

JORNADA DE TRABAJO, SOBRETIEMPOS Y DESCANSOS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE TRABAJO

MAURICIO MATOS ZEGARRA¹

El anteproyecto del Código de Trabajo propone cambios respecto a tres temas nucleares en la legislación laboral individual: la jornada u horario de trabajo; el trabajo en sobretiempo; y los descansos remunerados diarios, semanales y anuales, que actualmente se encuentran dispersos en varias normativas. El objetivo es condensarlas en el texto de esta propuesta.

A la fecha, el tema de jornada y horario de trabajo está contenido en los Decretos Supremos 007-2002-TR y 008-2002-TR, que constituyen respectivamente el texto único ordenado de la Ley de Jornada, Horario y Tiempo de Trabajo derivados del Decreto Legislativo 854. Por otro lado, todo lo relacionado a descansos remunerados se encuentra contenido en el Decreto Legislativo 713 y en un reglamento publicado por el Decreto Supremo 011-92-TR.

En cuanto a la jornada de trabajo, el anteproyecto propone de manera interesante establecer una diferencia entre jornada y horario de trabajo, partiendo de señalar que la primera es el tiempo que pasa un trabajador a disposición del empleador, en tanto que el segundo es la forma en la que esa disponibilidad se ordena en una unidad de tiempo determinada. Se repite básicamente el tema de

1 Abogado de la Universidad de San Agustín, con Maestría en Derecho Social, Derecho laboral y de Seguridad Social por la Universidad Libre de Bruselas (Université libre de Bruxelles). Socio del área laboral (People Advisory Services) de EY (Ernst & Young) Perú, especializado en consultoría y asesoría en temas laborales, tributario - laborales, de seguridad social y referidos a la gestión de negociaciones colectivas. Acreditado como árbitro por el Ministerio de Trabajo y por la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. Ejerce como profesor universitario en la Universidad Católica de Santa María (UCSM) y la Universidad Católica San Pablo (UCSP).

la duración máxima de la jornada, no mayor a ocho horas diarias ni a 48 horas semanales. Sin embargo, otro aspecto a considerar es la garantía del descanso inter jornada, según lo que debería mediar como mínimo un intervalo de 12 horas de descanso entre la terminación de una jornada y el inicio de la siguiente.

Esta proposición resulta interesante porque resuelve una incógnita presente en algunos centros de trabajo sobre el máximo de horas que podría trabajar un trabajador. Claramente la respuesta en ese sentido podría ser que un trabajador no debe laborar más de ocho horas diarias ni 48 horas a la semana. No obstante, la pregunta que muchas veces se planteaba era qué pasa si el trabajador conviene con el empleador en realizar trabajo en sobretiempo, cuánto eventualmente pueden excederse esas ocho horas diarias.

Lo mismo ocurre con las jornadas acumulativas, en las que podría eventualmente presentarse la posibilidad de que un trabajador laborase más de ocho horas diarias. Al establecer un parámetro de descanso de 12 horas, ya sabríamos por lo pronto que entre la jornada diaria más el trabajo en sobretiempo o en una jornada diaria extendida bajo un formato atípico no podríamos pasar de las 12 horas. Esto es importante porque se condice con el cuidado de la seguridad y la salud en el trabajo, así como con la alternancia entre el empleo efectivo y los adecuados lapsos de descanso.

134

De hecho, el anteproyecto mantiene también la exclusión de no considerar dentro de la jornada laboral máxima al personal de dirección; a los trabajadores que realizan labores por servicios intermitentes o con tiempos en espera o de vigilancia; o a quienes simplemente no están sujetos a fiscalización inmediata. Un punto importante a rescatar es que el texto no aborda las resoluciones de la Corte Suprema sobre la exclusión de la jornada legal máxima en el caso, por ejemplo, de trabajadores con jornadas intermitentes o sin fiscalización inmediata.

Precisamente por esto ha habido una discusión jurisprudencial importante, en especial respecto a ciertos sectores profesionales como los trabajadores del transporte, que en algún momento discutieron el pago o reconocimiento del trabajo en sobretiempo. Sin embargo, no se ahonda demasiado en esa experiencia y simplemente se dejan estas categorías de trabajadores fuera de la jornada legal máxima como sucede hasta ahora.

Esto también podría tener un impacto para los teletrabajadores porque ellos no estarían sujetos a fiscalización inmediata en la definición actual, dado que se trata de personas que no acuden al centro de trabajo más que para dar determinados informes, y debería acudir a la regulación del teletrabajo para la aplicación de la desconexión digital, al no estar el tema claramente determinado dentro del anteproyecto del Código de Trabajo. Esto no quiere decir que el anteproyecto deba regular todas aquellas situaciones que la jurisprudencia haya venido aclarando, pero sí que es importante traer a colación algunos temas con muchísima discusión en foros laborales en base a la experiencia jurisprudencial de los últimos 20 años.

FACULTADES DEL EMPLEADOR

Por otro lado, se mantienen también las facultades dentro del poder de decisión del empleador respecto a la jornada y horario de trabajo, haciendo muy parecida la nueva regulación a la legislación actual sobre el tema. Sí se establecen eventualmente algunos cambios en cuanto al procedimiento de cambio de jornada y horario de trabajo, pues los plazos pasan a ser de ocho a diez días y el período que tiene el sindicato o los trabajadores para establecer un diálogo con el empleador se extiende también hasta cinco días.

Esto no le quita la posibilidad al empleador de incluir modificaciones unilaterales, tanto en la jornada como en el horario de trabajo, siempre y cuando estén debidamente justificadas y objetivamente establecidas. No es un tema que el empleador como tal deba consultar con los trabajadores, es el primero quien decide la adopción de la medida. El espacio de diálogo se abre para que el empleador pueda escuchar a los trabajadores y buscar alguna alternativa si estos no están de acuerdo. De hecho, el anteproyecto también mantiene algo ya incorporado en la ley actual: la ampliación por parte del empleador de la jornada hasta el límite máximo legal conlleva el recargo remunerativo correspondiente.

La redacción del anteproyecto dejaría todavía sin atender la validez de los pactos, que en algunos casos venían ocurriendo, entre empleadores y trabajadores para extender la jornada sin incremento salarial. Este problema se mantendría, sin saber tampoco si se afecta así el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. Cabe recordar que - independientemente de la decisión conscientemente adoptada entre empleador y trabajador de prolongar la jornada sin

incrementar la remuneración - esto iría en contra de la disposición normativa que establece que todo incremento de la jornada tiene que ir acompañado del aumento remunerativo correspondiente.

Por lo demás, la propuesta en general mantiene las mismas facultades del empleador respecto a la modificación de los tiempos de trabajo. Se conservan incluso las disposiciones sobre jornadas atípicas y acumulativas, junto a la posibilidad de establecerlas, sin pronunciarse esta versión del anteproyecto sobre las reglas que debería seguir el empleador a la hora de fijar la duración de la jornada atípica acumulativa específicamente. En la actualidad esto se resuelve mediante la aplicación de la sentencia 4635-2004-AA/TC, inicialmente diseñada para el sector minero pero que ha alcanzado a todos los sectores profesionales donde se dan jornadas acumulativas.

Ciertamente ha habido un espacio de discusión, incluso hasta cierto punto una posición planteada por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) para medir la duración máxima de la jornada acumulativa en función al ciclo laboral máximo de tres semanas y una posición del propio Tribunal Constitucional, como así también del Poder Judicial, señalando que no necesariamente una jornada acumulativa debe estar limitada a este ciclo laboral máximo. Este período, en cambio, es el parámetro utilizado para poder medir que un empleado no trabaje más de 48 horas a la semana.

REFRIGERIO, TRABAJO NOCTURNO, REGISTRO DE JORNADA Y SOBRETIEMPOS

Un tema interesante que también sale a discusión dentro del anteproyecto es el refrigerio, manteniéndose la obligación presente al menos desde el año 2006 de garantizar un refrigerio de 45 minutos que no forma parte de la jornada de trabajo.

Asimismo, hay un cambio importante al fijarse - por primera vez - una sobretasa por trabajo nocturno. Actualmente esto no se encuentra regulado en la legislación peruana, que sí otorga el derecho a recibir una remuneración mínima vital “nocturna” por trabajar entre las 22:00 horas y las 6:00 horas del día siguiente. Ahora bien, las sobretasas se han venido adoptando ya sea por costumbre o eventualmente siendo acordadas vía convenio colectivo de trabajo,

buscándose establecer ahora por ley que las labores en el rango horario mencionado deberán ser compensadas con un agregado no menor al 35% del valor hora. Hoy en día si un trabajador gana más del mínimo vital más el 35% no tendría derecho a recibir un sobrecargo o una sobretasa por hacerlo de noche. Con esta modificación eso debería cambiar en la práctica.

Por otro lado, hay algunas disposiciones interesantes vinculadas sobre todo al cuidado de la salud del trabajador que realiza trabajo nocturno. Actualmente la legislación laboral plantea simplemente que, si hay trabajo nocturno de por medio, el empleador debe procurar en la medida de lo posible que los turnos sean rotativos. Aquí se mantiene que el turno sea rotativo, salvo que exista una causa objetiva que justifique sea consecutivo como elemento nuevo en el anteproyecto. A su vez, la propuesta plantea una modificación para que el trabajo deba organizarse - en la medida de lo posible - para evitar que el trabajador que realiza labores en horario nocturno también lleve a cabo tareas en sobretiempo, ya sea antes o después de culminada su jornada.

La forma en la que está redactado el anteproyecto no determina que sea una obligación del empleador evitar que esto suceda, pero claramente establece una limitación sobre la posibilidad de realizar trabajo en sobretiempo, antes o después de terminar el horario nocturno. Otro aspecto para considerar es el establecimiento de la duración de la jornada nocturna que, por lo general, no debería ser superior en promedio a la jornada establecida para los trabajadores que hacen el mismo trabajo durante el día o enfrentan el mismo tipo de exigencia.

Recordemos que en su momento el propio Tribunal Constitucional cuando hacía referencia a la sentencia 4635-2004-AA/TC y hablaba del trabajo en el sector minero, como una actividad especialmente dura, también hizo referencia a limitar el uso de jornadas acumulativas al trabajo nocturno, entendiendo que existe un desgaste natural que el trabajador debe enfrentar como consecuencia del desarrollo de las tareas en estas circunstancias.

SOBRETIEMPO

Cuando hablamos de trabajo en sobretiempo, se mantiene en principio el monto de la sobretasa. La propuesta sigue siendo que las dos primeras horas tienen que ser eventualmente remuneradas con un sobrecargo del 25% y las

siguientes con un recargo del 35% del valor hora, salvo pacto en contrario. También se establece y se repite que el trabajo en sobretiempo es voluntario en su otorgamiento y en su prestación.

Sin embargo, hay un tema que han venido enfrentando empleadores y trabajadores respecto a la presunción del trabajo en sobretiempo. Sobre todo, desde que se modificó el Decreto Supremo 004-2006-TR, surge una presunción relativa - que admite prueba en contrario - de que la permanencia del trabajador antes de su horario de ingreso o después de la salida genera trabajo en sobretiempo, presunción que el empleador tiene que cuestionar, llevando a situaciones un tanto exageradas: situaciones en que el empleador ya no permitía que los trabajadores permaneciesen ni un minuto adicional a su jornada en el centro de trabajo o impedía que entrasen a la planta de manera anticipada.

En nuestro criterio, el anteproyecto no desarrolla este tema de manera adecuada. Léase que esta presunción debe seguir admitiendo prueba en contrario, sin que la sola permanencia del trabajador fuera de su jornada genere trabajo en sobretiempo hasta que se acredite lo contrario. Al invertirse la carga de la prueba a favor del empleador se dejan de generar espacios donde el trabajador por su sola permanencia pueda manifestar que estuvo realizando trabajo en sobretiempo.

138

Por otro lado, la norma sí permite imponer trabajo en sobretiempo cuando existan casos fortuitos o de fuerza mayor, sin cambios significativos en el texto. Además, se incorporan algunos supuestos que podrían configurar la imposición del trabajo en sobretiempo: el peligro inminente a las personas, a los bienes o la continuidad de la actividad productiva. De alguna manera, se toma un poco la redacción de los criterios que se siguen también para la calificación de puestos indispensables en el caso de una huelga.

Esa expresión es incluida para poder ser usada como un supuesto que - llegado el momento - podría permitir imponer el trabajo en sobretiempo, a cambio del pago obligatorio de una sobretasa del 100% si se acredita que el trabajador fue obligado a estas condiciones. Sobre este punto ya se había manifestado en varias oportunidades que la imposición no constituye un supuesto de trabajo forzoso, pero sí constituye una infracción administrativa que puede ser pasible de sanción por parte de la SUNAFIL en suma al pago de la correspondiente sobretasa.

DESCANSO SEMANAL

Sobre este último punto, hay una propuesta de innovación interesante. Actualmente la norma dispone que el trabajador debe gozar de 24 horas consecutivas de descanso por semana, entendiendo claramente que puede existir una excepción por acuerdo entre las partes y eventualmente este descanso pueda acumularse. Por lo demás, quedan las mismas disposiciones sobre la acumulación de vacaciones o el fraccionamiento de estas. En ese sentido, la regulación se mantiene muy similar a los cambios que se plantearon hacia el año 2018, en lo que refiere al adelanto de vacaciones, la reducción del descanso vacacional y la remuneración de este período.

COMENTARIOS DE CIERRE

En general estamos ante un capítulo sumamente importante del anteproyecto del Código de Trabajo, si bien hay espacios de mejora importantes. De hecho, hay temas de experiencia jurisprudencial que deben ser incorporados. Por ejemplo, una cuestión relevante y que ha sido materia de muchísima discusión judicial es el tiempo que emplean los trabajadores en cambiarse su informe y si éste eventualmente debe formar parte de la jornada de trabajo. Históricamente muchos empleadores no consideraban el tiempo que transcurría desde el ingreso del trabajador por la garita de control hasta el momento en que hacía su ingreso en la planta de producción, por decirlo de alguna manera, como un tiempo efectivo.

Parece importante también que se establezcan dentro del anteproyecto del Código de Trabajo algunas reglas claras sobre el tema de las jornadas acumulativas. No es que deba plantearse un cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero sí que estos parámetros se incorporen a la propuesta para tener mayor claridad sobre este punto.

Ya existe un criterio más unificador, por ejemplo, para el cálculo de la remuneración vacacional que hasta ahora no lo teníamos. Repitiéndose las normas de la Compensación por Tiempo de Servicio (CTS), que no eran del todo claras tomando en consideración que este concepto es un beneficio calculado con periodicidad semestral a diferencia de la remuneración vacacional, que podría eventualmente ser en base a un período anual.

El anteproyecto y este capítulo deben ser objeto de amplia discusión entre los actores más importantes: empleadores, trabajadores y gobierno. Efectivamente ha habido varios intentos de tener un Código de Trabajo. El intento anterior al actual se frustró hacia el año 2013, sin poder avanzar luego en un diálogo social fructífero que permita una discusión amplia como la que plantea la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). El anteproyecto debiera apuntar entonces a un debate de carácter académico que aporte a una legislación producto de la concertación social y el diálogo para el beneficio de los actores sociales.