

CAPÍTULO XVII

RÉGIMEN DE JORNADA

CONCEPTO DE JORNADA

El art. 197, LCT, dispone que “se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Integrarán la jornada de trabajo los períodos de inactividad a que obligue la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador”.

De la definición transcripta puede destacarse que el concepto de jornada de trabajo no incluye sólo el tiempo efectivo de prestación de la tarea concreta, sino también el tiempo en que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, aunque permanezca inactivo por alguna causa ajena a él. Lo determinante es la enajenación del tiempo del trabajador a favor del empleador, aunque efectivamente no se desarrolle ninguna tarea.

Es decir que *abarca tanto el tiempo en que presta servicios, realiza obras o ejecuta actos como aquel en que está a disposición del empleador aunque éste no lo requiera*. Lo determinante es que *durante la jornada laboral el trabajador no puede utilizar el tiempo en beneficio propio*, sino que está a disposición del empleador.

La jornada laboral comienza con el ingreso del trabajador al establecimiento y finaliza con su egreso. Sin embargo, hay *lapsos que no integran la jornada de trabajo*, por ejemplo, el tiempo en que el trabajador puede disponer libremente de su actividad en beneficio propio, sin prestar tareas.

Tampoco forma parte de la jornada de trabajo el tiempo de viaje, es decir, el que se emplea en el trayecto al trabajo.

Cuando debe establecerse si el tiempo otorgado para almorzar integra o no la jornada de trabajo, lo que debe determinarse es si esta pausa acuerda al dependiente la libertad de gozarla según sus preferencias y, fundamentalmente, cuando el empleador no puede exigir la ejecución de ninguna prestación durante su transcurso (sala 10^a, 13/2/2003, “Aguirre Blanco, Abdona v. Hoteles Argentinos SA”).

La jurisprudencia determinó que la jornada de trabajo se encuentra integrada también por los períodos de inactividad a que obligue la prestación contratada, con exclusión de los lapsos que derivan de la decisión unilateral del dependiente en que pueda disponer del tiempo en su propio beneficio. Asimismo, el descanso a disposición del trabajador para que sea voluntario y ajeno al empleador no debe condicionarse ni supeditarse a las necesidades funcionales de la empresa (Sup. Corte. Bs. As., 31/7/1990, “Valdez, Leopoldo y otros v. Finexcor SA”, TySS 2000-728).

Por ello, cuando se trate de pausa breve —descanso de media hora— no puede desconocerse que media imposibilidad de hecho para que el trabajador pueda utilizarla en beneficio propio; tan breve tiempo no otorga posibilidad de alejarse de las instalaciones de la empresa, por lo que, en definitiva, no obstante la no prestación de tareas en esa pausa, la libertad efectiva de ocuparla en su propio beneficio estaba limitada al descanso o comida, por lo cual ha de considerarse que la referida pausa integraba la jornada de trabajo.

La doctrina distingue *tres criterios* para definir la jornada:

1) *Legal o reglamentario* —*work time*—, en el que se computa como jornada el tiempo fijado en la ley;

2) *Efectivo* —*actual time*—, que entiende por tiempo de trabajo el prestado en forma concreta.

3) *Nominal* —*nominal time*—, que se refiere exclusivamente al tiempo en el cual el trabajador está a disposición del empleador; este criterio es el adoptado por nuestra legislación de acuerdo con lo que surge de lo dispuesto en el art. 197, LCT.

El art. 197 también dispone —en forma coincidente con el Convenio 1 de la OIT— que el empleador debe hacer conocer la diagramación de los horarios “mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores”.

EXTENSIÓN. FUNDAMENTO

La primera parte del art. 1º, ley 11.544, establece que “la duración del trabajo no podrá exceder de 8 horas diarias o 48 semanales, para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro”.

La protección legal alcanza, en principio, a todas las personas ocupadas por cuenta ajena, o sea, al personal del Estado nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, instituciones civiles (aun cuando no persigan fines lucrativos) y, obviamente, al de la industria y el comercio.

La limitación de la jornada tiene sus *antecedentes en distintos convenios internacionales*, entre ellos las conferencias internacionales de Berlín de 1890, las de Verna de 1905/1906 y 1913 y, esencialmente, en el art. 427, Tratado de Versalles, que crea la OIT.

La fijación legal de jornadas máximas de trabajo responde, básicamente, a razones de orden biológico, socioeconómico y de producción, y están direccionadas principalmente a la protección de la salud psicofísica del trabajador.

Está comprobado que las jornadas extensas de labor producen fatiga por encima de lo humanamente aceptable, resultando perjudicial para la salud del trabajador y para su rendimiento; esto repercute negativamente en el proceso productivo y torna más factible la ocurrencia de accidentes de trabajo.

Cabe recordar que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, dispone que toda persona tiene derecho no solamente al descanso, a la limitación razonable de la duración del trabajo, sino también al disfrute del tiempo libre. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha incluido el derecho de todo trabajador al descanso, al tiempo libre y a la limitación razonable de las horas de trabajo (art. 7º, inc. d]).

Estos instrumentos internacionales se han incorporado a nuestro plexo constitucional a tenor de lo establecido en el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, que, además, consagra en el art. 14 bis el derecho de los trabajadores a una jornada limitada y a descansos y vacaciones pagados.

El tema de la extensión de la jornada y de las condiciones y medio ambiente del trabajo tiene esencial trascendencia, ya que determina la prioridad entre el trabajo y la vida. Sabido es que el 1º de mayo recuerda el Día Internacional de los Trabajadores, que conmemora la lucha obrera en Estados Unidos (1886) para conseguir la jornada laboral de 8 horas.

Para proteger la salud psicofísica de los trabajadores también es importante que se trabaje durante el día y evitar —en lo posible— tanto el trabajo nocturno como el trabajo por turnos, ya que la biología de los seres humanos es diurna y está programada para descansos y sueños nocturnos.

Los turnos pueden ser de 8 o 12 horas, rotativos, fijos o una mezcla de ambos. También la llamada jornada promedio produce que un trabajador pueda prestar tareas durante varios días 12 horas diarias, lo cual puede extenderse a semanas. Esto también se verifica en la llamada jornada comprimida, en la cual el trabajador presta tareas durante 3 o 4 días de la semana hasta 12 horas y luego se le otorgan otros 3 días de descanso.

Partiendo de priorizar la salud de los trabajadores, cabe concluir que estos tipos de trabajos —nocturnos, jornada promedio, comprimida, por turnos— desarrollados en jornadas extensas o nocturnas producen alteraciones en la vida de relación social, en los ritmos diarios y en el sueño, producen fatiga y necesariamente llevan al estrés laboral.

Provocan una disminución del descanso diario y llevan a una deuda de sueño, además de alterar los ritmos biológicos, con la consecuente afectación del rendimiento laboral y la seguridad del trabajador.

Es obvio que un trabajador con fatiga, agotado, merma su rendimiento (trabaja más lentamente) y la calidad de su trabajo; además, está más propenso a contraer enfermedades y a padecer accidentes.

Por lo tanto, aunque con este tipo de trabajo se intente bajar el costo laboral, en realidad —a largo plazo— ese costo aumenta, básicamente con el incremento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y su consiguiente indemnización, y el costo social que producen las incapacidades definitivas y la pérdida de vidas humanas.

En la Argentina, las estadísticas —según datos de la propia Superintendencia de Riesgos del Trabajo— son concluyentes: en 2005 hubo más de 500.000 accidentes (por lo menos uno de cada 12 trabajadores registrados) y más de 800 muertes, resultado aún mayor en 2006. El mayor riesgo de mortalidad se verifica en el sector minero y en la construcción.

A nivel internacional, en los países industrializados se observa una tendencia a la reducción de la jornada laboral, que está motivada, fundamentalmente, en el desempleo existente en los distintos países (el tema se desarrolla en el último punto del capítulo).

EXCLUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL

El art. 196, LCT, expresa que “la extensión de la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación y se regirá por la ley 11.544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario, salvo en los aspectos que en el presente título se modifiquen o aclaren”.

De lo expuesto surge que la LCT fija un *principio general respecto de la determinación y extensión de la jornada de trabajo al establecer que tiene carácter nacional: deja sin efecto cualquier legislación provincial que disponga una extensión distinta de la jornada que la fijada en la ley 11.544*.

En virtud de la aplicación de una ley provincial sobre extensión de la jornada (ley 7197 de la provincia de Santa Fe), que establecía una jornada legal menor a la fijada en la legislación nacional, la Corte Suprema se expidió en

forma clara al convalidar lo dispuesto en el art. 196, LCT, y al reiterar que tanto la duración de la jornada de trabajo como su retribución hacen a la esencia del contrato de trabajo y constituyen materia propia de la legislación nacional, por lo que si una ley provincial se contrapone a ella, viola el art. 31, CN.

Esto es así aunque, como en ese caso, la ley provincial fuera más beneficiosa para el trabajador al establecer una jornada menor, ya que se opone a una ley nacional dictada de acuerdo con las facultades delegadas al Congreso de la Nación (“Fábrica Argentina de Calderas SRL v. Provincia de Santa Fe”, del 19/12/1986).

Esta solución, obviamente, no impide que mediante los convenios colectivos, en los estatutos profesionales o en los contratos individuales, se establezcan jornadas de trabajo más breves o se fijen formas de retribución más beneficiosas para los trabajadores. Lo que determina el art. 196, LCT —y lo ratifica el fallo de la Corte Suprema citado—, es que la jornada máxima legal es la fijada por la legislación nacional de fondo, que es la ley 11.544 (del 12/9/1929) y el dec. reg. 16.115/1933.

La regulación de la jornada es legislación sustantiva y, como tal, propia del Congreso de la Nación, siendo simplemente la jornada de 44 horas que regula la Constitución provincial una autolimitación que se establece el gobierno de la provincia para con sus empleados, pero que de manera alguna puede trasladarse hacia los empleadores de la esfera privada que se rigen al respecto por la legislación nacional (C. Trab. Córdoba, sala 10^a, 2/10/2003, “Juárez, Gabriel A. v. Moreira Leyes, Fernando”).

El acuerdo que fija una modalidad de jornada, homologado por la autoridad administrativa, resulta nulo de nulidad absoluta debido a que trata de sustituir las normas legales imperativas que son de aplicación (ley 11.544 y normas reglamentarias), las que de pleno derecho, automáticamente, pasan a regir la relación (arts. 21, CCiv., y 13, LCT), digan lo que digan el contrato o la autoridad administrativa —ni siquiera una convención colectiva podría desconocer la norma imperativa aplicable— (sala 6^a, 10/6/2003, “Fracalossi, Jorge H. y otros v. Sodexho Argentina SA y otro”).

En definitiva, todos los institutos del derecho del trabajo sólo pueden ser regulados por la legislación de fondo emanada del Congreso de la Nación. El art. 14 bis, CN, otorga protección al trabajo y entre sus cláusulas programáticas garantiza la jornada limitada, el descanso y las vacaciones pagas, mientras que el art. 75, inc. 12, determina que es facultad exclusiva del Congreso Nacional (delegada por las provincias) dictar, entre otros, un Código del Trabajo y la Seguridad Social.

El art. 14 bis, CN, no establece una cantidad máxima de horas; se refiere a jornada limitada en términos de razonabilidad con el tipo de actividad y el lugar donde se desarrolla la prestación. La ley fija las jornadas máximas, y los convenios colectivos y el contrato individual pueden establecer jornadas reducidas.

EXCLUSIONES Y EXCEPCIONES

La segunda parte del art. 1º, ley 11.544, enumera las *actividades* que están *excluidas* de las normas atinentes a la duración del trabajo, al disponer que “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 miembros de las familias del jefe, dueño, empresario, gerente, director o habilitado especial”.

El dec. reg. 16.115/1933 considera miembro de la familia a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos.

Se trata de *exclusiones de origen legal*, ya que surgen no sólo de la ley 11.544, sino también de la LCT, que *excluye a la actividad del régimen de jornada*. Cabe aclarar que los trabajos agrícola-ganaderos están regulados por el dec.-ley 28.169/1944 (Estatuto del Peón) y por la ley 22.248, y el de Servicio Doméstico por el dec.-ley 326/1956.

Existe una diferencia conceptual entre exclusión y excepción. La *exclusión* margina de la reglamentación de jornada a la actividad en cuestión, mientras que la *excepción* determina que no se apliquen, respecto de las categorías comprendidas en cada excepción, las normas destinadas a reglar el instituto en forma general.

Existen *excepciones generales y permanentes*, que son las expresamente previstas por la propia norma, y *excepciones especiales*, que para su calificación dependen de otras normas reglamentarias que las consagren, en razón de la índole de la actividad o del carácter del empleo.

Las excepciones rigen exclusivamente respecto del trabajo realizado en la jornada normal diurna y nocturna, pero no respecto del trabajo insalubre.

El límite de duración de la jornada de trabajo, establecido por la ley 11.544, admite las siguientes *excepciones*:

Actividades y trabajadores excluidos de la LCT

- a) Servicio doméstico
- b) Trabajos agrícola-ganaderos
- c) Miembros de la familia del dueño o encargado de un establecimiento exclusivamente atendido por ellos

I. Trabajos exceptuados de la jornada máxima de la ley 11.544

a) En relación con la *excepción de la jornada máxima en virtud del carácter del empleo*, el dec. 16.115/1933 denomina *empleados de dirección o vigilancia* tanto al jefe, gerente o habilitado principal, como a los altos empleados administrativos o técnicos que sustituyan a las personas indicadas precedentemente en la dirección o mando del lugar de trabajo, capataces que se desempeñan exclusivamente en dicha función, alcanzando también la excepción a los corredores y cobradores que cumplen exclusivamente esas funciones (arts. 3º, ley 11.544, y 11, dec. 16.115/1933).

El Convenio 1 de la OIT excluye de la aplicación de sus disposiciones a “las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza” (art. 2º, inc. a]).

El art. 11, dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, hace referencia a trabajos de dirección o vigilancia, que constituyen una excepción permanente a la jornada máxima —en trabajo tanto diurno como nocturno o insalubre— que no está sujeta a autorización administrativa, sin diferenciar entre vigilancia superior (referida a personas) y vigilancia subalterna (referida a cosas) a fin de determinar el alcance de la excepción, la cual opera *ministerio legis*, no dependiendo de reglamentación alguna para producir efectos.

En los trabajos de dirección y vigilancia —tareas desarrolladas por aquellos que tienen a su cargo alguna función jerárquica o la llamada vigilancia subalterna o pasiva— la legislación laboral no se ocupa de los posibles excesos en la jornada, particularmente en el caso de tareas de vigilancia (por ejemplo, los serenos), por tratarse de tareas sedentarias y no producir desgaste físico.

La jurisprudencia había sostenido que para considerar normal en los serenos una jornada de 12 horas (aunque algunos convenios colectivos la limitaron a 8 horas) solamente deben cumplir tareas de vigilancia, mediante la mera presencia o permanencia, aunque también se estableció que es erróneo entender que la actividad de vigilar se cumpla por la mera acción de presencia, ya que el vigilante, sereno o custodio debe estar dispuesto a actuar frente a cualquier emergencia. Forman parte de su actividad custodiar bienes, hacer recorridas dentro y fuera del establecimiento, revisar y/o controlar personas a la entrada y a la salida.

El fallo plenario 220 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (“Quiroga v. EFEA”, del 7/3/1980) incluye en la excepción no sólo a la vigilancia superior, sino también a la subalterna, dejando de lado la postura que sostenía que el empleado de vigilancia no podía desempeñar otras tareas.

La modificación introducida por el art. 11, dec. 16.115/1933 al criterio hasta entonces sostenido por el anterior decreto reglamentario, no autoriza a distinguir entre vigilancia superior (referida a personas) y vigilancia subalterna (referida a cosas) a fin de determinar el alcance de la excepción prevista en el art. 3º, inc. a), ley 11.544; ambas quedan comprendidas en la excepción.

La excepción que contempla la ley 11.544 con relación a la duración de la jornada de trabajo para el caso de los empleos de dirección y vigilancia opera *ministerio legis*, no dependiendo de reglamentación alguna para producir efectos, y en consecuencia estos trabajadores no tienen derecho a la percepción de recargos por las horas que trabajen por encima de la jornada normal, por encontrarse excluidos expresamente de dicha limitación.

El desempeño de una función jerárquica obsta decisivamente a la procedencia de la pretensión de cobro por trabajo en sobretiempo, en cuanto constituye una de las excepciones que prevé la ley —arts. 3º, ley 11.544, y 11, dec. 16.115/1933— (sala 8ª, 8/2/2006, “Zaccaro, Juan Domingo v. Roux Ocefa SA”).

Si bien estos trabajadores no tienen derecho a percibir con recargo las horas que trabajen una vez concluida la jornada máxima legal, rige la pausa de 12 horas entre jornada y jornada (art. 197, LCT).

Tareas de vigilancia. Vigiladores

Las tareas de vigilancia activa se diferencian de las intermitentes o de mera vigilancia subalterna en que exigen una atención sostenida, generalmente necesitan la portación de armas e incluso se pone en riesgo la vida del vigilador, quien realiza dicha tarea en beneficio de terceros. Por eso, puede asemejarse tal actividad a la función de custodia que ejercen las fuerzas de seguridad y, en consecuencia, no pueden estar excluidos sin más de las limitaciones de la jornada. Ello fue plasmado en el CCT 15/1975 retribuyéndose las horas suplementarias (sala 10ª, 25/2/1999, “Germán, Tito v. Odipa SRL”).

Las tareas de un vigilador, en tanto no tenga jerarquía alguna en la empresa, no están exceptuadas de lo normado por las leyes laborales en materia de jornada de trabajo. Tal situación se halla confirmada por la circunstancia de que tanto el CCT 15/1975 como el celebrado entre las partes habilitadas para la negociación en el ámbito de la vigilancia (CCT 194/1992) fijan una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales, regulando el pago de horas extras en el caso de los trabajadores que superen ese lapso (, sala 2ª, 29/5/1997, “Vargas, Carlos v. Bank Prot. Empresa de Seguridad SA”).

El régimen de jornada de trabajo ha sido establecido normativamente mediante la ley 11.544. Excluye de la jornada máxima a los empleos de vigilancia. En principio, por mandato normativo, el vigilador no debería percibir horas extras porque responden a las que se trabajaran por sobre la jornada legal o convenida. No obstante ello, si la demandada, empresa de seguridad, paga horas extraordinarias, movida por los usos y costumbres de la empresa, debe liquidarlas correctamente porque se encuentra obligada por ellos (sala 6^a, 29/8/2001, "Valdez, Martín Fernando v. Seguridad Argentina SA").

Los vigiladores están excluidos del límite de jornada en virtud de lo dispuesto por el art. 3º, ley 11.544, ello independientemente del CCT por el que se encuentran amparados, a menos que éste los excluya expresamente de la disposición legal mencionada. Los pagos que pueda haber efectuado la empresa en tal concepto sólo resultan compatibles con una actividad voluntaria de su empleador y, por lo tanto, tal acto es la medida y tope de su exigibilidad.

Si bien por aplicación de lo dispuesto en el art. 3º, inc. a), ley 11.544, el personal que cumple tareas de vigilancia está excluido del régimen ordinario de jornada de trabajo, el trabajador no cumplió tareas de vigilancia pasiva en los términos del dec. 146/1945. El CCT 194/1992, aplicable a los vigiladores, prevé el supuesto de pago de horas extra cuando la jornada de trabajo excede las cuarenta y ocho horas semanales (sala 10^a, 29/3/2005, "Barrios, Carlos Manuel v. Fortuna Seguridad SRL").

Personal jerárquico

La circunstancia de que el art. 8º, dec. 16.115/1933 no mencione la palabra "supervisores" no modifica la circunstancia de que el art. 3º, ley 11.544 se refiere al personal de dirección y vigilancia y que aquéllos ejercen, por delegación, el poder de dirección del empleador.

Tampoco es posible soslayar que los supervisores, a cambio de mayor extensión en la jornada de trabajo, perciben remuneraciones mayores que las de sus supervisados, ostentan la calidad de personal jerárquico y habitualmente se rigen por convenios propios, celebrados por sindicatos especializados y acceden a servicios de obra social también específicos.

Podrá hablarse de trabajo extraordinario solamente cuando el personal directivo o de vigilancia haya prestado un trabajo que no estaba, ni expresamente ni tácitamente, previsto en el contrato. Y aun en esa hipótesis, la remuneración correspondiente debe ser determinada con prescindencia del criterio fijado en el último inciso del art. 5º, ley 11.544.

La pretensión de que la excepción prevista por el art. 3º, ley 11.544 no incluye el trabajo efectuado en sábados y domingos es errada. El art. 1º, ley 11.544 menciona que la duración del trabajo no podrá exceder de 8 horas diárias y 48 semanales, y la excepción que hace el art. 3º, respecto del personal de dirección y vigilancia no hace referencia alguna a que deba diferenciarse el trabajo realizado de lunes a viernes con el realizado en sábados y domingos.

Los capataces constituyen el primer escalón en el ámbito de supervisión por tratarse de un trabajador de jerarquía y que por la misma naturaleza de sus funciones, en el plano inmediato, ejerce el poder de dirección del empresario (sala 1ª, 30/11/2005, ‘Brazeiro, Raúl v. Techint Cía. Técnica Internacional SA’).

Trabajadores remunerados a comisión

Si la trabajadora estaba remunerada con sueldo fijo y comisiones, las características propias del trabajo a su cargo implicaban libertad de movimiento por la ciudad e incluso fuera de ella y, además, la posibilidad de interrumpir su tarea sin conocimiento ni control del empleador, así como que no existía constancia fehaciente de las entrevistas que realizaba con el fin de procurar una afiliación ni del momento en que cada una de ellas se llevaba a cabo, la retribución del trabajo extraordinario sólo podría fundarse en las afirmaciones de la propia actora (sala 3ª, 6/9/2002, ‘Degrardis, Graciela y otros v. AFJP Previnter SA’).

El hecho de que los actores hayan sido contratados para desempeñarse en la promoción y venta de diversos productos y servicios financieros, con la posibilidad de percibir comisiones, crea una presunción en su favor, sobre el real horario cumplido, pues no resulta verosímil el trabajo realizado sólo durante 9 horas al mes, tratándose de una labor persuasiva destinada a captar suscriptores de productos de seguro y seguros de retiro individual. Es que la excepcionalidad de la modalidad en el efectivo cumplimiento de las tareas era prueba a cargo de la demandada, y en el caso, no se ha cumplido (art. 377, CPCCN). En consecuencia, al quedar demostrado el horario invocado por la parte actora, se debe concluir que la relación con la demandada constituyó un contrato de trabajo a tiempo completo en los términos del art. 90, LCT, resultando los actores acreedores de las diferencias reclamadas (sala 7ª, 17/6/2005, ‘Bajos, María y otros v. Siembra Seguros de Vida SA’).

La trabajadora fue contratada para desempeñarse en la promoción de diversos productos y servicios comercializados por la empresa demandada y por Nación Seguros de Vida SA, Nación Seguros de Retiro

SA y Nación AFJPSA, con la posibilidad de percibir comisiones, circunstancia que indefectiblemente genera un indicio a su favor en cuanto al real horario cumplido, resultando inverosímil el pactado de 14 horas mensuales, pues tratándose de una labor de persuasión, destinada a captar suscriptores de productos bancarios y de seguros de retiro individual, se estima que no podría ser cumplida con éxito en el exiguo tiempo que surge del convenio suscripto por las partes (sala 5^a, 16/6/2006, "Stigliano, Marta v. Banco de la Nación Argentina").

El trabajador que percibía un salario básico más comisiones no está comprendido en las excepciones de la Ley de Jornada, porque el art. 11, inc. b), dec. 16.115/1933 exceptúa a cobradores o investigadores de cobranzas y corredores que sean remunerados exclusivamente a comisión (sala 3^a, 9/4/2001, "Hospital, Jorge Omar v. Molinos Río de la Plata SA").

Corresponde considerar a los conductores de automóviles con taxímetro incluidos en las excepciones de la ley 11.544, ya que las previsiones del art. 11, dec. reg. 16.115/1933 deben ser interpretadas de acuerdo con el fundamento racional considerado para establecerlas y la situación del peón de taxi se asimila a la de los cobradores y corredores remunerados exclusivamente a comisión, que tienen disponibilidad respecto de su horario, porque pueden interrumpir sus tareas sin conocimiento ni control de la empleadora (sala 3^a, 12/9/2002, "Farías, Juan Carlos v. López, Gustavo Miguel").

A modo de ejemplo se puede hacer referencia a lo que ha resuelto la jurisprudencia en lo atinente al régimen de jornada en tareas de vigilancia (vigiladores), personal jerárquico y trabajadores remunerados a comisión.

b) 1. *El trabajo intermitente* es aquel que no obstante exigir la permanencia del trabajador en el lugar de trabajo, no lo obliga a una prestación continua de servicios (por ejemplo, encargados, ascensoristas, serenos, etc.). El Poder Ejecutivo está facultado para condicionar mediante reglamentos especiales cuestiones atinentes a la jornada —la hora de comienzo y finalización— y los horarios de los descansos fijos intercalados.

Estos reglamentos, para cada industria, rama de industria, comercio o actividad, determinarán los casos en que se podrá autorizar el aumento de la permanencia en el local de trabajo (art. 12, dec. 16.115/1933). Los reglamentos especiales que se dicten para cada actividad específica determinarán las excepciones permanentes y temporarias y fijarán los límites máximos de prolongación de la jornada.

El Convenio 30 de la OIT fija que los reglamentos de la autoridad pública determinarán las excepciones permanentes que puedan ser concedidas

para "ciertas clases de personas cuyo trabajo sea intermitente, a causa de la naturaleza del mismo, como, por ejemplo, los conserjes y las personas empleadas en trabajos de vigilancia y conservación de locales y depósitos".

La res. 146/1945 STP autorizó para los serenos una jornada de 12 horas diarias, siempre que dichas tareas no requieran sino su mera presencia en el lugar que deben custodiar.

2. *El trabajo preparatorio o complementario* (art. 4º, inc. a], ley 11.544) es el que necesariamente se debe efectuar fuera de la jornada legal, resultando imprescindible para poner en marcha el establecimiento o finalizar la labor diaria (por ejemplo, encendido de fuegos, calentamiento de hornos, atención de clientes que han quedado en el local a la hora de cierre, realización de balances e inventarios, etc.).

3. *El trabajo por equipo* es el que realiza un número cualquiera de empleados u obreros cuya tarea comienza y termina a una misma hora y que, por su naturaleza, no admite interrupciones y aquel cuya tarea esté coordinada de tal forma que el trabajo de unos no pueda realizarse sin la cooperación de los demás (art. 10, dec. 16.115/1933).

Es una forma de organizar y ejecutar las tareas, generalmente en forma de turnos rotativos integrados por uno o más trabajadores, que no admite interrupción (los servicios de guardia) o que su funcionamiento depende de la prestación de los otros (una orquesta); el Convenio 1 de la OIT hace referencia al trabajo de funcionamiento continuo (altos hornos).

Hay industrias en las cuales, por el tipo de actividad, las tareas no pueden interrumpirse durante el día, sino que deben ser continuas; por ejemplo, en las industrias de altos hornos, los obreros trabajan por equipos que se reemplazan sucesivamente unos a otros. Ello produce que dichos turnos roten y que no se pueda cumplir estrictamente con la limitación de la suma de 48 horas.

En este caso, la duración de la jornada puede prolongarse más allá de las 8 horas por día y de las 48 semanales, distribuyendo las horas de labor en un período de tres semanas consecutivas. Porende, el límite no es de 48 horas semanales, sino de 144 en 18 días laborales, sin que el trabajo semanal pueda exceder de 56 horas. Consecuentemente, las horas de trabajo dentro del ciclo no excede, en promedio, las 8 horas por día o las 48 semanales (art. 2º, dec. 16.115/1933).

El horario de los turnos rotativos por lo general es de 6 a 14, de 14 a 22 y de 22 a 6, con rotación semanal. Del art. 9º, ley 11.544, y del decreto surge que en los trabajos por equipos se puede trabajar hasta 8 horas nocturnas mientras se otorgue un descanso de un día cada siete cuando la prestación alcance a una semana.

El art. 200, LCT, exime a los horarios rotativos del trabajo por equipos del límite de 7 horas diarios de trabajo nocturno y abandona la tendencia de entender trabajo por equipos al de turnos rotativos y alternados, fijando un criterio amplio que abarca los casos en que es imprescindible para asegurar la continuidad de la explotación, por necesidad o conveniencia económica y por razones técnicas inherentes a la explotación.

El art. 197 habilita al empleador a distribuir y diagramar los horarios, incluso bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos y dispone que no está sujeto a la previa autorización administrativa.

La jornada por turnos rotativos no necesariamente debe responder a que la naturaleza de la actividad no admita interrupciones, porque el art. 202, LCT, en primer término, asimila al trabajo por equipos con el de turnos rotativos y, por otra parte, admite dicha modalidad aun cuando sólo se deba a conveniencia económica (sala 3^a, 19/5/2003, "Ricotti, Oscar I. v. Kimberly Clark Argentina SA").

Jurisprudencialmente se ha resuelto que el art. 3º, inc. b), ley 11.544, establece que cuando los trabajos se efectúan por equipos, su duración podrá ser prolongada más allá de las 8 horas por día y de las 48 semanales y que en esos casos no habrá recargo de salarios por las horas complementarias cuando dentro de las tres semanas no se exceda el número que admite la ley (Sup. Corte Bs. As., 28/2/1978, "Simoncini, Ángel O.", LI.XXVIII): no se puede exceder las 144 horas en un lapso de tres semanas y las tareas realizadas durante los días destinados al descanso semanal no deben ser retribuidas con el recargo que corresponde por trabajo extraordinario, sino que dan derecho a un descanso compensatorio.

El párr. 1º del art. 202, LCT, dispone que el descanso semanal de los trabajadores que prestan tareas bajo este régimen debe ser otorgado al término de cada ciclo de rotación y dentro del funcionalismo del sistema. En la práctica cada trabajador descansa una vez a la semana y es reemplazado por un relevante del grupo, lo cual permite que la producción no sea suspendida.

I) Trabajos exceptuados de la jornada máxima de la ley 11.544.

- a) trabajos sin jornada máxima por el carácter del empleo (personal de dirección o vigilancia);
- b) trabajos con jornada especial en razón de la índole de la actividad o de la organización del trabajo en la empresa, en el cual la jornada diaria puede exceder limitadamente la jornada máxima:
 - 1) trabajos intermitentes; 2) preparatorios o complementarios; y 3) equipos.

II) Trabajos con jornada máxima sobre la que se puede obligar, excepcionalmente, a trabajar horas extraordinarias.

- a) auxilios o ayudas extraordinarias en horas suplementarias para casos de peligro grave e inminente, accidente ocurrido o inminente y caso de fuerza mayor, en que sin necesidad de autorización administrativa pero con comunicación posterior pueden trabajarse horas extraordinarias sin límite legal;
- b) cuando en forma temporaria, previa reglamentación, se autorice a trabajos en horas suplementarias para hacer frente a demandas extraordinarias.

II. Trabajos con jornada máxima sobre la cual se puede obligar, excepcionalmente, a trabajar horas extraordinarias

a) También está permitida la prolongación de la jornada como medida necesaria para evitar un inconveniente serio en la marcha regular del establecimiento y cuando el trabajo no puede ser realizado en la jornada normal (se debe comunicar ese hecho a las autoridades de aplicación): casos de fuerza mayor, accidente ocurrido o inminente, trabajos de urgencia en máquinas o herramientas, instalaciones o edificios afectados a ellas, no imputables al empleador, tanto en establecimientos industriales como mercantiles (art. 14, dec. 16.115/1933).

Las horas que se recuperen por causas no provenientes del trabajador no deberán exceder de 1 hora diaria a la jornada legal, y esta recuperación no da lugar al pago de recargo (art. 16, dec. 16.115/1933).

El Convenio 1 de la OIT establece que “el límite de horas de trabajo previsto en el art. 2º podrá ser sobrepasado en caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deben efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o en las instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa” (art. 3º).

El Convenio 30 de la OIT hace referencia a los casos necesarios “para prevenir la pérdida de materias perecederas o evitar que se comprometa el resultado técnico del trabajo” (art. 7º).

b) En virtud de exigencias excepcionales de la economía nacional, o de la empresa con demanda extraordinaria de trabajo, el art. 4º, inc. b), ley 11.544, contempla las *excepciones temporarias* que permiten el trabajo de un número limitado de horas suplementarias —que deben ser pagadas sin recargo—, previa autorización de la autoridad de aplicación.

JORNADA NORMAL DIURNA

Es la comprendida entre las 6 y las 21 horas (en el caso de menores hasta las 20 horas). La ley 11.544 determina que *la jornada máxima en todo el ámbito nacional es de 8 horas diarias o 48 semanales*.

Cabe recordar que el Convenio 1 de la OIT, sobre jornada de trabajo, la limitó a 8 horas diarias y 48 semanales.

La aparente e insignificante diferencia del nexo coordinante —“o” por “y”— resulta trascendente desde el punto de vista práctico a los fines no sólo de establecer la extensión de la jornada normal diaria y semanal, sino también para determinar cuándo se trabajan horas extraordinarias, todo ello con la evidente implicancia en el monto de la remuneración del trabajador.

La cuestión a dilucidar es si prevalecen las 8 horas diarias sobre las 48 semanales o viceversa, o bien si no pueden ser superadas las 8 diarias ni las 48 semanales. Cabe adelantar como respuesta que *la limitación es alternativa*, lo cual implica que, en principio, *prevalece el tope de 48 horas semanales sobre el de 8 diarias*, pero no en todos los casos, sino *sólo cuando se dispone una jornada desigual*.

Como regla, se puede establecer que *hay trabajo extraordinario cuando son excedidas las 48 horas semanales en total, o las 9 horas diarias*; este criterio surge del dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, que fue recogido posteriormente por la ley 18.204 y se relaciona con lo establecido en el art. 197, LCT.

Dicha norma consigna que “la distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador y la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos, no estará sujeta a la previa autorización administrativa, pero aquél deberá hacerlos conocer mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores. Entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce horas”.

Al no efectuar la norma ninguna distinción, se debe entender que no es aplicable sólo al trabajo por equipo, sino también a cualquier diagramación horaria.

De la disposición transcripta surge que *la distribución de las horas de trabajo es una facultad del empleador*, que, como toda potestad, debe ser ejercida razonablemente, sin alterar las modalidades esenciales del contrato ni causar perjuicio material ni moral al trabajador (art. 66, LCT).

El dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, establece en el art. 1º, inc. b), que en caso de distribución desigual de la jornada entre los días la-

borables, cuando la duración del trabajo de uno o varios días sea inferior a 8 horas, el exceso de tiempo de trabajo por encima de la jornada legal (8 horas) no podrá ser mayor a una hora diaria (hasta 9 horas), y las tareas del día sábado deberán terminarse a las 13 horas.

Es decir que *las 48 horas semanales se pueden distribuir desigualmente entre los días laborales de una semana a condición de no exceder las 9 horas diarias y que no se trabaje los sábados después de las 13* (9 horas de lunes a viernes y 3 horas el sábado).

La ley 11.544 establece una jornada de 8 horas diarias y 48 semanales, en tanto el dec. 16.115/1933 autoriza la distribución desigual del tiempo semanal de trabajo, siempre que no se trabajen más de 9 horas diarias: las que excedan el límite diario o semanal se consideran horas extraordinarias (art. 201, LCT). El inc. b), en consonancia con el art. 197, párr. 1º, LCT, dispone: “Se considera tiempo de trabajo el transcurrido desde la hora de iniciación de los servicios hasta la terminación de los mismos, incluso los lapsos fijados para llevar a cabo las obligaciones previas y posteriores” (sala 3^a, 31/8/2005, “Ministerio de Trabajo v. Transfer Line SA”).

Si, por ejemplo, en un establecimiento se trabaja 9 horas de lunes a viernes y los sábados 3 horas (entre las 10 y las 13 horas), la novena hora no se debe retribuir con recargo justamente porque tanto el art. 197, LCT, como el art. 1º, inc. b), dec. 16.115/1933, admiten la distribución desigual de las 48 horas en la semana, siempre que no se excedan las 9 horas diarias ni se trabaje después de las 13 horas los sábados.

En cambio, si se trabaja los lunes 8 horas y de martes a viernes 10 horas, a pesar de ser una jornada desigual y no exceder las 48 horas semanales, se ha trabajado más de 9 horas diarias; en este caso, la décima hora de martes a viernes es extraordinaria.

JORNADA NOCTURNA

El art. 200, LCT, y el art. 2º, ley 11.544, establecen que la jornada de trabajo nocturna es *la que se cumple entre la hora veintiuna de un día y la hora seis del día siguiente. Lo que importa es que el trabajo sea realizado de noche, sea habitual o excepcional, transitoria o permanentemente*. Su duración no puede exceder las 7 horas por jornada.

Esta limitación no tiene vigencia cuando se aplican los horarios rotativos del régimen de trabajo por equipos. Si bien el artículo no fija un tope semanal, cabe estimarlo en 42 horas. En la jornada nocturna también se puede admitir una distribución desigual en la semana.

El trabajo nocturno debe ser remunerado de la misma forma que el diurno, es decir que un trabajador que presta servicios en jornada nocturna, y por lo tanto trabaja 7 horas diarias y 42 semanales, debe percibir la misma remuneración que el que trabaja en una jornada normal de 8 horas diarias o 48 semanales.

La LCT fija las pautas a utilizar cuando el trabajador presta servicios en una *jornada mixta diurna y nocturna*, es decir cuando trabaja una parte durante el día y otra por la noche.

El párr. 1º *in fine*, del art. 200, LCT, dispone que cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora nocturna trabajada.

Es decir que *1 hora de jornada nocturna equivale a 1 hora y 8 minutos de jornada normal*. Si de todos modos el trabajador presta tareas durante 8 horas (jornada normal), el empleador debe pagar por cada hora nocturna trabajada 8 minutos de exceso como tiempo suplementario según las pautas del art. 201 (con el 50% o 100% de recargo).

Por lo tanto, tratándose de una jornada íntegramente nocturna, la octava y la novena hora se deben pagar como una hora y ocho minutos cada una (con los recargos), y las primeras siete horas en forma normal.

Por ejemplo, en caso de que un trabajador ingrese a las 4, teniendo en cuenta que la jornada nocturna comienza a las 21 y se extiende hasta las 6 horas, ese dependiente trabajará en una jornada mixta. Como la hora nocturna equivale a 1 hora y 8 minutos de jornada normal, y trabaja 2 horas nocturnas (de 4 a 6), esas 2 horas nocturnas trabajadas equivalen a 2 horas y 16 minutos.

El empleador tiene aquí dos alternativas: 1) que el dependiente trabaje sólo el tiempo faltante para completar la jornada normal, es decir, 5 horas y 44 minutos y por lo tanto concluya su jornada a las 11.44, o sea, 16 minutos antes; o 2) que trabaje las 8 horas, es decir, hasta las 12, en cuyo caso deberá pagar los 16 minutos como hora extraordinaria, o sea, con el 50% de recargo: lo que se trabaja en exceso de la jornada normal mixta es trabajo extraordinario.

Jurisprudencialmente se ha decidido que si al adicionararse los 8 minutos por cada hora nocturna la jornada mixta supera las 8 horas sin alcanzar las 9, de manera que la semana es inferior al límite de 48, no existe el derecho al cobro de horas extras (sala 5^a, 10/12/1991, “Román, Ramón v. Club Hípico Argentino”; sala 6^a, 27/10/1995, “Yapura, Edmundo v. Edelim SCA”; sala 2^a, “Sociedad Service SA” TySS 2000-730).

La sola circunstancia de que se hubiese prestado el trabajo parte en horario diurno y parte en horario nocturno no justifica el reclamo de los 8 minutos.

tos de recargo cuando el trabajo efectivo duró sólo 7 horas por jornada, no superando el patrón de medida que es la jornada máxima legal de 8 horas diarias para la jornada mixta, art. 9º, párr. 2º, dec. 16.115/1933.

Actualmente no existe para las mujeres ninguna prohibición de realizar trabajo nocturno, ya que la norma que lo prohibía (art. 173, LCT) fue derogada por la ley 24.013.

En cambio, los menores de 18 años —de ambos sexos— no pueden ser ocupados en trabajos nocturnos, entendiéndose por ellos —en el caso de los menores— los comprendidos entre las 20 y las 6 del día siguiente.

En el caso de los menores varones de más de 16 años, la prohibición es más limitada: no pueden ser ocupados entre las 22 y las 6 horas del día siguiente en establecimientos fabriles que desarrollen tres turnos diarios durante las 24 horas del día (art. 190, párr. 3º, LCT).

JORNADA INSALUBRE

Es la jornada que *se desarrolla en lugares que por las condiciones del lugar de trabajo, por las modalidades o por su naturaleza, ponen en peligro la salud de los trabajadores y que la autoridad administrativa determinó como insalubres.*

El art. 2º, ley 11.544, y el párr. 3º del art. 200, LCT, establecen que en caso de trabajo insalubre *la jornada máxima no podrá exceder de 6 horas diarias y 36 semanales.*

La limitación legal tiene su *fundamento en la protección de la salud psicofísica del trabajador.*

La declaración de la insalubridad depende, en la actualidad, de una evaluación particular de cada caso para establecer la presencia de un agente hostil o un producto nocivo para la salud, por lo cual no se puede determinar, como se hacía anteriormente, que determinadas actividades o productos resultan insalubres *per se.*

La calificación de la insalubridad de una tarea debe surgir necesariamente de una resolución de la autoridad administrativa con fundamento en dictámenes médicos; por lo tanto, no hay trabajo insalubre sin una declaración de la autoridad administrativa en tal sentido.

Lo expuesto lleva a que en la práctica se deba hacer referencia a jornada o trabajos prestados en condiciones de insalubridad, ya que no hay tareas ni lugares insalubres en sí mismos. Un lugar o una tarea puede ser insalubre y dejar de serlo. En 1930 un decreto fijaba un listado de tareas insalubres; actualmente el criterio es más amplio y flexible.

No es facultad de los tribunales del trabajo la determinación de salubridad e insalubridad de los lugares o establecimientos de trabajo, ya que ello surge *ministerio legis* o es facultad del Poder Ejecutivo en ejercicio del poder de policía del trabajo.

El trabajador que expone una pretensión fundada en el carácter insalubre de su tarea o de las condiciones en que las realiza debe citar la norma preexistente, genérica o específica, declarativa de la insalubridad pretendida, siendo improcedente la pretensión de que la misma sea efectuada *ad hoc* por vía de sentencia judicial.

Se ha resuelto que está vedado a los jueces disponer por la vía de un proceso ordinario el carácter insalubre o no de las tareas en un establecimiento, porque tal declaración debe preceder a la contienda judicial. Más allá de las pruebas que puedan haberse aportado y la valoración que pueda efectuarse de ellas, lo cierto es que no existiendo resolución administrativa que declare la insalubridad de las tareas, no cabe posibilidad alguna de que lo haga el tribunal (sala 10^a, 13/9/2002, “Mascaro, Argentino A. y otros v. Frigorífico Bancalari SA”; en igual sentido, sala 10^a, 26/6/2006, “Casimiro, Pedro Miguel y otros v. Aceros Zapla SA”; y sala 5^a, 26/9/2006, “Tarifa, Francisco y otros v. Aceros Zapla SA”).

La res. 853 del 29/10/2004 aclaró que “...las tareas de Aceros Zapla SA, calificadas por la res. 161/2001 como penosas, riesgosas y/o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, son distintos de las denominadas insalubres, en los términos del art. 200, LCT...”, y que la mencionada res. 161/2001 “...regula situaciones de índole exclusivamente provisionales, tal como versa la legislación aplicada y no constituye declaración de insalubridad...” —art. 3º— (sala 2^a, 11/9/2006, “Escalera, Orlando y otros v. Aceros Zapla SA”).

Esta resolución del Ministerio de Trabajo es recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —en la Capital Federal— o ante el juez federal que corresponda —en otras jurisdicciones— (art. 200, párrs. 3º y 4º, LCT).

La problemática relativa a los temas vinculados con la salud del hombre trabajador hay que resolverla sin una exégesis *ad litteram* del art. 200, LCT, y conferir a la norma en análisis un contenido necesariamente amplio y por ende comprensivo del supuesto analizado en esta causa, o sea aquel en que el acto administrativo desconoce la existencia de condiciones de trabajo insalubre.

La declaración administrativa es recurrible ante los órganos judiciales laborales de la Capital Federal, en los términos, formas y procedimientos que rijan en la misma, para la apelación de sentencias. Cabe tener en cuenta que,

en lo atinente a la revisión en sede contenciosa de los actos administrativos emanados de autoridades nacionales, la necesaria integración jurisprudencial del insuficiente art. 200, LCT, debe ser realizada teniendo en cuenta el lugar de asiento de la autoridad administrativa respectiva (Corte Sup., 19/11/1987, ED 1988-27).

Si al efectuar una inspección la autoridad de aplicación constata el desempeño de tareas en condiciones de insalubridad, es decir que advierta la presencia de agentes agresivos para la salud de los trabajadores, debe, previamente, intimar al empleador para que —en un plazo razonable— aadecue el lugar, el establecimiento o la actividad, realizando las modificaciones necesarias para que reúna las condiciones de salubridad y no resulte perjudicial para los trabajadores.

Si la empresa no da cumplimiento a los requerimientos solicitados, la autoridad administrativa declara la insalubridad; esta declaración queda sin efecto si desaparecen las causas que la motivaron. Si a pesar de los cambios técnicos efectuados, o los medios de protección introducidos, la autoridad de aplicación se niega a dejar sin efecto la declaración de insalubridad, el empleador también podrá recurrir a la justicia (art. 200, párrs. 2º y 4º).

Jurisprudencialmente se ha resuelto que si bien el art. 200, LCT, en su párr. 3º, expresa que la insalubridad no existiría sin declaración previa de la autoridad de aplicación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —a partir del caso “Aphelhans y otros v. JC Sieburger” (20/9/1967, LT XVI-265)— estableció que no es la resolución la que constituye al trabajo insalubre, sino que este hecho se determina en forma objetiva por medio de la inspección.

Por lo tanto, los efectos de la declaración respectiva deben correr a partir del momento en que se efectuó dicha inspección, que puso en marcha el procedimiento de determinación administrativa de las condiciones de trabajo.

En cuanto a la *remuneración en la jornada insalubre*, el dependiente que presta tareas en esas condiciones y que, por ende, trabaja 6 horas diarias y 36 semanales, *debe percibir la misma remuneración que el que trabaja 8 horas diarias o 48 semanales en una jornada normal*.

En consecuencia, *6 horas de trabajo insalubre equivalen a 8 horas de trabajo normal*, lo cual significa que la hora en la jornada insalubre “vale más” que la hora de la jornada normal.

Puede suceder que el dependiente, durante la jornada de trabajo, preste servicios una parte del tiempo en trabajos declarados insalubres y otra realizando tareas normales; a esto se denomina *jornada mixta normal e insalubre*. El límite a la jornada insalubre mixta es de *tres horas insalubres* (conf. dec. reg. ley 11.544); si se excede dicho tope, se debe aplicar la jornada de 6 horas.

El dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, incurrió en un error al establecer la equivalencia de una hora insalubre en 1 hora y 33 minutos de la normal. La equivalencia correcta es que *una hora insalubre equivale a 1 hora y 20 minutos de jornada normal*.

Por ejemplo, si un dependiente tiene un horario de trabajo de 9 a 17 y trabaja en tareas insalubres durante las primeras 3 horas (de 9 a 12), estas 3 horas equivalen a 4 normales; por lo tanto, para completar el trabajo normal de 8 horas restarían 4 y el trabajador concluiría su jornada de trabajo a las 16. Es decir que en este caso trabaja en forma efectiva 7 horas pero cobra como si hubiese trabajado 8.

Está absolutamente prohibido el cumplimiento de horas extraordinarias en la jornada insalubre: no pueden ser realizadas ni con autorización administrativa; ello es así en virtud del fundamento de la limitación de la extensión de la jornada, que es la protección de la salud del trabajador.

Pero si de todos modos se viola esta prohibición, se configura un supuesto de trabajo de objeto prohibido (art. 40, LCT); como la prohibición no es oponible al trabajador, el empleador debe pagar el recargo por la realización de las horas extraordinarias y soportar las sanciones inherentes a la infracción legal.

En cambio, resulta admisible la realización de horas extras en el caso de jornada mixta insalubre.

Las mujeres y los menores de 18 años no pueden desempeñar tareas declaradas insalubres. La misma prohibición rige para las tareas penosas, peligrosas o riesgosas (arts. 176 y 196, LCT). En realidad, la categoría de jornada de tareas penosas, mortificantes o riesgosas (art. 200 *in fine*, LCT) no está vigente, ya que requiere de una ley nacional que debía haberla fijado y que nunca se sancionó.

La declaración de tareas como penosas y/o riesgosas y/o determinantes de vejez o agotamiento prematuro (sólo para efectos previsionales especiales) a distintos sectores de un determinado proceso productivo no importa la declaración de insalubridad contenida en el art. 200, LCT.

El campo de la seguridad e higiene industrial está reglamentado por las leyes 19.587 y 24.557 y los decs. 351/1979, 295/2003 y concs., los cuales establecen claramente los límites de exposición para cada microclima laboral, entendiéndose que la tarea riesgosa o determinante de vejez o agotamiento prematuro se encuentra dentro de esos límites, determinándose una “jubilación anticipada” a efectos de salvaguardar la integridad de los trabajadores, ya que la susceptibilidad individual es muy distinta entre las diferentes personas que realicen una misma tarea, pero siempre sin exceder valores de ley.

Si el trabajador prestó servicios en una carga horaria en exceso sobre la jornada reducida por insalubridad, la circunstancia de que el trabajo pueda considerarse prohibido en las dos horas que exceden de la jornada que le correspondía cumplir, atento a la declaración de insalubridad emanada de la autoridad de aplicación, no obsta a la condición de extraordinarias que cabe asignar a esas dos horas laboradas en exceso por el trabajador con los recargos pertinentes, ya que la prohibición del objeto del contrato siempre está dirigida al empleador. Si el empleador, no obstante la prohibición, hizo cumplir a sus dependientes una jornada de ocho horas en lugar de las seis que correspondían, no resulta lógico que abone “en principio” las tareas prestadas en dicha forma como si se tratara de horas comunes.

Por razones de higiene, es evidente que no puede exigirse la realización de horas extra cuando la jornada que corresponde cumplir es la de seis horas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 200, LCT, por lo que si a pesar de dicha valla legal la empleadora violó la ley y se benefició con el trabajo prestado en exceso de la jornada legal y en perjuicio de la salud de sus dependientes, no parece razonable ni equitativo que se la convine a abonar las tareas prestadas en esa forma como si se trataran de horas simples.

Sin embargo, el art. 200, LCT, regulatorio de la jornada cumplida en tareas insalubres, no deja lugar a dudas en cuanto a la manera y requisitos para que determinada labor sea calificada de ese modo.

En el marco de las horas trabajadas en exceso, cabe recordar lo entendido por la sala 7^a en el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial (30/6/2001, “Rodríguez, Jorge v. Artes Gráficas Rioplatenses SA”): “A las horas trabajadas más allá de la jornada pactada en un contrato a tiempo parcial, no se les puede otorgar el efecto característico del trabajo extraordinario, porque es propio de un objeto prohibido, y, en consecuencia, corresponde sean abonadas en forma simple y sin recargos legales”.

El art. 200, LCT, dispone que la calificación con el carácter de insalubre debe ser realizada por la autoridad de aplicación, a lo cual cabe agregar que debe tener fundamento “en dictámenes médicos de rigor científico” y, por otro lado, que al constatar las condiciones y efectivamente ellas encuadraran en las reguladas por el artículo mencionado anteriormente, debe previamente intimarse al empleador a que las adegue y recién en caso de incumplimiento de ello podrá efectuarse la declaración de insalubridad.

La sala 10^a (26/6/2006, “Casimiro, Pedro M. y otros v. Aceros Zapla SA”) ha sostenido en su voto de mayoría que la insalubridad no existe sin declaración previa de la autoridad de aplicación (autoridad administrativa), por

lo que más allá de las pruebas que puedan aportarse en el proceso judicial ordinario y la valoración pertinente, no cabe posibilidad alguna —por carecer de dichas facultades— de que un tribunal del trabajo declare la insalubridad de las tareas. En el caso en particular, si bien los reclamantes afirmaban que las tareas por ellos desempeñadas fueron declaradas insalubres mediante resoluciones de la Dirección Provincial del Trabajo de la provincia de Jujuy, lo cierto es que —de acuerdo con lo que surge de las constancias de autos—, a instancias de la propia demandada y luego de una serie de estudios técnicos e informes de un especialista, la Dirección Provincial del Trabajo, mediante res. 161 del 2001, declaró "...como tareas penosas y/o riesgosas, y/o determinantes de vejez o agotamiento prematuro [...] a los trabajos realizados por los operarios de la empresa Aceros Zapla SA 'a efectos exclusivamente previsionales'", de conformidad con lo prescripto por el dec. 4257/1968 (que establece un régimen de jubilaciones para quienes cumplan precisamente ese tipo de trabajo).

Es decir que la solicitud y la consecuente declaración administrativa tenían como finalidad que los trabajadores de la empresa pudieran jubilarse con menos años de edad y de servicios.

Por lo tanto, la declaración de insalubridad mencionada, a efectos exclusivamente previsionales y con base en el dec. 4257/1968, no puede asimilarse a una declaración administrativa de insalubridad en los términos del art. 200, LCT; toda vez que —como se ha dicho anteriormente, en un caso de aristas similares al presente— la insalubridad está contemplada para las situaciones enumeradas en el art. 6º, decreto reglamentario de la ley 11.544, y otros decretos del Poder Ejecutivo que regulan situaciones específicas; en cambio, el dec. 4257/1968 contempla situaciones diferentes e impone diferentes requisitos para acceder a la jubilación, mayormente sin declaración de insalubridad (sala 7^a, 23/11/2005, "González, Mauricio y otros v. Aceros Zapla SA", DT 2006-A-591).

En síntesis, se consideró que no existiendo por parte de la autoridad de aplicación —en el caso Dirección Provincial del Trabajo de la provincia de Jujuy— una declaración expresa de insalubridad de las tareas desarrolladas por los actores, en los términos del art. 200, LCT, de ningún modo podía el tribunal otorgar dicho carácter a las labores en cuestión, mediante la aplicación analógica de una resolución dictada a efectos previsionales y, menos aún, con fundamento en el informe de condiciones ambientales realizado por el perito ingeniero, designado previamente al dictado de la res. 161/2001, por cuanto todo ello implicaría la atribución de facultades ajenas al cuerpo.

— *Res. 434/2002 MTEySS*: La res. 434/2002 MTEySS (BO del 25/6/2002) establece que la declaración de insalubridad del lugar o ambiente de trabajo es competencia exclusiva de la administración laboral provincial o, en su caso, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, correspondiente al domicilio del establecimiento laboral.

La declaración de insalubridad de un establecimiento corresponde al ejercicio propio del poder de policía, que es un poder local que las provincias no han delegado al gobierno federal (art. 104, CN).

La resolución ratifica que son las administraciones laborales provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las encargadas de establecer la declaración de insalubridad de un lugar o ambiente de trabajo. Sin embargo, en la práctica habitualmente esas facultades propias de las provincias eran delegadas por éstas al gobierno nacional.

Por ejemplo, el 9/4/1986 se suscribió un acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y la provincia de Buenos Aires, por el cual el gobierno de la provincia de Buenos Aires, si bien en general ejerce las funciones concernientes al área administrativo-laboral en todos los casos en que su intervención esté determinada por leyes nacionales o provinciales, admite que la calificación y determinación de insalubridad es materia exclusiva y excluyente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación a través del organismo técnico competente.

La res. 344/2001, que introdujo modificaciones a la res. 695/1999, amplió la competencia de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, asignándole la atribución de declarar la insalubridad de los lugares y ambientes de trabajo.

Esto produjo la imposibilidad de la Anses de aceptar, a los fines de la aplicación del inc. f) del art. 2º, dec. 4257/1968, las declaraciones de insalubridad efectuadas por las administraciones locales, lo cual, además, colisionaba con la indelegabilidad del ejercicio del poder de policía.

La res. 434/2002 MTEySS corrige esa equivocación al re establecer la competencia en forma exclusiva de la administración laboral provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para declarar la insalubridad del lugar o ambiente de trabajo, sin perjuicio de la colaboración y asistencia que éstas puedan requerirle a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

De todos modos, aun cuando se le asigna la competencia exclusiva, se deja asentado que para que dicha declaración de insalubridad pueda hacerse valer ante la Anses debe ser debidamente fundada y dictada en actuaciones en las que consten los procedimientos y evaluaciones técnicas que se llevaron a cabo para producirla.

Para ello, dispone que dentro de los treinta días corridos a contar desde la fecha de publicación de la resolución, el Consejo Federal del Trabajo, por medio de su Comisión Técnica de Policía del Trabajo, y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a través de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y de la Anses, elaborarían estándares y parámetros normalizados que regulen el procedimiento y requisitos que deben cumplir las actuaciones mencionadas.

Prevé que en aquellas actuaciones en las que la Anses objetare fundadamente la declaración de insalubridad producida por la administración laboral, se deberá requerir un dictamen técnico de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y, de corresponder, remitir las actuaciones para su resolución al Consejo Federal del Trabajo, ante quien se agotaría la vía administrativa.

Asimismo, aclara que en aquellas actuaciones en trámite a la fecha de publicación de la resolución, la Anses, de considerar objetables las declaraciones de insalubridad allí obrantes, cuenta con un plazo de treinta días corridos a contar de esa fecha para cumplir con el procedimiento descripto.

En estos supuestos, tanto la Superintendencia de Riesgos del Trabajo como el Consejo Federal del Trabajo deberán cumplir sus respectivos cometidos en un plazo máximo de treinta días, cada uno de ellos contados a partir de la fecha en que reciban las actuaciones.

— *Res. 212/2003 MTEySS (BO del 2/5/2003)*: Esta resolución aprueba el procedimiento para calificar el carácter de lugares, tareas o ambientes de trabajo como normales o insalubres.

Previo a declarar la insalubridad o salubridad de un determinado establecimiento, sección o puesto de trabajo, se debe efectuar una inspección inicial, la cual debe contener como mínimo un relevamiento estadístico de datos, de carácter enunciativo, que son:

- a) Encabezamiento (fecha y hora de realización, domicilio y localidad, razón social, actividad principal y secundaria, etc.);
- b) Descripción del ambiente del puesto de trabajo involucrado (aspectos constructivos, iluminación, ventilación, agentes físicos, agentes químicos, agentes biológicos);
- c) Descripción de la tarea en el sector o puesto involucrado (operatividad, frecuencia y duración de la tarea, máquinas, materias primas, formas de uso de las mismas, etc.);
- d) Medidas preventivas adoptadas (evaluaciones de contaminantes ambientales realizadas, capacitación del personal en materia de higiene y seguridad, normas de procedimientos generales y específicas, entrega de elementos de protección personal);

e) Servicio de Medicina del Trabajo (responsable del servicio, antecedentes de importancia observados en el legajo médico, evaluación de exámenes preocupacionales y periódicos, constatado por profesional médico laboral, de acuerdo con la LRT);

f) Servicio de Higiene y Seguridad (responsable del servicio, análisis de estudios ambientales del sector o puesto de trabajo, análisis de las actuaciones en materia de higiene y seguridad llevado a cabo por el responsable del servicio o la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, relacionado con el sector o puesto de trabajo en cuestión, incluyendo las evaluaciones de riesgos realizadas y las medidas preventivas adoptadas).

Con el informe de la inspección, el organismo laboral provincial debe establecer los pasos a seguir para la prosecución del trámite e investigación encuadrándolo dentro del marco legal correspondiente en materia de insalubridad, a saber: a) art. 6º, dec. s/n del 11/3/1930, reglamentario de la ley 11.544 y/o leyes o decretos específicos existentes; o b) decretos de excepción al listado del art. 6º o art. 200, LCT, para aquellas actividades no contempladas en a).

Si de la evaluación realizada surge que el lugar, el ambiente o la tarea realizada no se encuentran adecuados a la legislación vigente, se debe notificar a las partes interesadas en el procedimiento e intimar al infractor para que dentro del plazo establecido acomode las instalaciones a las exigencias impuestas. El plazo debe ser acorde con los trabajos que se deban realizar para reacondicionar el lugar.

La intimación se extiende también a la exhibición de la documentación médica acorde con la normativa vigente, necesaria para la evaluación del tema en cuestión y su relación con los riesgos existentes en el trabajo.

El empleador, dentro del plazo que se fije, puede efectuar su descargo, pudiendo requerir al organismo laboral que especifique los medios utilizados para la realización de las evaluaciones ambientales que se hayan confeccionado, en particular la técnica de muestreo implementada y los estándares de calidad garantizados por el laboratorio interviniente.

Vencidos los plazos acordados, se procede a verificar el cumplimiento de lo intimado, y en caso de adecuación parcial y/o total se evalúa nuevamente el ambiente de trabajo a efectos de identificar la efectividad de las mejoras implementadas.

Si las condiciones fueron adecuadas, se realiza un informe técnico que especifique dicha situación y su posterior notificación a las partes interesadas, concluyendo el procedimiento. De lo contrario, se realiza un informe

técnico médico dejando constancia de la persistencia de los incumplimientos intimados o de la ineficacia de las medidas adoptadas, emitiendo una opinión fundada científicamente.

El área legal del organismo debe emitir un dictamen final evaluando todo lo actuado y su relación con la legislación existente en materia de insalubridad y normas anexas o relacionadas, calificando las tareas y su encuadre legal.

Con todos esos elementos el organismo laboral provincial debe emitir una resolución administrativa declarando la insalubridad o el levantamiento de la insalubridad existente, el cual debe contener como mínimo los siguientes aspectos:

a) Los considerandos: una descripción de las acciones realizadas, los resultados hallados y los fundamentos del dictamen legal que permitan evaluar la parte resolutiva;

b) La parte resolutiva: la calificación del carácter de las tareas con su encuadre legal, mencionando cada actividad o sector involucrado, el nombre y ubicación del establecimiento y los datos de la razón social.

Esta resolución debe ser notificada a la parte interesada, quien puede efectuar las impugnaciones de conformidad con lo establecido en el art. 4º, res. 434/2002 MTEySS, texto según art. 3º, res. 860/2002 MTEySS.

JORNADA PROMEDIO ADMITIDA POR LA DISPONIBILIDAD COLECTIVA (ART. 198, LCT)

Las partes —en ejercicio de la autonomía colectiva— puedan modificar las disposiciones legales en favor de los trabajadores, o inclusive adecuar la jornada de trabajo a las necesidades de la tarea (caso de las guardias), concentrándola, por ejemplo, en determinados horarios o días de la semana, siempre que sean respetados los tiempos de descanso.

El art. 25, ley 24.013, sustituyó el texto del art. 198, LCT, por el siguiente: “Jornada reducida. La reducción de la jornada máxima legal solamente procederá cuando lo establezcan las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, estipulación particular de los contratos individuales o convenios colectivos de trabajo. Estos últimos podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima sobre la base de promedio, de acuerdo con las características de la actividad”.

La modificación sustancial que introduce el artículo transcripto es la posibilidad de establecer la distribución de los tiempos de trabajo por medio del convenio colectivo.

De esta forma, los convenios colectivos *pueden fijar métodos de cálculo de la jornada máxima distintos a los legales, tomando en consideración promedios* —que pueden ser mensuales, trimestrales o anuales— *según las necesidades de la actividad*. Sin embargo, tal distribución *debe respetar necesariamente las pausas* (diaria, semanal y anual) *fijadas en la LCT*.

La disponibilidad colectiva otorgada por el art. 198, LCT, choca con el Convenio 1 de la OIT, que tiene jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN), ya que aunque autoriza a los convenios colectivos a sobrepasar el límite diario de 8 horas, sólo admite un exceso no mayor de una hora diaria.

A este tipo de jornada establecida en un convenio colectivo, según las pautas del art. 198, LCT, se la denomina *jornada máxima promedio* y está *integrada por jornadas diarias con horas variables*.

Esto, en la práctica, significa que en aquellas actividades para las cuales rige un convenio colectivo que contempla este tipo de jornada, cede el principio legal de que la jornada máxima es de 8 horas diarias o 48 semanales, siendo aplicable la establecida en ese convenio.

La jornada convencionalmente fijada puede ser mensual (por ejemplo, 160 horas), bimestral (350 horas), semestral (900 horas) o anual (1800 horas). La única limitación es que no se puede trabajar más de 12 horas por día y que se debe otorgar al trabajador una pausa de 35 horas semanales y vacaciones anuales, ya que deben ser respetados todos los descansos —diario, semanal y anual— dispuestos en la LCT.

Por ejemplo, si en el convenio colectivo se establece que el promedio semestral es de 900 horas, un trabajador percibirá horas extraordinarias cuando supere, en ese período, esa cantidad de horas, aunque haya trabajado jornadas de 9, 10, 11 o 12 horas.

Es un sistema que permite distribuir el tiempo de trabajo según las necesidades de la empresa y las características de la actividad —con las limitaciones referidas respecto de los descansos obligatorios—, por lo cual, dentro del período mensual o semestral, las jornadas son variables; pueden ser tanto de 4 horas, como de 8 o 12 horas.

Este tipo de jornada, introducido principalmente en los convenios colectivos de empresa, comenzó a ser utilizado en la década pasada y formó parte de un proceso de flexibilización de las condiciones de trabajo.

Sin embargo, se debe reiterar que *para poder pactar válidamente este tipo de jornada, es necesario que esa posibilidad esté establecida en el convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad o a la empresa*, por lo cual, de no existir convenio, o si el existente no contempla la jornada máxima promedio, rige lo dispuesto en la ley 11.544 y en la LCT.

El art. 198, LCT, según redacción de la ley 24.013, ha admitido que por vía de un convenio colectivo se establezcan promedios para el cálculo de la jornada máxima de acuerdo con las características de la actividad, esto es, sin referencia a los “contratos individuales” que contiene la norma citada es para reducir la jornada, no para ampliarla (sala 10^a, 27/10/2003, “Núñez, Segundo v. Fragal SA”).

OTROS TIPOS DE JORNADA

En los últimos tiempos se observa la utilización de sistemas más flexibles que la jornada promedio. Entre ellas cabe destacar las llamadas *jornadas ultraflexibles y ultravariables*, que se distinguen por variar, en forma diaria o semanal, no sólo su duración, sino también el turno de trabajo según las necesidades de la empresa.

Se caracterizan por la realización de distintos tipos de tareas en forma intensiva (polivalencia funcional) y por tiempos breves —horarios picos de actividad—, mientras que en el resto de la jornada se efectúan tareas accesorias, se espera la demanda de trabajo (por ejemplo, el ingreso de clientes) o, inclusive, se exime al trabajador de permanecer en el establecimiento, no exigiéndosele que totalice el tiempo de una jornada normal (8 horas).

Jornada ultraflexible: es aquella jornada variable de carácter habitual y permanente, utilizada en ciertas actividades, que consiste en variar por día o por semana la jornada habitual del trabajador para adaptarla a tareas polivalentes, en horarios fijados conforme a la demanda y la organización productiva de la actividad o servicio.

Suele utilizarse en actividades tan dispares como las cadenas de comidas rápidas y los servicios de emergencia, donde la demanda es fluctuante y se concentra en determinadas horas pico, luego de las cuales se hace innecesaria la presencia del dependiente.

Así, el convenio 202/1992, celebrado entre la Cámara Argentina de Establecimientos de Servicio Rápido y la Federación Argentina de Obreros Pasteleros y Confiteros, admite una distribución desigual de las horas, mientras no superen las 8 diarias, y acepta el trabajo habitual en sábados, dominios y feriados, compensables con un descanso semanal equivalente a un día y medio, acumulable en uno o más días de franco compensatorio.

Jornada ultravariante: Parte de la doctrina lo considera un subsistema dentro de la jornada ultraflexible. La jornada se encuentra dividida en un

tiempo predeterminado de presencia pasiva y otro de presencia activa. El trabajador no realiza actividad dentro de la jornada hasta que recibe instrucciones o se dan eventos determinados, momento en el cual pasa a la segunda etapa, plenamente productiva.

Jornada intensiva: Se trata de jornadas por lo general de corta duración, pero donde el trabajador presta servicios de alta productividad, conforme a las fluctuaciones del mercado o la demanda productiva.

Jornada virtual: Este tipo de jornada es la prevista para aquellos contratos donde la tarea se desarrolla fuera del ámbito de la empresa—generalmente el propio domicilio del dependiente—, o un ámbito similar al del establecimiento, pero fuera de él.

Jornada extensiva: Aquí se pacta una jornada “testigo” de un número reducido de horas, que se extiende cuando se producen necesidades de tipo operativo.

HORAS EXTRAORDINARIAS

Se denomina trabajo suplementario o complementario—realización de horas extraordinarias— a las *tareas efectuadas por el trabajador por encima de la jornada legal*, es decir, cuando el dependiente trabaja más horas que las fijadas para la jornada normal.

Se pueden realizar horas extraordinarias por distintos motivos; el más común es para satisfacer mayores demandas de producción en forma permanente o transitoria (picos de trabajo); también pueden responder a la necesidad de preparar o poner en funcionamiento una máquina que requiere un tratamiento especial.

El art. 203, LCT, establece, como principio general, que *el trabajador no está obligado a prestar servicios en horas suplementarias*, salvo casos de fuerza mayor —los cuales no admiten su negativa—, o exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa —que admite su negativa si demuestra perjuicios a sus intereses—. En estos casos excepcionales, el fundamento para establecer la obligación de trabajar horas extraordinarias radica en el criterio de colaboración con los fines de la empresa.

Esta excepción se relaciona con el art. 62, LCT, que dispone que las partes están obligadas no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia de éste, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad; y también con el art. 89, que obliga al trabajador a prestar los auxilios requeridos en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa.

En cuanto a la forma de retribuirlas, el art. 201, LCT, dispone que “el empleador deberá abonar al trabajador que prestare servicios en horas suplementarias, medie o no autorización del organismo administrativo competente, un recargo del 50% calculado sobre el salario habitual, si se tratare de días hábiles, y 100% en días sábados después de las 13 horas, domingos y feriados”.

Esto, obviamente, sin perjuicio de los mayores beneficios que pueden ser pactados en un convenio colectivo, que podría fijar válidamente, por ejemplo, recargos del 150% o 200%.

Esta disposición tiene por finalidad disuadir al empleador de requerir la realización de horas extras tornando más gravoso el costo de la prestación. De todos modos, en la práctica, muchas veces son los propios trabajadores quienes —en virtud de la situación socioeconómica— están interesados en efectuarlas para incrementar sus ingresos.

Por ejemplo, si el trabajador percibe por hora normal \$ 10 y trabaja horas extras en días hábiles, percibe \$ 5 de recargo (50%), es decir que la hora extraordinaria se debe pagar \$ 15; si ese trabajador realiza horas extras el sábado después de las 13 o un domingo o feriado, percibe \$ 10 de recargo (100%), es decir que la hora extraordinaria se debe pagar \$ 20.

En principio, las horas trabajadas los días sábados después de las 13 horas no son extraordinarias, generando únicamente el derecho a gozar del franco compensatorio, salvo que se hubiere excedido el tope diario de 9 horas o semanal de 48 horas.

El recargo para el pago de las horas laboradas los días sábados después de las 13 y los domingos corresponde únicamente si consisten en horas complementarias que el trabajador debe excepcionalmente cumplir, pero no si se trata del cumplimiento de la jornada normal en día inhábil. Ello es así porque la jornada de trabajo y el descanso semanal son institutos diferentes cuyo ámbito de actuación no debe confundirse: no corresponde abonar con el recargo que establece el art. 207, LCT, las horas trabajadas los días sábados después de las 13 y los domingos si no se ha laborado en exceso de la jornada legal (sala 10^a, 12/4/2004, “Valdez, Ernesto v. Wal Mart Argentina SA”).

Las horas extras no autorizadas (por ejemplo, en jornada insalubre) o las que exceden del tope fijado por el dec. 484/2000 (por encima de 30 horas mensuales y 200 anuales), también deben ser pagadas con recargo, ya que se trata de un trabajo de objeto prohibido que es inoponible al trabajador (art. 40, LCT).

En caso de trabajadores mensualizados, el valor horario para liquidar las horas extras se obtiene dividiendo el sueldo por el número de horas que constituyen su jornada normal efectiva trabajada en el mes.

En los jornalizados, si para pagar la hora trabajada se suma al jornal básico un adicional voluntario otorgado por el empleador, el recargo por hora extra tiene que ser pagado calculando también ese adicional.

La *prueba* de las horas extraordinarias, respecto tanto al número como al lapso y frecuencia, está a cargo del trabajador, en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo invoca y no a quien lo niega (art. 377, CPCCN). Jurisprudencialmente, se han dividido los fallos en cuanto a las exigencias, ya que algunos sostienen que la prueba debe ser fehaciente y categórica, mientras que otros entienden que debe probarse del mismo modo que cualquier otro hecho.

La realización de horas extraordinarias está expresamente prohibida para los contratos de trabajo a tiempo parcial (art. 92 ter, LCT) y también —como quedara dicho— en jornadas insalubres.

La ley 11.544 impone al empleador el deber de inscribir en un registro todas las horas suplementarias realizadas (art. 6º), lo cual resulta coincidente con el Convenio 1 de la OIT (art. 8º).

Lo que prescribe el art. 6º, ley 11.544 es que cuando se cumple regularmente el trabajo suplementario, el empleador debe llevar un registro de las horas trabajadas en sobretiempo. Su no exhibición puede generar una presunción en su contra y la admisión de una estimación razonable del trabajador del tiempo trabajado en esas condiciones, pero no prueba la prestación de trabajo suplementario, extremo que es el antecedente de la carga de llevarlo y, en caso, exhibirlo (sala 8ª, 15/8/2003, “Gorin, Andrea del Valle v. Ximus SA y otro”).

El empleador no está obligado a utilizar fichas-reloj u otros medios de control del ingreso y egreso de los trabajadores del establecimiento. Si decide libremente hacerlo, no está obligado a conservarlas ni, por no existir norma que lo imponga, a exhibirlas.

El horario que el empleador debe registrar en el libro del art. 52, LCT, es el normal. Si en el establecimiento se cumple normalmente trabajo extraordinario, debe llevar el registro ordenado por el art. 6º, ley 11.544. Las finalidades de control externo de la carga documental que la ley impone al empleador explican que se exija el asiento del horario normal asignado a cada trabajador, lo que permite a la inspección del trabajo constatar eventuales excesos (sala 8ª, 29/8/2003, “Piceda, Jorge v. Coca Cola FEMSA de Buenos Aires”).

Pago de las horas que exceden la jornada pactada inferior a la legal

No existen dudas de que *el tiempo trabajado en exceso de la jornada legal se debe pagar como horas extraordinarias*. La jornada legal, cabe reiterar, es de 8 horas diarias o 48 semanales, pudiendo elevarse a 9 horas diarias cuando se distribuye en forma desigual en la semana.

La duda que se planteaba era determinar si se debía pagar el recargo por horas extras sólo en esos casos o también cuando *las partes pactaron una jornada menor* (por ejemplo, 7 horas diarias o 42 semanales) y el dependiente presta servicios en exceso de la jornada convenida (por ejemplo, 47 horas semanales), pero *no supera la jornada legal de 48 horas semanales*.

El fallo plenario 226 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (“D’Aloí v. Selsa SA”, 25/6/1981) determinó que se debe pagar sin recargo y sentó la siguiente doctrina: “el trabajo realizado fuera de la jornada convenida por las partes sin exceder el máximo legal, debe pagarse sin el recargo previsto en el art. 201, LCT”.

En este caso, *la hora trabajada en exceso de la jornada convenida individualmente entre las partes, pero por debajo de la jornada máxima legal, se debe pagar como hora normal*, es decir, como hora simple sin recargo alguno.

Sin embargo, no se considera aplicable la doctrina del fallo plenario 226 cuando entre los trabajadores y su empleador se pactó expresamente que el trabajo excedente de la jornada convenida e inferior a la legal se pagaría con recargo. En este caso, lo que predomina es la autonomía de la voluntad de las partes.

El mencionado fallo plenario tampoco se ocupó de los casos en que el convenio colectivo dispone una jornada inferior a la legal, por lo cual cabe concluir que su doctrina, en este aspecto, no resulta aplicable.

Las disposiciones del convenio colectivo de trabajo adquieren carácter imperativo y se imponen a las partes del contrato de trabajo. Por lo tanto, *si se trabajan horas por encima de la jornada convencional, deben ser pagadas como horas extras según las pautas remuneratorias establecidas en el propio convenio o bien en el art. 201, LCT*.

En síntesis, *se debe pagar con el recargo salarial establecido para las horas extras no sólo en los casos en que se excede la jornada legal determinada por la ley 11.544 y la LCT, sino también cuando se trabaja por encima de la jornada menor establecida en el convenio colectivo*.

Sin embargo, la fijación de un sueldo superior a lo previsto por los convenios colectivos de trabajo a quien se desempeña principalmente fuera del establecimiento, y por ello fuera de la supervisión directa del empleador,

debe entenderse como comprensivo de los excesos en la jornada pactada o la máxima legal y como compensatorio de una dedicación *full time*.

Jurisprudencialmente se determinó que no interesan las denominaciones que el trabajador tenga asignadas para determinar si tiene o no derecho al cobro de horas extras. Lo que interesa es si lo que cobra compensa su horario de trabajo, porque éstas —horario y salario— son las variables que se deben considerar conjuntamente, como lo hacen las CCT que a un horario determinado le asignan una remuneración determinada.

Pero en el caso de los trabajadores considerados fuera de convenio, las dos variables expresadas derivan del negocio individual y si se corresponden, no hay trabajo extraordinario, por más horas que el trabajador esté a disposición de la empresa.

Si bien a la luz de sus responsabilidades las remuneraciones que perciben los trabajadores pueden no compensar sus labores y el extenso horario realizado, no debe perderse de vista que no siempre el mercado laboral retribuye a los dependientes en forma justa o acorde con las responsabilidades que se le adjudican (sala 1^a, 9/3/2004, “Blanco, Carlos D. y otros v. Supermercados Norte SA”).

Para tener derecho al cobro de horas extras no basta que un trabajador cumpla un horario mayor al legal, es necesario que dicho trabajo sea extraordinario y no esté comprendido en la remuneración pactada. Ello es así, ya que, de otro modo, habría que admitir que el contrato se realizó sobre la base de una mayor prestación horaria y la contraprestación dineraria adecuada.

No corresponde el pago de horas extras por el lapso excedente de la jornada legal máxima cuando es el trabajador quien regula la cantidad de tiempo que le dedica a la actividad —en el caso, venta de planes de ahorro previo— y su principal retribución consiste en comisiones (sala 1^a, 23/10/2002, “Cafarelli, Mabel C. v. Montesano Automotores SA y otro”, DT 2003-B-1384).

Límite a la realización de horas extraordinarias

El dec. 2882/1979 fijaba límites para la realización de horas extraordinarias al establecer que *en ningún caso el número de horas suplementarias autorizadas podrá ser superior a 3 por día, 48 mensuales y 320 anuales*. Esta disposición era aplicable también al personal de la Administración Pública nacional.

El dec. 484/2000 (BO del 20/6/2000) modificó las pautas establecidas por el dec. 2882/1979 y fija un límite de 30 horas mensuales y de 200 horas

anuales para las horas extras, sin necesidad de autorización administrativa previa. La distribución de estas horas tiene como único límite los topes que surgen de la aplicación de las disposiciones legales referidas a jornada y descanso.

El Poder Ejecutivo fundamentó este decreto en diversos motivos. Esencialmente entiende que los indicadores sociales denotaban la existencia de una importante cantidad de trabajadores que desarrollaban tareas en exceso de la jornada legal de trabajo, mientras que se advertía el predominio de formas precarizadas de empleo y un elevado índice de desocupación.

Sostiene que un alto porcentaje de la población ocupada trabajaba, en promedio, más de 50 horas por semana. Con el tope de horas extras de 30 horas mensuales y 200 anuales se restablece el criterio original del dec. 16.115/1933, en el entendimiento que incidiría positivamente en el mercado de trabajo, generando condiciones para la creación de nuevos empleos. Finalmente, establece que para fijar límites razonables a la utilización mensual y anual de horas extraordinarias resulta innecesaria la autorización administrativa prevista en el dec. 23.696/1944.

Por medio del dictamen 1340/2000 (del 28/6/2000), emitido por la Jefatura de Gabinete de Ministros —Subsecretaría de la Gestión Pública—, se estableció que las disposiciones del dec. 484/2000 no resultaban de aplicación al personal de la Administración Pública, debiendo mantenerse el régimen vigente hasta el momento.

Los fundamentos del dictamen se basaban en que el dec. 484/2000 no sustituía el texto del art. 13, dec. 16.115/1933 (modificado por el dec. 2882/1979), sino que se refería a la modificación del número máximo de las horas suplementarias, continuando vigente el resto del texto del art. 13, dec. 16.115/1933: el dec. 484/2000 no se aplica a los empleados públicos, ya que el decreto no hace mención alguna de ellos y el art. 13, dec. 16.115/1933 los excluye.

Administración Pública nacional. Agentes habilitados para realizar horas extraordinarias. El dec. 973/2006 (BO del 3/8/2006) modifica el art. 1º, dec. 1213/2005, estableciendo que la retribución bruta mensual normal, habitual, regular y permanente de los agentes habilitados para realizar servicios extraordinarios, no deberá superar el monto de \$ 1.414 y 1.542 a partir del 1º/6/2006 y del 1º/8/2006, respectivamente.

La res. 303/2000 MT (BO del 27/7/2000) reglamentó y aclaró los alcances del dec. 484/2000. Esta resolución establece que las excepciones permanentes y temporarias previstas en el art. 4º, ley 11.544, consideradas admisibles para la realización de horas extraordinarias por encima del tope previsto

en el dec. 484/2000, deben ser tramitadas ante la Secretaría de Trabajo. El art. 4º, inc. b), ley 11.544, dispone que el Poder Ejecutivo puede fijar excepciones a la duración máxima de la jornada para permitir a las empresas hacer frente a demandas extraordinarias, teniendo en cuenta el grado de desocupación existente.

Estas excepciones requieren que cada presentación establezca un fundamento apropiado, tanto con relación a las características profesionales que determinen la petición como a la existencia de normas específicas que contemplen modalidades técnicas o de orden operativo; la Secretaría de Trabajo, para acordar la autorización, también debe tener en cuenta el grado de desocupación existente (art. 4º *in fine*, ley 11.544).

En consecuencia, el dec. 484/2000 elimina la autorización administrativa para la realización de horas extras que no excedan las 30 horas mensuales y las 200 anuales, debiendo requerirse dicha autorización en los términos antes explicitados cuando se pretenda la realización de horas extras por encima de dichos topes.

La res. 303/2000 especifica que el número máximo de horas suplementarias anuales se computa por año calendario y no por año aniversario. Asimismo, como norma transitoria, disponía para la contabilización de las horas extras exclusivamente para el año 2000 que el número máximo anual se computaba a partir de la entrada en vigencia del dec. 484/2000 —29/6/2000 (arts. 2º y 3º, CCiv.)— y hasta el 31/12/2000, independientemente de las horas extras que se hubiesen trabajado entre el 1º de enero y 28 de junio de dicho año.

En caso de que sean violados los topes dispuestos por el decreto, si bien no contempla específicamente una sanción, resulta aplicable la ley 25.212, que tipifica como infracción grave (multa de \$ 250 a \$ 1.000 por cada trabajador en infracción) la violación de la norma en materia de duración de trabajo, descanso semanal, vacaciones, licencias, feriados, días no laborables y, en general, tiempo de trabajo.

En síntesis, a partir del dec. 484/2000 y de la res. 303/2000 el tope para la realización de horas extras sin autorización administrativa previa es de 3 horas diarias, 30 horas mensuales y 200 anuales, que se computan por año calendario, y excepcionalmente puede ser ampliado por la Secretaría de Trabajo a pedido de parte y por resolución fundada. No es aplicable a los empleados públicos ni a los convenios colectivos que contemplen la jornada promedio.

Desde el punto de vista práctico, con la aplicación del dec. 484/2000, por ejemplo, un trabajador podría realizar hasta 3 horas extras diarias durante 10 días o 2 horas extras diarias durante 15 días, ya que no puede exceder de ningún

modo las 30 horas mensuales. Y por mes puede efectuar hasta 30 horas, pero en el año no podrá exceder de 200; ello implica que esa cantidad (30 horas extras) no puede mantenerse durante todos los meses del año, ya que excedería el tope anual (200 horas extras). Por ejemplo, si durante 5 meses realizó 30 horas extras (150), el resto del año sólo podrá efectuar 50 horas más.

Analizando el decreto y sus fundamentos, en principio se puede sostener que la medida es positiva porque limita la posibilidad de someter al trabajador a largas jornadas y evitar abusos, lo cual es perjudicial para su salud.

El objetivo de expandir el empleo, evitar las formas precarizadas de trabajo y combatir la alta desocupación (18,3% en octubre de 2001 —pocos meses después de dictarse la norma—) no se soluciona con una disposición, ya que esta medida no genera empleo y nuevos puestos de trabajo por sí misma, sino que tiene que ser complementada por otras y es necesario que la economía crezca y se active la producción.

Sin embargo, aunque parezca un contrasentido, esta limitación de la posibilidad de realizar horas extras es positiva por un lado, porque protege la salud psicofísica de los trabajadores, pero también puede impactar negativamente al producir una disminución en las remuneraciones, ya que las horas extras son una práctica habitual y su retribución —cuando efectivamente son percibidas— está incorporada a la remuneración.

Para que se torne realmente operativo resulta trascendental que efectivamente se ejerza un poder de policía que permita al Estado controlar que se cumplan estas normas para evitar el trabajo no registrado (“en negro”) y las jornadas en exceso de la normal sin retribución alguna.

Cabe recordar que aproximadamente la mitad de los trabajadores que realizan horas extras y trabajan en exceso de la jornada normal no las cobran, y otros perciben la jornada normal en blanco y las horas extras no las perciben o las perciben en negro.

De ahí que, según la declaración de muchas empresas ante la seguridad social, en promedio, las horas extras representan sólo el 3 o el 4% de la jornada mensual —que ronda las 160 horas—, lo cual significa alrededor de 5 horas mensuales. Si estos datos fuesen reales, el decreto carecería de sentido.

Por lo tanto, el dec. 484/2000 sólo tendrá efectos prácticos si se lucha contra la práctica ilegal de no pagar las horas extras trabajadas y se ejerce efectivamente un control sobre las empresas, detectando y eliminando el empleo no registrado o defectuosamente registrado, por medio del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social —arts. 28/38, ley 25.877 (BO del 19/3/2004)—.