la OIT, como ya vimos ratificado por Chile en octubre de 1935, y se sustenta en la autonomía e identificación que este tipo de trabajadores poseen en relación al empleador; es por ello que su exclusión es reconocida en la mayoría de legislaciones. Respecto al segundo, la ausencia de fiscalización inmediata, parece englobar en cierto modo a los trabajadores de dirección, que naturalmente por la condición de trabajo no se encuentran fiscalizados, sin embargo, también incluye a la gran gama de trabajadores de confianza que, debido a la actividad particular que ejercen en la empresa, no se encuentran fiscalizados. Es, sin embargo, la tercera causal de exclusión la que guarda mayor interés para efectos de la presente investigación.

Parecería que la única razón por la que se excluye tanto a los trabajadores que ejercen su trabajo desde su domicilio, o en lugar que ellos decidan, como a aquellos que laboran fuera de las instalaciones de la empresa, es por su relativa desconexión con la

organización empresarial, de modo que si bien mantienen el vínculo de subordinación y no asumen el riesgo de su trabajo, la lejanía física de la empresa les otorga cierto nivel de autonomía que se entiende que la norma chilena considera como suficiente para excluirlos de la limitación de la jornada. No obstante, consideramos que la esencia de ello, no es principalmente por su distancia del centro empresarial, sino por la libertad y la autorregulación que los trabajadores bajo estas condiciones, disfrutan respecto de sus tiempos de trabajo; así, notablemente, quien realiza su trabajo en esta modalidad, tendrá la capacidad de decidir los momentos durante los cuales activa o cesa sus labores; la disposición de su fuerza de trabajo sigue estando a disposición de su patrono, pero el direccionamiento, control y organización de ella es relativo y mediato. Tal reducción al *derecho de mando* del empleador, se manifiesta evidentemente en la limitación del ejercicio de sus poderes de fiscalización, de modo que aunque los detenta en potencia, decide y solo puede expresarlos en un modo relativo y distante, debido a las características del trabajo. Esto, pues, no es sino reflejo de que en el vínculo de trabajo no existe fiscalización superior inmediata, por lo que desde nuestro punto de vista, la descripción de este supuesto guarda estrecha relación con el segundo, al extremo de complementarse y fundirse este último en aquél.

## **5. COLOMBIA**

### **5.1. Concepto de jornada de trabajo**

Respecto al país de Colombia, que también ha ratificado el Convenio N° 30 de la OIT, el 04 de marzo de 1969, aunque en su legislación ordinaria no se incluya regulación alguna que reproduzca el criterio de la disposición restringida de trabajo acogido por la Organización Internacional de Trabajo, basta con recurrir al artículo 53° de su Constitución Política de 1991, cuarto párrafo, que establece que: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. De modo que aunque no exista una disposición expresa en este país que describa o refleje la opción legislativa respecto a la definición de la jornada de trabajo, habrá que integrar a la normativa interna colombiana lo dispuesto por el artículo 2° del citado Convenio de la OIT y, a partir de ello, concluir que en la misma se reconoce como tiempo de trabajo, todo aquel por el cual el trabajador dispusiera su fuerza de trabajo a favor de su patrono, según el segundo criterio de medición de la jornada laboral que se he estudiado bajo la revisión del jurista trujillano José Montenegro Baca.

## **5.2. Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo**

Ahora bien, en la regulación colombiana del derecho del trabajo, el artículo 161° del Código Sustantivo del Trabajo, prescribe que “la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana”. Adicionalmente a ello, la norma colombiana prevé la posibilidad de que en las relaciones de trabajo que impliquen actividades insalubres o peligrosas, la jornada de trabajo se reduzca por debajo del límite señalado, o sea que la jornada máxima se inferior a esta; ello de acuerdo a la legislación propia del sector. Además, de acuerdo al artículo 164°, se permite que la jornada diaria de trabajo se amplíe hasta en 02 horas, siempre que el fin de ello sea otorgar al trabajador el descanso completo del día sábado, desde luego que tal incremento deberá respetar el límite semanal de las 48 horas semanales. De igual modo, conforme al artículo 166°, se permite la extensión de la jornada semanal de trabajo a 56 horas semanales, siempre que exista la necesidad de que las labores, por su propia naturaleza, sean atendidas sin solución de continuidad. Nótese de este modo que la flexibilidad ofrecida por la legislación colombiana respecto a la distribución de la jornada de trabajo, es mediana, ya que salvo los supuestos contemplados, el horario de trabajo tendría que respetar el límite de ocho horas diarias y, copulativamente, el de 48 horas por semana.

También se precisa, por el artículo 167°, que la distribución de la jornada deberá efectuarse con un intermedio de descanso, cuya duración no se fija en un tiempo exacto, sino que se relega a las necesidades del laborante y la naturaleza del trabajo; este tiempo no se contabilizará en la jornada de trabajo; esto teniendo en cuenta que de acuerdo al concepto de jornada efectiva de trabajo que dispone el Convenio N° 30 de la OIT, ratificado por Colombia en 1969, solo serán horas de trabajo aquellas por las cuales el laborante disponga su fuerza laboral al empleador, lo cual evidentemente no sucede durante el tiempo de descanso al que se refiere el artículo 167°. Por otro lado, siguiendo la línea de análisis que se viene desarrollando, es preciso citar lo normado en el artículo 163° del Código Sustantivo del Trabajo, respecto a que el límite señalado “puede ser elevado por orden del patrono..., por razón de fuerza mayor, caso fortuito, de amenazar u ocurrir en algún accidente o cuando sean indispensables trabajos de urgencia que deban efectuarse en las máquinas o en la dotación de la empresa”; y también lo dispuesto por el artículo 167-B, sobre que, en todos los demás casos en que el trabajo suplementario no se deba a alguna de las razones antes señaladas, ya sea diurno o nocturno, no podrá excederse de 02 horas diarias y de 12 semanales, prohibiéndose además que cuando por el descanso de los sábados se decida ampliar la jornada de trabajo a 10 horas diarias, se produzcan

horas extras en los mismos días. El sobrecargo de la jornada en sobretiempo, de acuerdo al artículo 168°, es de 25% en el turno diurno y de 75% en el nocturno.

Otro extremo menester de ser señalado son las causales de exclusión del artículo 162° del Código, que dispone lo siguiente:

1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:

- a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo;
- b). Los servicios domésticos ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo;
- c). Los que ejerciten labores discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo

Nótese, al igual que el común de legislaciones latinoamericanas, la exclusión de los trabajadores de dirección y de servicio doméstico; es llamativo, sin embargo, la disposición de excluir de la jornada máxima de trabajo a los que efectúan trabajos discontinuos o intermitentes, en modo similar a lo que contemplado por nuestra legislación nacional. La crítica de la doctrina al respecto, tiene las mismas objeciones que para el caso peruano. Así, no parece justo ni adecuado relegar de la limitación de la jornada a este tipo de trabajadores, quitándoles el derecho que ceder su fuerza de trabajo solo hasta un máximo de horas al día; pues si bien la acumulación de los descansos durante la jornada, resultan suficientes para permitir la extensión de la jornada de trabajo por encima de las ocho horas diarias y las cuarenta y ocho semanales, no se debe perder la razonabilidad y el carácter tuitivo del derecho del trabajo en ese sentido. No es acorde con el establecimiento de condiciones dignas de trabajo, que no se imponga ningún límite a la duración de las labores intermitentes, menos cuando, pese a la inactividad, ocurre una cesión del tiempo de vida del trabajador que sin márgenes ni parámetros, llevaría al laborante a sustraer 10, 12 o 16 horas de su día para dedicarlas al trabajo, lo cual resulta notoriamente insano y perjudicial a la condición humana.

## **6. URUGUAY**

### **6.1. Concepto de jornada de trabajo**

En el caso uruguayo, el artículo 6° del Decreto del 29 de octubre de 1957, establece lo siguiente:

A los efectos del cómputo de las horas de trabajo, se considera trabajo efectivo, todo el tiempo que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad o está presente en su puesto respectivo o a la disposición de un patrono o superior jerárquico, salvo las excepciones expresadas en los artículos siguientes, a lo que dispongan reglamentos especiales, en materia de trabajos de temporada o estación o intermitentes, que pueda dictar el Ministerio de Industrias y Trabajo.

Nótese que también en esta legislación se ha optado por el criterio de la disposición restringida de la fuerza de trabajo para definir la jornada laboral. Será, pues, la hora trabajada no aquella en la que necesariamente se ejecute un trabajo en concreto, sino donde el trabajador a merced de la subordinación que le une a su patrono, dispone su fuerza de trabajo a favor de este, de modo que el tiempo de vida cedido estará exclusivamente dedicado al trabajo, y no a otras actividades que el laborante, por su libre determinación como ser humano, pudiera o deseara efectuar. La legislación uruguaya, en este contexto entonces, cumple con adecuar su normatividad interna a lo dispuesto por el Convenio N° 30 de la OIT, que fuera ratificado por su parte el 06 de junio de 1933.

## **6.2. Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo**

En el caso de Uruguay, dado que la regulación de la jornada de trabajo está sectorizada según la actividad de las labores, en industria y comercio, casi siguiendo la misma línea que efectúa la Organización Internacional de Trabajo con los Convenios N° 01 (que regula la jornada de trabajo en la industria) y N° 30 (que regula la jornada de trabajo en el comercio); la descripción de la misma se hará también en este orden. Así, respecto a la jornada de trabajo en la industria, los artículos 1° y 3° de la Ley N° 5.350, del 17 de noviembre de 1915, la establecen en 08 horas diarias y 48 semanales. En este caso, su flexibilidad es notable en tanto que el texto exacto del artículo 3° es el siguiente: “En casos especiales podrá aumentarse el término del trabajo diario de los adultos; pero en ningún caso excederá de 48 horas por cada seis días de labor”. El Decreto del 29 de octubre de 1957, Reglamento de la Jornada Laboral, en la misma línea, en su artículo 19°, establece que: “En todos los establecimientos o actividades industriales, públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro, o en sus dependencias... la duración del trabajo efectivo del personal... no podrá exceder de 8 horas al día y de 48 horas a la semana”. A su vez,

precisa la flexibilidad del artículo de la Ley N° 5.350, estableciendo en su artículo 20° que cuando “se haga uso de la distribución desigual entre los días laborales de las 48 horas de trabajo por semana... el exceso de tiempo diario que se autorice no podrá exceder de una hora”. En el caso de los trabajos por equipo, se precisa la posibilidad de que la distribución del trabajo se haga de forma irregular siempre que en un periodo de 3 semanas, el total trabajado sea de 144 horas, en forma que “el término medio de las horas de trabajo dentro del ciclo no exceda de 8 horas por día o 48 semanales.”. Se precisa también que, bajo estas mismas circunstancias, en los casos en que el trabajo, debido a su funcionamiento continuo, deba ser “asegurado por equipos sucesivos”, se podrá extender la jornada de trabajo hasta el máximo 56 horas por semana, siempre que para ello se hubiera recabado la conformidad de los “empleados y obreros interesados”.

Luego, en relación al trabajo en actividades de comercio, que es definido por el artículo 33° del Reglamento, como aquellas “cuya actividad consiste en la compra-venta de mercaderías sin efectuar transformaciones de las mismas para aumentar su valor”; el artículo 35° establece que la jornada de trabajo “no podrá exceder de 8 horas diarias ni de 44 por semana”, precisando que no están incluidas en esta limitación las “peluquerías de hombres y niños; las peluquerías de mujer de los Departamentos del Interior y las carnicerías, que por leyes especiales tienen fijada jornada semanal de 48 horas”. Luego, flexibilizando la distribución semanal de estas horas de trabajo, el artículo 36° señala lo siguiente: “la duración semanal a que se refiere el artículo anterior podrá ser distribuida desigualmente entre los días laborales de manera que el trabajo de cada día no exceda de 9 horas a condición de que las tareas del sábado terminen a la hora 12 y 30.”. Véase así las amplias prerrogativas que otorga la legislación uruguaya en la distribución de la jornada de trabajo tanto en labores de comercio como en industria, siempre resguardando los límites máximos establecidos en cada caso.

Respecto a las horas extraordinarias, al igual que en las legislaciones antes estudiadas, en el caso uruguayo se permite la extensión de la jornada de trabajo más allá de los límites establecidos por ley, siempre que existan casos de accidentes, fuerza mayor o urgencias que demanden la extensión del trabajo, lógicamente la ampliación solo se permite en la medida que sea proporcional y necesario a la afectación suscitada, o como establece textualmente el artículo 11° del Decreto de 1957, por la “medida necesaria para evitar que se produzca un transtorno serio en la marcha normal del establecimiento”. Bajo otras circunstancias, el sobretiempo se cancelará, de acuerdo al literal a) del artículo 13°, a razón del 50% en días útiles de trabajo, y en proporción de 100% cuando ocurra en feriados y domingos. Es interesante, en este ámbito, que la legislación uruguaya haya previsto el pago de las horas extras también en fracciones, de modo que se pagará a razón

de media hora todo exceso inferior a 30 minutos, y las superiores como una hora completa; tal precisión, por hacer una comparación, no es prevista en nuestra normativa, en la cual, desde un punto de vista literal, se entiende que el pago de las horas extras es solo por horas completas de trabajo. Asimismo, de acuerdo al artículo 14° del mismo Decreto, se prohíbe que las jornadas extraordinarias de labores, en cualquiera de las modalidades de trabajo que se regulan en dicho texto legal (o sea, tanto para industria como comercio), sobrepase las seis horas semanales, condicionándose su ejecución a la información previa a la autoridad administrativa de trabajo pertinente.

Por último, es preciso describir las exclusiones de la jornada máxima de trabajo consideradas para cada tipo de labor, sea industria o comercio. Así, respectivamente se tiene el artículo 25° que establece lo siguiente:

Podrán trabajar sin normalidad de horario, tratándose de adultos, previa autorización del Instituto Nacional del Trabajo, y dentro de las normas fijadas por el artículo 20:

- a) Los saladeros, los frigoríficos (con excepción de los empleados y obreros ocupados en la cámara fría) y establecimientos análogos;
- b) Los hornos de ladrillos;
- c) Los gerentes, agentes o jefes de servicio que actúan con relativa independencia fuera de la Sede principal de las empresas;
- d) Los obreros o empleados cuyas funciones se desempeñan a distancia de los patronos y fuera de su contralor, estando librado a su sola voluntad el tiempo que deban dedicar al trabajador y el descanso;
- e) Las funciones o trabajos que por fuerza mayor o razones técnicas no pueden ser interrumpidas ni admitan el relevo del que las inicia;
- f) El personal ocupado en la carga y descarga de los buques, incluyéndose al empleado por la Oficina de Estiba del Puerto de Montevideo;
- g) La industria de elaboración de pastas frescas;
- h) El personal de la industria cervecera;

- i) Las industrias que utilicen materias primas sujetas a descomposición y que haya que transformar conforme a las solicitudes de la demanda;
- j) Los obreros que trabajan en la explotación de arenas.

Y, de igual forma, el artículo que en relación a los trabajadores de comercio, precisa lo siguiente:

Pueden trabajar sin normalidad de horario tratándose de adultos:

- a) Los agentes viajeros del Comercio;
- b) Los vendedores ambulantes;
- c) Los Gerentes, Agentes o Jefes de Servicio que actúen con relativa independencia fuera de la sede principal de las empresas;
- d) Los empleados y obreros cuyas funciones se desempeñan a distancia de los patronos y fuera de su contralor, estando librado a su sola voluntad el tiempo que deben dedicar al descanso y al trabajo;
- e) Las personas que realizan funciones o trabajos que por razones técnicas no pueden ser interrumpidos ni admiten el relevo del que las inicia;
- f) El personal ocupado por los importadores, consignatarios y mayoristas de frutas, siempre que los mismos no comercien al detalle;
- g) Los conserjes, personal de guardia, conservación y limpieza de locales y depósitos;
- h) Los vendedores "a comisión" de tabacos, cigarros y cigarrillos;
- i) Las personas que actúan en forma subordinada en empresas de radiodifusión y representaciones teatrales.

Aunque los supuestos en cada caso son distintos según la naturaleza del trabajo, se pueden identificar circunstancias similares que, justamente, son las que se repiten en la mayoría de legislaciones latinas, conforme a las antes analizadas. Así, véase que en ambos casos se excluye a los "gerentes, agentes o jefes de servicio que actúen con relativa independencia fuera de la sede principal de las empresas". Se agrupa en este caso dos motivos de exclusión, harto difundidos; por un lado, el ejercicio de labores en cargos de

*alta dirección*, que se fundamenta en la autonomía directiva con la que cuentan este tipo de laburantes; y por el otro, la ausencia de fiscalización superior inmediata, de ahí que la norma señale que la exclusión tiene lugar cuando el trabajo se efectúe con “relativa independencia fuera de la sede principal de empresas”. Lo curioso es que, al mismo tiempo, en ambos casos, se excluye a todos los trabajadores “cuyas funciones se desempeñan a distancia de los patronos y fuera de su control”, de modo que estos se encuentran en la posibilidad de determinar “el tiempo que deben dedicar al trabajo y al descanso”. Se puede deducir que, en este caso, el motivo de exclusión es también la libertad y autonomía con la que estos trabajadores gozan debido a la ausencia de fiscalización y control de su empleador, al extremo que, tienen la capacidad de elegir sus tiempos de recreo y de actividad. Véase en esto, la estrecha relación que, en realidad tal cual la ha comprendido el legislador uruguayo, existe entre la ausencia de fiscalización y control del empleador y la *autorregulación* y autonomía en la distribución del tiempo de trabajo.

Es interesante que, además de lo anterior, la norma uruguaya excluya de forma expresa, en el caso de los trabajadores de comercio, a los “vendedores comisionistas” en las actividades de venta de tabaco, cigarros y cigarrillos. En esta supuesto, podría objetarse que la razón de la exclusión insta en la naturaleza de la comisión como contrato de unidad de producción, que descarta del objeto de la contratación la medida temporal del trabajo, ya que lo interesa es, a fin de cuenta, el resultado. Sin embargo, más que esto, que es un argumento no del todo certero, se puede observar que existe una vinculación entre la comisión y la venta de artículos que, para la época de emisión de la ley, generaban controversia en su venta, como son los derivados del tabaco. Es quizá entonces en la permisión de la comercialización de este producto riesgoso, en donde se ubique la razón de la exclusión, en todo caso, nos basta con remarcar que no son todos los comisionistas los que han sido relegados de la limitación de la jornada, sino solo los dedicados a dicha actividad, demostrándose que el fundamento de ella nada tiene que ver con la relación productiva del contrato de comisión.

Por último, otra causal que se repite es la exclusión de los trabajos que por razones técnicas no pueden ser interrumpidos ni admiten el relevo del que las inicia. Es también interesante que la legislación uruguaya haya decidido en estos casos, por la exclusión de la jornada de trabajo y no únicamente en la ampliación del límite de la misma, a diferencia de otras legislaciones. Antes de culminar, respecto a la normatividad de trabajo de este país, en relación a las exclusiones, es preciso señalar lo regulado por el Decreto 611/80, que al margen de lo precisado en el Decreto del 29 de octubre de 1957, en su artículo 1° establece lo siguiente:

No se hallan comprendidos en la limitación de horarios de trabajo:

- 1.- Los empleados de los establecimientos rurales, a excepción de aquellos a los que se les fije por leyes especiales
- 2.- Los empleados del servicio doméstico particular
- 3.- El personal superior de los establecimientos industriales, comerciales y de sus servicios
- 4.- Los profesionales universitarios e idóneos de alta especialización que, en calidad de tales cumplan tareas en establecimientos industriales, comerciales y de servicios.
- 5.- Los viajantes y vendedores de plaza, corredores, cobradores e investigadores de cobranzas que realicen sus tareas fuera del establecimiento.

Precisando además el artículo 2° que se considera “personal superior a los empleados ocupen cargos superiores al Jefe de sección”. Aunque ninguno de los artículos de esta normativa derogan o disponen la modificación de lo establecido en el Decreto de 1957, en la dación de la misma se señala que la razón para la regulación exacta de las causales de exclusión de limitación de la jornada de trabajo, se debe a la falta de claridad normativa y la diversidad de posiciones doctrinarias respecto a estos supuestos, de modo que la producción de un texto legislativo que agrupara y aclarara estas circunstancias, era necesario e imperativo. El hecho de que no exista una derogación expresa, sin embargo, no descarta la vigencia de los supuestos especiales de exclusión del Decreto de 1957, en todo cuanto no se oponga al Decreto 611/980.

## **7. BRASIL**

### **7.1. Concepto de jornada de trabajo**

Por último, por analizar el caso de una legislación sudamericana que no ha ratificado el Convenio N° 30 de la OIT, al igual que nuestro país, se tiene a Brasil, que no ha ratificado si quiera el Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo. Así, el artículo 58° inciso 2° de la Consolidación de la Leyes de Trabajo (Consolidação das Leis do Trabalho), establece que:

El tiempo dedicado por el empleado en ir al centro de trabajo y para su retorno, por cualquier medio de transporte, no será computado como jornada de trabajo,

salvo cuando, tratándose de un lugar de difícil acceso o que no sea servido por el transporte público, el empleador provea el transporte

De este modo, para el sistema normativo brasileño, no estaría descartada totalmente la posibilidad de que el tiempo de vida empleado por el trabajador para trasladarse desde su domicilio a su centro de trabajo (*tempus in itinere*), forme parte de la jornada de trabajo, siempre que sea el empleador quien ofrece el transporte debido al difícil acceso al lugar donde se ubica el centro de trabajo o a que la ruta que a este conduce no sea cubierta por el transporte público; así, para la legislación brasileña el criterio de medición de la jornada de trabajo sería el de la disposición en sentido amplio del trabajo, lo que demuestra el grado de avance de dicha normativa a pesar del poco o casi nula conexión que en relación a la jornada de trabajo, ha tenido el país con la Organización Internacional de Trabajo, notándose frente a ello, la superación común en el derecho del trabajo, del *principio de trabajo efectivo* como criterio de medición de la jornada, y la implantación más bien, de la *disposición del trabajo*, sea que esta se considere de modo restringido, como España y la mayoría de países sudamericanos incluyendo el Perú, o en sentido amplio, como lo ha hecho Brasil.

## **7.2. Distribución, límites y exclusión de la jornada de trabajo**

Respeto a la limitación del tiempo de trabajo en la legislación brasilera, el artículo 58° de la Consolidación de la Ley de Trabajo, señala que: “la duración normal del trabajo, para los empleados de cualquier actividad privada, no excederá de 8 horas diarias, siempre y cuando no se fijado expresamente otro límite”. Cabe precisar que tal disposición es reproducción de lo dispuesto en el literal XIII del artículo 7° de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988 que prescribe lo siguiente: “La duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y a cuarenta y cuatro semanales, facultándose la compensación de horarios y la reducción de la jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo”. De acuerdo a esto, entonces, en la legislación brasilera se permite la fijación de jornadas irregulares compensatorias, siempre que se respeten los límites horarios establecidos. Respecto al trabajo suplementario, el artículo 58° de la Consolidación de la Ley de Trabajo, señala que no será computado como tal el trabajo excedente al límite legal, siempre no exceda cinco minutos, con sujeción al límite máximo de diez minutos diarios. Luego, el artículo 59° de la Ley señala que el tiempo de trabajo

normal puede ser incrementado, siempre que no exceda de 02 horas diarias y que medie acuerdo escrito entre el patrono y el trabajador, o sea establecido por medio de negociación colectiva. En cualquier caso, el inciso XVI del artículo 7° de la Constitución señala que el pago del tiempo extraordinario no será menos del 50% de la remuneración ordinaria. El pago de la sobretasa, sin embargo, puede evitarse si es el incremento del trabajo en un día es compensado por la disminución del horario de trabajo en otro, tal cual lo establece el inciso 2; en estos casos, el trabajo diario no deberá exceder de diez horas. Asimismo, se excluye de la ejecución de tiempos extraordinarios de labores a los trabajadores a tiempo parcial. Se prevé también, el artículo 61°, que: “En caso de imperiosa necesidad, la duración del trabajo podrá exceder el límite legal o convencional” por motivos de fuerza mayor, o para atender la conclusión de servicios urgentes o cuyo incumplimiento puede causar daños evidentes.”. Al margen de todo ello, según el artículo 66° entre cada dos días de trabajo, debe existir por lo menos un descanso de 11 horas consecutivas.

Ahora bien, en relación a las exclusiones de la jornada de trabajo, el artículo 62° señala que no están comprendidos en el régimen regulado en la Consolidación de la Ley de Trabajo, los empleados cuya actividad no fuera compatibles con el establecimiento de horas trabajo, y los gerentes u otros cuyo puesto se considere de *alta dirección*, y que son equivalentes a los directores y jefes de departamento o filial. Parece bastante acertado que la legislación brasilera resumiera el catálogo de trabajadores que laboran fuera del centro de trabajo, que cuentan con autonomía en la distribución de su tiempo de trabajo, y que no están sujetos a fiscalización inmediata, bajo la fórmula de aquellos trabajadores *cuya actividad sea incompatible con la limitación de la jornada de trabajo*. En ello se simplifica la controversia que la distinción de las otras causales pudieran generar, ya que concentra el fundamento de la exclusión en las necesidades y la naturaleza propia del trabajo, no en conceptos ajenos que en muchos casos pueden ser relativos, como sucede con la ausencia de fiscalización inmediata en las labores que se ejecutan parcialmente fuera del centro de trabajo (como prevé nuestra normativa nacional).

Por otra parte, sin embargo, este supuesto podría juzgarse por redundante, en cierta medida, con el segundo, ya que es lógico y notable que todo trabajador con un cargo de alta dirección, no precisará de la limitación de su jornada de trabajo, es más, el mismo tenor del puesto de trabajo le exige gozar de cierta flexibilidad y autonomía en sus tiempos de trabajo, a fin de ajustar su actividad a las necesidades y urgencias de la empresa. No obstante, dado lo relativo y cambiante de la realidad de las relaciones de trabajo, estamos de acuerdo con que la regulación expresa y separada de ambos supuestos es correcta, y obedece a una técnica legislativa adecuada. Es harto interesante, adicionalmente, que el párrafo único contenido en el artículo 62° conciba la aplicación de la limitación de la jornada

de trabajo a este tipo de trabajadores, siempre que la remuneración del trabajador, sumada a la gratificación de sus funciones si es que la hubiera, fuera inferior al “salario efectivo más el 40%”; lo cual demuestra el énfasis en la legislación brasilera en evitar que la designación del trabajador como directivo o de confianza, sea solo nominal, con el fin de evadir el pago del sobretiempo y exigir el cumplimiento de prolongadas jornadas de trabajo, a pesar de que en la realidad el monto de su salario y, probablemente también las funciones del laborante, no correspondan propiamente a un puesto *dirección o gerencia*. Así, esta última regulación de trabajo, en lo relativo a las excepciones a la limitación máxima de la jornada, se muestra más clara y concisa que las anteriores.

### **III. HIPÓTESIS**

El pacto de la remuneración por comisión no determina la exclusión del trabajador comisionista de la jornada máxima de trabajo, sino que, en virtud a las singularidades que encierra, le es necesaria la concurrencia de ciertas condiciones, como la autorregulación o autonomía de la disposición del tiempo del trabajo del laborante, para concluir la cabal exclusión del comisionista de la jornada máxima de trabajo, según las causales del artículo 5° del D.S. N° 007-2002-TR.

}

## IV.METODOLOGÍA

### 1. Operacionalización de variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
El pacto de la remuneración por comisión	<p><b>Remuneración por comisión.-</b> Es una de las tipologías de la clasificación del pago de la remuneración por unidad de producción, que enmarca a aquellos contratos de trabajo donde el empleador se compromete a cancelar la retribución del trabajo en comisiones a razón de la producción o resultados obtenidos por el trabajador, quien, en ese sentido, enajena su fuerza de trabajo en la</p>	Las modalidades del pago de la remuneración en los contratos de trabajo.	Remuneración por unidad de tiempo	La remuneración por unidad de tiempo y su relación e implicancias en la jornada de trabajo.
			Remuneración por unidad de producción	La remuneración por unidad de producción y su relación e implicancias en la jornada de trabajo.
			a) Destajo b) Comisión c) Mixta	Análisis de la incidencia de la remuneración por comisión en la jornada de trabajo

	consecución de dichos resultados y no en la disposición de una medida de tiempo específica.			
La exclusión de la jornada máxima legal según las causales del artículo 5° del D.S. N° 007-2002-TR	<b>Jornada máxima legal de trabajo.-</b> Es la cantidad de tiempo límite, establecido por ley, por el que el trabajador puede enajenar y efectuar esfuerzos de trabajo a favor del empleador.	La jornada de trabajo en el Derecho Laboral	Desarrollo histórico de la jornada de trabajo como institución y derecho del derecho laboral	La jornada de trabajo como institución jurídica, a partir de la doctrina y el derecho comparado
			Concepto y clasificación de la jornada de trabajo	
	<b>Exclusión de la jornada máxima legal.-</b> Es la privación de la limitación de la jornada de trabajo en razón a motivos o causas especiales establecidas por ley, en el	La regulación de las exclusiones de la jornada de trabajo en el derecho	Regulación y aplicación de las exclusiones de la jornada máxima de trabajo en el derecho comparado.	Estudio a partir del derecho comparado del desarrollo legislativo de la exclusión de la jornada máxima de trabajo.
			Regulación y aplicación de las exclusiones de la jornada máxima legal en el derecho peruano.	Análisis de la jurisprudencia, de la doctrina y legislación nacional respecto de las

	caso peruano, por el artículo 5° del D.S. N° 007-2002-TR			exclusiones de la jornada máxima de trabajo.
--	--	--	--	--

## 2. Diseño de investigación

El no experimental, transversal – correlacional, en tanto que describirá la relación existente entre las dos variables objeto de estudio, el pago de la remuneración por comisión, por un lado; y la exclusión de la jornada de trabajo según las causales del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, por el otro.

## 3. Unidad de estudio

- Sentencias expedidas por todos los órganos de justicia laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en los procesos donde reclamándose el derecho al pago de horas extras, se dilucide la inclusión o exclusión de los trabajadores por comisión de la jornada máxima legal.
- Opinión de expertos o especialistas en materia laboral

## 4. Población

- Los procesos de trabajo desde el 2012 al 2015 tramitados en la Corte Superior de Justicia de la Libertad donde dilucidándose el pago de horas extras de los trabajadores comisionistas, se determine su inclusión o exclusión de los trabajadores por comisión en la jornada máxima legal.
- Magistrados, docentes y demás operadores del derecho expertos o especialistas en materia laboral.

## 5. Muestra

- 11 Sentencias emitidas por los distintos órganos jurisdiccionales laborales de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, donde se dilucida el pago de horas extras como consecuencia de la exclusión o inclusión del trabajador comisionista, dentro de la limitación de la jornada máxima de trabajo.

- 06 opiniones de expertos o especialistas en derecho laboral

La presente muestra es de tipo no probabilística, en tanto antes de interesar la posibilidad de generalizar los resultados obtenidos, importa seleccionar aquellos casos u opiniones que ofrecen mejores datos respecto a las variables materia de investigación.

En ese sentido, las cantidades antes señaladas se han considerado suficientes para dicho fin; más aún si se considera, en el caso de las sentencias, que el criterio jurisdiccional respecto a la exclusión de la jornada de trabajo de los laborantes comisionistas es uniforme, siendo fútil obtener más resoluciones que pronuncien los mismos argumentos y la forma de análisis de las variables.

## 6. Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS	PROCEDIMIENTO
<b>Análisis documental</b>	<b>Fichas de texto</b>	Se analizaron documentos escritos como son libros, doctrina, artículos y revistas vía web para la formación del presente proyecto, que constituyen parte fundamental del contenido del mismo. Para ello, la búsqueda de la documentación se realizó de manera personal, iniciando la búsqueda en fuentes de internet y, posteriormente a las bibliotecas de la localidad, para después analizar lo obtenido
<b>Análisis de casos</b>	<b>Cuadro de Análisis Jurisprudencial</b>	Análisis de Sentencias emitidas por los Juzgados y Salas Especializadas laborales de la Corte Superior de Justicia de la Libertad
<b>Entrevista</b>	<b>Guía de entrevista</b>	Realización de las preguntas contenidas en la guía de entrevista o cuestionario a las personas consignadas en la muestra indicada <i>ut supra</i> , a fin de recabar la información comunicada.

## 7. Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos

INSTRUMENTO	MÉTODO	PROCEDIMIENTO
<b>Revisión documental</b>	Método Hermenéutico Método Deductivo Método Histórico	Se analizó las instituciones jurídicas involucradas en las variables de investigación desde una perspectiva histórica, y de lo general a lo específico. Asimismo se les examinó a partir de lo regulado en la legislación nacional y en la comparada.
<b>Entrevista</b>	Método analítico	Se procedió a analizar los datos obtenidos en la aplicación del instrumento
<b>Análisis de casos</b>	Método analítico	Se procedió a analizar los datos obtenidos en la aplicación del instrumento

## V. RESULTADOS

### 1. Entrevistas

**Pregunta 1: ¿Considera usted que el sistema de pago de la remuneración por producción incide en la jornada de trabajo? ¿Cómo?**

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p><b>Hilmer Daniel Zegarra Alva</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>No, porque en la norma no hay una distinción acerca de si la forma de pago de la remuneración genera una incidencia en la jornada. No debería haberla porque esos trabajadores laboran tan igual que uno por unidad de tiempo, solo que perciben en diferente cálculo su salario.</p>
<p><b>Carlos Domingo Gonzáles Moreno</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí incide, porque una remuneración por producción, va a significar que el tema temporal se juzgue a razón de la producción, el trabajador laborará más o menos tiempo para incrementar o no su producción.</p>
<p><b>Luis Manuel Sánchez Ferrer Chávez</b> <i>(Juez Especializado Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad en el rango de 01 a 05 años)</i></p>	<p>No incide, teniendo en cuenta que desde un punto de vista conceptual la remuneración por producción no tiene mayor relación con la jornada de trabajo, salvo que así se pacte entre las partes.</p>
<p><b>Víctor Antonio Castillo Legón</b> <i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí, porque genera que el presupuesto lógico del contrato se dirija a la producción obtenida, de modo que la ampliación de la jornada se deba justamente al ánimo del trabajador de incrementarla con el fin de obtener un mayor salario.</p>
<p><b>Javier Arturo Reyes Guerra</b> <i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la</i></p>	<p>Sí, porque existe una vinculación directa entre la producción y la jornada de trabajo, de modo que el aumento en la jornada se debe directamente al</p>

<i>especialidad por más de 10 años)</i>	incremento de la producción, deseada muchas veces por el trabajador para incrementar su salario.
<b>Eduardo Pacheco Yépez</b> <i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i>	Sí, en los contratos de unidad de producción, donde la remuneración se paga por lo que se produce, el tiempo que el trabajador dedica a sus labores se relaciona con la cantidad que este desee producir para mejorar su salario.

**Pregunta 2: ¿Influye y de qué manera lo hace, el sistema de pago por comisión en la exclusión del trabajador de la limitación de la jornada máxima legal según las causales del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR?**

<b>ENTREVISTADO</b>	<b>RESPUESTA</b>
<b>Hilmer Daniel Zegarra Alva</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i>	Sí influye, pero habría que diferenciar entre comisionistas que están en sede con fiscalización inmediata, y otro tipo, que es el comisionista que sale a campo. En el primer caso sí hay fiscalización inmediata, teniendo en cuenta que el trabajador está a disposición del empleador. Esto además descarta también la intermitencia, porque al disponer su trabajo, ya no depende de él si entran o no clientes a la tienda; ello sin perjuicio de que, en la realidad, estos comisionistas no se dedican solo a esperar clientes, sino que hacen labores adicionales. Caso distinto es el de los comisionistas fuera del centro de trabajo, donde si no hay supervisión inmediata.
<b>Carlos Domingo Gonzáles Moreno</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i>	Sí influye, en tanto que el comisionista puro no está sujeto a fiscalización inmediata por deberse a un contrato de producción; distinta es la situación de un comisionista mixto, donde su remuneración es también por tiempo, debiendo el empleador así ejercer supervisión constante para que se aproveche el tiempo de trabajo

<p><b>Luis Manuel Sánchez Ferrer Chávez</b></p> <p><i>(Juez Especializado Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad en el rango de 01 a 05 años)</i></p>	<p>No influye, ya que en cada caso en particular deberá verificarse si la labor del trabajador encaja o no dentro de las causales de exclusión de la jornada máxima legal del artículo 5°, independientemente del pago de su remuneración por comisión.</p>
<p><b>Víctor Antonio Castillo Legón</b></p> <p><i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí influye, pues en tanto que la comisión es un contrato de unidad de producción, en el desarrollo del trabajo no existe necesidad de fiscalización constante ni directa, es más la fiscalización se sitúa en la misma forma de pago de la remuneración, y así igual ocurre con la intermitencia por la misma naturaleza del contrato de trabajo por producción.</p>
<p><b>Javier Arturo Reyes Guerra</b></p> <p><i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí, porque en el contrato de comisión, lo único que le interesa al empleador es que el trabajador no se vaya a desligar de la organización, no existiendo un control sobre el cumplimiento de pautas, o de la forma de ejecución continua del trabajo, reportándose el comisionista al final del día (o en el periodo que se fija) y únicamente para efecto de comunicar sus ventas.</p>
<p><b>Eduardo Pacheco Yépez</b></p> <p><i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí, dado que en la comisión, como contrato de producción, el interés del empleador no se encuentra en el tiempo de la disposición de trabajo, sino en los resultados, los mismos que son controlados por el trabajador, por ende no hay una fiscalización inmediata ni continuidad en las labores, teniendo en cuenta que el trabajo del comisionista no se activa sino hasta la localización de un cliente.</p>

**Pregunta 3: ¿Podría el trabajador comisionista estar incluido en la limitación de la jornada máxima legal? ¿En qué casos ello ocurriría?**

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p><b>Hilmer Daniel Zegarra Alva</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí, particularmente en el caso de los comisionistas que laboran dentro de sede. Sin embargo, debe tenerse presente que la exclusión o no, no depende en realidad de la forma de la remuneración, sino de la naturaleza del trabajo, siempre de acuerdo a lo estipulado en el artículo 5° del DS N° 007-2002-TR.</p>
<p><b>Carlos Domingo Gonzáles Moreno</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí, la exclusión de la jornada de trabajo debería estar limitada solo a los comisionistas puros; debiendo considerarse que en el caso de los comisionistas mixtos, el salario es valorado también por el tiempo de trabajo, de modo que ya no hay una necesidad de producción constante sino de efectividad en el tiempo de labor estipulada, si cabiendo la posibilidad en este caso de jornadas extraordinarias.</p>
<p><b>Luis Manuel Sánchez Ferrer Chávez</b> <i>(Juez Especializado Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad en el rango de 01 a 05 años)</i></p>	<p>Sí, siempre y cuando no se encuentre inmerso en ninguna de las causales del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR.</p>
<p><b>Víctor Antonio Castillo Legón</b> <i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí influye, pues en tanto que la comisión es un contrato de unidad de producción, en el desarrollo del trabajo no existe necesidad de fiscalización constante ni directa, es más la fiscalización se sitúa en la misma forma de pago de la remuneración, y así igual ocurre con la intermitencia por la misma naturaleza del contrato de trabajo por producción.</p>
<p><b>Javier Arturo Reyes Guerra</b></p>	<p>Sí, en el caso de los comisionistas mixtos o en aquellas situaciones en las que el comisionista puro efectuara</p>

<i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i>	además labores adicionales y recurrentes, distintas a la venta u obtención de resultados y que pudieran determinar la necesidad de una fiscalización constante del empleador, así como la constante actividad del trabajo.
<b>Eduardo Pacheco Yépez</b> <i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i>	No, en contrato de unidad de producción no podría existir tal situación, salvo que se trate de un trabajador por salario mixto, donde el valor del trabajo no se mida ya solo a razón de la producción, sino también del tiempo.

**Pregunta 4: Teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisdiccionales que en el Distrito Judicial de la Libertad se han dado respecto de la exclusión de los trabajadores comisionistas de la jornada máxima legal ¿Qué iniciativas legislativas o jurisdiccionales cree que se podrían y deberían generar para un análisis y una tutela más adecuada de esta realidad?**

<b>ENTREVISTADO</b>	<b>RESPUESTA</b>
<b>Hilmer Daniel Zegarra Alva</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i>	Iniciativa legislativa, no. Para mí la norma está clara, con los artículos del DS N° 003-97-TR y los de la ley de jornada de trabajo, es suficiente. El problema surge en la interpretación jurisdiccional que es equívoca, pues ha asociado el tema remunerativo con la exclusión de la jornada, sin que en la norma ello este previsto, utilizando ahí las causales del artículo 5°, pero sinceramente no creo que estas estén vinculadas con la comisión.
<b>Carlos Domingo Gonzáles Moreno</b> <i>(Abogado laboralista con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i>	Podría hacerse precisiones normativas, aunque en realidad el criterio respecto a este asunto es ya acogido por ambas salas, por lo que quizá judicialmente se podría recurrir a la acción de amparo.

<p><b>Luis Manuel Sánchez Ferrer Chávez</b></p> <p><i>(Juez Especializado Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad en el rango de 01 a 05 años)</i></p>	<p>Podrían generarse precisiones en la ley de jornada de trabajo, para tener un panorama más claro respecto a esta situación problemática.</p>
<p><b>Víctor Antonio Castillo Legón</b></p> <p><i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Considero que además de iniciativas legislativas, pueden generarse más estudios, análisis y jurisprudencia sobre este tema en particular, a fin de llegar a una adecuada comprensión de esta realidad.</p>
<p><b>Javier Arturo Reyes Guerra</b></p> <p><i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Sí, podrían darse iniciativas legislativas en la ley de jornada de trabajo o, en su defecto, plenos jurisdiccionales que difundan un criterio establecido y preciso, como el que ha acogido las salas.</p>
<p><b>Eduardo Pacheco Yépez</b></p> <p><i>(Juez Superior Titular de la CSJLL con ejercicio de la especialidad por más de 10 años)</i></p>	<p>Aunque el tema está bastante claro para los órganos de justicia de este Distrito Judicial, un desarrollo legislativo sería bastante útil para sentar una posición, sobre todo porque este es un tema que alcanza no solo a los comisionistas, sino a todo trabajador por producción.</p>

## 2. Análisis Jurisprudencial

<b>Expediente Nro.</b>	062-2013
<b>Demandante</b>	William Oswaldo Vallejos Delgado
<b>Demandado</b>	Elektra del Perú SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primera Sala Especializada Laboral
<b>Especialista</b>	Pablo Cardozo
<b>Fecha de la Resolución</b>	03 de setiembre del 2014
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, como trabajador comisionista, solicita el pago de las horas extras trabajadas, en un total de 04 horas diarias. La demandada, por su parte insiste en que el actor no está sujeto a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluido de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo del pago de las horas extras, y la declararon <b>infundada</b> .
<b>Criterio de solución del caso</b>	El demandante, al ser comisionista, es un trabajador cuya remuneración es pagada por unidad de producción sin interés por la unidad de tiempo del trabajo, por ende el sobrecargo temporal de sus labores no tiene necesariamente calidad de horas extras, menos aun cuando su permanencia en el centro de trabajo no se debe a una simple puesta a disposición de su energía laboral, sino al aprovechamiento de las condiciones comerciales ofrecidas por la demandada dentro del mismo, para lograr la cantidad de ventas que se desea. Así, no existe una fiscalización inmediata en su trabajo, ya que la estructura del pacto contractual no lo exigía, no habiendo necesidad ni el objetivo de controlar sus funciones de modo directo. Por lo que el actor se encuentra excluido de la jornada máxima legal, conforme al artículo 5° del DS 007-2002-TR; ello sin perjuicio de que también existen lapsos de intermitencia en su trabajo, debido a que la afluencia de clientes para la venta comercial, no es constante.
<b>Organización y sistema de trabajo del laburante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Permanecía dentro del centro de trabajo</li> <li>- Su labor era superior a 8 horas diarias</li> <li>- Estaba a la espera de clientes a quienes abordar para promover la venta de productos</li> <li>- Ejecutaba labores complementarias como: preparación de formularios, agenda y contacto de clientes</li> <li>- Marcaba su ingreso, mas no la salida</li> <li>- Su remuneración fue solo por comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El actor está excluido de la jornada máxima de trabajo, porque no hay fiscalización inmediata en sus labores.</li> <li>- A mayor abundamiento, el actor está excluido de la máxima legal porque posee lapsos de inactividad en su trabajo.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	066-2013
<b>Demandante</b>	Marco Antonio Olivares Infantes
<b>Demandado</b>	Elektra del Perú SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primera Sala Especializada Laboral
<b>Especialista</b>	Pablo Cardozo
<b>Fecha de la Resolución</b>	04 de diciembre del 2014
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, como trabajador comisionista, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que el actor no está sujeto a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluido de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Confirmaron la sentencia de 1ra instancia que declaró <u>infundada</u> la pretensión de horas extras
<b>Criterio de solución del caso</b>	El demandante, al ser comisionista, es un trabajador cuya remuneración es pagada por unidad de producción, por ende el sobrecargo temporal de sus labores no tiene necesariamente calidad de horas extras, menos aun cuando su permanencia en el centro de trabajo no se debe a una simple puesta a disposición de su energía laboral, sino al aprovechamiento de las condiciones comerciales ofrecidas por la demandada dentro del mismo, para lograr la cantidad de ventas que se desea. Así, no existe una fiscalización inmediata en su trabajo, pues por parte de la demandada no había necesidad de controlar sus funciones de modo directo. Por ello, conforme al artículo 5° del DS 007-2002-TR, el actor se encuentra excluido de la jornada máxima legal y no le corresponden las horas extras.
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Su labor era esencialmente dentro del centro de trabajo, aunque dos veces por semana salía al campo por una hora para visitar clientes que no tenían teléfono fijo</li> <li>- Su labor era superior a 8 horas diarias</li> <li>- Estaba a la espera de clientes a quienes abordar para promover la venta de productos</li> <li>- Su permanencia hasta las 11 pm, era por motivos de seguridad al cierre de tienda y no por prestación efectiva de servicios</li> <li>- Su remuneración fue solo por comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Al ser el actor un trabajador por comisión, no genera horas extras, menos aun cuando por la condición de su trabajo, no existía fiscalización inmediata, encontrándose así excluido de la jornada máxima legal.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	987-2012
<b>Demandante</b>	Ivan Alejandro León Lecca
<b>Demandado</b>	Banco Azteca del Perú SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primera Sala Especializada Laboral
<b>Especialista</b>	Pablo Cardozo
<b>Fecha de la Resolución</b>	17 de enero del 2104
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, como trabajador comisionista, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que el actor no está sujeto a fiscalización inmediata, que su jornada era irregular, pues su trabajo se ejecutaba fuera del centro de trabajo, encontrándose por ende excluido de la jornada máxima legal, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Confirmaron la sentencia de 1ra instancia que declaró <b>fundada</b> la pretensión del pago de horas extras.
<b>Criterio de solución del caso</b>	La demandada no ha negado que el trabajo del actor se extendiera más allá de la jornada máxima legal, ni tampoco ha probado que la labor del demandante fuera de ejecutivo de ventas con labores exclusivas de campo y no de oficina, incumpliendo incluso con exhibir el registro de control de asistencias del actor; por el contrario el actor ha aportado pruebas e indicios respecto que sí efectuó parte de sus labores en oficina, que tenía además la obligación de reportar su trabajo en campo, que marcaba registro de asistencia, demostrando la existencia de una supervisión constante de sus labores. De este modo, pese a ser carga de prueba de la demandada, no se ha acreditado la inexistencia de fiscalización inmediata, asistiéndole al actor el pago de las horas en sobretiempo trabajadas y no negadas.
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Laboraba tanto en campo como en oficina</li> <li>- Registraba asistencia</li> <li>- Rendía reportes de sus labores en campo</li> <li>- Extendía su jornada de trabajo hasta las 10:00 pm</li> <li>- Su remuneración fue solo por comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El actor no está excluido de la jornada máxima legal, porque no se ha demostrado la inexistencia de fiscalización inmediata en sus labores, por el contrario, sí se han aportado indicios de lo contrario.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	1655-2013
<b>Demandante</b>	Juan Carlos Villavicencio Andonaire
<b>Demandado</b>	Elektra del Perú SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primera Sala Especializada Laboral
<b>Especialista</b>	Pablo Cardozo
<b>Fecha de la Resolución</b>	04 de diciembre del 2014
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, como trabajador comisionista, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que el actor no se encuentra sujeto a fiscalización inmediata, dado que es un trabajador comisionista y que, por ende, está excluido de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo del pago de las horas extras, y la declararon <b>infundada</b> .
<b>Criterio de solución del caso</b>	El demandante como vendedor especializado en mercadeo, es un trabajador comisionista lo que significa que el contrato se pactó por la unidades de venta o producción generadas por este y no por el tiempo de labores, descartándose que el exceso de la jornada máxima legal tenga necesariamente calidad de horas extras. Así no habría existido fiscalización inmediata en las labores del actor, siendo intrascendente por ello, que el actor tuviera la responsabilidad de abrir y cerrar la tienda, ya que su presencia en el centro de trabajo, no responde al interés del empleador de controlar el modo y forma de la ejecución del trabajo, por la sencilla razón de que la energía de trabajo no se paga por tiempo sino por resultado. De este modo, conforme al artículo 5° del DS 007-2002-TR, el actor se encuentra excluido de la jornada máxima legal y no le corresponden las horas extras.
<b>Organización y sistema de trabajo del laburante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Laboraba dentro del centro de trabajo</li> <li>- Tenía la responsabilidad de abrir y cerrar la tienda</li> <li>- Su trabajo se extendía más allá de la jornada máxima legal</li> <li>- Su remuneración fue solo por comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Al valorarse el trabajo del actor en función al resultado y no al tiempo, se sigue que no existió fiscalización inmediata en sus labores, por ende, está excluido de la jornada máxima legal de trabajo.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	3846-2012
<b>Demandante</b>	Yrania Leonor Chávez Niño
<b>Demandado</b>	Banco Azteca del Perú SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primera Sala Especializada Laboral – Primer Tribunal Unipersonal
<b>Especialista</b>	Pablo Cardozo
<b>Fecha de la Resolución</b>	07 de octubre del 2014
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, como trabajador comisionista, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que la actora no está sujeta a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluida de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo del pago de las horas extras, y la declararon <b>infundada</b> .
<b>Criterio de solución del caso</b>	El demandante, al ser comisionista, es un trabajador cuya remuneración es pagada por unidad de producción sin interés por la unidad de tiempo del trabajo, por ende el sobrecargo temporal de sus labores no tiene necesariamente calidad de horas extras, menos aun cuando su permanencia en el centro de trabajo no se debe a una simple puesta a disposición de su energía laboral, sino al aprovechamiento de las condiciones comerciales ofrecidas por la demandada dentro del mismo, para lograr la cantidad de ventas que se desea. Así, no existe una fiscalización inmediata en su trabajo, ya que la estructura del pacto contractual no lo exigía, no habiendo necesidad ni el objetivo de controlar sus funciones de modo directo. Por lo que el actor se encuentra excluido de la jornada máxima legal, conforme al artículo 5° del DS 007-2002-TR.
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Permanecía dentro del centro de trabajo</li> <li>- Su labor era superior a 8 horas diarias, de 08:00 am a 01:00 pm y de 03:00 pm a 10:00 pm</li> <li>- Estaba a la espera de clientes a quienes abordar para promover la venta de productos</li> <li>- Registraba asistencia</li> <li>- Su remuneración fue solo por comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dada la estructura remunerativa por comisión, el trabajo desempeñado por el actor era en función al resultado y no al tiempo, de lo que se sigue que no existió fiscalización directa e inmediata por el empleador, excluyéndose así a demandante de la jornada máxima legal.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	02070-2014
<b>Demandante</b>	Jesús Eduardo Pérez Hoyos
<b>Demandado</b>	British American Tobacco del Perú SAC
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primer Juzgado Transitorio de Trabajo de Trujillo
<b>Especialista</b>	Maria Puglisevich Morales
<b>Fecha de la Resolución</b>	16 de setiembre del 2015
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, como representante de ventas y perceptor de comisiones, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que la actora no está sujeta a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluida de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Se declaró <b>infundada</b> la demanda en el pago de las horas extras
<b>Criterio de solución del caso</b>	El demandante, tanto en el ejercicio del cargo de Representante de Distribuciones como de Representante de ventas, nunca estuvo sujeto a fiscalización inmediata, ello porque, en relación al primero, su labor consistía en el reparto de productos en conducción de una camioneta, y en cuanto al segundo, se dedicó a la venta en campo, esto es fuera del centro de trabajo, de modo que en ningún caso, estuvo subyugado a control directo e inmediato de su empleador, menos cuando el trabajo se hacía fuera de las instalaciones empresariales, siendo inútil para descartar este hecho el que el actor, en el último caso, tuviera un <i>hand held</i> , que es un dispositivo únicamente de registro de datos, y un equipo RPM, ya que las llamadas eran para coordinaciones y no reportes.
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Laboraba fuera del centro de trabajo</li> <li>- Su contacto con el empleador era a través de llamadas telefónicas RPM</li> <li>- No estaba acompañado durante el ejercicio de su trabajo por ningún supervisor</li> <li>- Su remuneración fue mixta, esto es, por comisión y básico</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Al trabajar fuera del centro de trabajo, el demandante nunca estuvo sujeto a fiscalización inmediata y, por ende, se encuentra excluido de la jornada máxima de trabajo.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	05207-2013
<b>Demandante</b>	Abraham Columna Urquiza
<b>Demandado</b>	Elektra del Perú SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Tercer Juzgado de Trabajo Transitorio de Trujillo
<b>Especialista</b>	Violeta Lozano Horna
<b>Fecha de la Resolución</b>	28 de enero del 2015
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, como promotor de ventas y luego jefe de ventas, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que la actora no está sujeta a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluida de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Se declaró <b>infundada</b> la demanda
<b>Criterio de solución del caso</b>	El demandante, durante el ejercicio de labores como promotor de ventas, trabajó tanto en el campo como en oficina, ejerciendo sus labores sin supervisión inmediata debido a que el mayor o menor rendimiento ha estado en relación con el esfuerzo y la comisión percibida, y además con lapsos de inactividad, ya que mientras se encontraba en tienda, aguardaba la concurrencia de clientela a la tienda para recién iniciar con su trabajo de captación y venta. Asimismo, durante el periodo en que trabajó como encargado de tienda, fue personal de confianza, y realizó además trabajo de campo, o sea, también sin fiscalización inmediata. Así, el actor se encuentra excluido de la jornada de trabajo durante todo el record de trabajo, de acuerdo a las causales del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR
<b>Organización y sistema de trabajo del laburante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Trabajo tanto en campo como en oficina</li> <li>- Su trabajo superó las ocho horas diarias</li> <li>- Cuando estaba dentro de tienda aguardaba a la concurrencia de clientela para su captación</li> <li>- Remuneración solo por comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Durante el periodo que el actor fue comisionista, al trabajar fuera del centro de trabajo y ganar por comisión, nunca estuvo sujeto a fiscalización inmediata y tuvo lapsos de intermitencia en su trabajo, por ende, se encuentra excluido de la jornada máxima de trabajo.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	0985-2013
<b>Demandante</b>	Celide del Rosario Zentner Bardales
<b>Demandado</b>	MF Asesoría y Consultoría SAC y Scotiabank Perú SAS
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primera Juzgado de Paz Letrado Laboral
<b>Especialista</b>	Rosa Trinidad Chávez Saldaña
<b>Fecha de la Resolución</b>	14 de marzo del 2012
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, vendedora de tarjetas de créditos, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, al respecto insiste en que la actora no está sujeta a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluida de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Se declaró <b>infundada</b> la demanda respecto al pago de horas extras
<b>Criterio de solución del caso</b>	La demandante labura fuera del centro de trabajo, por lo que no se encuentra sujeta a fiscalización inmediata, y ergo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, se encuentra excluida de la jornada máxima legal, sin tener derecho a las horas extras; ello sin perjuicio de la notable intermitencia que existe en la ejecución de trabajo, dado que al estar en campo, entre la visita de un cliente y otra, ella manejaba sus propios tiempos.
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Laboraba predominantemente en campo</li> <li>- Había un registro de asistencia, pero en el solo se consignaba la llegada de los ejecutivos, y se reportaba las ventas</li> <li>- Su trabajo fue superior a la jornada máxima legal</li> <li>- No existían medios de control o supervisión directa por parte de su empleador</li> <li>- Remuneración mixta, básico más comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La demandante laboraba en campo, por ende, no estaba sujeta a fiscalización inmediata, estando excluida así de la jornada máxima legal y por ello, del pago de horas extras.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	01400-2014
<b>Demandante</b>	Bernardo Alejandro Huaman Uriol
<b>Demandado</b>	CONCETA CENTRO DE CONTACTO SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Tercer Juzgado Especializado Transitorio de Trabajo
<b>Especialista</b>	Lucía Mendoza Pardo
<b>Fecha de la Resolución</b>	08 de julio del 2015
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, con el cargo de gestor y negociador de créditos, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que la actora no está sujeta a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluida de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Se declaró <b>infundada</b> la demanda en el pago de las horas extras
<b>Criterio de solución del caso</b>	Si bien, de lo actuado en el proceso, se determina que el demandante durante el record de trabajo por el que se desempeñó como Gestor de créditos, laboró en campo, siendo supervisado al inicio diariamente por llamadas telefónicas, y posteriormente de forma interdiaria; y luego, cuando ocupó el cargo de Negociador de Créditos, siempre en oficina; en ambos casos se trató de labores sujetas a resultados, al ser el demandante un comisionista mixto, por lo que independientemente de que fueran dentro o fuera el centro de trabajo, aquellas no estuvieron sujetas a fiscalización inmediata, ya que en la comisión el salario se calcula por la producción, de modo que el mayor o menor rendimiento del trabajo está en relación con el esfuerzo y comisión percibida. Así el demandante se encuentra excluido de la jornada máxima de trabajo y, por ello, no tiene derecho al pago de horas extras.
<b>Organización y sistema de trabajo del laburante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando fue Negociador de créditos, laboro dentro de oficina</li> <li>- Su labor superaba las 08 horas diarias</li> <li>- Cuando fue Gestor de créditos, y laboró en el campo, estaba sujeto a fiscalización telefónica, primero todos los días, luego de forma interdiaria.</li> <li>- Remuneración mixta, básico más comisión</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Al ser comisionista mixto, y haber pactado su remuneración por los resultados producidos, no existe fiscalización inmediata en las labores del actor, por lo que está excluido de la jornada máxima legal.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	03544-2014
<b>Demandante</b>	Elio Roberto Sifuentes Torres
<b>Demandado</b>	Banco Azteca del Perú SA
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Tercer Juzgado Especializado de Trabajo de Trujillo
<b>Especialista</b>	Lucía Mendoza Pardo
<b>Fecha de la Resolución</b>	13 de agosto del 2015
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, por su parte insiste en que la actora no está sujeta a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluida de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Se declaró <b>infundada</b> la demanda en el pago de las horas extras
<b>Criterio de solución del caso</b>	El que el demandante sea comisionista, o sea, remunerado en base a la producción, conlleva a que, de acuerdo a lo resuelto por la Primera Sala Laboral en el Exp. N° 062-2013, el exceso de las ocho horas no genere necesariamente horas extras, ya que el presupuesto del contrato no es el tiempo de los servicios, sino los resultados. Así, teniendo en cuenta además que sus funciones fueron ejercidas predominantemente en campo, regresando al centro de trabajo solo para registrar las operaciones comerciales, y la propia naturaleza de la comisión, se determina que el laborante no estuvo sujeto a fiscalización inmediata, y por ende, excluido de la jornada máxima de trabajo, sin el derecho al pago de las horas extras.
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Su labor fue predominantemente en campo, recurriendo al centro de trabajo solo para registrar las operaciones de crédito efectuadas.</li> <li>- No tenía horario de ingreso y su agenda era libremente establecida por él</li> <li>- Su trabajo fue superior a las ocho horas diarias</li> <li>- Remuneración solo por comisión</li> <li>- La denominación de jefe de cobranza fue solo nominativa, no tenía personal a su cargo</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Al ser comisionista (un trabajador por producción) y laborar fuera del centro de trabajo, el actor no estuvo sujeto a fiscalización inmediata y, por ende, se encuentra excluido de la jornada máxima legal.</li> </ul>

<b>Expediente Nro.</b>	1331-2011
<b>Demandante</b>	Leyda Catherine Rivadeneira Vega
<b>Demandado</b>	MF Asesoría y Consultoría SAC y Scotiabank Perú SAS
<b>Órgano jurisdiccional</b>	Primera Juzgado de Paz Letrado Laboral
<b>Especialista</b>	Rosa Trinidad Chávez Saldaña
<b>Fecha de la Resolución</b>	04 de enero del 2012
<b>Materia del Conflicto (en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</b>	La parte demandante, vendedora de tarjetas de créditos, solicita el pago de las horas extras trabajadas. La demandada, al respecto insiste en que la actora no está sujeta a fiscalización inmediata, y que por ende se encuentra excluida de la jornada máxima de trabajo, sin derecho al pago de horas extras.
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	Se declaró <b>infundada</b> la demanda respecto al pago de horas extras
<b>Criterio de solución del caso</b>	La demandante labura fuera del centro de trabajo, por lo que no se encuentra sujeta a fiscalización inmediata, y ergo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, se encuentra excluida de la jornada máxima legal, sin tener derecho a las horas extras; ello sin perjuicio de la notable intermitencia que existe en la ejecución de trabajo, dado que al estar en campo, entre la visita de un cliente y otra, ella manejaba sus propios tiempos.
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Laboraba predominantemente en campo</li> <li>- Había un registro de asistencia, pero en el solo se consignaba la llegada de los ejecutivos, y se reportaba las ventas</li> <li>- Su trabajo fue superior a la jornada máxima legal</li> <li>- No existían medios de control o supervisión directa por parte de su empleador</li> <li>- Remuneración mixta, básico más comisiones</li> </ul>
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La demandante laboraba en campo, por ende, no estaba sujeta a fiscalización inmediata, estando excluida así de la jornada máxima legal y por ello, del pago de horas extras.</li> </ul>

### 3. RESULTADO N° 01: El concepto de la jornada de trabajo y su regulación en la legislación peruana

Concepto de jornada de trabajo	Regulación en la legislación peruana
<p>Teniendo en cuenta que, de acuerdo a lo estudiado, la jornada de trabajo es la medida de tiempo por la que el trabajador enajena su fuerza de trabajo al patrono, se han identificado a partir del estudio del jurista trujillano José Montenegro Baca, hasta tres criterios de medición de la jornada de trabajo útiles para definir, a la vez, el concepto de la misma. Tales son los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El tiempo efectivo de trabajo</li> </ul> <p>Bajo este criterio, conformará la jornada de trabajo todo el tiempo dedicado por el laborante a ejercer labores efectivas y concretas, no contabilizándose los tiempos de inactividad, espera cualquiera que sea su naturaleza y causa.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La disposición restringida del trabajo</li> </ul> <p>Este indica que forma parte de la jornada de trabajo todo el tiempo por el cual el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo al empleador, de modo que es este quien asume el riesgo de la inactividad o espera en las labores. Así, se incluye dentro de la jornada de trabajo el tiempo que el trabajador utilizará para llegar desde el ingreso a la empresa hasta el lugar concreto de sus labores, y también los periodos por los que a pesar no haber actividad concreta de trabajo, si hay una</p>	<p>A partir de la doctrina se ha observado que aun cuando, dentro de la legislación peruana no se ha identificado la referencia expresa a uno de los criterios de la medida de la jornada de trabajo desarrollados por la doctrina, y por ende, un concepto exacto de la misma, a partir del análisis sistemático de la normativa laboral se concluye que la intención del legislador peruano fue asumir el segundo criterio descrito; así, formaría parte de la jornada de trabajo todo el tiempo por el cual el trabajador dispone su energía laboral a su empleador. De ahí que en nuestra legislación, se opte por excluir de la jornada de trabajo el tiempo dedicado al refrigerio, entendido con un espacio por el cual el laborante no se dedica ni dispone su fuerza al trabajo, sino para el descanso y consumo de alimentos; y asimismo, que en el caso de los trabajadores porteadores, se legisle considerar dentro de la jornada, todo el tiempo de conducción y transporte de mercaderías. Es más, la utilización del segundo criterio por nuestra legislación, se respalda indirectamente en el Convenio N° 30 de la OIT, ya que aunque este no haya sido ratificado por el Perú, en la línea legislativa de la OIT, es un documento útil y necesario para interpretar y definir las horas de trabajo limitas en el Convenio N°</p>

<p>disposición de la energía laboral a favor del empleador.</p> <p>- La disposición en sentido amplio del trabajo</p> <p>Al igual que el criterio anterior, aquí se entiende por jornada de trabajo el tiempo por el cual el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo al empleador, sin embargo, se agrega dentro de ella todo el tiempo que utilizado a razón del trabajo, esto es, los lapsos de distancia y recorrido del trabajador desde su hogar hasta el centro de trabajo, siempre que sean razonablemente largos y signifiquen la pérdida de un considerable tiempo de vida del laborante a causa del trabajo.</p>	<p>01 de la OIT, que sí ha sido ratificado por el Perú el 08 de noviembre de 1945.</p>
---	--

**4. RESULTADO N° 02: La limitación de la jornada de trabajo, las exclusiones de la jornada de trabajo y su regulación en la legislación peruana**

<p><b>La limitación de la jornada de trabajo</b></p>	<p><b>Las exclusiones de la jornada de trabajo en la norma peruana</b></p>
<p>De acuerdo a la doctrina, se ha verificado que, el fundamento de la limitación de la jornada de trabajo se puede agrupar, por lo menos, en las siguientes razones:</p> <p>- Orden económico, relativo al rendimiento productivo del trabajador, el cual luego de cierto lapso alcanza un máximo, y luego, debido a la fatiga energética, comienza a descender, por lo que se hace necesario fijar un número de</p>	<p>Partiendo de lo analizado sobre la limitación de la jornada de trabajo, las exclusiones de la jornada máxima legal que establece la ley peruana, no implican que el tiempo de labores de los trabajadores excluido no constituyen jornada de trabajo, pues puede ocurrir que ellos si hubiera dispuesto su energía de trabajo a su empleador por todo el tiempo que trabajaron, sino que, estrictamente, significan que en determinadas circunstancias la jornada de labores no estará sujeta a la limitación de las ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales establecidas constitucionalmente, debido a las condiciones especiales y particulares del trabajo realizado.</p>

<p>horas de trabajo prudentes que concentren toda la energía productiva del laborante.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Carácter social y estrictamente humano, relativo a la necesidad del trabajador de dedicarse a otras actividades, vinculadas con la familia y su desarrollo persona.</li> <li>- Naturaleza espiritual; el descanso razonable es necesario para que el trabajador, como ser humano, pueda desarrollar valores morales, y participar en actividades vinculadas a ello.</li> <li>- Razón fisiológica, relativa al deterioro a la salud e integridad física que ocasiona la extensión del trabajo a tiempos irrazonables.</li> <li>- Político-jurídico, en tanto la limitación de la jornada refleja una posición política respecto a los derechos humanos y del trabajo.</li> </ul>	<p>En la normativa peruana existen las siguientes causales de exclusión:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los trabajadores de dirección: Estos están excluidos de la limitación de las ocho horas, debido a dos razones, primero, que por la naturaleza de trabajo, personifican al empleador, y gozan de las facultades y deberes que este ostenta, tal como el ejercicio del derecho de mando y el poder de dirección sobre el trabajo; y segundo, que como consecuencia de lo anterior, tienen tal autonomía en el ejercicio de su trabajo, que no están sujetos a fiscalización alguna, siendo ellos los que decide cómo organizar su trabajo, ampliando o reduciendo sus tiempos, según las necesidades empresariales, lo cual se enfatiza en el hecho de que los intereses del personal de dirección, están vinculados con los intereses propios del empleador.</li> <li>- Los trabajadores sin fiscalización inmediata: En este ámbito ingresan todos los trabajadores que, debido a la naturaleza de las labores que ejercen, no se encuentran sujetos al ejercicio común y directo del poder de dirección y del derecho de mando del empleador. Así, aunque el empleador como tal, debido al contrato de trabajo, mantiene el poder directivo sobre las funciones de este tipo de laborantes, en la realidad no lo ejerce constante ni inmediatamente, pues el trabajador para llevar a cabo sus tareas goza de cierto nivel de independencia y autonomía en la distribución de sus tiempos de trabajo, que es capaz de decidir cuándo efectuar labor efectiva y cuándo descansar; es decir, <i>autorregula</i> su tiempo de trabajo.</li> <li>- Los trabajadores intermitentes o con lapsos de inactividad: En este caso se excluye a los</li> </ul>
---	--

	<p>trabajadores que, debido a la naturaleza de sus labores, cuenten con tantos tiempos de inactividad, descanso o espera, que extender el tiempo de trabajo más allá de la jornada legal, no pelagra su salud o integridad física; por tanto no subsiste motivación alguna para que se imponga un límite estricto de la jornada de trabajo, como el que fija nuestra legislación interna. A pesar de esto, de acuerdo a la jurisprudencia se precisa la excepción de los trabajadores de vigilancia superior y de ciertos choferes fiscalizados por GPS, que, sí se encuentran comprendidos en los límites de la jornada máxima legal; y también que, de acuerdo al Pleno Jurisdiccional Regional Laboral de junio del 2009, si bien en general, la jornada de trabajo de los choferes, no está sujeta a la jornada máxima legal, merece un límite, el cual se fija en un máximo de 12 horas de trabajo diario.</p>
--	---

**5. RESULTADO N° 03: Sobre las modalidades del contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración**

<p><b>Las modalidades del contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración</b></p>
<p>A partir de la doctrina, se han identificado exactamente tres clasificaciones en este aspecto:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a. La remuneración por unidad de tiempo: Por esta se entiende al salario que es cancelado y calculado, a partir de la medida de tiempo por la cual el trabajador dispone su fuerza de trabajo, de modo que la prestación de las labores por tiempos menores al pactado, generará la disminución proporcional del salario.</li> <li>b. La remuneración por unidad de producción: Por esta se entiende al salario que es pagado y calculado en base a los resultados de producción obtenidos por el trabajador en el vínculo de trabajo. Esta, a su vez, se puede calificar o subdividir en dos circunstancias claras: el destajo y la comisión, el primero está relacionado con la</li> </ol>

producción manufacturera e industrial, donde el trabajador es pagado a partir de la cantidad de obras o bienes que obtenga durante su jornada de trabajo. La segunda, la comisión, está relacionada con el trabajo comercial y crediticio, considerándose el pago del salario a razón de las operaciones, ventas, créditos, o cobranzas ejecutadas por el laburante.

- c. La remuneración o salario mixto: En este se incluye el pago de las denominadas primas de trabajo, que se refieren a incentivos o sumas remunerativas variables según la producción, agregadas a un salario básico y fijo. Para parte de la doctrina, también se incluye en este espacio a la remuneración por tarea, que existe cuando si bien el salario se paga por el cumplimiento de una determinada obra, la ejecución de la misma se exige en un determinado periodo de tiempo, de forma que se tenga por cumplida la jornada de trabajo cuando se acabe la tarea. Asimismo, se agregan las comisiones mixtas, que es cuando el salario se compone por el pago de un salario básico más las comisiones, de modo similar a las primas. En suma, este tipo de remuneración combina tanto la unidad de tiempo como la unidad de producción en el modo de cálculo de la remuneración.

## **6. RESULTADO N° 04: Efectos de la modalidad de pago de la remuneración en la jornada de trabajo**

<p><b>La jornada de trabajo en el sistema de pago de la remuneración por unidad de tiempo</b></p>	<p>De acuerdo al desarrollo doctrinario efectuado, no se observa mayor referencia a la influencia del pago de la remuneración por unidad de tiempo en la jornada de trabajo, más del hecho de que la reducción de la jornada o su eventual ampliación, generará proporcional y directamente la reducción o el incremento del salario del trabajador. Ello, desde luego, con la sobretasa remunerativa que legislativamente se prevea o, en el caso nacional, con el Decreto Supremo N° 007-2002-TR.</p>
---	---

**La jornada de trabajo en el sistema de pago de la remuneración por unidad de obra o producción**

- Según la doctrina, lo que ocurre en los sistemas de pago de la remuneración por producción, es que la extensión de la jornada de trabajo se relativiza, ya sea porque el trabajador deseando generar mayores ingresos a su favor, decide ampliar o extender su jornada de trabajo o porque en el caso el empleador impone una meta de producción o tarea tan alta y compleja, que impele al trabajador a laborar más tiempo para cumplir con ella. En ambos casos, la ampliación de la jornada dependerá en cierto modo del talento y habilidad particular del trabajador, siendo factible que algunos en la misma carga horaria unos alcancen la meta o produzcan lo que les satisface para un buen salario, y que otros para el mismo cometido tengan que laborar más tiempo, y que inclusive así, no logren alcanzar su meta o cumplir con la tarea.
- De acuerdo a las entrevistas efectuadas a los especialistas en materia laboral, se ha obtenido que la relación entre el pago de la remuneración por unidad de obra o producción y la jornada de trabajo es directamente proporcional; pues en estos casos el incremento o la disminución de la producción determinarán los márgenes temporales de la jornada de trabajo. Esto, sobre todo cuando el trabajador para obtener mejores salariales, decide extender su tiempo de trabajo a fin de conseguir más resultados o unidades de producción.

	<p>Ahora, otra parte de los entrevistados, considera que entre ambos factores, la remuneración por producción y la jornada de trabajo, no existe vinculación ni relación alguna, menos cuando conceptual y legalmente son disímiles.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- De acuerdo a las sentencias analizadas, se tiene que en este tipo de contratos, el presupuesto lógico de contratación de la fuerza de trabajo no es el tiempo sino la producción, por lo que será el incremento o disminución de esta la que modifique o altere la jornada de trabajo, generando que la labor en exceso a los límites legales de las ocho horas no se pueda calificar necesariamente como jornada extraordinaria, remarcándose así en este tipo de contratos la jornada se relativiza.</li> </ul>
<p><b>La jornada de trabajo en el sistema de pago mixto</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- De acuerdo a la doctrina, en estos casos la jornada de trabajo no deja de influir en la cuantía del salario, ello sin perjuicio de su posible extensión por incremento de la producción.</li> <li>- Según las entrevistas efectuadas y las sentencias analizadas, en la jornada mixta, debido a que parte del factor remunerativo se vincula en forma directamente proporcional con la producción del trabajador, al igual que en el caso de los contratos estrictamente por resultados, la jornada de trabajo sufrirá de alteraciones según la capacidad y las metas de producción personales del trabajador. Así, se tenderá a extender el trabajo siempre que el laborante pueda y desee generar mayores resultados para</li> </ul>

	<p>mejorar su remuneración. Desde luego que, también se señala, que el hecho de que una parte del salario se pague por unidad de tiempo, produce que el empleador esté alerta sobre el uso efectivo de la jornada promedio laborada por el trabajador. De modo que en este caso, si es posible que se produzcan jornadas extraordinarias.</p>
--	---

**6. RESULTADO N° 05: La labor comisionista en los contratos de trabajo y sus efectos en la jornada de trabajo**

<b>La labor comisionista en el contrato de trabajo</b>	<b>Los efectos de la labor comisionista en la jornada de trabajo.</b>
<p>- De acuerdo a la doctrina, la comisión es un sistema de trabajo basado en la venta de créditos, gestión de cobranzas, sugestiva de productos comerciales, captación de clientes y promoción de productos, y venta de cualquier otro servicio y/o bien; así la labor del comisionista no será otra que la dirigir y organizar toda su fuerza de trabajo, experiencia y habilidades personales, hacia la elaboración y aplicación de estrategias que le permitan una mayor captación de clientela, colocación de créditos, gestión de cobranzas u otras símiles, o sea, en suma una mayor producción de resultados, teniendo en cuenta que será en base a estos por los que se fijará el monto remunerativo a percibir. Distingue también la doctrina entre comisionistas mixtos, cuyo salario</p>	<p>- El resultado de las entrevistas respecto a este asunto en particular, se encuentra dividida; por un lado, existen especialistas que señalan que al existir un contrato de trabajo donde la remuneración es cancelada por comisión, el interés del trabajo estará en la producción y no el tiempo de la prestación de servicios, generándose dos consecuencias: una, que la labor en exceso no se compute necesariamente como jornadas extraordinarias; y otra, que no exista la necesidad de que el empleador supervise o fiscalice de forma inmediata las labores del comisionista, ya que a aquél no le interesa cómo este efectúe su trabajo o aproveche las horas de labor, pues solo cuentan los resultados que obtenga, importándole únicamente que el trabajador no se</p>

<p>se constituye en una suma básica fija e invariable más las comisiones o las denominadas, primas, que se agregan según la producción del trabajador; y por otro lado, los comisionistas netos, cuyo salario solo es por comisión. Se reconoce así que, en el primer caso, el salario es cancelado tanto por unidad de tiempo como por unidad de producción.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- De acuerdo a las entrevistas efectuadas, se obtiene también que la labor del comisionista es eminentemente por producción, por ende, la gestión de su trabajo está dirigida a la obtención de mejores resultados que produzca, a su vez, mejores remunerativas y salariales a su favor. La labor del comisionista puede efectuarse de dos modos: uno, comisión pura o por salario mixto, por el cual el pago de su remuneración no se constituirá solo por los resultados sino en base a un salario fijo, haciéndose trascendente en estos casos tan igual a la producción, la cantidad de tiempo dedicado al trabajo; y otro, dentro o fuera de sede, o sea, de modo permanente dentro del establecimiento comercial que es al mismo tiempo el centro de trabajo, o en el campo, fuera de estas instalaciones.</li> <li>- Según las sentencias analizadas, se ha logrado observar que la labor del comisionista excede en todos los casos de la jornada máxima legal, llegando a trabajar de 10 hasta 12 o 14 horas por día, ello con el evidente fin de generar</li> </ul>	<p>desligue de la organización empresarial, ejerciendo una fiscalización atenuada y mediata. Asimismo, la propia labor productiva del comisionista implica que su fuerza de trabajo solo se activa ante la posible obtención de una venta o cobranza, lo cual no es constante, existiendo lapsos de intermitencia en la labor comisionista. Así, este tipo de trabajo genera la exclusión de la jornada de trabajo, de acuerdo a la ausencia de fiscalización inmediata e intermitencia que se regulan en el DS N° 007-2002-TR. Otra parte de los entrevistas, considera que no es el sistema de comisión el que directa y necesariamente influye en la jornada de trabajo, de modo que si bien puede ser cierto que exista cierta relación entre esta y las causales de exclusión de la jornada de trabajo, en específico respecto a la ausencia de fiscalización inmediata y la intermitencia, ello depende de otras circunstancias, por ejemplo, si se labora o no dentro del centro de trabajo, por lo que es erróneo concluir que el sistema y la labor por comisión por si solas generan efectos en la jornada de trabajo.</p> <p>A su vez, a partir de las entrevistas se observa una marcada diferencia entre la situación jurídica de los comisionistas puros y los mixtos, aceptándose que en el caso de los últimos, el efecto generado es que sí exista un mayor control, fiscalización y disposición de órdenes por parte del empleador al laborante, pues al</p>
---	--

resultados de producción positivos y cumplir, al mismo tiempo, con la cuota productiva que ha sido establecida por el empleador. Estas funciones, además, se verifica que puede ser cumplidas tanto dentro como fuera del centro de trabajo, existiendo así hasta tres casos: los trabajadores comisionistas que laboran fuera del centro de trabajo, disponiendo con total libertad de la organización y tiempos de trabajo; los comisionistas parcialmente fuera del centro de trabajo, que trabajan parte en campo y parte en oficina, mayormente para efectuar los registros de datos de los clientes, efectuar llamadas, y otras funciones similares a su actividad comercial; y los comisionistas que permanecen en el centro de trabajo, que aprovechan al ambiente comercial y publicitario del empleador para generar la captación de sus clientes, y que efectúan a la vez durante el día labores de registro de clientes, llamadas, llenado de informes y demás administrativos vinculados con las ventas y su actividad comercial.

Asimismo, se distinguen, de acuerdo a las sentencias otros dos tipos de comisionistas: los puros, cuya remuneración es solo por comisión, esto es, por producción alcanzada; y los comisionistas mixtos, cuyo salario se fija por la producción obtenida más un básico fijo que es cancelado al margen de los resultados u obras producidos.

cancelársele también una remuneración fija y básica, aquel procura que este haga una adecuada y efectiva utilización del tiempo de la jornada de trabajo.

- De acuerdo a las sentencias analizadas, se ha obtenido que, primero, en la realidad, el trabajo de los comisionistas, sean mixtos o puros, siempre excede la jornada máxima legal, ello en virtud al énfasis que el nivel de producción del trabajador posee dentro del vínculo de trabajo; y segundo, que los comisionistas están excluidos de la jornada máxima legal, ya sea porque, en el caso de los trabajadores fuera del centro de trabajo, su labor está exenta de la fiscalización inmediata de su empleador y poseen a su vez notorios lapsos de intermitencia a partir de su autonomía en sus tiempos y desarrollo del trabajo; o porque, en el caso de los comisionistas que permanecen dentro del centro de trabajo, aun cuando no se presentan las condiciones anteriores, la sola constitución del contrato de trabajo por la producción, genera que el centro de fiscalización y de dirección del empleador no sea más el buen provecho del tiempo, y por ende, no se necesite controlar y producir órdenes recurrentes para dicho fin, sino que el objeto será fiscalizar el margen productivo del laburante, lo que se encuentra en una esfera mucho más medita y lejana de control, si se tiene en cuenta que al trabajador le interesará siempre producir más, para incrementar

	<p>su remuneración; de ahí que las cuentas de las ventas o de los resultados en la comisión se rinda, en la realidad, diaria, semanal o distintos periodos.</p> <p>Así, en este último caso, los comisionistas que permanecen dentro del centro de trabajo, tampoco poseen fiscalización inmediata de su trabajo, y poseen además lapsos de intermitencia en su trabajo, constituidos por la espera a la visita de clientes al establecido comercial que es su centro de labores.</p>
--	---

**7. RESULTADO N° 06: Regulación de la jornada de trabajo, límites y sus exclusiones en el derecho comparado**

PAIS	CONCEPTO ADOPTADO DE JORNADA DE TRABAJO	LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO	HORAS EXTRAS	CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO
<b>España</b>	Disposición restringida de la fuerza de trabajo.	40 horas semanales o el equivalente anual de 1, 826 horas y 27 minutos	<p><u>Máximo:</u> 80 horas al año</p> <p><u>Valor:</u> Se deja a la negociación colectiva o individual, solo se exige que no sea inferior al valor de la hora ordinaria</p>	<p>Trabajadores de alta dirección</p> <p>Trabajadores del servicio del hogar familiar</p> <p>Representantes de comercio</p> <p><u>*Excepción:</u> Representantes de comercio que laboran en el centro empresarial sujetos a un horario</p>
<b>México</b>	Disposición restringida de la fuerza de trabajo.	<p>08 horas la jornada diurna</p> <p>07 horas la jornada nocturna</p>	<p><u>Máximo:</u> 03 horas por día, 03 veces por semana. Esto</p>	<p>Trabajadores de dirección y de confianza</p> <p>No hay mayor referencia sobre exclusiones en la Ley Federal de Trabajo</p>

		07 ½ horas la jornada mixta	es 09 horas semanales <u>Valor:</u> 100% más de la hora ordinaria, y 200% cuando se exceda el máximo señalado.	
<b>Argentina</b>	Disposición restringida de la fuerza de trabajo.	08 horas diarias y 48 semanales 07 horas diarias en turno nocturno	<u>Máximo:</u> No hay límites. <u>Valor:</u> 50% más del valor de la hora ordinaria; 100% más de la hora ordinaria cuando se efectúe luego de las 13 horas del sábado, y en domingos y feriados.	Trabajadores agrícolas y ganaderos Trabajadores que sean miembros de familia Trabajadores de dirección, gerentes y similares *En el caso de los vigilantes y seguridad, no se les excluye de la jornada, pero si se permite la distribución de su tiempo de trabajo a 12 horas por día, siempre que se mantenga el máximo de 48 horas semanales.

<b>Chile</b>	Disposición restringida de la fuerza de trabajo.	45 horas por semana distribuidos en no más de seis días ni menos de cinco. La jornada diaria no puede exceder de 10 horas	<u>Máximo:</u> 02 horas por día  <u>Valor:</u> 50% más del valor de la hora ordinaria	Gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración Trabajadores sin fiscalización inmediata Trabajadores que laboren en su propio hogar o en el lugar elegido libremente por ellos Agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes y demás similares que laboren fuera del local de establecimiento Trabajadores a bordo de naves pesqueras Trabajadores que presten servicios fuera del lugar de funcionamiento de la empresa.
<b>Colombia</b>	Disposición restringida de la fuerza de trabajo.	08 horas diarias y 48 horas por semana; se puede ampliar 02 horas más a condición de que se otorgue descanso el día sábado	<u>Máximo:</u> 02 horas diarias y 12 horas semanales  <u>Valor:</u> 25% más del valor de la hora ordinaria en turno diurno; 75% más de la hora ordinaria	Trabajadores de dirección, confianza o de manejo Trabajadores de servicios domésticos Trabajadores intermitentes y vigilancia cuando residan en el lugar del trabajo.

			en turno nocturno.	
<b>Uruguay</b>	Disposición restringida de la fuerza de trabajo.	De 08 horas diarias y 48 semanales para los <u>trabajadores industriales</u> De 08 horas diarias y 44 semanales para los <u>trabajadores en actividades de comercio.</u>	<u>Máximo:</u> 06 horas semanales <u>Valor:</u> 50% del valor de la hora extraordinaria en días útiles y 100% en feriados y domingos.	Al margen de las particulares exclusiones según se trate de trabajadores industriales o de comercio, las causales comunes son las siguientes: Gerentes, agentes o jefes de servicio con relativa independencia fuera de la sede de la empresa Trabajadores que se desempeñen a distancia del patrono, fuera de su control, estando libres de decidir cuándo trabajar y cuándo descansar También se excluye a: Trabajadores de establecimientos rurales Trabajadores del servicio doméstico particular Profesionales universitarios de alta especialización Viajantes y vendedores de plaza, corredores, cobradores que realizan sus tareas fuera del establecimiento de trabajo.

<b>Brasil</b>	Disposición amplia de la fuerza de trabajo.	08 horas diarias y 44 horas a la semana	<u>Máximo:</u> 02 horas diarias <u>Valor:</u> 50% más del valor de la hora ordinaria	Trabajadores de dirección Trabajadores cuya actividad no sea incompatible con la limitación de la jornada de trabajo.
---------------	---	---	---	--

## **VI. DISCUSIÓN**

### **1. DISCUSIÓN N° 01: Concepto, limitación y exclusiones de la jornada de trabajo en el derecho laboral y la norma peruana.**

A partir de los resultados obtenidos, es posible determinar que el concepto de jornada de trabajo que es el más justo y adecuado a los principios y nociones básicas del derecho laboral, es el que se desarrolla a partir del segundo criterio de medición de la jornada de trabajo desarrollado en la presente investigación, esto es, la disposición restringida del trabajo al empleador; de modo que se define por jornada de trabajo todo el tiempo por el cual el trabajador dispone su fuerza de trabajo a favor del empleador, independientemente de que este haga o no uso efectivo de dicha energía de trabajo. El riesgo de la inactividad del trabajador, bajo esta definición, se traslada al empleador, quien asumiendo la responsabilidad de los tiempos muertos o de espera del trabajador, tendrá que considerar estos dentro de la contabilización total de la jornada de trabajo, debiendo remunerarlos. Esto, principalmente, en concordancia con el artículo 2° del Convenio N° 30 de la OIT, que como ya harlo se ha citado en el marco teórico desarrollado, establece justamente que como horas de trabajo habrá de considerarse “el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador”.

La elección de este criterio conceptual, además, se sustenta en la necesidad de que la limitación de la jornada de trabajo cobre realidad en el vínculo de trabajo; si se apuesta por el criterio del trabajo efectivo para definir la jornada de trabajo, trasladando el riesgo de la inactividad al trabajador, se generaría la obligación del trabajador, cualquiera sea la naturaleza de su labor, a permanecer en su centro de trabajo o en la ejecución de sus funciones todo el tiempo del día que fuese necesario para completar las 08 horas de trabajo “exacto y efectivo”, excediendo las 08 horas reales que se supone que debieron ser las únicas por las que debió trabajar cumpliendo con el brocárdico de “ocho horas para vivir, ocho horas para descansar y ocho horas para trabajar”. Es evidente no solo la inutilidad que entonces cobraría la regla de las ocho horas diarias, sino también la inminente afectación a la salud e integridad física que padecería el trabajador, ello sin agregar que la traslación del riesgo de la inactividad del trabajo al propio laborante, constituye una premisa contraria al principio protector del derecho del trabajo, empeorando la gran desigualdad que ya existe entre trabajador y empleador, y que es precisamente la que la normatividad laboral pretende y debería evitar.

La partida por esta definición se justifica asimismo en el concepto de remuneración que se ha expuesto, estudiado y acogido también dentro del marco teórico, ya que comprendiendo que el salario es la ventaja patrimonial que el trabajador obtiene a cambio de la disposición

de su fuerza de trabajo a favor del empleador, y no de la ejecución del trabajo efectivo, se elabora un marco perfecto en la definición y comprensión de ambos conceptos del contrato de trabajo (la remuneración y la jornada de trabajo), pues si aquello es lo que se entiende por remuneración, la jornada de trabajo será –y no podría ser de otro modo– la medida o la duración temporal por la cual dicha disposición de fuerza de trabajo será cedida al empleador. Nos parece así, que optar por aquellas definiciones en lo que se refiera a ambas instituciones del derecho del trabajo, es en principio correcta, y útil para sentar las bases del estudio posterior que en esta investigación se ha pretendido.

Ahora bien, en cuanto a la limitación de la jornada de trabajo, convenimos en la clasificación que ha efectuado Manuel Alonso Olea, sobre la justificación de la misma, enumerando las siguientes razones: i) orden económico, referido a la necesidad de mejorar el nivel del rendimiento productivo del trabajador, lo cual se logra fijando una medida justa de trabajo, que no le fatigue exageradamente, minando su fuerza de trabajo a costa de un mayor tiempo de labor; ii) carácter social y estrictamente humano, referido a la necesidad del trabajador de desenvolverse como ser familiar y social, lo cual le demanda la dedicación de parte de su tiempo de vida a actividades vinculadas a ello, siendo así importante que exista un límite horario del trabajo congruente con este fin; iii) naturaleza espiritual, relativa a la dedicación de tiempo que el trabajador, como ser humano, requiere para desarrollar sus valores morales, culturales y religiosos; iv) significado fisiológico, la extensión de la jornada más allá de límites razonables, genera serias afectaciones físicas al trabajador en su salud y bienestar físico, por lo que deben ser consideradas al evaluar la necesidad de una limitación del trabajo; v) y por último político-jurídico, referido a que la limitación es, en estricto, una expresión concreta de una posición política sobre los derechos humanos y el derecho del trabajo.

Sin embargo, a criterio de este investigador, las razones antes señaladas bien podrían resumirse en solo dos justificaciones; a saber, una de carácter económico, relativa al nivel de producción del trabajador; y otra, de tenor humanitario, que aglomere todas las demás razones relativas a la salud, integridad física y adecuado desarrollo personal, espiritual y social del hombre. A pesar de ello, es preciso ir más hondo en el análisis de la limitación de la jornada de trabajo, a fin de arribar hasta los motivos mismos de su configuración como derecho fundamental, teniendo en cuenta que a partir de ello, será más sencillo explicar la exclusión o inaplicación de ella a ciertos trabajadores o actividades. Para tal labor, nos valdremos de los criterios establecidos por Luigi Ferrajoli (2006) para la determinación de cuál es un derecho fundamental, según lo que ha sido desarrollado en el marco constitucional de la presente investigación. Según este autor, entonces, un derecho

fundamental tendrá que ser tal siempre que se vincule con alguno de los siguientes criterios: la paz, la igualdad y la ley del más débil.

En cuanto a la paz, es innegable que la limitación de la jornada de trabajo establece las condiciones mínimas para el desarrollo del trabajador como ser humano; otorgándole la posibilidad de tener un horario justo de trabajo que no le demande la dedicación de la mayor parte de su tiempo de vida, este es capaz de dedicar, como ya hemos señalado, su tiempo en actividades vinculadas a su desarrollo personal, espiritual, familiar y social; de este modo, el límite del tiempo de trabajo tendrá que ver con el desarrollo de la paz y la armonía en la sociedad, sobre todo por su estrecha relación con derechos que, en definitiva, están conectados con estos dos preceptos, tales como el derecho a la salud, a la integridad física y el adecuado desarrollo y bienestar. También se relaciona la limitación del tiempo de trabajo con lo que Ferrajoli ha denominado *la ley del más débil*, pues funciona como freno a las intenciones despóticas y abusivas del empleador dentro de las relaciones de trabajo; establecer un tiempo máximo de labores, ha tenido que ver históricamente con el equilibrio de poder entre el trabajador dependiente y su patrono, buscando proteger al primero de la sumisión a condiciones de labor exageradas y por demás perjudiciales para su persona, a fin de que por la obtención del salario, bajo un esquema amplio de libertad contractual y negociación, el laborante no se comprometa a ceder la mayor parte de su tiempo de vida para el trabajo, menos aun cuando, en el marco de las relaciones de trabajo, el margen de negociación por parte de este es mínimo, siendo el empleador quien tiene la facultad casi de imponer las condiciones al interesado quien, si es que desea procurarse un ingreso económico para subsistir, no tendrá más que aceptarlas. La limitación de la jornada, entonces, será un compensador de la asimetría de las relaciones de trabajo, favoreciendo a quien se reputa como débil dentro de las mismas.

Bajo este esquema que, como se observa, está íntimamente relacionado con las que se han identificado como justificaciones de la limitación del tiempo de trabajo, es factible ahora, proceder a desarrollar la exclusión de cierta actividad o grupo de trabajadores de su disfrute. Hacia este último objetivo, es preciso remitirnos a los resultados obtenidos en la presente investigación, a fin de señalar que en la legislación peruana existen tres supuestos de exclusión de la jornada máxima legal, a saber: los trabajadores de dirección, los no sujetos a fiscalización inmediata, y los que realizan labores intermitentes o de espera. Respecto al primero, los resultados nos informan de que su exclusión del derecho a la limitación de la jornada, se debe principalmente a dos razones; por un lado, la intensa personificación del empleador y ejercicio del poder directivo patronal con la que cuentan este tipo de trabajadores dentro de la empresa, que le hacen libre y autónomo en su trabajo; y, por otro lado, la libertad de distribución de su tiempo de trabajo que disfrutaban a partir de

su autonomía, al ejercer ellos el derecho de mando o dirección en la empresa, no rinden cuentas ni están sometidos a fiscalización superior inmediata, por ende, tienen plena autodeterminación en cuándo extienden o reducen su jornada de trabajo según los intereses de la empresa y los suyos, los que por cierto, dado el tenor del cargo, están naturalmente vinculados.

Nótese que, en este caso, la naturaleza del trabajo ejercido desmerece las razones o justificaciones por las que, hemos señalado, que se fija la limitación del tiempo de trabajo. Así, no habrá peligro de orden económico en la ausencia de un límite máximo en el caso de los trabajadores de dirección, si es que se considera la condición directiva y administrativa del cargo que ejerce, pues el desgaste del nivel de rendimiento de este tipo de trabajadores se atenúa tanto por la intermitencia de la labor directiva y de gestión, como por la flexibilidad de su ejercicio, lo cual además faculta al laborante a que sus tiempos de trabajo efectivo sean alternados, y así no someterse a una prolongación extensa de su desgaste físico y mental. No puede hablarse entonces de que, en estos casos, hay un riesgo en el nivel productivo del trabajador, por el contrario, es justamente la ausencia del límite en el tiempo de trabajo y la gran flexibilidad y autonomía con la que el trabajador de *alta dirección* cuenta, lo que le permite a este un ejercicio efectivo y adecuado de sus funciones. Tampoco existirá en estas circunstancias, justamente por la relativización del tiempo efectivo de sus labores, un desgaste físico alarmante que haga necesaria la protección de la salud y la integridad física del trabajador, mucho menos correrá este el riesgo de perder el tiempo de vida que necesita para su desarrollo personal, espiritual y familiar, ya que, a fin de cuentas, si este no cuenta con un horario fijo, o sea, una jornada de trabajo cuantificable, bien puede retirarse de sus labores con antelación o arribar con tardanza, a fin de obtener los tiempos que requiere para el cumplimiento de las actividades que a aquello se vinculen. No conviene olvidar que el alto directivo no está sujeto a fiscalización superior inmediata y que es autónomo en la distribución de su tiempo de trabajo, por tanto, es capaz de organizar su tiempo de vida según sus intereses y conveniencias.

Bajo este contexto, por ende, es factible deducir que la inaplicación de la limitación del tiempo de trabajo como derecho fundamental, se justifica también en que tal no es más necesaria para alcanzar las condiciones de paz y de protección del más débil que le justificaban como derecho; pues, dado que ya no existe una afectación a la salud, la integridad física, ni al desarrollo libre y adecuado del laborante como persona y ser social, es notorio que el atentado a la paz que con la limitación se intenta remediar, en el caso del personal de dirección, tampoco existe. Asimismo, la asimetría de poder entre empleado y patrono, que se tiende a corregir con la fijación de un estándar máximo de trabajo como

consecuencia de la *ley del más débil*, tampoco es tal, ya que aun cuando subsiste el elemento de subordinación en la relación de trabajo, como consecuencia del cargo directivo ejercido y la identificación del empleador en el laborante, este último goza de tal autonomía y libertad en la distribución de su tiempo de trabajo y el ejercicio de sus funciones, que el riesgo de la concepción y rendición a condiciones de labor injusta o abusivas, tampoco existe.

En el caso de los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, el escenario es bastante similar al del personal de dirección, pues salvo por el hecho de que este tipo de laborantes no detenta el poder directivo del empleador como sí el de dirección, idénticamente poseen la autonomía y autorregulación de su tiempo de trabajo. Naturalmente, cuando el derecho de mando del empleador, a pesar de ser detentado por su parte, no es ejercido directamente sobre el trabajador debido a las propias condiciones del trabajo, la intensidad de la subordinación en el vínculo de trabajo disminuye, empoderándose entonces al trabajador con autonomía y libertad en la forma de distribuir su tiempo de trabajo, lo que de acuerdo a Russomano, convenimos en llamarle la *autorregulación del tiempo de trabajo*. Esto permite que el trabajador sea libre de determinar en qué momentos descansa y en cuáles activa su fuerza de trabajo para cumplir con las tareas asignadas. En tal escenario, evidentemente tampoco existe peligro en la disminución del nivel de rendimiento productivo del trabajador ni lesión a la salud ni a la integridad física del trabajador, y mucho menos, al consumo exagerado del tiempo de vida que el laborante como ser humano necesita y debería dedicar a otras actividades familiares, personales o espirituales, pues este tendrá plena potestad para ordenar sus tiempos de labor, reduciendo el riesgo de un exceso de uso de energías que afecte su desempeño y también su salud. La jornada de trabajo así, se torna incuantificable, y no subsiste ya motivo para su limitación. Ello a la par que, con tal amplitud de autodeterminación en el trabajo, la asimetría que normalmente existe en la fijación de los márgenes de la duración del trabajo, se compensa, generando que al menos en relación a la limitación de la jornada de trabajo, este beneficio no le sea aplicable al trabajador.

Con esto, entonces, se explica la exclusión de este tipo de trabajadores de la limitación de la jornada de trabajo. No obstante, es preciso distinguir y comentar cada uno de los supuestos previstos específicamente en la norma respecto a esta causal de exclusión. El artículo 10° del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, aprobado por DS N° 008-2002-TR, en ese sentido, señala que se ha de entender por trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata todos aquellos que ejerzan funciones total o parcialmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él solo para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes. Consideramos que tal precisión es errónea. Si bien la

producción de las labores dentro o fuera del centro de trabajo refleja y determina la reducción de la intensidad de fiscalización sobre el trabajo, ya que lógicamente al no encontrarse el empleador en permanente contacto con el trabajador, le será imposible ejercer una supervisión inmediata sobre las tareas que a este realiza, ello no siempre es determinante, ya que puede ocurrir que en el desarrollo del trabajo en el campo, existan medios de fiscalización electrónica, telefónica, digital o de otro tipo que estén destinados a controlar que el trabajador se encuentra en efectivo cumplimiento de sus funciones, impidiendo por ende, que este ostente la facultad de *autorregular* su tiempo de trabajo, es decir, que disponga de la distribución del mismo.

El que los métodos de fiscalización, como señala Elmer G. Arce Ortiz (2013), no sean convencionales, justamente por la singularidad del trabajo ejercido a distancia del centro empresarial, no significa que no exista una fiscalización inmediata. La realidad de este supuesto de exclusión entonces, deberá juzgarse en cada caso en particular; siendo mucho más complejo el problema que la simple consideración de si el trabajo se ejecuta total o parcialmente fuera del centro de trabajo, como equívocamente ha expresado el trabajador en el artículo 10°. Ahora, por otra parte, el asunto es más alarmante en el aspecto de las labores ejecutadas parcialmente fuera del centro empresarial. En este caso, no vemos, conceptual ni fácticamente, que exista justificación alguna para vincular directamente la ausencia de fiscalización inmediata, pues si el trabajador debe rendir cuentas de lo ejecutado durante una parte de su jornada de trabajo, obligándose a permanecer en el centro de trabajo para dicho fin durante la otra parte de su jornada, es obvio que no tendrá la facultad autodeterminar su tiempo de trabajo, ello ni siquiera cuando la parte que emplee en el centro empresarial fuera solo para vaciar datos, contactar clientes o efectuar labores distintas a la rendición de cuentas, pues lo cierto, en estricto, es que ya existe certeza sobre las funciones y el tiempo de la jornada que habrá de utilizar dentro del centro de trabajo, al alcance de su patrono, y cual estará dedicado al trabajo en el campo; es decir que los tiempos de trabajo ya están distribuidos; siéndole imposible disponer del tiempo dedicado fuera del centro empresarial para otras actividades que no sean exclusivas al trabajo, teniendo en cuenta que por el tiempo que dedique dentro del mismo, no podrá efectuar la captación de clientes, oferta del producto u otras tareas específicas de las cuales tendría que rendir cuenta o analizar luego dentro de las oficinas. Esto, evidentemente disminuye la posibilidad de que el trabajador pueda *autorregular* la duración de su trabajo, escogiendo los momentos en que descansa y en los que labora de modo efectivo; y por el contrario, acentúa los riesgos a la salud e integridad física del mismo, permitiendo la ampliación de los márgenes del trabajo por duraciones prolongadas que consuman gran parte del tiempo de vida del trabajador, afectando su libre desarrollo como ser humano. Así, si bien el

fundamento de la causal de exclusión que venimos comentando es correcto para permitir la restricción del derecho a la limitación de la jornada de trabajo en determinadas circunstancias, consideramos que su concurrencia debe analizarse en cada caso en concreto y no únicamente por la subsunción de los hechos en los equívocos y genéricos supuestos del literal c) del artículo 10°.

Por último, respecto a la causal de intermitencia del trabajo, es claro que la razón de la exclusión se basa en la acumulación de los tiempos muertos o de espera que existen dentro de la jornada, y se asumen como compensatorios al desgaste físico generado por la extensión de la jornada de trabajo más allá del límite máximo legal. Nuestro juicio al respecto, es que, en efecto, la vulneración a la salud e integridad física del trabajador, producto de la fatiga, no ocurre en estos casos, debido a los constantes tiempos de inactividad con los que cuenta el trabajador. Sin embargo, teniendo en cuenta que la jornada de trabajo para aquellos que ejercen labores de esta naturaleza, sí es cuantificable, puesto que la disposición de la fuerza de trabajo se circunscribe a un lugar determinado (a diferencia de los dos supuestos anteriores), no nos parece correcto que no exista limitación alguna de la duración del tiempo de trabajo. No basta pues que se objete la dificultad de que el trabajador sufra un menoscabo a su salud por los lapsos de intermitencia, ya que, a pesar de ello, puede ocurrir que sí se afecte el derecho del trabajador de disponer libremente su tiempo de vida a otras actividades de desarrollo personal, material y espiritual. No es correcto que la disposición del trabajo en estos casos sea ilimitada, es preciso que se establezca un margen máximo aun cuando este sea superior al legal.

Es por esta razón que en el Acuerdo Plenario N° 001-2009 de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, los órganos jurisdiccionales de este Distrito Judicial, convinieron en que el límite de la jornada de trabajo para los vigilantes y choferes que no se encuentran comprendidos dentro de la jornada máxima legal de trabajo por la intermitencia en sus labores, conforme al artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, habrá de ser 12 horas diarias; criterio que compartimos totalmente. Resulta inconstitucional, en ese sentido, la exclusión que este extremo se analiza, en tanto que atenta contra el desarrollo libre y adecuado del trabajador, sometiéndole a una disposición ilimitada de su tiempo de vida a favor de su patrono sin que si quiera pueda merecer el pago de una sobretasa (o sobre remuneración) por ello. Subsistirá a favor de los trabajadores intermitentes, aunque de forma atenuada, el derecho a la limitación de la jornada de trabajo, máxime cuando el fundamento de la exclusión no descarta las condiciones de paz con las que este derecho se vincula (ya que solo reduce el riesgo a la salud del trabajador, más no de su libre y adecuado desarrollo) ni la asimetría de la relación de trabajo, conexas a la *ley del más débil* de Ferrajoli.

## **2. DISCUSIÓN N° 02: Las modalidades del contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración y sus efectos en la jornada de trabajo**

De acuerdo al marco teórico desarrollado y los resultados obtenidos, nuestra posición es coherente con la mayoría de la doctrina, clasificando el contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración, en tres: los contratos de unidad de tiempo, en los cuales el cálculo del salario se hace por y a razón del tiempo de trabajado; los contratos de unidad de producción, en donde el salario se fija a razón de los resultados o unidades de obra producidos por el trabajador, subdivididos en la comisión y el destajo; y, por último, los contratos por salario mixto, que se calculan tanto a razón del tiempo como por los resultados obtenidos por el trabajador. Al respecto, si bien la doctrina involucra en este último caso a las remuneración por tarea y el pago de las primas de trabajo, solo compartimos la inclusión de la segunda, debido a que en el primer caso, el salario por tarea no deja de ser un método remunerativo por producción, pues aun cuando la consecución de la tarea encomendada se exija en determinado periodo de tiempo, esto no es más que una condición de la efectuación de la producción, pero no determina en modo alguno el pago de la remuneración, es una fecha límite que aun cuando no fuera cumplida, y a partir de ello se reduzca la remuneración del trabajador, no ingresará a una forma de cálculo mixta propiamente dicha, porque a pesar de ello, el recorte del salario será principalmente porque la obra o la tarea no se completó, mas no por el cumplimiento del periodo de tiempo fijado. El salario por tarea, entonces, se seguirá calculando en base a la producción cometida por el trabajador, independientemente que esta esté o no condicionada a un periodo de tiempo, siendo equívoco considerar que en ella exista la valoración del tiempo para el cálculo del salario.

Ahora bien, en lo que respecta a los efectos de los contratos antes analizados, es preciso señalar lo siguiente. Primero, en cuanto a la remuneración por unidad de tiempo, los efectos son evidentes, pues aunque se trate de conceptos relativos a instituciones jurídicas diferentes, la remuneración y la jornada de trabajo, su vinculación reside en que de la medida o duración de esta última dependerá el monto del primero. Así mientras más prolongada fuera la jornada de trabajo, o por el contrario, esta fuese reducida, el monto remunerativo que percibirá será igualmente incrementado o rebajado, ya que, en pocas palabras, es el tiempo de labores el que determina el cálculo del salario. Por otra parte, en relación a los contratos de unidad de producción, ocurre que al ser medida la remuneración en base a la cantidad resultados alcanzados por el trabajador en determinado periodo de tiempo, la extensión o disminución de la jornada de trabajo estará relacionada con el nivel y los términos de producción del trabajador; de modo que, si este logra cumplir la meta de producción establecida, bien podría retirarse a las pocas horas del centro de trabajo; y, por

el contrario, si es que no llegase a alcanzar o habiéndolo hecho, desea aún superar sus resultados para incrementar su salario, permanecerá más tiempo en la ejecución de su trabajo.

Nótese, a partir de ello, en principio, que la vinculación entre la remuneración por unidad de tiempo y la jornada de trabajo, es desde esta última en la primera. Así, porque el cálculo de la remuneración se efectuó a razón del tiempo, no se genera efecto alguno en la duración de la jornada de trabajo, su limitación, o su distribución, sino que es la amplitud o reducción de la jornada de trabajo la que determinará el monto del salario; por lo que bien puede concluirse que la forma de cálculo del salario, en este caso, no produce efecto alguno en la jornada laboral. Sin embargo, en cuanto a los contratos por unidad de producción, ocurre lo contrario, ya que en estos casos, por un lado, el *acceso expectatio* por parte del trabajador a una mejor remuneración con el incremento de los resultados producidos, estimula el incremento de su jornada de trabajo; y, por el otro, la extensión de la jornada se condiciona a la capacidad productiva del trabajador, pudiendo laburar menos quien cumpliera con la meta de producción más rápido, o contrariamente, laburar más, quien hiciera ello más lento. Sí habrá así en estos casos, una incidencia de la forma de pago de la remuneración en la jornada de trabajo, pero con un carácter indirecto y relativo, ya que depende del interés productivo del trabajador o del empresario, y de las habilidades que el primero tenga para realizar la faena encomendada, el que la jornada de trabajo se altere; siendo imposible deducir que, en todos los casos, habrá un efecto de este tipo, sobre todo porque los efectos no dependen únicamente de la fórmula de la remuneración, sino de condiciones adicionales, como el mencionado interés productivo o la capacidad de trabajo del laborante, circunstancias cuya ocasión si bien es dispuesta a partir del contrato por unidad de producción, no siempre existen.

En cualquiera de los dos casos, sea que la forma de valorar la disposición de la fuerza de trabajo del trabajador, para efectos del pago de la remuneración, se haga por unidad de tiempo o por los resultados producidos, no puede objetarse que la causa de la contratación ni que el interés del empleador es el tiempo de trabajo y la producción, respectivamente. Es preciso mantener ambas clasificaciones únicamente para efectos del cálculo de la remuneración, y no intentar comprender cada una de ellas como presupuesto lógico del contrato de trabajo, ya que, primero, para el empleador el fin (el objeto) de la contratación de la fuerza de trabajo siempre será obtener el resultado productivo de la labor y no solo la dedicación estática de un determinado tiempo a las labores; de ahí que Manuel Alarcón Caracuel (2007) precise que lo que motiva al empresario a pagar el salario “no es otra cosa que el resultado o producto del trabajo, los bienes y servicios que ese trabajador – solo o juntamente con otros– produce”. Es incorrecto, entonces, establecer que en un caso, el

objeto de la contratación es la disposición temporal de la fuerza de trabajo, y en el otro, la producción de resultados industriales o comerciales, dado que el fin subjetivo perseguido por el empleador para la contratación de personal siempre será obtener “los bienes y servicios” que este puede producir. Ello sin perjuicio de que, objetivamente, hay que entender que la causa del contrato, desde un punto de vista netamente contractual, no es el tiempo de labores ni el resultado productivo, sino generar el intercambio entre salario y trabajo, independientemente del factor de cálculo de su remuneración.

Bajo este criterio, se evita caer en el equívoco razonamiento que en los contratos donde la remuneración se paga por producción, el tiempo de trabajo no es un factor relevante en la contratación, y que por ende no existe la posibilidad de producir jornada en sobretiempo, ya que lo más o lo menos que el laborante permanezca en sus labores no es el objeto de retribución económica; podrá ser su fórmula de cálculo monetario, mas no su razón de ser. Tal falacia se genera, desde nuestra perspectiva, por la confusión del tiempo de trabajo como factor de cálculo de la remuneración, y del mismo como medida de la disposición o de la venta de la energía de trabajo, que es la prestación ofrecida por el trabajador a cambio del salario en el contrato de trabajo, y que, por ende, merece ser limitada y regulada merced de toda la carga histórica y social que circunda alrededor suyo. Es en este último aspecto, entonces, en el que se genera la limitación de la jornada de trabajo como derecho fundamental, y de todas las estructuras jurídicas que con ella se vinculan, como la realización del trabajo suplementario (u horas extras), la regulación de regímenes especiales de trabajo, las exclusiones de la limitación de la jornada, entre otros. Considerar pues que en los contratos de unidad de producción, el tiempo de trabajo pasa a un segundo plano y que, por ello, no obtiene relevancia alguna en la prestación del trabajo, sería negar a un gran grupo de trabajadores el disfrute de la limitación de su tiempo de servicios como derecho fundamental y básico para su desarrollo humano, social y familiar, así como la protección a la vida, la salud y la integridad física que debe preocupar a fin de proscribir la disposición de largas y extenuantes jornadas de trabajo, evitando incluso que a partir de ello se produzcan mermas de los niveles de rendimiento del trabajador que bien podría conservarse a partir de la fijación de una jornada razonable, justa y adecuada.

Creemos así, que la resolución de las sentencias de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que aquí han sido analizadas como muestra, y la opinión de los expertos en este extremo, que vinculan la producción como causa de contratación en la relación de trabajo, y ubican al tiempo de trabajo en un plano inferior, es errónea. Ello particularmente en el extremo de la exclusión de la limitación de la jornada máxima legal y la realización de horas extraordinarias de trabajo, pues la sola vinculación del trabajador mediante un contrato en el que el salario es pagado por la cantidad de resultados producidos, no es criterio ni

justificación suficiente para dejar de lado el resguardo de la limitación de la jornada de trabajo como derecho fundamental, ni obviar toda las razones de carácter humanitario, económico y social que le sustentan como tal. Habiendo estudiado las exclusiones de la jornada de trabajo según la doctrina y la legislación peruana, nos parece que los motivos por los que la inaplicación de la jornada de trabajo debe darse son distintos y no necesariamente vinculados a los contratos de unidad de producción.

Así, se logra concluir que el efecto de las modalidades de contratación según la remuneración en la jornada de trabajo, es a lo mucho relativo e indirecto, ya que ni en los contratos de unidad de producción, ni en los unidad de tiempo, mucho menos en los mixtos (que son combinación de ambos), la forma de pago de la remuneración determina directamente la cuantía de la jornada de trabajo, ni mucho menos afecta ninguno de sus caracteres, como la posibilidad de generar horas extraordinarias, o las exclusiones o excepciones a la limitación de la jornada.

### **3. DISCUSIÓN N° 03: La labor comisionista en los contratos de trabajo y sus efectos en la jornada de trabajo**

Bien, partiendo de la dirección que nos otorga la discusión del objetivo anterior, referido a los efectos de los contratos de unidad de producción en general, sobre la jornada de trabajo. Debemos comenzar este extremo por recurrir a la definición que por labor comisionista se entiende según el marco teórico desarrollado. Es pues la comisión, un modo de trabajo en el que la remuneración es cancelada por los resultados obtenidos por el trabajador, los que se valoran en comisiones o pagos porcentuales o en monto fijo, calculados en proporción a las ventas, operaciones comerciales, cobranzas u otras actividades de similar índole, efectuadas por el trabajador. La ejecución de la labor por comisión así es variada. De acuerdo a los resultados obtenidos, se puede señalar que aquella puede ser clasificada de dos formas: i) según el módulo de pago del salario, en comisión pura y comisión mixta; y ii) según la forma de ejecución del trabajo, en totalmente fuera del centro de trabajo, parcialmente fuera del centro de trabajo, y dentro de la sede o centro empresarial.

Conforme a la primera clasificación, será comisión pura cuando el total de la remuneración sea calculada en base a las comisiones obtenidas por el trabajador como consecuencia de los resultados de su producción; y será comisión mixta, cuando el salario se cancele tanto en base a las comisiones generadas, como un salario básico y fijo, que es invariable independientemente de los resultados productivos obtenidos por el laborante. La razón por la que ambas se agrupan dentro de un solo rubro, a pesar de que una sea puramente por producción y la otra combine también la unidad de tiempo en el cálculo de la remuneración,

es por el énfasis que la generación de comisiones y de resultados adquiere dentro del contrato de trabajo. En ambos casos el trabajador siempre, o al menos la gran mayoría del promedio, querrá obtener mejores ventas o resultados y, como consecuencia, un mejor salario, aunque ello no siempre se refleje en la realidad. Por otra parte, la segunda clasificación está relacionada con la forma de ejecutar la labor comisionista. La realidad así nos enseña que serán trabajadores comisionistas que laboran fuera del centro de trabajo cuando las actividades conducentes a la producción de las comisiones, llámese ventas, cobranzas, colocación de créditos, entre otras símiles, son efectuadas fuera del centro empresarial. En contrario, serán labores comisionistas de parcialmente fuera del centro de trabajo, cuando el tiempo de labores este dividido tanto en efectuar labores de campo (o sea, fuera de la sede), como en oficina (o sea, dentro de sede); y por último, solo de dentro del centro de trabajo, cuando las labores se desarrollen exclusivamente dentro de la sede o lugar empresarial.

Teniendo esto en claro, y partiendo de la conclusión arribada en la discusión anterior, respecto de que no es la forma de pago de la remuneración la que afecta la distribución, ni la constitución de la jornada de trabajo, ya que la incidencia que ella tiene en esta no es sino indirecta y relativa (sometida a la habilidad y meta productiva individual del trabajador, tal cual ocurre también para la comisión), podemos llegar a la misma conclusión para la labor comisionista, señalando que no es su constitución como modalidad de cálculo salarial la que determina sus efectos en la jornada laboral; o sea que, el que la contratación se fije en un sistema de comisión pura o un sistema de comisión mixta, en nada afecta la configuración de la jornada de trabajo, ni a lo relativo a esta, como son las horas extras o la limitación de la jornada de trabajo. Mucho menos se puede señalar que la comisión al ser una forma de contratación por producción presupone como objeto del mismo la realización y alcance de resultados, relegando el tiempo de trabajo a un nivel secundario, pues como también ya se ha señalado anteriormente, ni en la comisión ni en las demás formas de contratación por producción, ocurre que el tiempo de trabajo deja de ser importante, merced de su connotación histórica y social reflejada, por ejemplo, en la necesidad de su limitación máxima como derecho fundamental de todo trabajador subordinado. El que el salario tenga por factor de cálculo la producción obtenida por el trabajador y no el tiempo, no desmerece ni descarta nada de ello. Así, es factible inferir también que, en lo referente a la labor comisionista, son otras las condiciones que afectan o alteran la jornada de trabajo—como ya en la discusión anterior se ha señalado en forma genérica para todos los contratos de producción—, debiendo remarcarse que aun cuando estas puedan o no estar vinculadas con el tipo de modalidad de pago, no implican la existencia de una afectación directa de esta en aquella.

Siendo conscientes que el objeto de nuestra investigación está circunscrito estrictamente a los efectos en la exclusión de la limitación de la jornada de trabajo de la labor comisionista, con el objetivo entonces de hallar cuáles son estas condiciones o factores de dicha actividad que afectarían la jornada de trabajo en ese sentido, tiñendo ciertas singularidades en la aplicación o exclusión de la limitación de la jornada de trabajo y el derecho al pago de trabajo en sobretiempo, es preciso remitirse a la segunda clasificación de la labor comisionista a la que se ha arribado luego del análisis de los resultados respecto a este tipo de actividad, y que identifica a la comisión según la forma de ejecución del trabajo en totalmente fuera del centro de trabajo, parcialmente fuera, o permanente dentro del mismo. Y es que, desde nuestra perspectiva, es el modo particular de ejecutar las labores lo que distinguirá la exclusión o no de la actividad de la limitación de la jornada, ya que según sea un caso u otro, puede ocurrir o no que se cumpla alguno de los supuestos descritos en el artículo 5° del DS N° 007-2002-TR como causales de exclusión. Nada tiene que ver con la exclusión del comisionista de la jornada máxima de trabajo, su modalidad de cálculo remunerativa.

Bajo este criterio, comenzando por la ejecución de la comisión totalmente fuera del centro de trabajo, es fácil distinguir que, debido a la distancia física que media entre el empleador y su subordinado, este último estará lejos del control de sus tiempos de trabajo y de la forma o los métodos que utiliza para efectuar sus funciones. La distancia así genera una atenuación de la fiscalización en el trabajo, tal cual lo ha comprendido el legislador al fijar tal situación como causal de inexistencia de fiscalización inmediata, según el literal c) del artículo 10° del DS N° 008-2002-TR. De este modo, aunque el vínculo de subordinación subsiste, el trabajador gozará de tal libertad y autonomía en la conducción de sus labores que tendrá plena capacidad para distribuir su tiempo de trabajo según su conveniencia, teniendo la capacidad de decidir cuándo laborar y cuándo descansar. Así pues, como se ha señalado ya en la primera discusión, el trabajador estará exento de la limitación del trabajo porque es independiente en controlar y *autorregular* su tiempo, lo cual significa que no existe riesgo de que, sin el límite, se vulnere la salud o integridad física del trabajador, ni se reduzca su rendimiento productivo, ni mucho menos que se reduzca la posibilidad de que este se dedica a otras actividades propias de su desarrollo personal, espiritual y social. Sin embargo, tal cual se señaló al discutir sobre las causales de exclusión de la jornada de trabajo que prevé la ley peruana, es importante recordar que si bien la lejanía del centro de trabajo es un rasgo convincente y suficiente en gran medida para sentenciar la inexistencia de fiscalización inmediata en las labores, no es rotundo; debe dejarse espacio a la remota posibilidad de que aun así, existan determinados métodos de control electrónico, telefónico, digital o de otro tipo, que a pesar de la distancia, demuestra la imposibilidad de que el

trabajador disponga autónomamente de su tiempo de trabajo. Tal es, se insiste, solo una posibilidad lejana, pero que cabe tener presente, sobre todo en la época actual donde este tipo de mecanismos alternativos de fiscalización son factibles y, de hecho, se aplican en ciertos casos.

Las labores parcialmente fuera del centro de trabajo siguen, en alguna medida, el tenor de lo anterior, pues se presume que la lejanía parcial del laborante comisionista de su centro de trabajo, le otorga también las mismas libertades que respecto a la regulación del tiempo de trabajo posee el comisionista que está totalmente fuera del centro empresarial. No obstante, esto depende, en principio, de la frecuencia con la que el laborante recurre al centro de trabajo. Si aquello ocurre ocasionalmente, por ejemplo una vez a la semana o cada quincena, o en periodos más alejados, estaríamos en efecto en situación similar, por la clara autonomía con la que contaría el trabajador; no obstante, si el trabajo se desempeña durante el día, una parte en el campo y la otra en oficinas, entonces realmente la *autorregulación* e independencia no existen, ya que las labores del comisionista estarán perfectamente distribuidas, debiendo efectuar cierta labor en campo, preferentemente de captación de clientes o ejecución de cobranzas o en sí todo lo que tenga que ver con contacto con el público, y otra en oficina, referida mayormente a la rendición de cuenta, o vaciado de la información y transacciones comerciales anotadas durante el trabajo de campo. Es evidente entonces, que el trabajador no podrá decidir libremente cuándo descansar y cuando trabajar efectivamente, existiendo así una fiscalización inmediata de las labores que más que por la presión presencial del empleador al comisionista (ya que ello solo puede ocurrir cuando ocurren las labores en oficina) se constituye por la forma de distribución del trabajo, que limita los espacios de libertad del trabajador y organiza la forma de ejecución de su trabajo. En estos casos además, debe resaltarse también la posibilidad de que la supervisión y control del trabajo por parte del empleador se efectúen por mecanismos electrónicos o digitales u otros similares, lo que generaría que, aunado a lo ya precisado, indudablemente nos encontraríamos ante una actividad no excluida de la jornada máxima de trabajo, por estar sujeta a fiscalización inmediata. En este aspecto es que acogemos la posición resumida en los resultados del Elmer G. Arce Ortiz, quien hace hincapié en que la existencia métodos no convencionales de supervisión, no significa la inexistencia de este tipo de fiscalización en el trabajo.

Por último, en lo que respecta al laborante comisionista que permanece en el centro de trabajo, la respuesta cae por sí sola, ya que al ejecutar sus funciones dentro de las instalaciones de la empresa, con cercanía física de su empleador, es notable que no contará con ninguna autonomía en la distribución de su tiempo de trabajo, siendo incapaz de decidir cuándo descansar o no, sometiéndose por completo a las disposiciones de su

empleador, quien entonces podrá ejercer fiscalización inmediata sobre el trabajo del comisionista durante el tiempo que permanezca dentro del centro empresarial. El que el laborante esté o no sujeto a un horario de trabajo, no significa en absoluto que existe o no fiscalización superior inmediata, pues como señala Barassi, la fiscalización tiene que ver con la posibilidad del empleador de dirigir y controlar las labores, es una proyección del derecho de mando que por su posición ostenta, lo cual es evidente que no se constriñe solo a la existencia y el cumplimiento de un horario de trabajo, en vista de que aun cuando haya uno o no en la empresa, el trabajador que permanezca dentro del centro empresarial, siempre estará sujeto a la vigilancia directa de su trabajo, a la supervisión de la utilización eficaz del tiempo para el cumplimiento de sus funciones, y del modo de efectuación de estas. El cumplimiento de un horario importa a lo mucho como una señal a favor de la existencia de una fiscalización directa, pero su ausencia no conlleva necesariamente a la inexistencia de esta en la relación de trabajo.

Se puede concluir en este extremo, entonces, que la labor comisionista afecta la jornada de trabajo, especialmente en lo relativo a la excepción de su limitación, según la forma en la que se ejecute, por ejemplo, según su permanencia en el centro de trabajo, ya sea total, parcial o completa, dado que como consecuencia de ello podrá generarse o no el ambiente de trabajo que es supuesto por el DS N° 007-2002-TR y su Reglamento, el DS N°008-2002-TR, para la exclusión de la limitación de la jornada de trabajo y la exoneración del pago de horas extras.

#### **4. DISCUSIÓN N° 04: Tratativa y regulación de la jornada de trabajo, en sus límites y exclusiones en el derecho comparado**

A partir del análisis de la legislación comparada, en específico de los países de España, México, Argentina, Chile, Colombia, Uruguay y Brasil, se ha podido observar que, salvo este último país, todos los demás han suscrito los Convenios N° 01 y 30 de la OIT, de modo que, en todos ellos, el concepto de jornada de trabajo se asume como el tiempo por el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador, y se limita su máximo en no más de 8 horas diarias y 48 semanales, tal cual el límite que prescribió el artículo 2° del Convenio N° 01 en 1919. En el caso de Brasil, el panorama es distinto, pero solo en cuanto a la concepción del tiempo de trabajo, porque respecto a la limitación de la jornada de trabajo, es igualmente inferior a los márgenes establecidos por la Organización Internacional de Trabajo. Así, en este sistema normativo, se contabiliza dentro de la jornada de trabajo, o sea, se mide como el tiempo trabajo, todo aquel por el cual el trabajador dispone sus fuerza y su tiempo a favor del empleador para la ejecución de determinada

tarea, entendiendo que, dentro de la misma, se incluye también al tiempo que el trabajador utiliza desde que sale de su hogar hasta llegar a la empresa, o sea, el *tiempo de traslado* o *tempus in itinere*.

Lo interesante también respecto a la regulación del tiempo de trabajo en las legislaciones comparadas antes señaladas, es que el tiempo suplementario de trabajo, salvo el caso de Argentina, posee un límite de producción. Así, estas legislaciones a efectos de proteger la salud del trabajador y cuidar de que este mismo se someta a una jornada de labor extenuante, además de absorbente, que le impida la dedicación de su tiempo de vida a otras actividades de desarrollo personal, espiritual y familiar, es que prescriben que la extensión suplementaria del trabajo solo es permitida hasta ciertos topes; verbigracia, en el caso de España, a 80 horas al año, en México, 03 horas al día en 03 veces por la semana; en Chile, solo de 02 horas diarias, con un total de 12 horas semanales; o en Uruguay, con un total de 06 horas a la semana. Aunque esto no ocurre en la legislación nacional, donde el trabajador es libre de ejecutar la cantidad de trabajo suplementario que estuviera dispuesto a realizar, y el empleador a pagar, nos parece una política regulativa correcta y congruente con los fines tuitivos del derecho del trabajo, sobre todo, en un tema tan sensible como es el tiempo de trabajo, vinculado notablemente con la salud, integridad física y el desarrollo humano del trabajador.

Por otra parte, en relación a las exclusiones de la limitación de la jornada de trabajo, el punto convergente para todas las legislaciones comparadas, es el trabajo de *alta dirección* o del personal de confianza, propio de trabajadores que representan al empleador y tienen facultades directivas en la empresa, como gerentes, administradores, jefes de áreas, entre otros símiles. La justificación de ello, la asimilamos a la ya discutido en la primera discusión, respecto al control del poder directivo del trabajo, personificación del empleador, ausencia de fiscalización superior inmediata, y autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y en la distribución del tiempo de trabajo. El punto de mayor interés, sin embargo, se haya en la causal de exclusión relativa a la ausencia de fiscalización inmediata que nuestra legislación vincula, según el artículo 10° del DS N° 008-2002-TR, con el ejercicio del trabajo total o parcialmente fuera del centro empresarial.

En este ámbito, lo que ocurre en la legislación comparada, es que los supuestos de ausencia de fiscalización inmediata y la concurrencia parcial o total al centro de trabajo, no son regulados bajo un mismo rubro, como lo hace nuestra legislación interna. Así, en el caso de Chile, el Código de Trabajo, excluye simplemente a todos aquellos que realizan labores sin fiscalización inmediata, mientras que Uruguay, excluye a todos los trabajadores que se desempeñen a distancia del patrono, fuera del centro empresarial, siendo libres para decidir cuándo trabajar y cuándo descansar, haciéndose énfasis en los viajantes,

vendedores de plazas, corredores o cobradores que justamente, lleven a cabo sus tareas, fuera del establecimiento de trabajo. El caso de España, es sumamente interesante, porque la exclusión opera propiamente contra los representantes de comercio, quienes pueden ser comparados con las diferentes clases de trabajadores por comisión, sea de cobranza, de ventas comerciales o crediticias, y demás símiles, que justamente ejercen, en la mayoría de casos, como ya se ha analizado en el punto de anterior, sus labores parcial o totalmente fuera del establecimiento empresarial. No obstante, la legislación española exceptúa de la aplicación de ésta exclusión a los representantes de comercio que efectúen su trabajo dentro del centro de trabajo, sujetos a un horario de labor.

Nótese así, que en todas estas regulaciones, el eje común es la inexistencia de fiscalización inmediata consecuente con lo Russomano expresa como *autorregulación del tiempo de trabajo*. De este modo, la razón por la que en estas legislaciones se decide excluir a estas actividades de la limitación de la jornada de trabajo, se debe a la autonomía y libertad de distribución del tiempo de trabajo con las que cuenta el trabajador, como consecuencia de su distanciamiento físico del empleador; de ahí que la legislación española exceptúe la exclusión de los representantes de comercio que, a pesar de ganar su salario por producción al igual que los comisionistas –según el caso de la presente investigación–, realizan su trabajo dentro de las instalaciones de la empresa y se sujetan a un horario; y así también que la legislación uruguaya precise que la exclusión de los laborantes que están fuera del centro de trabajo se relaciona con la autonomía que estos tienen en elegir sus momentos de actividad y de descanso. Haciendo un esquema que resuma lo dicho, a partir del análisis de estas legislaciones, es factible concluir que la lejanía del centro de trabajo en tanto favorezca al trabajador en la autodeterminación de su tiempo de trabajo, reduce la intensidad de la subordinación en el contrato de trabajo, esto es también, del *derecho de mando* del empleador, lo que es, sin lugar a dudas, la relativización de la fiscalización del trabajo a un modo mediato y secundario. Desde luego que, a partir de lo postulado en la legislación uruguaya, puede colegirse que si la lejanía del centro de labores, no produce tal autonomía sobre la distribución del tiempo de trabajo, y faculta al laborante a poder elegir sus momentos de descanso y de actividad, entonces no valdría la exclusión, tal cual se ha señalado en las discusiones anteriores respecto al ejercicio del trabajo total o parcialmente fuera del centro de trabajo, considerado que aún a pesar de la distancia física entre el trabajador y el empleador, pueden existir elementos de fiscalización no convencionales que impidan la autonomía y libertad que se viene señalando.

Con el mismo objetivo la legislación brasileña, para referirse en el fondo a los trabajos sin fiscalización inmediata que ofrezcan al trabajador libertad de disponer sus tiempos de trabajo o de descanso, utiliza una técnica que consideramos aunque es mucho más

acertada, es demasiado amplia, y que necesita, por eso, de la mejor interpretación conforme a los conceptos e instituciones básicas que en esta investigación se han venido desarrollando. En ese sentido, lo regulado en este sistema normativo es la exclusión de los trabajadores cuya actividad no sea compatible con la limitación de la jornada de trabajo. En el supuesto ingresarían sin problemas, todos los trabajadores que, sin fiscalización inmediata, cuenta con autonomía en la regulación de su tiempo de trabajo y a los que, además, tal prerrogativa les es necesaria para efectuar bien sus funciones, piénsese en los vendedores o ejecutivos comerciales o crediticios, que debido a la búsqueda constante de clientes, deben salir al campo sin límites o horarios fijos, para acudir a cada potencial venta del producto con la que se puedan encontrar, ya sea visitando clientes ya conocidos, propios de una base de datos, o simplemente explorando determinadas zonas geográficas. Claro que el supuesto es tan amplio, que abarca también al personal de dirección y de confianza, si se tiene en cuenta que muchas veces las funciones que estos cumplen requieren de una jornada flexible, que no necesita ser contabilizada ni tampoco limitada. Asimismo engloba también a toda clase de trabajador, independientemente de si la forma de pago de su remuneraciones por producción, por tiempo o mixta. Por esto, se insiste en que la técnica brasileña es mucho más precisa y técnica, siempre que se le comprenda del modo que aquí se describe, y no con el equívoco criterio de englobar a todo los trabajados de pago por producción en él, por tratarse supuestamente de vínculos de trabajo donde el tiempo ocupa un segundo plano, lo cual –como ya se ha señalado reiteradamente– no es correcto.

Luego, en relación a la exclusión que nuestra normativa hace respecto a los trabajadores con lapsos intermitentes, ésta solo es repetida por la legislación colombiana, siendo que en la legislación argentina ocurre que sin excluir a los vigilantes y trabajadores de seguridad, quienes son comúnmente identificados como trabajadores con lapsos de intermitencia (como lo precisa por cierto nuestra normativa nacional), se permite que su jornada de trabajo diaria se extiende hasta 12 horas, siempre que el total en la semana no el total de 48 horas. La razón de que esta causal sea tan poco concebida en el derecho comparado, probablemente se debe a que, como ya hemos objetado, la exclusión total de este tipo de trabajo de cualquier limitación al tiempo de trabajo, resulta excesiva y contraria a los caracteres tuitivos del derecho del trabajo, ya que permite que el trabajador, bajo la excusa de que su trabajo posee de lapsos de inactividad, ceda su tiempo de vida sin límites al empleador, quien no se obliga si quiera a cancelar sobretasa alguna por el exceso de la jornada. Así, si bien es cierto que los lapsos de espera reducen el riesgo del trabajador a afectar su salud e integridad física con una jornada extensa, como es la superación de las

08 horas diarias, debe existir de todas formas un límite que, tomando en cuenta la naturaleza del trabajo, cuide de la salud, el desarrollo humano y el bienestar del laborante.

## **5. DISCUSIÓN N° 05: La determinación de la exclusión de la jornada de trabajo a partir del pago de la remuneración por comisión**

Luego de todo lo hasta aquí desarrollado y analizado, se puede concluir válidamente que la forma de pago de la remuneración por comisión no determina la exclusión de la jornada máxima de trabajo, sino que es necesario que concurren otras circunstancias que reflejen la autonomía y autorregulación del trabajador de su tiempo de trabajo, denotando así la ausencia de fiscalización inmediata, o alguna otra que le ubique alguna de las causales de exclusión del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, de otro modo, se le tendrá que aplicar la limitación de las 8 horas diarias y 48 semanales prevista en nuestra Constitución.

Para ser un poco más amplios en este punto, describiremos lo más exacto y preciso posible, el razonamiento con el cual hemos llegado a semejante discusión.

- La connotación de la comisión como modalidad de pago de la remuneración por producción o unidad de obra, no incide determinante ni directamente en la jornada de trabajo, especialmente en la exclusión del derecho a la limitación de la misma. Esto se debe a que, por un lado, el efecto que el modo del salario por producción genera en la extensión o reducción de la jornada de trabajo es indirecto y relativo, pues depende de la meta productiva, sea que esta se haya fijado por anhelo propio del trabajador o por imposición de su empleador, y de la habilidad del laborante en desarrollarla; así, si bien debido a las condiciones del contrato, lo común sería que el trabajador comisionista desee trabajar más para ganar más o para cumplir la meta mínima que le exige su patrono, puede ocurrir lo contrario, que el trabajador sea talentoso y alcanza dentro del margen de la jornada ordinaria o en menor tiempo, los resultados que pretendía alcanzar o le fueron solicitados. Y por otro lado, a que el tiempo de trabajo, su regulación y limitación no dejan de ser importantes y fundamentales dentro del contrato de trabajo aunque el salario se determine por la producción. Rechazamos así el criterio de que en esta modalidad de pago, el presupuesto lógico o el objeto del trabajo es exclusivamente la producción, y por ende el tiempo que el trabajador permanezca en labores no es de interés del empleador, ni es elemento esencial de la disposición de la fuerza de trabajo. Esto porque no conviene confundir el interés que adquiere el tiempo de trabajo como módulo de cálculo de la remuneración y el que ostenta por sí solo como condición de trabajo y de la prestación de servicios. En el segundo caso, aquél está vinculado con la necesidad de cuidar la salud e integridad física del

trabajador, con condiciones de labor dignas, que permita su desarrollo adecuado y bienestar como ser humano, social y espiritual; por esto no guarda lógica, ni noción de justicia, sentenciar que los contratos de producción desplazan a último término el tiempo o la jornada de trabajo, pues si bien no éste no es más baremo de cálculo del salario, sí es una de los elementos de la relación de trabajo precisos de regular y limitar, máxime con todo el peso histórico que detrás de él existe.

- Asimismo, centrándonos más en lo que es materia de investigación, es incorrecto inferir también que la comisión al ser una modalidad de pago de la remuneración por producción, conlleva la ocurrencia de cualquiera de las causales de exclusión del límite de la jornada máxima de trabajo del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR. Esto, primero, porque –como ya se ha dicho– es falso que la modalidad de pago del salario determine o incida directamente en la jornada de trabajo, y que ésta carezca de relevancia u objeto dentro del contrato de trabajo cuando hay un pacto por producción. Y segundo, porque, a partir de ello, es incorrecto erróneo sustentar que como se demostrará, el pacto del salario por producción no tiene una relación directa con las circunstancias de exclusión de la limitación de la jornada de trabajo previstas por ley. Para explicar esto último, es preciso efectuar un breve análisis de cada una de ellas, de acuerdo al marco estudiado en esta investigación; remarcando que la primera causal de exclusión referida al personal de dirección, por notables razones, no merece ser desarrollada ni vinculada a este caso.

Así, en cuanto a la fiscalización inmediata, de los casos analizados y de las entrevistas realizadas a los expertos, se obtiene que la aplicación de ésta causal de exclusión al caso particular de los comisionistas se sustenta en lo siguiente: i) en que en los contratos de trabajo donde el salario es cancelado a partir de la producción efectuada por el trabajador, al empleador no le interesa cómo éste utiliza o distribuye el tiempo para efectuar su trabajo, sino únicamente que obtenga los resultados encomendados; y ii) porque en tanto que se trata de un modalidad contractual en la que mientras mejor y más se trabaje, mejor será el salario, el laborante se presiona a sí mismo por la efectividad de sus labores, atenuando la necesidad de que su patrono lo haga supervisando y controlando su trabajo.

Al respecto, se tiene que, en lo primero se yerra al considerar que el tiempo de trabajo como factor en la relación de trabajo, se traslada a un plano secundario, pues como ya se ha señalado en las discusiones anteriores, citando a Manuel Alarcón Caracuel, el interés del empleador en todos los contratos de trabajo, sea cual fuera su modalidad, es obtener el resultado del esfuerzo de trabajo que ha arrendado, de modo que aun en los contratos donde la remuneración se cancela por unidad de tiempo, al empleador no tiene interés sobre la exactitud de las horas

que el dependiente permanece a su disposición, sino que luego de dicho tiempo, ejecute el resultado que aquél espera, y que fue por el cual se le contrató. Bajo esta perspectiva, entonces, la intensidad de la fiscalización será tan igual en un contrato de producción como en el de unidad de tiempo, ya que, en estricto, lo que al empleador le importa es que el trabajador genere los resultados que él espera, independientemente de la forma de pago del salario.

En cuanto al segundo, si bien es cierto que el cálculo de la remuneración por comisión, genera la convergencia del interés del trabajador en el resultado, ya que de este dependerá su salario, no puede inferirse que por ello el empleador se abstendrá de ejercer su *derecho de mando* en las labores; esto porque, en principio, el interés del trabajador es un término harto subjetivo y cambiante, que puede variar según el propósito de cada trabajador, más aún si se tiene en cuenta que de acuerdo al artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 091-92-TR, del 03 de abril de 1992, el pago del salario mínimo vital está asegurado a su favor en caso que no obtuviese el número de operaciones comerciales necesarias para ello. Además, cabe precisar que aun cuando existe también interés del trabajador respecto de su propio nivel productivo, ello no mengua que el patrono pueda y deba ejercer control y vigilancia sobre su trabajo (a causa justamente de que ya tiene asegurado el pago del mínimo vital); claro que esto va a depender del tipo de actividad comisionista que se realiza, según el distanciamiento físico que tenga con su empleador.

Por otro lado, en relación a la tercera causal de exclusión del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, relativa a los lapsos de intermitencia o de descanso en el trabajo, también debe descartarse que solo el tenor de la comisión como forma de pago por producción, conlleve su ocurrencia. Al respecto, si bien puede expresarse que el comisionista, cualquiera sea la forma o condiciones en las que realice su labor, siempre condicionará su actividad a la afluencia o captación de un cliente, una visión más exacta de la realidad que le enmarca, ocasiona concluir lo contrario; pues si bien es la concertación de la operación comercial con el público lo que determinará el salario del comisionista, y por ende, es lo que capta su atención, es necesario recordar que en gran medida la captación o la cercanía al cliente, requiere de acciones o actividades previas por parte del trabajador, que descarta la existencia de lapsos de descanso recurrentes en su jornada. Desde luego que esto no es una regla, sino que depende de las condiciones de trabajo que se presenten. Sin embargo, puede señalarse, en suma, que la intermitencia no es parte de la naturaleza del trabajo comisionista, y que, el solo hecho que la remuneración de este se dé por producción, no conlleva la existencia de tiempos de espera en su trabajo.

- Demostrándose así, no solo que la influencia de la forma de pago de la remuneración por comisión no incide en la jornada de trabajo, sino que, en concreto, ésta no determina la exclusión del trabajador comisionista a la jornada máxima de trabajo, por los motivos ya expuestos, conviene analizar cuáles son las condiciones de la labor comisionista que sí influyen en dicha exclusión o, en todo caso, cuándo esta último aplicaría para el comisionista.

En tal sentido, nos ha sido útil la identificación de que en la realidad, la labor comisionista se desempeña dentro del centro de trabajo, o bien parcial o totalmente fuera de este. De modo que, en cada uno de estos escenarios es factible que se generen las circunstancias necesarias para poder subsumir la labor del comisionista en alguna de las causales de exclusión del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR. Esto significa que no importa que el pago de la remuneración se haga a través de comisiones, sea que por comisión pura o mixta, pues lo único que podrá generar la exclusión del trabajador de la limitación de la jornada de trabajo, será la subsunción de sus condiciones y forma de trabajo en cualquiera de las causales de ley, lo cual no está para nada vinculado –como ya se ha demostrado– con que el salario se pague o no por los resultados; sobre todo porque la generación de la exclusión de la limitación de la jornada, en tanto esta misma es un derecho fundamental de todo trabajador dependiente, requiere de la presencia de determinadas razones o circunstancias motivadas que sustenten su inaplicación, a partir de la ausencia o del desvalor de los fundamentos que convierten a la limitación en un derecho fundamental. Esto es, dicho de otro modo, que demuestren que con la ausencia de límites en el tiempo de trabajo, no se afecta ninguno de los derechos, condiciones y bienes que la disposición de la limitación de la jornada pretende proteger a favor del laborante; lo cual obviamente no se cumple simplemente con que el pago se haga por producción, sino la presencia de circunstancias específicas que produzcan dichas razones para la inaplicación. A partir de esta premisa, entonces, analizando que el factor más recurrente en la labor comisionista, para la exclusión de la jornada de trabajo, es la ausencia de fiscalización inmediata (ya que la intermitencia como se ha objetado no es natural a este trabajo, ni siempre ocurre), se debe remarcar lo siguiente.

La razón porque la ausencia de fiscalización inmediata se convierte en una causal de exclusión de la jornada máxima de trabajo, se sustenta en la autonomía que el trabajador adquiere, a partir de sus condiciones de trabajo, para *autorregular* la distribución de sus tiempos de labores, decidiendo cuando descansa y cuando labora; de ahí que tanto en la legislación comparada como en la nuestra, se suela vincular la ocasión de este supuesto con aquellas labores que se desarrollan fuera

del establecimiento empresarial, a distancia física del empleador, estimando que esta separación conlleva justamente la autonomía y libertad en la distribución del trabajo de la que se habla, descartando la existencia de una fiscalización mediata. Siendo un poco más explicativos, obsérvese que considerando que la fiscalización es una proyección del *derecho de mando* y del *poder directivo* del empleador en la relación de trabajo, consistente en controlar y vigilar la realización del trabajo, la *autorregulación* del tiempo de labores, se constituye en una restricción del empleador de controlar cuándo y cómo el laborante realiza sus funciones, y si efectivamente las está cumpliendo o no. La ausencia de fiscalización inmediata no debe estimarse únicamente como la libertad del trabajador en el *cómo* se ejercen las labores, sino principalmente en el *cuándo* se hacen, no solo porque la autonomía en la distribución del tiempo, conlleva indudablemente también la libertad en la forma de ejecución del trabajo, sino porque, teniendo en cuenta que se trata de una exclusión en la limitación del tiempo de trabajo, será este factor –el tiempo– lo más resaltante para justificar y motivar su validez como tal. Piénsese, para ilustrar este punto, en un trabajador que es enviado diariamente a prestar servicios en un módulo de ventas apartado del centro empresarial principal; es evidente que el empleador, a menos que se valga de medios electrónicos o digitales, no podrá tener un control o vigilancia sobre el *cómo* cumple aquel con su trabajo, pero no por esto podría concluirse que no hay sujeción a fiscalización inmediata y que aquel está excluido de la jornada máxima de trabajo, pues en tanto el empleador tenga certeza del lugar y de la dedicación del tiempo al trabajo, aun tendrá control directo sobre el trabajo. No obstante, cabe reiterar que la simple desvinculación del trabajador del centro de trabajo –como también se ha señalado– no es suficiente para concluir que no existe control directo sobre el trabajo, y que el laborante ostenta libertad en la realización y distribución de sus tiempos de trabajo, porque habrá que analizar en cada caso si existen o no otros métodos que emplee el patrono para conocer el *cómo* y *cuándo* el trabajador ejecuta sus funciones, quitándole la facultad de *autorregular* la distribución de su trabajo.

- De este modo, para determinar la exclusión del trabajador comisionista de la jornada máxima de trabajo, tendrá que corroborarse si la forma particular en la que ejecuta su labor, le permite o no tener autocontrol y disposición sobre su trabajo, permitiéndosele decidir cuándo descansa y cuando labora, de modo que, a partir de ello, se puede señalar que no existe fiscalización inmediata conforme al artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, teniendo en cuenta que si bien en esto es remarcable el que la labor se ejecute fuera del centro de trabajo, ello no es determinante. El rol de la intermitencia o lapsos de espera como causal de exclusión del comisionista,

es relativo según cada circunstancia de trabajo, sin embargo, consideramos que, de ser el caso, es la causal antes analizada la que más podría aplicar a la labor comisionista, ya que, en principio, la labor comisionista por naturaleza no es intermitente, en tanto que el trabajador a fin de concretar cada operación comercial por la cual obtendrá el pago de su salario, está sujeto a ejecutar una serie de actividades conducentes que descartan la inactividad, teniendo en cuenta además que la constancia de la cantidad de operaciones diarias es variable, por lo que no puede argüirse que la intermitencia es una constante en la labor comisionista; y, además. Coligiéndose así, que esta causal no es ni debe ser utilizada esta causal como razón esencial para generar la exclusión del comisionista la jornada máxima de trabajo.

## VII. CONCLUSIONES

- 7.1. Como corolario de la investigación desarrollada, se logra concluir que la forma de pago del salario por comisión no determina la exclusión de la jornada máxima de trabajo, de acuerdo a las causales del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR, sino que es esencial la concurrencia de determinados factores en la forma de ejecución del trabajo que revelen la *autorregulación y autonomía* en la distribución del tiempo o jornada de trabajo a favor del laborante, de modo que este pueda decidir cuándo efectúa su trabajo o descansa y, a partir de ello, se determine la inexistencia de fiscalización inmediata en el trabajo como causal de exclusión, y se exceptúe al trabajador comisionista de la limitación de su jornada.
- 7.2. El concepto predominante, y adoptado por nuestra legislación, sobre la jornada de trabajo se deriva del criterio de medición de la disposición restringida del trabajo, fijado en el Convenio N° 30 de la OIT. Se entiende por jornada de trabajo, así, todo el tiempo por el cual el laborante pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador.
- 7.3. El fundamento de la limitación se ordena, en suma, por un lado, en razones de carácter económico, relativas a la necesidad de mantener y mejorar el nivel del rendimiento productivo del trabajador, el cual disminuye mientras más extendido y extenuante sea el tiempo de trabajo; y, por el otro, de carácter humanitario, referidas a la necesidad de proteger la salud e integridad física del trabajador, que se vería afectada con la imposición de una jornada de labor larga y fatigante, y también con el objetivo de asegurar que el laborante pueda gozar del tiempo justo y suficiente para reponer sus energías, y dedicarse a otras actividades vinculadas a su desarrollo personal, familiar, social y espiritual. A partir de esto, además, se comprueba que la limitación de la jornada de trabajo es un derecho fundamental, en tanto se vincula con el sostenimiento de la paz y el apoyo a la *ley del más débil*, corrigiendo la asimetría de poder que existe en el contrato de trabajo.
- 7.4. Teniendo en claro las razones económicas y humanitarias que fundamentan la limitación de la jornada de trabajo, las exclusiones a esta se justifican en la reducción del riesgo, peligro o afectación a los bienes o derechos que aquella protege, y en las necesidades particulares de la labor excluida. Así, en la legislación peruana son tres las causales de exclusión: el personal de dirección, justificado que su personificación del empleador, el ejercicio de los poderes directivos de este y en la autonomía de trabajo que por todo ello tiene; la ausencia de fiscalización inmediata, que se justifica en la *autorregulación* del tiempo de trabajo que ostenta el trabajador y que le hace capaz de decidir cuándo descansa o trabaja, gozando

de autonomía en su trabajo; y la existencia de lapsos de intermitencia en el trabajo, cuya exclusión se sustenta en la acumulación de los tiempos de descanso que se gozan en la jornada y descarta riesgo o afectación a la salud e integridad física del trabajador.

- 7.5. Las modalidades del contrato de trabajo según la forma de pago del salario son también tres: por unidad de tiempo, por unidad de producción o resultados, y mixta, que aglomera las dos anteriores. Los efectos que cada una de ellas tiene en la jornada de trabajo son indirectos y relativos, remarcándose que en el caso de la unidad de tiempo, no es esta la que influye en la jornada, sino la jornada en el pago de la remuneración. Se rechaza que en el caso de los contratos por unidad de producción y mixtos, el factor productivo genere la irrelevancia del tiempo de trabajo en el vínculo contractual, pues aunque este no sirva para el cálculo de salario, sigue siendo una condición cuya tratativa y regulación merece ser consideradas, en virtud a la carga jurídica, social e histórica que involucra.
- 7.6. La labor comisionista, de acuerdo a la realidad estudiada, puede ser clasificada, según el módulo de pago del salario, en comisión pura y mixta; y según la forma de trabajo, en dentro del centro empresarial, parcialmente fuera de este, y totalmente fuera. Sus efectos en la jornada de trabajo nada tienen que ver con su módulo de pago del salario, descartándose que su connotación como contrato por producción incida en la jornada. Por el contrario, son las condiciones en las que se ejerce la labor comisionista las que sí influyen en la jornada; así según el laborante trabaje dentro o fuera del centro empresarial, ya sea total o parcialmente, podrá determinarse la ausencia de fiscalización inmediata en su trabajo y, por ende, su exclusión de la jornada máxima legal y del derecho al pago de horas extras.
- 7.7. En el derecho comparado, dada la influencia del Convenio N° 30 de la OIT, se entiende también por jornada de trabajo el tiempo por el cual el laborante pone a disposición del empleador su energía laboral, conforme al criterio de disposición restringida; salvo el caso de Brasil que opta por la disposición amplia, incluyendo en determinadas circunstancias, el *tempus in itinere* en la jornada de trabajo. La regulación de su limitación también se rige en no más de 08 horas diarias y 48 semanales, conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 01 de la OIT, y en la mayoría de casos se limita la producción de horas extraordinarias por día, por semana o por año. Las causales de exclusión son disímiles y desarrolladas según la particularidad de cada actividad de trabajo, no obstante, se coincide en la exclusión de los trabajadores de dirección o de *alta dirección*, de aquellos que no cuenten con fiscalización inmediata o que laboren fuera del centro de trabajo (como agentes

viajeros, representantes de comercio, entre otros) o que, su actividad no se ajuste a la limitación de la jornada de trabajo.

## VIII. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta que la motivación de la presente investigación fue la alarmante realidad problemática presentada por la discusión que existe respecto de la exclusión o no de los trabajadores comisionistas de la jornada de trabajo, por los efectos de su modalidad salarial en el contrato de trabajo, según los casos y los pronunciamientos jurisdiccionales dados en el Distrito Judicial de la Libertad, el objeto del esfuerzo realizado, es dirigir el análisis correcto de las instituciones jurídicas vinculadas en esta clase de conflictos, a fin de hacer justicia en las consecuencias prácticas y jurídicas que el descuido y el equívoco en la comprensión de aquella realidad puede originar, como la declinación ipso iure del derecho del laborante comisionista a percibir el pago de las horas extras trabajadas pese a que lo podría merecer.

En ese sentido, formulamos una doble recomendación. Primero, que la presente investigación pueda ser publicada y difundida entre los operadores del derecho de nuestro medio, a fin de brindar las herramientas de análisis adecuadas en cada uno de los conceptos e instituciones vinculados; y segundo, que se produzcan consensos, acuerdos o plenos jurisdiccionales de cualquier nivel, ya sea distrital, regional o nacional, sobre la incidencia de la forma de pago de la remuneración en la jornada de trabajo, particularmente en el ámbito de la exclusión de su limitación. Debiendo también producirse plenos jurisdiccionales que desarrollen cada una de las causales de exclusión previstas en el artículo 5° del DS N° 007-2002-TR y en el artículo 10° del Reglamento, aprobado por DS N° 008-2002-TR. Especialmente en lo que se refiere a la ausencia de fiscalización inmediata, a fin de determinar qué implica y cuándo ocurre, y así se pueda contar con el contenido de los conceptos jurídicos básicos vinculados a la problemática de la labor comisionista, y de los contratos por unidad de producción en general. Así, se podrá resolver con mayor criterio y justicia, evitando caer en equívocos que signifiquen la negación a una masa de trabajadores de los derechos que le corresponden.

## IX. REFERENCIAS

- Alarcón Caracuel, M. (2007). La Jornada Ordinaria de Trabajo y su Distribución. En J. Aparicio Tovar, & J. López Gandía, *Tiempo de Trabajo* (págs. 33-55). España: EDITORIAL BOMARZO SL.
- Alexy , R. (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alfonso Mellado, C. (2007). Las Horas Extraordinarias. En J. Aparicio Tovar, & J. López Gandía, *Tiempo del Trabajo* (págs. 57-91). España: EDITORIAL BOMARZO.
- Alonso Olea, M., & Casas Baamonde, M. (1995). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid.
- Álvaro García , M., Valderrama Valderrama, L., & Paredes Espinoza, B. (2014). *Remuneraciones y Beneficios sociales*. Lima: Gaceta Jurídica SA.
- Arce Ortiz, E. (2013). *Derecho Individual de Trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores.
- Arévalo Vela, J. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima: Instituto Pacífico SAC.
- Barajas Montes de Oca, S. (1997). *Panorama del Derecho del Trabajo*. México: McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES SA.
- Barassi, L. (1953). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: EDITORIAL ALFA.
- Bayon Chacón, G., & Pérez Botija, E. (1976). *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid: MARCIAL PONS.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: JURISTA EDITORES EIRL.
- Cabanellas, G. (1960). *Introducción al Derecho Laboral*. Buenos Aires: EDITORES LIBREROS.
- Camerlynck, G., & Lyon-Caen, G. (1974). *Derecho del Trabajo*. Madrid: AGUILAR SA.
- Carbonell, M. (2013). *Derechos Fundamentales y Democracia*. México: Instituto Federal Electoral.
- Casación Laboral N° 4503-2012-La Libertad (Corte Suprema de Justicia 13 de mayo de 2013).
- Casación N° 1684-2003-La Libertad (Corte Suprema de Justicia 18 de enero de 2005).
- Caso Colegio de Abogados de Arequipa, STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 25 de abril de 2006).
- Caso Colegio de Abogados de Lima Cono Norte de Lima, 045-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 29 de octubre de 2005).

Caso Eduardo Chinchay Puse, 01944-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 28 de enero de 2003).

Caso Grimaldon Saturdino, 02235-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 18 de febrero de 2005).

Caso Juan José Gorriti y otros, N° 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de agosto de 2005).

Caso Ley de Reforma Magisterial 2, STC 020-2012-PI/TC (Tribunal Constitucional 16 de abril de 2014).

Caso Ludesminio Roja Mori, STC 3330-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 11 de julio de 2005).

Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, STC 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 8 de noviembre de 2005).

Caso Sindicato de Trabajadores Toquepala y Anexos, STC 4635-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 17 de abril de 2006).

Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT, STC 4922-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional 18 de octubre de 2007).

Cornejo Vargas, C. (2013). Algunas consideraciones sobre la regulación del Tiempo de Trabajo en la legislación laboral peruana. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*, 229-258.

De la Cueva, M. (1980). *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México: EDITORIAL PORRÚA SA.

Del Buen L. , N. (1985). *Derecho del Trabajo*. México: EDITORIAL PORRÚA SA.

Ferrajoli, L. (Diciembre de 2006). *E-journal*. Obtenido de <http://www.ejournal.unam.mx>

Ferrajoli, L. (2014). El constitucionalismo entre principios y reglas. En L. Ferrajoli, & J. Ruiz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales* (págs. 173-234). Lima: PALESTRA EDITORES SAC.

García, M. (1973). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: EDICIONES ARIEL.

Grijley. (2009). *Estudios de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social*. Lima: Editora y Librería GRIJLEY EIRL.

Guerrero, E. (1973). *Manual de Derecho del Trabajo*. México: EDITORIAL PORRÚA SA.

Guerrero, V. (2015). *Manual de Derecho del Trabajo*. Lima: LEX & IURIS.

Hakansson Nieto, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Hernández Rueda, L. (1985). *Manual de derecho del Trabajo*. Santo Domingo: EDITORA CORRIPIO.

- Jaime Martínez, H. A. (2004). *El Tiempo de Trabajo*. San Cristobal: Universidad Católica de Táchira: Lithoarte.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Guitierrez, F., & García Murcia, J. (2000). *Derecho del Trabajo*. Madrid: EDITORIAL TECNOS.
- Montenegro Baca, J. (1959). *Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados*. Trujillo: EDITORIAL BOLIVARIANA.
- Montoya Melgar, A. (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: EDITORIAL TECNOS.
- Palomeque López, M., & Álvarez de la Rosa, M. (1997). *Derecho del Trabajo*. Madrid: EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES SA.
- Pérez, B. (1983). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL.
- Pizarro Díaz, M. (2006). *La Remuneración en el Perú*. Lima: Ali Arte Gráfico Publicaciones SRL.
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: EDICIONES DE PALMA.
- Roppo, V. (2009). *El contrato*. Lima: Gacéta Jurídica SA.
- Sánchez , M. Á. (Marzo de 2014). *Eikasía: Revista de Filosofía*. Obtenido de <http://www.revistadefilosofia.org>
- Tomás Sala, F., Albiol Montesinos, I., López Gandía, J., Camps Ruiz, L., & García Ninet, I. (1997). *Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú: Un enfoque teórico-práctico*. Lima: GACETA JURÍDICA SA.
- Villavicencio Ríos, A. (2013). Globalización y Reducción de la Jornada de Trabajo: Entre el sueño y la quimera. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*, 207-228.

## ANEXOS

**ANEXO 01**  
**INSTRUMENTOS**

## GUÍA DE ENTREVISTA A ESPECIALISTAS

### ENTREVISTA

*“La remuneración por comisión y la exclusión de la jornada de trabajo”*

**Nombre del Entrevistado:** .....

**Cargo:**.....

**Tiempo de ejercicio de la especialidad:**

- a) 1-5 años
- b) 5-10 años
- c) 10 a más años

### CUESTIONARIO

01. ¿Considera usted que el sistema de pago de la remuneración por comisión incide en la jornada de trabajo del comisionista? ¿Cómo?
02. ¿Influye y de qué manera lo hace dicho sistema en la exclusión del trabajador de la limitación de la jornada máxima legal según las causales del artículo 5° del DS N° 007-2002-TR?
03. ¿Podría el trabajador comisionista estar incluido en la limitación de la jornada máxima legal? ¿En qué casos ello ocurriría?
04. Teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisdiccionales que en el Distrito Judicial de la Libertad se ha dado a la exclusión de los trabajadores comisionistas de la jornada máxima legal ¿Qué iniciativas legislativas o judiciales cree que se podrían y deberían generar para un análisis y una tutela más adecuada de esta realidad?

## GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

<b>Expediente Nro.</b>	
<b>Demandante</b>	
<b>Demandado</b>	
<b>Órgano jurisdiccional</b>	
<b>Especialista</b>	
<b>Fecha de la Resolución</b>	
<b>Materia del Conflicto</b> <i>(en relación a las horas extras – exclusión de la jornada máxima de trabajo)</i>	
<b>Fallo en relación a las Horas Extras</b>	
<b>Criterio de solución del caso</b>	
<b>Organización y sistema de trabajo del laborante comisionista</b>	
<b>Razones específicas para la exclusión o no del comisionista de la jornada máxima de trabajo</b>	

**ANEXO 02**  
**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MUESTRA	DISEÑO	INSTRUMENTO
<p><b>Pregunta general</b></p> <p>¿De qué manera el pacto de la remuneración por comisión en los contratos de trabajo determina la exclusión de la jornada máxima legal de los trabajadores sujetos a los mismos, de acuerdo a las causales de exclusión establecidas en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR?</p>	<p><b>Objetivo General</b></p> <p>Determinar la forma en la que el pacto de la remuneración por comisión en los contratos de trabajo, de acuerdo a las causales de exclusión establecidas en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, determina la exclusión de la jornada máxima de trabajo de los trabajadores</p>	<p>El pacto de la remuneración por comisión no determina la exclusión del trabajador comisionista de la jornada máxima de trabajo, sino que, en virtud a las singularidades que encierra, le es necesaria la concurrencia de ciertas condiciones, como la autorregulación o autonomía de la disposición del</p>	<p><b>Variable 1</b></p> <p>El pacto de la remuneración por comisión</p>	<p><b>Unidad de análisis:</b></p> <p>Sentencias expedidas por todos los órganos de justicia laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en los procesos donde reclamándose el derecho al pago de horas extras, se dilucide la inclusión o exclusión de los trabajadores por</p>	<p><b>Método</b></p> <p>Correlacional, por cuanto se analiza la relación entre dos instituciones jurídicas (variables de la investigación)</p> <p><b>Nivel de Investigación</b></p> <p>Correlacional</p> <p><b>Diseño</b></p> <p>No experimental –Transversal, ya</p>	<p>Análisis de sentencias (muestra)</p> <p>Entrevista a especialistas o expertos.</p> <p>Análisis de la doctrina</p>

	sujetos a los mismos.	tiempo del trabajo del laborante, para concluir la cabal exclusión del comisionista de la jornada máxima de trabajo, según las causales del artículo		comisión en la jornada máxima legal.	que su propósito es analizar la interrelación de las variables de investigación sin sujetarse al estudio de un periodo determinado de tiempo específico.	
	<p><b>Objetivos Específicos</b></p> <p>Analizar el concepto, las limitaciones y exclusiones de la jornada de trabajo como institución jurídica del Derecho Laboral y su tratativa en la normatividad peruana</p> <p>Examinar las modalidades del</p>	5° del D.S. N° 007-2002-TR	<p><b>Variable 2</b></p> <p>La exclusión de la jornada de trabajo de acuerdo a las causales del artículo 5° del D.S. N° 007-2002-TR</p>	<p>Opinión de expertos: Magistrados, docentes y demás operadores del derecho expertos en materia laboral que lleven no menos de cinco años en ejercicio de la materia.</p> <p><b>Población:</b></p> <p>Todos los procesos de trabajo desde el 2012 al 2015 tramitados en la</p>		

	<p>contrato de trabajo según la forma de pago de la remuneración y sus efectos en la jornada de trabajo.</p> <p>Estudiar la labor comisionista en los contratos de trabajo y los efectos que ésta genera en la jornada de trabajo.</p> <p>Determinar la tratativa y regulación de la jornada de trabajo, su limitación y sus exclusiones en el derecho comparado</p>			<p>Corte Superior de Justicia de la Libertad donde dilucidándose el pago de horas extras de los trabajadores comisionistas, se determine su inclusión o exclusión de los trabajadores por comisión en la jornada máxima legal.</p> <p>Magistrados, docentes y demás operadores del derecho expertos que lleven no menos de cinco años en ejercicio de la materia</p>		
--	--	--	--	--	--	--

				<p><b>Muestra:</b></p> <p>04 Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Trujillo especialistas en derecho laboral</p> <p>02 operadores del derecho especialistas en derecho laboral.</p> <p>11 sentencias emitidas en procesos laborales tramitados entre el 2012 al 2015 en la Corte Superior de Justicia de la</p>		
--	--	--	--	---	--	--

				Libertad donde dilucidándose el pago de horas extras de los trabajadores comisionistas, se determine su inclusión o exclusión de los trabajadores por comisión en la jornada máxima legal.		
--	--	--	--	--	--	--