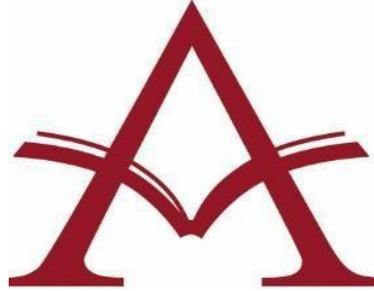


UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**PROBLEMÁTICA DEL NO RECONOCIMIENTO DE LAS
HORAS EXTRAS LABORALES**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Orahulio Alarcón Pedro Fernando

ORCID: 0000-0002-2993-9439

ASESOR:

Mg. Pérez López Jorge Adalberto

ORCID: 0000-0002-4695-389X

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL, CIVIL Y CORPORATIVO

LIMA, PERÚ

Febrero 2022

Resumen

La jornada de trabajo genera unos límites temporales dentro de los cuales el trabajador presta sus servicios al empleador y obtiene de este una retribución a cambio. Las Constituciones recogen usualmente que el salario debe ser suficientemente digno para afrontar las necesidades vitales del trabajador y de su familia. Exceder de manera regular o sistemática dicha jornada significa una especie de atentado hacia el trabajador, que no mejora en nada su situación por la precariedad de los salarios y hacia la propia sociedad, que ve perderse a sus ciudadanos. Esto es así en demasiados casos, y por ello muchos países, además de las instancias internacionales como la OIT o la Unión Europea, se encaminan hacia la limitación tanto de la jornada como de las horas extras, en un claro afán de preservar la salud y la dignidad de los trabajadores.

Palabras clave.- Jornada de trabajo, horario de trabajo, distribución del tiempo de trabajo, reparto del trabajo, horas ordinarias de trabajo, horas extras de trabajo.

Abstract

The working day generates time limits within which the worker provides his services to the employer and obtains remuneration from him in return. The Constitutions usually collect that the salary must be decent enough to meet the vital needs of the worker and his family. Regularly or systematically exceeding said working day represents a kind of attack to the worker, who does not improve his situation at all due to the precariousness of wages, and on society itself, which slowly loses its citizens. This scenario is repeated too much, and for this reason many countries, in addition to international bodies such as the ILO or the European Union, are heading towards limiting both the This scenario is repeated too much, and for this reason many countries, in addition to international bodies such as the ILO or the European Union, are heading towards limiting both the working day and overtime, in a clear desire to preserve health and the dignity of workers

Keywords: Working time, work hours, distribution of working time, distribution of work, ordinary working time, overtime.

Tabla de Contenido

Resumen.....	3
Abstract.....	4
1. Introducción	6
2. Antecedentes nacionales e internacionales	3
2.1. Nacionales	3
2.2. Internacionales	5
3. Desarrollo del tema	10
3.2. Legislación	11
- Decretos legislativos:	12
3.3. Jurisprudencia.....	14
4. Conclusiones	16
5. Aporte de la investigación.....	18
6. Recomendaciones	20
7. Referencias bibliográficas.....	23

1. Introducción

En relación a la prestación de servicios por cuenta ajena, hay varios elementos que se inscriben como fundamentales, tanto para el empleado como para el empleador, sobre todo para el primero, quien es el que busca, a través del contrato de trabajo, su inserción económica y social. Sin duda, el salario es uno de ellos, también el puesto de trabajo que va a ocupar o, mejor dicho, las funciones que desempeñará, la ubicación o lugar donde va a realizarlo y, por supuesto, la jornada de trabajo, el tiempo medido durante el cual prestará sus servicios personales al empleador.

En efecto, son estas las preocupaciones básicas del trabajador (aparte de otras que también tienen importancia, como las condiciones de higiene y seguridad, las posibilidades de mejora – ascensos, formación–, la dimensión de la empresa o incluso la actitud de los jefes o supervisores, etc.), y ciertamente que lo ideal sería que con la jornada ordinaria que se realizase, y el salario que se percibiese por el cumplimiento regular de esta, se pudiese subsistir con dignidad o suficiencia¹.

En este sentido, y antes de abordar el tema elegido, es oportuno recordar la reivindicación histórica dirigida a la reducción de la jornada, desde aquella inicial conocida como “trabajo de sol a sol” a la actual de 8 horas diarias conseguidas con mucho esfuerzo por parte de los trabajadores organizados en movimientos obreros y sindicatos, para la cual se proclamaba la división del día en tres partes: 8 horas de sueño, 8 horas de trabajo y 8 horas de ocio o recreo (además de cultura y formación o desarrollo personal). No se trató, en sí, de rebajar la jornada al mismo tiempo que los salarios, sino de trabajar menos y ganar lo suficiente para vivir,

¹ El art. 24. de la Constitución Política del Perú (1993) reconoce “el derecho del trabajador a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”. Por su parte, la Constitución Española (art. 35.1), reconoce “el derecho de todos los españoles a percibir una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Ver DEL VALLE, «El ‘derecho a la remuneración suficiente’ y su recepción constitucional». <https://vlex.es/vid/remuneracion-suficiente-recepcion-constitucional-179561> (actualización 23/01/22). Este autor estudia el significado de la expresión “remuneración suficiente”.

protegiendo con ello la salud física y moral de los trabajadores. En esta cuestión, la intervención legislativa del Estado ha sido primordial, y también la intermediación de la negociación colectiva para afianzar y regular pragmáticamente esta disminución del tiempo de trabajo.

Los tiempos no son los mismos, y la tecnología tampoco. Ahora hay más conocimiento y capacidad para ser más productivos, y por ello más competitivos, por la razón de que hay más medios para investigar, innovar, crear, digitalizar, e incluso robotizar; en definitiva, para trabajar menos horas y producir más; y también existen más herramientas para gestionar y planificar mejor las necesidades de personal por parte de las empresas, es decir, para alcanzar una mayor eficiencia, con el fin de no alargar las jornadas.

Dicho esto, se puede afirmar que la historia, o quizá habría que decir el proceso, de reivindicación de la reducción de jornada no ha acabado con la consecución de las 8 horas diarias, sino que, después de un largo periodo, ha resurgido con más o menos impulso en algunos países, sobre todo en Estados Unidos y Europa, en donde la jornada semanal ordinaria es actualmente de 40 horas (y no 48) e incluso, por ejemplo en Francia, se reivindicó, y consiguió en algunos sectores, la jornada de 35 horas, y se especuló además con rebajarla hasta las 30 horas, con el fin añadido de crear puestos de trabajo para ocupar aquellas horas dejadas de trabajar por la citada reducción. Esta idea también se viene debatiendo en otros países europeos como España (también en Estados Unidos y Japón), e implementándose en algunas empresas de sectores de actividad específicos, como si fuera un laboratorio de pruebas para medir los resultados e intentar aplicarla en el futuro².

Este trabajo de investigación se centra en las horas extraordinarias, también conocidas como “sobretiempo” que, visto lo anterior, pueden parecer incompatibles con la idea de seguir

² Ver GIRONES y VEGA, noticia periodística: <https://elpais.com/tecnologia/2022-01-20/las-dos-tecnologicas-que-aplican-la-semana-laboral-de-cuatro-dias-sin-perder-productividad.html> (actualización 20/01/22). Se citan las empresas que están experimentado la semana de 36 horas.

rebajando el tiempo de trabajo, sobre todo, como sucede en el Perú, cuando las referidas horas extras dejan de ser un suceso temporal, de fuerza mayor, para convertirse en un hecho más o menos habitual, con el añadido de que muchas veces no se pagan, o se costean de manera informal, sabiéndose además que esta sobrecarga de trabajo causa problemas variados y graves o muy graves en los trabajadores. Esta situación se contradice con lo que establece la ley, que se ha mantenido más o menos invariable en estos aspectos: las horas extras son voluntarias, tienen un límite de horas dentro de un periodo de tiempo y deben ser remuneradas, incluso con una sobretasa o plus sobre el monto de las horas ordinarias.

El objetivo del trabajo es el de actualizar algunas ideas sobre este tema tan polémico como debatido, así como medidas y estrategias organizativas consensuadas entre el empleador y los empleados, con la ayuda de la negociación u otros acuerdos colectivos, ya que el tiempo de trabajo tiene una relación directa con algunos de los derechos fundamentales de estos.

2. Antecedentes nacionales e internacionales

Hay varias cuestiones esenciales relacionadas con la utilización de las horas extras o sobretiempo. Una es lo que supone el peso o carga para el trabajador que supera, especialmente cuando su uso es frecuente, las horas ordinarias de trabajo: en su vida o contexto personal, familiar, socio/cultural o de esparcimiento y también, no cabe duda, en su salud. Otra es que dicho sobretiempo se remunere correctamente, de acuerdo a lo que establece la ley, el convenio colectivo o el contrato individual de trabajo. También es importante su limitación, las medidas que se pueden poner en marcha para evitarlas o minimizar las horas. De todo esto escriben, y aportan ideas, los autores que han estudiado el tema, como veremos enseguida.

2.1. Nacionales

Ávalos (2018) sostiene que la flexibilidad ha sido la excusa perfecta para traspasar al trabajador los costos de la actividad empresarial, y obtener así una mayor rentabilidad,

en tanto que el empleador es el que organiza, controla y dispone del tiempo del empleado, restándole de este modo libertad para afrontar otras facetas no menos importantes como son su desarrollo personal, educacional, formativa, recreacional y, evidentemente, para preservar su salud, que podría verse afectada por el menor descanso diario, la saturación y el estrés que producen las extensas jornadas de trabajo.

Este autor también se interroga sobre el límite máximo de la jornada, alerta de la permisividad o alta tolerancia de las autoridades, a quienes les compete la misión de velar por el buen cumplimiento de la ley; destacando además que este derecho fundamental tiene protección constitucional. Subraya que cuando existe una falta de control administrativo, que es algo que “acrecienta” el poder de los empleadores, puede generarse un círculo vicioso en el cual los trabajadores pierden calidad de vida, sobre todo cuando se ven forzados a realizar sobretiempo, soslayándose por ello el objetivo constitucional de protección de la salud, la proyección y desarrollo personal y, finalmente, porque esta situación elimina la posibilidad de distribuir el empleo.

Por otro lado, ratifica que la jornada laboral de 48 horas semanales es irrenunciable, en el sentido de que no se puede acordar una jornada mayor. También es indisponible la sobretasa que con carácter mínimo establece la ley, pudiéndose pactar una cuantía mayor por intermedio del convenio colectivo o por consenso entre ambas partes.

Por su parte, Serkovic (2015), intitula una cuestión extendida en la mayoría de países, pero no por obvia deja de ser importante, en cuanto a que “el Derecho Laboral no ve con simpatía a las horas extras” por dos razones principales. En primer lugar, y en base a los principios que rigen las políticas de empleo, afirma que es preferible que, en vez de extender la jornada laboral con horas extras, se haga contratos de trabajo a medio tiempo, o parciales, a terceros, en línea con lo que se conoce como distribución o reparto

del empleo, lo que significa más gente trabajando, cotizando, pagando impuestos y consumiendo (acto este último, el de consumir, generador de empleo por sí mismo).

La segunda razón se justifica en la protección del trabajador, quien puede verse forzado a realizar horas extras por “un comprensible interés económico” (aumentar sus ingresos mensuales), pero a costa de sufrir un gran desgaste que el derecho no debe ni puede apoyar. Menciona además algunos ejemplos existentes en la legislación comparada, que ha apostado mayoritariamente por limitar el número de horas extras, encarecerlas con tasas elevadas o imponer al empleador que solicite un previo permiso administrativo antes de pedir la realización de sobretiempo a sus empleados.

Finalmente, el autor señala una evidencia, cual es que las horas extras están concebidas para atender únicamente necesidades o escenarios coyunturales³: esa es su naturaleza primigenia, pues de no ser así, estas se transformarían en un añadido a la jornada ordinaria, perdiendo por tanto su carácter eventual, imprevisto, de fuerza mayor (tal como sucede, análogamente, con la causalidad de los contratos de duración determinada, que solo deben cubrir necesidades estrictamente temporales, y nunca estructurales).

2.2. Internacionales

En lo que se refiere a las horas extras en Europa, es posible hacer una generalización, en la medida en que la Unión Europea – especialmente a través de las directivas comunitarias, y previo estudio dirigido a mejorar la situación de los trabajadores – se encarga de armonizar la legislación en todos los países miembros. En el caso de la organización del tiempo de trabajo, que incluye sin duda a las horas extras, la Unión

³ A esto se refieren MONEREO y GORELLI (2009), a las situaciones excepcionales, como la necesidad de quedarse de un trabajador ante la ausencia de un trabajador del turno siguiente, o cuando “se requiere mantener la producción o adaptarla a una mayor demanda”, siempre que sea coyuntural.

Europea apuesta por la protección de la salud, seguridad e higiene de los trabajadores, lo cual “representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”, resumiéndose esta protección en que todos los trabajadores deben tener periodos de descanso convenientes⁴.

Para Valverde y otros (2020), el régimen de las horas extras debe conjugar los diversos intereses que se ponen en juego; por un lado, el interés del empleador de acudir a su propia fuerza interna; es decir, a sus empleados, cuando se presenten situaciones que requieran o sugieran prolongar la jornada; y, por otro lado, el interés de los trabajadores en laborar ocasionalmente más horas para obtener más ingresos, siempre de modo voluntario o cumpliendo, a este respecto, el pacto firmado por sus representantes y el empleador. Asimismo, se subraya que la regulación de esta materia debe velar por el interés general, para evitar que, “con la prolongación del tiempo de trabajo, se produzca un incumplimiento sistemático de las previsiones legales sobre la limitación de la jornada”.

A partir de esta reflexión, los autores estudian los diversos límites, prohibiciones y controles que se producen en la legislación española, por ejemplo, el que establece el art. 35.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), que fija el número máximo de 80 horas extras al año para cada trabajador. Esta limitación, prosiguen, no solo tiene que ver con el motivo principal de proteger la salud del trabajador, sino también con el “reparto del trabajo”. En efecto, el art. 35.2, párrafo tercero, autoriza al gobierno a suprimir o reducir el número de horas extras, generalizada, territorial o

⁴ Ver la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

sectorialmente, para acrecentar las oportunidades de colocación de los trabajadores desempleados.

En cuanto al control de las horas extras, existe una antigua y genuina reclamación por parte de los trabajadores y sindicatos de aquellos minutos, u horas en algunos casos, en que se prolongaba el tiempo de trabajo, sobre todo en los sectores de actividad con atención al público, que no se pagaban sistemáticamente, ahorrándose con ello los empleadores miles de millones de euros al año. Esta situación se regula a través del art. 35.5 ET, el cual dispone que las empresas deben registrar diariamente la jornada de cada uno de los trabajadores, a efectos del cómputo de las horas extras; además de entregar al trabajador una copia del resumen de dichas horas realizadas, junto con el recibo de salarios correspondiente, algo que se ha venido incumpliendo con reiteración, y que se pretende cambiar con la entrada en vigor de una nueva ley que modificó el ET a partir del año 2019, como veremos a continuación.

El magistrado Egüaras Mendiri (2020) estudia el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, en relación a las horas extras y su debida prueba ante el proceso laboral. El primer dato que consigna el autor es contundente: de los más de 6 millones de hora extraordinarias realizadas en el cuarto trimestre del año 2019 no se pagaron más del 45 por ciento de estas horas, y el número de desempleados en España en este mismo periodo fue de 3.191.900. Subraya además los efectos negativos de este incremento de jornada: la pérdida de horas de ocio, muchas de manera gratuita, la competencia desleal y el desempleo que se origina por los excesos de jornadas, aludiendo que esta situación no es solo un problema de producción empresarial, sino que es un problema macro, social y económicamente hablando.

En este sentido, el decreto recoge en su exposición de motivos que la realización de horas extras es una forma de precarizar el empleo, contra lo que hay que luchar para erradicar las prácticas irregulares de los empleadores a través de este nuevo registro⁵. Señala el autor que este Decreto amplía el art. 35.5 ET citado, dado que ahora se establece una obligación más estricta para dichos empleadores (*ex art. 34.9*), cual es la de garantizar el registro diario de la jornada de trabajo de los empleados, que debe incluir el horario concreto de inicio y finalización de dicha jornada [total] de cada uno de estos, utilizando la negociación colectiva o pacto de empresa, aunque también sería legal hacerlo por propia decisión, pero con previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, para organizar y documentar este registro de jornada, el cual debe conservarse durante cuatro años, y permanecer a disposición de los trabajadores, de sus representantes y de la Inspección de Trabajo⁶.

La interrogante que propone el autor es la siguiente: ¿qué ha cambiado? La reforma del art. 34.9 ET, al obligar a la empresa a registrar los tiempos reales en toda la extensión de la jornada individual (horas ordinarias como extraordinarias), consigue que queden definidos con más claridad, para ambas partes, los perímetros temporales de la jornada del trabajador. Y esto tiene como consecuencia que ahora es el empleador, quien debe probar que las horas extras reclamadas en pago por el empleado no son ciertas; a

⁵ Es oportuno citar aquí la noticia publicada por Redondo, quien apunta que el nuevo registro de la jornada está originando un descenso de las horas extraordinarias no declaradas y no pagadas, que justamente la ley pretende eliminar. Se señala también que muchas empresas se han movilizad para adecuarse a la ley y, al amparo de esta, han surgido muchas empresas que ofrecen soluciones diferentes, utilizando tecnología biométrica. (actualización 20/01/22)
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/18/companias/1568805713_324739.html

⁶ Esta medida proviene de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de mayo de 2019 (C-55/18), en la que se sostiene que “el Estado debe garantizar los medios eficaces de control de la jornada de trabajo” (refiriéndose tanto a la ordinaria como a la extraordinaria).

diferencia del anterior sistema, en el cual el trabajador debía probar la realización de estas horas⁷.

Añade el autor que existe la presunción de que el registro de jornadas sea correcto, no solo porque ambas partes deben guiarse por el principio de la buena fe y el buen cumplimiento de las prescripciones y obligaciones legales, sino también porque la representación legal de los trabajadores tiene acceso al registro, garantizándose con esta potencial intervención la veracidad y control de los datos recogidos. En línea con esta situación, si el trabajador no estuviera de acuerdo con el número de horas extraordinarias reflejadas en el registro, le corresponderá probar su pretensión de haber trabajado más horas que las registradas. Esto significa que la carga de la prueba es suya, con todas las dificultades que ello acarrea.

Por el contrario, si la empresa no cumpliera el mandato legal de llevar el registro de jornada, le tocará probar que la petición del trabajador no concuerda con la realidad. Así, de entrada, el empleador es el responsable por la inactividad mostrada, y por ello es supuestamente factible que tengan éxito las demandas de los trabajadores. Aquí sí se invierte la carga de la prueba hacia la figura del empleador, librándose el empleado demandante de demostrar su petición. El régimen de prueba que inaugura el decreto citado es similar al que se aplica en el Perú, ya que la doctrina de la Corte Suprema ha sentenciado a favor del trabajador, invirtiéndose ahora la carga de la prueba hacia el

⁷ El autor señala que, aunque la empresa no cumpliera con el registro de las horas extras, la prueba correspondía al trabajador. Cita algunos ejemplos jurisprudenciales, como la STS de 11 junio 1993. RJ 1993\4665, Recurso de casación por infracción de ley núm. 660/1992: "...corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización, del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado...".

empleador, basándose en que este tiene una obligación legal de realizar el registro correctamente⁸.

3. **Desarrollo del tema**

3.1. Base doctrinal

Definiciones

- **Jornada de trabajo.** El jurista Toyama Miyagusuku (2015) la define así: “La jornada de trabajo puede entenderse como el tiempo – diario, semanal, mensual y, en algunos casos, anual – que debe destinar el trabajador en favor del empleador en el marco de una relación laboral”. En sí, es el tiempo durante el cual el empleado queda a disposición del empleador para brindar su prestación de servicio.

- **Horario de trabajo.** Según Arévalo (2016), “El horario es la determinación de los momentos en que cada día se ha de entrar y salir al trabajo”. Esto significa medir con exactitud la prestación personal dentro de cada día. Y estos momentos pueden ser iguales todos los días del año o variar según el calendario laboral. En todo caso, las variaciones que existen se relacionan especialmente cuando el trabajo se organiza a través de turnos rotatorios, pasando el empleado del turno de mañana al de tarde y al luego al de noche, y así sucesivamente.

- **Horas de trabajo.** La Directiva 2003/88/CE (UE, 2003) entiende que:

Tiempo de trabajo es todo aquel período durante el cual “el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empleador y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de

⁸ Ver resúmenes de jurisprudencia de la Corte Suprema en LPDERECHO, «Horas extras» <https://lpderecho.pe/jurisprudencia-horas-extras-sobretiempo/> (actualización 25/01/22)

conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; al contrario del descanso, que es “todo periodo que no sea tiempo de trabajo”.

- **Horas ordinarias.** Es la hora que está dentro de la jornada máxima legal. Es importante calcular su valor, porque sobre ella se aplican, por ejemplo, los descuentos por faltar al trabajo, como también las tasas fijadas para el sobretiempo. Su valor proviene de dividir el salario bruto anual (con todos los conceptos salariales) entre el número de horas efectivas. Quedan excluidos cualquier ingreso o plus de naturaleza extrasalarial (transporte, viáticos, vestuario, etc.).

- **Horas extraordinarias.** Es el trabajo que se realiza más allá de la jornada ordinaria – diaria o semanal– y puede ser realizado tanto antes de la hora de entrada como después de la hora de salida señalada. El trabajo en sobretiempo es voluntario (el empleador lo puede ofrecer o no, y el empleado lo puede aceptar o no). Solamente se justifica la obligatoriedad cuando se trate de casos justificados por hechos fortuitos o de fuerza mayor, “que pongan en peligro las personas, los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva” (ver art. 9 del Decreto Supremo No. 007-2002-TR).

- **Registro de control de asistencia.** La finalidad de este registro es la de obtener un control permanente de las horas trabajadas por cada empleado (es pues un control personal). También es útil para llevar una estadística o contabilidad de las labores en horas extras realizadas. Este registro debe conservarse durante cinco años (ver Decreto Supremo No. 004-2006-TR).

3.2. Legislación

- **La Constitución Política del Perú** (art. 25) establece la base máxima de la jornada ordinaria de trabajo en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, y tampoco las jornadas atípicas o acumulativas, consideradas en un periodo de tiempo, pueden superar

dicho máximo. Y añade luego el derecho al descanso remunerado semanal y anual. Y finalmente hay una remisión a la ley y al convenio colectivo para que regulen el disfrute o la compensación del descanso.

No menos importantes son los arts. 23 y 24. En el primero se establece la protección del trabajo y la promoción por parte del Estado de condiciones para el progreso social y económico mediante políticas orientadas al fomento del empleo y la educación para el trabajo. Y en lo que no afecta directamente: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador⁹. En el segundo art. citado se establece el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que le procure el bienestar material y espiritual, a él y a su familia.

- Decretos legislativos:

1. El Texto Único Ordenado del Decreto legislativo N° 854 (2002), “La Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, modificado por la Ley N° 27671”. Donde se ratifica las jornadas máximas diarias y semanales recogidas en la Constitución, además de una remisión, con un contenido importante, a la ley, convenio o decisión unilateral del empleador, para decidir una jornada menor a las máximas ordinarias.

Esta norma faculta totalmente al empleador para decidir sobre la jornada ordinaria de trabajo, distribución, horario, compensación, rotación en turnos, etc. con la sola y previa consulta a los sindicatos o a los trabajadores afectados por sus medidas. La decisión puede

⁹ Es oportuno mencionar el art. 40 de la Constitución Española:

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.
2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados

ser unilateral si no hay acuerdo entre las partes, aunque los afectados conservan el derecho de impugnar las medidas ante la autoridad de trabajo.

Asimismo, se corrobora la voluntariedad para acatar o no el sobretiempo, salvo cuando se trate casos justificados y dicho sobretiempo sea indispensable, a causa de hechos fortuitos o de fuerza mayor, para preservar a las personas o los bienes materiales del centro de trabajo, o también la continuidad de la actividad productiva.

En fin, la norma fija un recargo a las horas efectuadas como sobretiempo, que pueden ser convenidas, aunque fijando un límite que no se puede rebajar: 25% para las dos primeras horas, y 35% para las restantes, calculado sobre el valor hora correspondiente, que también viene definido aquí (art. 12). El cuadro se completa con la obligación dirigida al empleador para que este registre el trabajo realizado como sobretiempo, a través de medios técnicos o manuales, y que “la deficiencia en el sistema de registro no impedirá el pago del trabajo realizado en sobretiempo, si el empleado acredita mediante otros medios su real y efectiva realización” (como veremos más adelante, la Corte Suprema ha considerado que sea el empleador el que pruebe la no realización de las horas extras demandadas).

2. Decreto Supremo 008-2002-TR, que aprueba el Reglamento del Decreto 854 antes mencionado, sobre jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo. Importante en el sentido de que amplia, aclara y fija diversas cuestiones relacionadas con la jornada ordinaria, descansos, refrigerios y las horas extras.

- **Convenios y recomendaciones de la OIT.** Son varios los convenios relacionados con la jornada de trabajo y las horas extras.

-Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo en la industria, de 1919. Fija el tiempo máximo de trabajo en 8 horas diaria y 48 semanales, la sobretasa mínima del 25% y las excepciones

que permiten superar este límite a través de reglamentos que determinen el número máximo de horas extras que puedan ser autorizadas en cada caso concreto.

-Convenio núm. 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), de 1930. Refleja algunas condiciones parecidas al Convenio núm. 1, además de establecer que las horas de trabajo por semana pueden distribuirse, pero no deben superarse las diez horas diarias.

-Convenio núm. 40 sobre las cuarenta horas, de 1935. Interesante en el sentido que uno de sus considerandos es la persistente extensión del desempleo, la pobreza y las privaciones que sufren los trabajadores sin ser culpables de ello, y que sería conveniente la participación de los trabajadores (a través del reparto del empleo). Se consideran un principio la semana de cuarenta horas, sin que ello signifique disminuir del nivel de vida de los trabajadores. Los países firmantes se comprometieron a tomar las medidas necesarias para alcanzar esta jornada y aplicarla a todo tipo de empleos.

-Recomendación núm. 116 sobre la reducción de la duración del trabajo, de 1962. Señala una serie de recomendaciones para que los países miembros puedan seguir reduciendo la jornada de trabajo hasta las 40 horas semanales, a través de la formulación de políticas nacionales, métodos, leyes, reglamentos, convenios colectivos o laudos, sin disminución del salario que se percibe. En cuanto a las horas extraordinarias, se destaca que, salvo en los casos de fuerza mayor, debería establecerse límites al número total de horas extraordinarias en un determinado período determinado. Cada país debería establecer estos límites a través de un organismo competente o autoridad.

3.3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de diciembre de 2015 (EXP. 03287-2012-PA/TC). Una de las cuestiones que más llama la atención es la amplia y unilateral facultad de los empleadores para fijar y reorganizar los horarios, las jornadas, las horas extras, los

descansos, entre otras cosas. La consulta a los empleados a este respecto no tiene fuerza vinculante, y solo el acuerdo mediante convenio colectivo puede salvaguardar en cierta medida sus intereses en relación a la jornada de trabajo. En esta sentencia la empresa Southern Perú Cooper Corporation, de Toquepala (dedicada, como sabemos, a la extracción minera), cambió el horario de trabajo unilateralmente, de 7 días de trabajo, de 8 horas diarias, por uno de descanso, a realizar 4 días de trabajo, de 12 horas diarias, por 3 de descanso. Existía un convenio anterior que reguló la citada jornada de siete días por uno de descanso, y muchos contratos de trabajo lo recogieron así, pero el siguiente convenio no repitió esta cláusula.

En cualquier caso, existe un precedente del Tribunal Constitucional, esto es, que en la resolución aclaratoria emitida en el Exp. 4635-2004-AA, estableció que “solo las empresas mineras que cumplan conjuntamente todas las condiciones del test de protección de la jornada máxima de trabajo minero podrán fijar jornadas acumulativas cuyas horas diarias superen las 8 horas de trabajo; consecuentemente, si no se cumple con el mencionado test, los trabajadores no podrán laborar más de 8 horas diarias”. Esta apreciación del propio TC es la que se esgrime para invalidar el cambio de jornada, porque la citada facultad que tienen las empresas debe darse dentro de unos criterios de razonabilidad y además, en el caso minero, debe superarse un test de protección con unas pautas precisas, algo que la empresa Southern no cumplió.

- Sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Casación Laboral N° 21433-2018). Referida a la reclamación de horas extras efectuadas por un trabajador durante muchos años, y que la empresa registró y pagó en un primer periodo, pero luego dejó de hacerlo. Se trata de la obligación empresarial de control y registro de las horas extras y de su conservación por un periodo de cinco años. El Tribunal destaca que, visto lo que ocurrió en el primer periodo, existe una presunción de que en el segundo

periodo también se realizó horas extras, pero que dicha obligación empresarial no le exonera al trabajador de presentar pruebas suficientes para fundamentar su demanda, algo que el trabajador no hizo fehacientemente y, por ello, el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de horas extras por parte del trabajador, pero en un número menor a lo que pedía.

- II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia laboral y procesal laboral de Lima. En este pleno se señala que corresponde al trabajador probar la realización de horas extras, de acuerdo a la norma; sin embargo, se invertiría la carga de la prueba si el empleador no exhibe el libro o registro de control de la jornada y del sobretiempo o cualquier otro documento que lo remplace, aplicándose por ello la presunción contemplada en el art. 29 de la NLPT.

- Sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema (Casación Laboral N° 17885-2017) del Santa. En esta sentencia se invierte la carga de la prueba, en la medida en que se reconoce que el trabajador ha cumplido con la carga de la prueba por el hecho de solicitar que la empresa muestre el libro o cuaderno del control de asistencia u otro documento que lo sustituya, teniéndose en cuenta que justamente en estos documentos debe anotarse todos los ingresos y salidas del personal, Al no cumplir la empresa con mostrarlo, se infiere que no se le puede pedir al trabajador que “aporte mayor caudal probatorio”, porque no depende de este ni tiene acceso posible a estos documentos, por lo que procede la presunción judicial de que sí se ha realizado horas extras.

4. Conclusiones

- a. Una primera conclusión es que la normativa peruana es suficientemente amplia y correcta para preservar la utilización correcta de las horas extras, en línea con las

soluciones establecidas en el derecho comparado. En efecto, se recoge la opción extendida de la voluntariedad individual para realizarlas o no, una sobretasa fijada y una obligación de los empleadores para su control y registro. Quizá el único defecto sea no haber establecido un límite legal de horas extras (por ejemplo, en España es de 80 horas máximas al año por trabajador). De ello deriva que en muchos sectores se labore demasiadas horas continuadas, con las consabidas desgracias y males para el trabajador, es decir: poco descanso, mala salud, ineficiencia, estrés y nulo tiempo para otras actividades fundamentales (que desemboca en lo que se conoce como el síndrome de burnout o “trabajador quemado”)¹⁰.

- b. La Administración, a través de la inspección de trabajo, no asume un papel más activo en todas aquellas cuestiones relacionados con la contratación laboral y el desenvolvimiento de la prestación de trabajo; no se elimina especialmente el fraude o la incorrecta utilización, en nuestro caso, de las horas extras. Por otro lado, al ser una cuestión que afecta directamente los derechos fundamentales del trabajador, se convierte en un problema de primer orden que debe estudiarse e integrarse dentro de las políticas públicas de empleo, con el fin de remover el sistema actual y adecuarlo de tal manera que no se vulneren estos derechos. Como hemos visto antes, una de las recomendaciones citadas de la OIT señala que los países deben velar por la salud y seguridad de sus trabajadores a través de la reducción progresiva de la jornada laboral, con el fin de alcanzar el máximo de 40 horas semanales.

¹⁰ Un informe publicado de la OMS y la OIT señala que las jornadas de trabajo de 55 o más horas a la semana provocaron la muerte de casi 750.00 trabajadores en el año 2016 por problemas cardiovasculares o cardiopatías, además de producir, entre otras afecciones, depresión, insomnio, dolores musculares, obesidad, pérdida de memoria, riesgos cardíacos o diabetes. Ver en blog de Simeón (actualización 29/01/22) <https://simeon.com.co/item/53-los-efectos-del-exceso-de-trabajo-en-la-salud.html>

- c. También debería tomarse más en cuenta a los propios trabajadores interesados – organizados o no, pues si no se cuenta con sindicatos puede ser a través de una asamblea mayoritaria–, quienes usualmente reúnen el suficiente conocimiento de las necesidades de los centros como para llegar a un acuerdo con el empleador sobre la realización, el número o la sobretasa de las horas extras. La voluntariedad individual fijada en la norma no siempre es eficaz, porque negarse a realizar sobretiempo, puede ser motivo de discriminación o represalia posterior por parte del empleador. No ocurre lo mismo cuando el acuerdo es colectivo.
- d. Se comprueba que uno de los motivos que impulsa al abandono es la sobrecarga de trabajo, porque interviene y enturbia claramente las diversas facetas de la vida de un hombre¹¹. Como es sabido, se está produciendo en algunos países lo que se ha llamado “gran dimisión”, por las pésimas condiciones de trabajo, bajos salarios y jornadas extenuantes.

5. Aporte de la investigación

El aporte es uno solo y global, pues este estudio sobre algunos aspectos de las horas extras permite comprobar, cómo una figura o institución del Derecho del Trabajo tiene una amplísima repercusión sobre tantos otros aspectos económicos y morales que rodean al trabajador y a la propia sociedad. En primer término, las jornadas alargadas, la excesiva carga de trabajo que pesan sobre los trabajadores, tal como hemos visto, afectan a varios derechos fundamentales (la salud, la integridad física y moral, la educación y formación, entre otros), lo que origina una situación de estrés emocional, poca autoestima y, por tanto,

¹¹ En este sentido, Aguirre Escobedo (2012), quien cita varios motivos, y uno de ellos es la sobrecarga de trabajo, que para esta autora significa una falta de respeto hacia el trabajador.

baja productividad. El poco tiempo que se dispone elimina la posibilidad, o la mengua ostensiblemente, de estudiar y formarse, de capacitarse y, además de que la probabilidad de promoción y ascenso queda bastante afectada.

El aspecto económico es otro de los aspectos inherentes a las horas extras, pues los bajos salarios, la precariedad en la contratación, impulsan a los trabajadores a aceptar su realización aún a costa de saber que se verán afectados en su salud y en su integridad. Es necesario redoblar esfuerzos para que los salarios se adecúen al nivel del costo de vida actual, redoblando también los esfuerzos para mejorar la competitividad y la robustez de las empresas (también nos falta formación y asesoría para los empleadores).

En cuanto a la conciliación familiar, no hay duda de que se ve afectada enormemente por el tiempo residual que le queda al trabajador después de realizar jornadas interminables. El cuidado y formación de los hijos queda bajo mínimos, y eso repercute en la integridad emocional del menor y extensivamente en la conformación de la sociedad.

En relación al poder del empleador, conviene decir que tiene demasiadas facultades, atribuciones para decidir unilateralmente aspectos que afectan de lleno la vida de los trabajadores. La voluntariedad, la previa consulta con los representantes de los trabajadores, no vinculante, y la escasa vigilancia por parte de la inspección, no tienen casi repercusión frente a dicho poder. Por ello, quizá, la vista debe dirigirse hacia la reflatación de los sindicatos o creación de otra forma de representación de los trabajadores para que se conforme una fuerza colectiva que pueda pactar en mejores condiciones de fuerza con el empleador.

Con respecto al empleo y desempleo, se comprueba que la exagerada realización de horas extras afecta directa o indirectamente al empleo, a su distribución en más personas, a través de la creación de más turnos de trabajo o del reforzamiento, incluso con contratos

a tiempo parcial, puntual en las horas de más producción. Es una actitud demasiado individualista recurrir ordinariamente a las horas extraordinarias, olvidando que estamos en una sociedad que, de manera colectiva, digamos que más armoniosa, podría avanzar hacia el desarrollo.

En fin, se puede decir que las horas extras son una pieza importante del “engranaje laboral y social”, y su regulación, control, sanción y posible limitación o eliminación debe convertirse en una tarea de primer orden para la administración pública, que debería dirigir sus objetivos a mejorar la calidad de vida de los peruanos. Está bien tener un empleo, pero mejor aún es tener un empleo con derechos que se pueden y deben tutelar por parte de las autoridades y el Poder Judicial.

6. Recomendaciones

- a. En el aspecto legal, sería importante que la Corte Suprema consolide la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, es decir, que hiciera prevalecer la obligación legal de los empleadores de controlar y registrar la jornada realizada para que, a partir de ahí, sea el empleador el encargado de demostrar que no se hicieron las horas extras reclamados por el trabajador. Esto puede solucionar el problema de las horas extras no pagadas y también puede servir para tener una idea más exacta del volumen total de horas extras que se hacen (tal como sucede en España con buenos resultados).
- b. En el aspecto administrativo, resulta muy necesario ampliar el número de trabajadores y funcionarios de la inspección de trabajo, para que emprenda con más garantías cuantitativas el control de la legalidad que les corresponde en el interior de las empresas, y también es necesaria que esta institución, cualitativamente hablando, asuma un papel

no solo de vigilancia y de sanción, sino también de educador con respecto a los empleadores, con el fin de que este entienda y aplique correctamente la ley¹².

- c. Otra cuestión relacionada con la administración. Cuando se trata de la contratación de servicios o ejecución de obras, es que esta priorice, en el pliego de licitación, la contratación de aquellas empresas que mantengan el empleo y unas condiciones de trabajo dignas para el trabajador. Ejemplos hay varios, y no solo con respecto a la mantención del empleo, sino también en relación a las empresas que fomentan la igualdad de género o las que cuidan el medio ambiente, las cuales son identificadas con una marca distintiva o label.

- d. En cuanto a los aspectos organizativos, y siendo indudable que cada sector de actividad tiene su propia estructura, organización, condiciones y modos de desarrollar el trabajo, las soluciones a los diversos problemas que se presentan también son diferentes; pero igualmente es cierto que sea cual sea la empresa es preciso efectuar una buena planificación de la producción o del servicio que se ofrece (lo que conlleva identificar los procesos deficientes en el sistema y optimizarlos) y una eficiente organización y capacitación del personal, además de la implementación de sistemas y equipos para mejorar dicha eficiencia y, por consiguiente, la productividad. Se ha demostrado que no ocuparse correctamente de estos aspectos genera, entre otros problemas, la necesidad de trabajo extra muchas veces innecesario y costoso. La idea principal es que debemos

¹² Ver, en este sentido, SANABRIA IPARRAGUIRRE y FLORES SHIMABUKURO (2005), quienes señalan el insuficiente número de inspectores y los efectos que esta situación genera en cuanto al no respeto de los derechos de los trabajadores, algo que consideran como una pieza central para ser más competitivos y alcanzar el desarrollo económico.

asumir que ya no resulta necesario trabajar más tiempo, sino mejor, especialmente en el sector manufacturero, por la extraordinaria capacidad tecnológica que se ha alcanzado.

- e. En esta línea organizativa, se coincide con el estudio realizado por Cossa Reyna y otros (2015) quienes proponen soluciones para evitar el sobretiempo. Primero, conformar grupos especializados de trabajo que se encarguen, desde el inicio hasta el final, de una tarea específica programada. En segundo lugar, aplicar incentivos económicos por productividad cuando estos grupos especializados concluyan cada trabajo encargado antes del tiempo previamente fijado por la empresa. Este incentivo premia la eficiencia y el ahorro de tiempo menor y otorga un ingreso adicional, y evita a la vez el alargamiento de las jornadas y el sobre coste de las horas extras. La otra alternativa propuesta para evitar el sobretiempo es implantar turnos de trabajo, supuestamente con nuevos trabajadores, que generen un mayor volumen de trabajo y producción (indudablemente ahí donde todavía no existen los turnos se puede aplicar esta opción).
- f. Conjuntamente con estas alternativas citadas, se puede recurrir también a la contratación de trabajadores a tiempo parcial, con el fin de reforzar la plantilla en aquellos periodos de actividad realmente necesarios¹³; pero cuidando en lo posible de realizar contratos que permitan al trabajador mantener sus derechos laborales, es decir, contratos de cuatro o más horas. La razón es que los trabajadores a tiempo parcial, por lo general rinden más, y esto se puede aprovechar asegurándoles sus derechos. Asimismo, este tipo de contrato permitiría integrar activamente a ciertos grupos o colectivos de trabajadores, como son las mujeres y los jóvenes estudiantes, que así podrían compaginar sus propias actividades con un trabajo parcial.

¹³ Ver este aspecto en ARCE ORTIZ, Elmer (2008), «El contrato a tiempo parcial en su laberinto normativo», *Derecho & Sociedad*, núm. 30. El autor critica que los empleadores no apuestan por mejorar los ratios de productividad, sino más bien por los beneficios económicos que provienen de la pérdida de derechos de los trabajadores.

- g. Otra recomendación relacionada con la organización del trabajo, es que las empresas deberían recurrir más a la compensación de horas, es decir, apostar por el descanso posterior en vez de pagar el exceso de horas efectuadas en un determinado periodo. Esto puede aplicarse en cualquier tipo de empresas, en las que hay mayor producción y demanda en ciertos periodos de tiempo, y menos en otros: el exceso de trabajo (plurisemanal o mensual) no se abona, sino que se cambia por descanso. Esto ahorraría al trabajador todos los graves males que origina el exceso de trabajo y la falta de descanso y de tiempo necesario para dedicarlo a otras actividades fundamentales para toda persona humana. Sin duda, esta recomendación sería mucho más efectiva si viniera acompañada de una elevación del salario por alcanzar una mejor competitividad¹⁴.

7. **Referencias bibliográficas**

Arce Ortiz, E (2008), «El contrato a tiempo parcial en su laberinto normativo», *Derecho & Sociedad*, núm. 30. También en http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_27/doc_boletin_27_01.pdf (actualización 29/01/22).

Aguirre Escobedo, E. (2012), «Influencia de la sobrecarga horaria en la deserción laboral de los trabajadores de la empresa Almapo S.R.L.» <https://docplayer.es/91732895-Universidad-nacional-de-trujillo-facultad-de-ciencias-sociales-escuela-academico-profesional-de-trabajo-social.html> (actualización 30/01/22).

Arévalo Vela, J. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*, 1.^a ed., Lima, Instituto Pacifico S.A.C.

¹⁴ En este orden de ideas, ver ROJAS VALENTINO (2017), quien analiza especialmente las ventajas de la “multiperiodalidad” de la jornada de trabajo, y critica a su vez la actitud de la clase empresarial con respecto a las horas extras.

- Ávalos Rodríguez, B. (2018), *Excepciones a la jornada de trabajo: límites y alternativas*, Tesis para optar al grado académico de magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CC.OO. (2022), informe sindical «Basta de precariedad en hostelería» (actualización 27/01/22) <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Precarity-War-Hosteleria-2022-01-20.pdf>
- Cossa Reyna, S. Núñez Gainza, J. e Hidalgo Cossío, O. (2015) «*Propuesta para reducir las horas extras del proceso de producción de un astillero naval peruano, ubicado en el puerto del Callao, aplicando incentivos y otras alternativas a través de herramientas de calidad*». Ver en Repositorio Académico UPC <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/592882>.
- Egüaras Mendiri, F. (2020), «*Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada*», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 207.
- Girones, A y Vega, G., noticia periodística: <https://elpais.com/tecnologia/2022-01-20/las-dos-tecnologicas-que-aplican-la-semana-laboral-de-cuatro-dias-sin-perder-productividad.html> (actualización 20/01/22).
- LP Derecho, «*Horas extras*», <https://lpderecho.pe/jurisprudencia-horas-extras-sobretiempo/> (actualización 25/01/22).
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J. (2020, 29.^a ed.), *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid.
- Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J. (2009), *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Comares, Granada.

Patián Pérez, J. (2013), «*Efecto del burnout y la sobrecarga en la calidad de vida en el trabajo*», Estudios Gerenciales: Journal of Management and Economics for Iberoamerica, vol. 29, núm.129 (puede verse a través de Dialnet).

Redondo, M. «*¿Menos horas extraordinarias más empleo?*»
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/18/companias/1568805713_324739.html (actualización 25/01/22).

Rojas Valentino, I. A. (2017), «*La multiperiodalidad de la jornada de trabajo: un enfoque italiano y su aplicabilidad a la problemática del trabajo en horas extras en el Perú*», Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 8, núm. 16.

Sanabria Iparraguirre, F. C. y Flores Shimabukuro, J.L. (2005), «*Horas extras en los sectores competitivos de la economía*», *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Mayor de San Marcos*, núm. 10 (25).

Serkovic González, G. (2015), «*Las horas extraordinarias*», ABC Laboral (LEX Soluciones).

SIMEON. Seguridad y Salud Laboral Integrada con Tecnología. Blog «*Los efectos del exceso de trabajo en la salud*» (actualización 29/01/22)
<https://simeon.com.co/item/53-los-efectos-del-exceso-de-trabajo-en-la-salud.html>

Toyama Miyagusuku, J. (2015), *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. 1 ed., Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

Del Valle, J.M., «*El 'derecho a la remuneración suficiente' y su recepción constitucional*»,
<https://vlex.es/vid/remuneracion-suficiente-recepcion-constitucional-179561>
(actualizado el 23/01/22).