

JORNADA DE TRABAJO, REGISTRO DE CONTROL DE ASISTENCIA Y SERVICIO DE VIGILANCIA

PEDRO G. MORALES CORRALES

Profesor del Curso de Derecho Individual del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUMARIO

I. Introducción.- II. Naturaleza del servicio de vigilancia: 1. Alcances del servicio intermitente; 2. Alcances del servicio sin facultación inmediata; 3. Refrigerio.- III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las normas laborales que mayor impacto ha causado en el primer cuatrimestre del año 2006, es sin duda el Decreto Supremo No. 004-2006-TR de fecha 5 de abril de 2006 (en adelante, Decreto Supremo), que establecía no solo que "Todo empleador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, debe contar con un registro permanente de control de asistencia en el que los trabajadores consignarán de manera personal, el tiempo de sus labores" (artículo 1), sino también presunciones relativas y absolutas sobre el trabajo en sobretiempo. Presunción relativa en caso el trabajador permaneciera en el centro de trabajo un tiempo no mayor de una hora al horario de salida; y presunción absoluta de trabajo en horas extras a partir de la segunda hora de continuar en el centro de trabajo, determinando que los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que permitan el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario, recordándoles, de esta manera, cómo es que deben ejercitar la facultad de control de la cual gozar.

El Decreto Supremo, como consecuencia de los comentarios adversos por su inflexibilidad y rigidez, y en base fundamentalmente al consenso obtenido entre representantes de los empleadores y trabajadores acreditados en el Consejo Nacional de Trabajo, fue modificado por el Decreto Supremo No. 011-2006-TR, de fecha 3 de junio de 2006 (publicado el 6 de junio), que suprime la presunción absoluta de trabajo de horas extras, consagrando la presunción relativa por el tiempo de permanencia del trabajador antes o después de la hora de ingreso o salida, presunción que, por su naturaleza, admite prueba en contrario; es decir, que tal permanencia puede deberse a razones distintas al trabajo de horas extras.

El Registro de Control de Asistencia debe contener como mínimo la siguiente información: (i) nombre, denominación o razón social del empleador; (ii) número del Registro Único de Contribuyentes (RUC) del empleador; (iii) nombre y número del documento obligatorio de identidad del trabajador, pues este puede ser nacional o extranjero; (iv) fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo; y, (v) las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo. Esta última información servirá para determinar si hubo trabajo en sobretiempo, lo cual se presume, o si se trata de otras actividades, lo que supone que se acredite mediante la documentación correspondiente, a fin de desvirtuar dicha presunción (artículos 2 y 7).

Debemos mencionar que el artículo 10-A del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo No. 007-2002-TR, de fecha 3 de julio de 2002, (en adelante TUO) ya establecía la obligación del empleador de registrar el trabajo prestado en sobretiempo mediante la utilización de medios técnicos o manuales seguros y confiables, señalándose que la deficiencia en el sistema de registro no impide el pago del trabajo realizado en sobretiempo si el trabajador acredita mediante otros medios su real y efectiva realización. Esta norma continúa vigente.

Ahora bien, concentrándonos en lo que es motivo de este artículo, el Decreto Supremo excluye de la obligación de llevar dicho Registro en los casos de trabajadores de dirección, de los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes "durante el día".¹ Nos referiremos entonces de manera exclusiva al servicio de vigilancia como labor que se desarrolla de modo intermitente y/o sin supervisión inmediata.

II. NATURALEZA DEL SERVICIO DE VIGILANCIA

El artículo 5 del TUO, inspirado en la legislación nacional anterior² y en los Convenios No. 1 y 30 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el primero ratificado por el Perú y el segundo no, excluye de la jornada máxima de 8 horas diarias o 48 semanales establecida por el artículo 25 de la Constitución Política del Perú, y artículo 1 del TUO: (i) a los trabajadores de dirección; (ii) a los trabajadores que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata; y, (iii) a los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia. Hemos visto, al glosar el Decreto Supremo, que se encuentran excluidos del Registro de Control de Asistencia estos mismos trabajadores.

I. Alcances del servicio intermitente

Como puede apreciarse del artículo 5 del TUO, el servicio de vigilancia es considerado como servicio intermitente, definido este por el literal b) del artículo 10 del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2002-TR (en adelante, Reglamento) como "(...) aquéllos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad; (...)".

El Ministerio de Trabajo, a través de su página web www.mintra.gob.pe, publicó el 29 de mayo de 2006, un documento titulado "Preguntas frecuentes que surgen de la aplicación del Decreto Supremo No. 004-2006-TR". Al absolver la pregunta 10, en que se solicita la definición de lo que debe entenderse por trabajo intermitente, el Ministerio señala que: "El trabajo intermitente supone que el trabajador pone a disposición del empleador su prestación de servicios sucediéndose lapsos de actividad con importantes lapsos de inactividad, prestando el trabajador sus servicios de manera discontinua durante la jornada de trabajo".

La jurisprudencia desde antiguo ha establecido que el servicio de guardiana o vigilancia, en la medida en que se preste conforme a su definición, mediando lapsos de actividad y de inactividad, no se encuentra sujeto a la jornada máxima legal.

Así por ejemplo, la Resolución del Tribunal de Trabajo de fecha 31 de julio de 1991³, en su parte considerativa expresa lo siguiente: "(...) que además de no haber sido probadas debidamente por el demandante los extremos sobre jornada extraordinaria, se debe tener en cuenta el hecho de que éste se desempeñaba como guardián según afirmación propia y, en esa condición realizaba supuestamente las referidas horas extras; que la jurisprudencia reiteradamente ha establecido que en ese tipo de labores no existe jornada máxima de trabajo dado el carácter pasivo de las mismas, por lo que resulta arreglado a ley la denegatoria que se determina en el fallo (...) " (el subrayado es nuestro).

Asimismo, la Resolución de fecha 30 de junio de 1982⁴, establece que "(...) el actor, en su condición de guardián, no gozaría de remuneración por horas extras dentro del horario estipulado precedentemente (...); que así lo ha determinado igualmente el Oficio de la Dirección de Trabajo de fecha

¹ El término "día" utilizado por la norma, debe entenderse como "24 horas" y no como contraposición de "noche" desde que no existe ninguna razón para efectuar diferencia entre servicios intermitentes prestados de día o de noche. Este criterio ha sido corroborado en una consulta efectuada a la Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo.

² Decreto Supremo de fecha 26 de junio de 1934, artículo 3.

³ Revista Actualidad Laboral, setiembre de 1991, p. 49.

⁴ Revista Actualidad Laboral, diciembre de 1982, p. 45.

23 de mayo de 1945: la jornada de trabajo no se aplica a aquellos que prestan sus servicios en labores exclusivamente de vigilancia, en consulta absoluta a los representantes de edificios particulares y comerciales de la localidad (...)" (el subrayado es nuestro).

La jurisprudencia administrativa igualmente se ha manifestado en dicho sentido. Así por ejemplo, la Resolución Sub-Direccional No. 022-81-912000 de fecha 23 de enero de 1981¹, en su Segundo Considerando manifiesta: "Que, la naturaleza sui-generis de las funciones propias del cargo que se le asignara a partir de entonces, vinculadas exclusivamente a labores de vigilancia subalterna estimadas como modalidad de trabajo intermitente o discontinuo, por implicar prestación de servicios entrecortados por lapsos de relativa inactividad, lo excluye de los límites de la jornada máxima que prevé el artículo 1572 del Código Civil, y artículo 44 de la Constitución vigente del Estado; (...)" (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, la propia jurisprudencia se encargó de establecer, que en estos supuestos, si bien no se encuentran sujetos a la jornada máxima de 8 horas, sí gozan de una jornada máxima de 12 horas.

Así por ejemplo, la Resolución Administrativa antes citada, mencionando como precedentes jurisprudencia judicial, en su Tercer Considerando, señala: "Que, lo expuesto se sustenta, a falta de legislación nacional positiva, en la corriente jurisprudencial primitiva de trabajo que mantiene el criterio expresado en ejecutorias de 7 de setiembre de 1945 y 3 de enero de 1955, que ha fijado en 12 horas el límite de su jornada diaria (...)" (Se refiere a las labores de vigilancia) (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, lo que debe entenderse es que la exclusión legal de la jornada de trabajo funciona siempre y cuando la prestación del servicio sea realmente intermitente, es decir, que existan periodos de actividad y otros de inactividad. Si el servicio se presta de manera continua y/o supervisada, entonces el trabajador se encuentra sujeto a la jornada de trabajo máxima de trabajo de 8 horas y al respectivo Registro de Control de Asistencia.

Por ejemplo, en ese sentido se ha pronunciado la ejecutoria del Tribunal de Trabajo de fecha 9 de enero de 1986², referida a una demanda presentada contra una empresa de seguridad industrial que tenía contratado a sus trabajadores en una jornada de 12 horas, sin pago de horas extras, lo que dio origen a que se reclamara dicho abono. En este supuesto, la Resolución manifiesta lo siguiente: "Que, no existe similitud entre las labores de guardianía nocturna y la de vigilancia de seguridad industrial, pues aquella se cumple con prescindencia del horario legal de trabajo, y ésta debe regirse por el horario normal de ocho horas; (...)".

Es cierto que la resolución no resulta explícita, sin embargo, da a entender que los servicios de vigilancia, como los de seguridad industrial y otros similares, en la medida que supongan una actividad permanente y/o una supervisión inmediata, están comprendidos en la jornada máxima diaria o semanal de 8 ó 48 horas, respectivamente, pues la exclusión solo funciona si el trabajo es intermitente y/o sin supervisión inmediata, como veremos más adelante.

Tenemos entonces como una primera conclusión que, si el servicio de vigilancia se presta intermitentemente, el trabajador no está sujeto a la jornada máxima de 8 horas, sino a una de 12, establecida jurisprudencialmente, no encontrándose además obligado al Registro de Control de Asistencia a que se refiere el Decreto Supremo; en tanto que el servicio de vigilancia que implique un trabajo continuo y/o supervisado estará sujeto a la jornada máxima de 8 horas y al referido Registro.

¹ DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Abogado; MORALES CORRALES, Pedro G. *Manual de Jurisprudencia Laboral*, H & M Ediciones S.A., pp. 199-200.

² Op. Cit., p. 353.

Adviértase que la jornada de 12 horas responde a un criterio jurisprudencial de antigua data y no a la ley, por lo que podría discutirse la prevalencia de dicho criterio sobre la norma.

Sin embargo, habida cuenta que la jurisprudencia no es otra cosa que la interpretación reiterada de un determinado criterio por el juez respecto del alcance de las disposiciones constitucionales y legales, resulta aconsejable observar dicha opinión a fin de evitar contingencias.

2. Alcances del servicio sin fiscalización inmediata

Tanto el artículo 5 del TUO como el artículo 1 del Decreto Supremo excluyen de la jornada máxima y del Registro de Control de Asistencia, respectivamente, a los trabajadores que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata.

El literal c) del artículo 10 del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2002-TR, de fecha 3 de julio de 2002, considera que son trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata aquéllos "(...) que realizan sus labores a 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" (el subrayado es nuestro).

El Ministerio de Trabajo, en el documento antes mencionado sobre "Preguntas frecuentes (...)", al absolver la pregunta número 10 en que se solicita la definición de lo que debe entenderse por "trabajo sin fiscalización inmediata", manifiesta lo siguiente: "El trabajador no sujeto a fiscalización inmediata es aquél que pone a disposición del empleador su prestación de servicios, sin estar sujeto a fiscalización, supervisión o control inmediatos, o que presta sus servicios parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, limitándose la fiscalización, supervisión o control, a dar cuenta de su prestación de servicios y a realizar coordinaciones, de manera que el trabajador tiene un porcentaje alto de autonomía en el desempeño de sus funciones y/o la organización de su tiempo de trabajo" (el subrayado es nuestro).

Es muy posible que la labor de un vigilante no solo se realice intermitentemente, sino también sin fiscalización inmediata, en el sentido de que no existe una supervisión o control inmediatos, limitándose dichos trabajadores a dar cuenta de la prestación de sus servicios (reportes) y a realizar las coordinaciones pertinentes, gozando en consecuencia de un porcentaje alto de autonomía en el desempeño de sus funciones y/o la organización de su tiempo de trabajo.

La jurisprudencia judicial también se ha referido a este supuesto. Así por ejemplo, la ejecutoria del Tribunal de Trabajo de fecha 3 de julio de 1986⁷, señala lo siguiente: "(...) Que, las disposiciones sobre la jornada máxima de trabajo no son de aplicación a los guardianes, cuando su labor es pasiva y no están sujetos a fiscalización inmediata del superior, en conformidad con lo dispuesto por el Convenio No. 1 de la Organización Internacional del Trabajo (...) y los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo de 26 de junio de 1934 (...) "(el subrayado es nuestro).

Entonces una segunda conclusión estaría dada porque si el servicio de vigilancia, además de ser intermitente, se presta sin fiscalización o supervisión inmediata, entonces tampoco se encuentra sujeto a la jornada máxima de trabajo. Sin embargo, atendiendo a la jurisprudencia que establece una jornada máxima de 12 horas para los vigilantes, y tal como lo hemos mencionado anteriormente, por sentido de razonabilidad y prudencia, y a fin de evitar contingencias, debería aceptarse que la jornada máxima de este tipo de servicios es de 12 horas diarias, por lo cual, a su vez, resultaría aconsejable llevar algún registro de control de dicho horario a fin de establecer, cuando corresponda, el pago de sobretiempo. Este registro, en estricto sentido, es ajeno al previsto en el Decreto

⁷ Revista Actualidad Laboral, Mayo 1988, p. 24.

Supremo, pero tendría que efectuarse en acatamiento de lo establecido en el artículo 10-A del TUO al que nos referimos al inicio de este artículo.

3. Refrigerio

Conforme al artículo 7 del TUO, si se trabaja en horario corrido el trabajador tiene derecho a un tiempo para dedicarlo a la ingesta de sus alimentos y/o al descanso, conforme lo desarrolla el artículo 15 del Reglamento.

Si se tratara de trabajadores comprendidos en la jornada máxima que laboran en horario corrido, tendría que establecerse cuál es el momento del refrigerio o descanso, que no podría ser inferior a 45 minutos. Sin embargo, ello no es posible cuando nos encontramos frente a trabajadores no comprendidos en la jornada máxima legal, como es el caso del servicio de vigilancia prestado en forma intermitente (actividad e inactividad) y/o sin supervisión inmediata, por cuanto en el supuesto del servicio exclusivamente intermitente, hará uso del descanso y/o ingesta de alimentos precisamente en los lapsos de inactividad; y, si se trata de servicios sin supervisión o fiscalización inmediata, lo hará cuando lo considere adecuado, pues la prestación de sus servicios goza de gran autonomía en el desarrollo de sus actividades y/u organización de su tiempo de trabajo.

Lo anterior nos lleva a concluir que, razonablemente, debe entenderse que por la naturaleza misma de dichos servicios, los trabajadores hacen uso de su refrigerio o descanso en la oportunidad en que ellos lo determinan.

III. CONCLUSIONES

- a) Los servicios que prestan los vigilantes en forma intermitente y/o sin supervisión inmediata no se encuentran sujetos a la jornada máxima legal de 8 horas diarias o 48 horas semanales, ni al control de refrigerio o descanso del cual, por la naturaleza de los servicios que prestan, hacen uso cuando lo determinen. La jurisprudencia ha establecido que, en estos casos, la jornada máxima de los vigilantes es de 12 horas.
- b) Es aconsejable que se lleve un registro, aunque sea manual, de la jornada que cumplen los vigilantes, habida cuenta del referido criterio jurisprudencial, lo que significa que si se excedieran del máximo indicado tendrían derecho a remuneración por horas extras o a compensarse con descanso, conforme a lo previsto por el artículo 10 del TUO y 26 de su Reglamento.
- c) Por la naturaleza del servicio intermitente y/o sin supervisión inmediata de estos trabajadores, debe entenderse que hacen uso de su refrigerio o descanso en la oportunidad que ellos lo determinen.