



**UNIVERSIDAD ANDINA DE CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO EN SOBRETIEPO EN EL
REGIMEN PÚBLICO LABORAL Y LA INEFICACIA DE LAS NORMAS QUE
LA REGULAN”**

**Tesis para optar el título profesional de
ABOGADO**

Presentado por:

Bach. Samanta Mishel Quispe Arapa

Asesor:

Abg. Yuri Jhon Pereira Alagón

Cusco, 2017

**DEDICATORIA**

A Dios por fortalecer mi fe a diario, y estar siempre presente en nuestro hogar.

A Irma y Martin, que son los mejores padres que cualquiera quisiera tener, por enseñarme a ver la vida de una manera distinta siempre, por ser la fuerza y ternura que necesito a cada momento, por ser el claro ejemplo de integridad y humanidad en una persona, por darlo todo para mejorar nuestro futuro, por su amor y sacrificio constante en el día a día y por nunca caer ante una adversidad, por escuchar y dar los consejos precisos, por darme en estos 23 años los mejores recuerdos en familia y por enseñarme que sin duda es lo más importante, por todos los momentos que estoy segura vendrán y por ser mi mayor razón en mi paso por este mundo.

A Helen, por ser aquella mujer que me acompañó todos estos años como más que una hermana, por su perseverancia y confianza que me hacen admirarla a diario, por ser mi amiga y maestra, por ser la alegría en casa y en nuestras vidas, por descubrir el mundo para enseñármelo y advertirme de algunas cosas que tiene en su trayecto, por ser la niña eterna que contagia ternura a pesar de ser mayor que yo, por hacer que tenga las más grandes metas por la confianza que me da, y por estar al pendiente de que vaya en el camino adecuado para conseguirlas.

A Pablo, por ser el niño que más amo, y por el que tengo las fuerzas para conseguirlo todo, por su autenticidad, por su madurez, por su personalidad, que como hermano menor me han enseñado tanto, por su compañía y atención que echo de menos cuando hay distancias que nos separan, por ser mi razón para ser mejor cada día y poder ser así un buen ejemplo para él, por creer y confiar en mi en cada idea o proyecto espontáneo y estar ahí para apoyarme sin cuestionar.

A mi familia, por enseñarme su gran valor.



AGRADECIMIENTO

Habiendo culminado con el presente trabajo, agradezco de forma especial a mi asesor, Dr. Yuri Jhon Pereira Alagón por la orientación brindada en el camino y por los aportes en la investigación.



ÍNDICE

DEDICATORIA 2

AGRADECIMIENTO..... 3

RESUMEN 7

ABSTRACT 8

INTRODUCCIÓN 9

CAPITULO I 10

EL PROBLEMA..... 10

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 10

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA. 12

 1.2.1. *Problema principal*..... 12

 1.2.2. *Problemas específicos*. 13

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN. 13

 1.3.1. *Objetivo general*..... 13

 1.3.2. *Objetivos específicos*. 13

1.4. HIPÓTESIS DE TRABAJO..... 13

1.5. CATEGORÍAS DE ESTUDIO. 14

1.6. MÉTODO 14

 1.6.1. *Diseño metodológico*..... 14

 1.6.2. *Muestra no probabilística*. 15

 1.6.3. *Técnicas e instrumentos de recolección de datos*..... 15

1.7. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. 16

 1.7.1. *Conveniencia*..... 16

 1.7.2. *Relevancia social*..... 16

 1.7.3. *Implicancias prácticas*..... 16

 1.7.4. *Valor teórico*..... 16

 1.7.5. *Utilidad metodológica*. 16

1.8. VIABILIDAD DEL ESTUDIO..... 17

CAPITULO II..... 18

MARCO TEÓRICO..... 18

SUB CAPÍTULO I..... 18

1. DERECHO DEL TRABAJO 18

1.1. DEFINICIÓN. 19

1.2. NATURALEZA JURÍDICA..... 20

1.3. AUTONOMÍA DEL DERECHO DE TRABAJO 22

1.4. EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. 22



- 1.4.1. *La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.* 22
- 1.4.2. *La Ley Fundamental de Alemania Federal. La Ley Fundamental de Bonn.* 23
- 1.4.3. *La Constitución española.* 25
- 1.5. PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. 27
 - 1.5.1. *Aspectos Generales.* 27
 - 1.5.2. *Definición* 28
 - 1.5.3. *Funciones* 28
 - 1.5.4. *El principio protector* 30
 - 1.5.5. *Principio de primacía de la realidad* 35
 - 1.5.6. *Principio de continuidad* 39
 - 1.5.7. *Principio de igualdad* 39
 - 1.5.8. *Principio de rendimiento* 43
- SUB CAPÍTULO II..... 45**
- 2. CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO AL TRABAJO..... 45
- SUB CAPÍTULO III..... 48**
- 3. CONTRATO DE TRABAJO Y REGÍMENES LABORALES 48
 - 3.1. EL CONTRATO DE TRABAJO..... 48
 - 3.1.1. *Definición.* 48
 - 3.1.2. *Naturaleza jurídica.*..... 51
 - 3.1.3. *La subordinación.*..... 52
 - 3.1.4. *La remuneración.* 52
 - 3.1.5. *Los regímenes laborales.*..... 53
- SUB CAPÍTULO III..... 54**
- 4. JORNADA DE TRABAJO Y EL TRABAJO EN SOBRE TIEMPO..... 54**
 - 4.1. CONSIDERACIONES GENERALES 54
 - 4.2. JORNADA DE ORDINARIA DE TRABAJO. 55
 - 4.2.1. *Definición*..... 56
 - 4.2.2. *Tipos de jornada de trabajo* 56
 - 4.2. TRABAJO EN SOBRETUENPO..... 57
 - 4.3. DERECHO DE REMUNERACIONES..... 59
 - 4.4. TRABAJO EN SOBRETUENPO EN EL SECTOR PÚBLICO..... 60
- CAPITULO III 63**
- ANÁLISIS DE RESULTADOS 63**
 - 1.1. RESULTADOS DE ESTUDIO Y ANÁLISIS DE HALLAZGOS..... 63
 - 1.1.1. *I Pleno jurisdiccional supremo laboral de 2012*..... 63
 - 1.1.2. *Sentencias del Tribunal Constitucional*..... 78
 - 1.1.3. *Casaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República* 79
 - 1.1.4. *Resolución N° 10547-2012-SERVIR/TSC* 82
 - 1.1.5. *Convenio Nro. 151- OIT*..... 83
- CONCLUSIONES 85**



RECOMENDACIONES	88
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	89



RESUMEN

De conformidad con los tratados y convenios internacionales que vinculan al Perú, la jornada de trabajo tiene por finalidad establecer límites en la prestación de labores, y a su vez garantizar que el trabajador pueda realizar su descanso y recuperar energías que se gastan en la labor diaria, empero si se realiza trabajo en sobretiempo, independientemente del régimen laboral de un trabajador y del sector al que pertenezca (privado o público), tiene derecho a percibir una remuneración por el trabajo en sobre tiempo.

Las limitaciones presupuestales en el sector público pueden establecer restricciones para que los trabajadores que pertenezcan a este sector realicen horas extras, pero una vez que se realiza dicho trabajo, no puede impedirse o limitarse su reconocimiento y su pago. La presente investigación está destinada a probar dicha hipótesis.



ABSTRACT

In accordance with the international treaties and agreements that bind Peru, the purpose of the work day is to establish limits in the provision of work, and in turn ensure that the worker can rest and recover energy that is spent on daily work, However, if work is carried out in overtime, regardless of the work regime of a worker and the sector to which he belongs (private or public), he is entitled to receive remuneration for work overtime.

Budgetary constraints in the public sector may impose restrictions on overtime workers, but once such work is done, recognition and payment can not be impeded or limited. This research is intended to prove this hypothesis.



INTRODUCCIÓN

El 17 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, los acuerdos adoptados por los jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, en el “Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral”. Dichos acuerdos giran en torno a tres temas controvertidos que generaban problemas a nivel de juzgados y salas especializadas.

Para efectos de la presente investigación, de los tres temas analizados por los jueces supremos laborales, nos interesa el último, en lo que se refiere al tratamiento de horas extras en el sector público, por ello, básicamente en cuanto a la siguiente problemática: **i)** Limitaciones presupuestales para el no reconocimiento de horas extras en el sector público, y **ii)** Modalidades de compensación del pago de horas extras con períodos de descanso sustitutorio.

En la actualidad, en el sector público hay tres regímenes laborales; el régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo 728), el Régimen de la carrera administrativa (Decreto Legislativo 276) y el Régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (Decreto Legislativo 1057), por lo que nos corresponde evaluar el pago de horas extras en el régimen público laboral.

Así, consideramos que resulta de plena aplicación, el referido Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, que en su artículo 98° establece que “los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico. Ningún funcionario podrá percibir pagos por este concepto”. Por lo tanto creemos que legalmente, en el caso de los trabajadores estatales, está justificado el pago de trabajo en sobretiempo, es decir el pago de horas extras.



CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1.Planteamiento del problema.

La palabra jornada se deriva del latín *geonata*, que significa la parte del día que se dedica al trabajo (Reyes Mendoza, 2012, pág. 4) y pues, todo trabajador tiene una jornada máxima diaria y/o semanal tal como ha sido aprobada en la convención núm. 1- conferencia de Washington por la organización internacional del trabajo (Cavazos Flores, 1982, pág. 12), esta jornada de trabajo será reconocida por empleador a través de una contraprestación justa y proporcional (Martin Velarde, 1997, pág. 579). Entendemos entonces como “jornada extraordinaria” a aquella que excede el límite legal permitido” (Infantes Cárdenas, INFORME LABORAL, 2008, pág. 4) pudiendo ocurrir esta antes de la hora de ingreso o después de la hora de salida establecidas. Ante esto deducimos - amparándonos en el artículo 9°(D.S. 007-2002-TR R. , 2002, pág. 4)- que este trabajo en sobretiempo deberá ser retribuido, ya sea esta en forma dineraria (con la sobretasa correspondiente según Ley (D.S. 007-2002-TR R. , 2002, pág. 4)) o compensada con horas de descanso (Informe N° 006-2013-DGT-DCDL-VRST, Acuerdos de compensación del trabajo en sobretiempo, 2013).

Desde siempre, los servidores y funcionarios públicos estuvieron sujetos a un régimen laboral distinto al de los trabajadores de la actividad privada. En la actualidad existe diferentes regímenes laborales en las entidades del estado (entre generales y especiales), esto una vez más conlleva a una gran confusión entre los servidores públicos respecto a los distintos derechos y deberes que regula cada régimen (Los regímenes laborales en el Perú, 2010, pág. 19). En la presente investigación abordaremos la problemática (no pago de horas extras) en los regímenes generales (carrera administrativa, y la contratación administrativa de servicios) así como el porqué de la vulneración al derecho fundamental de remuneración. Existen varias disposiciones legales, y un pleno jurisdiccional supremo laboral que esclarece el tratamiento del reconocimiento de horas extras para los trabajadores del sector público;



pero a pesar de ello, este derecho (remuneración) no beneficia a la totalidad de servidores públicos (por no decir a ninguno).

Empecemos por el régimen de la carrera administrativa (D.L. 276); que en su artículo 55° (Ley de bases de la carrera administrativa y del sector público, 1994, pág. 16) que a la letra dice “los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico”. Como podemos observar, desde un principio la norma que regula este régimen prevé este reconocimiento, es más, hace referencia a una contraprestación pecuniaria.

Poco después la dirección de trabajo emite un informe con los Acuerdos de Compensación del Trabajo En Sobretiempo (Informe N° 006-2013-DGT-DCDL-VRST, Acuerdos de compensación de trabajo en sobretiempo, 2013), que implica que cuando el trabajador realice labores fuera de la jornada ordinaria laboral, puede ser compensado con horas de descanso, siempre que haya un acuerdo expreso materializado en un convenio, el cual, manifestara la conformidad del trabajador cuando este opte por el pago de las horas extras mediante periodos de descanso sustitutorio.

Así también publican el primer pleno jurisdiccional laboral supremo (I Pleno jurisdiccional supremo laboral, 2012, pág. 61), que en su tercer acuerdo hace referencia al tratamiento de las horas extras en el sector público, afirmando que las limitaciones presupuestales - que siempre utilizan los funcionarios como justificación - no privan a los trabajadores de gozar del pago de horas extras. Así mismo este pleno hace hincapié una vez más en la posibilidad de compensar el trabajo sobre temporal con horas de descanso, siempre que haya manifestación expresa de voluntad de ambas partes.

Culminando el análisis dentro del régimen de la carrera administrativa, pasamos a referirnos ahora al régimen de la actividad privada. Dentro de este marco encontramos como referencia a la resolución N° 10547-2012--SERVIR/TSC/PRIMERASALA (Exp. 5794-2011-SERVIR/TSC, 2011); en el que la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil se refiere al pago de horas extras en este régimen; resolviendo que la entidad emplazada cumpla con abonar en favor del recurrente la remuneración por concepto de trabajo en sobretiempo



correspondiente. Esta resolución que pone fin a la vía administrativa es muy clara respecto al tema, así como buen precedente para próximos actos administrativos.

Como último régimen general dentro de las entidades del Estado, se encuentra la contratación administrativa de servicios, régimen que vulnera no solo el derecho al cual nos referimos en la presente investigación (reconocimiento del trabajo en sobretiempo), sino también de muchos otros con carácter de derecho fundamental. Y como se ha referido ya la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. 719-2010-BS, 2010) existe una incompatibilidad entre el D.L. 1057 y la Constitución Política del Perú por los agravios a los derechos laborales para los trabajadores que son contratados bajo este régimen.

Como hemos podido observar, y a la par de las normas internacionales respecto a la jornada de trabajo y el derecho fundamental de remuneración; estas disposiciones son obviadas por los funcionarios encargados del área usuaria responsable de reconocer el trabajo en sobretiempo de los servidores públicos. Este es un problema que se viene arrastrando ya hace mucho, y actualmente a pesar de las nuevas disposiciones respecto al tema siguen sin considerarse al momento de hacer efectivo el derecho a la remuneración o compensación por el trabajo en horas extras.

Si bien tener una legislación de vanguardia no es suficiente, son los funcionarios públicos quienes deben realizar las acciones necesarias para ejecutar el pago de las horas extras de los servidores públicos, efectivizando la tutela del derecho fundamental de remuneración.

1.2. Formulación del problema.

1.2.1. Problema principal.

- ¿Debe reconocerse el pago por concepto de horas extras a los trabajadores del régimen público laboral?



1.2.2. Problemas específicos.

- ¿Cuáles son los alcances del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral?
- ¿De qué manera la Ley de Presupuesto impide el reconocimiento de trabajo en horas extra para los servidores públicos?
- ¿En qué medida la legislación vigente en materia de trabajo en sobretiempo brinda una protección adecuada al trabajador público?

1.3. Objetivos de la investigación.

1.3.1. Objetivo general.

- Determinar en qué medida las limitaciones presupuestales vulneran el derecho a la remuneración de los trabajadores del sector público.

1.3.2. Objetivos específicos.

- Establecer cuál es el alcance del primer pleno jurisdiccional supremo laboral, y determinar en qué medida es eficaz.
- Determinar las justificantes de la limitación presupuestal en el sector público.
- Analizar la legislación en materia de sobretiempo y su reconocimiento

1.4. Hipótesis de trabajo.

Debe reconocerse el pago de horas extras a los trabajadores del régimen público laboral al margen de las limitaciones presupuestales.

1.5. Categorías de estudio.

CATEGORÍAS TEMÁTICAS	SUB CATEGORÍAS
Categoría 1 El contrato de trabajo y la remuneración	<ul style="list-style-type: none">- La remuneración como elemento del contrato de trabajo.- Remuneración del trabajo en sobretiempo.- El pago de horas extras en el sector público.
Categoría 2 Limitaciones presupuestales	<ul style="list-style-type: none">- Alcances del Pleno Jurisdiccional Laboral Supremo sobre el pago de horas extras en el sector público.- Vulneración del derecho a la remuneración por limitaciones presupuestales.

1.6. Método

1.6.1. Diseño metodológico.

Enfoque de investigación	Cualitativo: Porque tiene como objetivo el análisis de disposiciones legales y jurisprudenciales respecto al pago del trabajo en sobretiempo dentro de la administración pública, así como las limitaciones presupuestales que la vulneran.
Tipo de investigación jurídica	Dogmático- Interpretativo: Porque el estudio busca interpretar mediante un análisis del derecho a la remuneración de los trabajadores, la afectación directa que las limitaciones presupuestales en el sector público provocan en ella cuando se trata de trabajo en sobretiempo.



1.6.2. Muestra no probabilística.

Dada la naturaleza cualitativa del estudio, utilizaremos una muestra no probabilística accesible, como son los casos de reclamaciones de pagos de horas extras en el régimen laboral público y propiamente recurrir a los alcances del Primer Pleno Jurisdiccional Laboral Supremo. .

1.6.2.1. Criterios de selección de la muestra.

La selección de muestra se hará según los casos que puedan servir de referencia para con relación al tema de investigación.

1.6.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Para el presente estudio se utilizará las siguientes técnicas:

- Análisis dogmático.
- Análisis jurisprudencial.
- Entrevistas a los especialistas
- Registro de datos.

1.6.3.1. Instrumentos de recolección de datos.

Se utilizarán:

- a. Fichas de análisis jurisprudencial.
- b. Fichas de análisis doctrinal.
- c. Fichas de análisis documental.



1.7. Justificación de la investigación.

1.7.1. Conveniencia.

Es conveniente realizar esta investigación, por tratarse de un problema de trascendencia jurídica que afecta al trabajador bajo el régimen público, constituyendo un trabajo académico que reforzará y aludirá aquellos lineamientos que han inspirado nuestro ordenamiento jurídico (laboral) relacionados al pago por horas extra en las entidades del estado.

1.7.2. Relevancia social.

Tiene relevancia de carácter social, porque los responsables de los órganos jurisdiccionales de trabajo, los abogados laboristas, los empresarios y los propios trabajadores, se encuentran vinculados con la dinámica de los procesos judiciales en materia de trabajo.

1.7.3. Implicancias prácticas.

Lo que se busca con la presente investigación es concientizar a los operadores de justicia y justiciables en materia de trabajo, sobre la trascendencia que implica esclarecer este tema.

1.7.4. Valor teórico.

Con la presente investigación surgirán nuevas y renovadas teorías procesales en materia de principios, fundamentos y procedimientos, siendo que se aportarán recomendaciones de orden legislativo del ámbito laboral, que se constituirá en sustento para hipótesis de futuros estudios.

1.7.5. Utilidad metodológica.

Los resultados de la presente investigación, pueden motivar y aportar información para estudios jurídicos posteriores, los cuales pueden ser abordados desde diversos puntos de vista que complementen el presente.



1.8. Viabilidad del estudio.

La investigación resulta totalmente factible en la medida que se cuenta con recursos bibliográficos, teniendo en consideración los aportes doctrinarios de otros países así como nuestra propia normativa y jurisprudencia concerniente a los principios laborales y de derechos humanos en favor del trabajador y el pago de las horas extras de los trabajadores del régimen público.



CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

Sub Capítulo I

1. Derecho del Trabajo

El trabajo es el elemento esencial del Derecho del trabajo –como disciplina jurídica-, asimismo es un factor macroeconómico que impulso desde mediados del siglo XIX, en Francia las diversas revoluciones dado que se generó a partir de este, la denominada “cuestión social”, esta cuestión se enmarcaba como una situación de miseria extremada (el desempleo), debido a la carencia de protección legal e inferioridad política de la clase obrera; clase que se constituía por ser el símbolo de la clase trabajadora, la que ejercía pragmáticamente el trabajo. (DORNBUSH, 1991, pág. 39)

Es a partir de este momento en la historia que los derechos laborales toman fuerza para diferenciarse como un derecho social de envergadura, dado que lo que busca es la necesidad de protección legal de una clase predominante en la población. En la primera década del siglo XX, en plena ejecución de la revolución industrial es que el derecho del trabajo se desliga de la rama del derecho civil, para regular de manera explícita la prestación libre del trabajo de una persona a cambio de una remuneración. Haciendo un paréntesis en Francia se regulaba el derecho del trabajo dentro de la legislación industrial debido a la implicancia que tuvo en este periodo.

La influencia del crecimiento económico por la revolución industrial que predominó en los países de Europa, llegó a la conclusión de que el progreso científico, técnico, y el incremento de la productividad en definitiva emanaba del valor aportable de cada trabajador, es ahí donde se crea la idea de *-formación profesional-*, figurando en las empresas capitalistas de ese entonces, en la conceptualización básica de que mayor producción depende de la formación particular de cada trabajador, es así que ya en ese tiempo el



trabajador no era visionado como un objeto más de la empresa sino como factor indicativo de producción en la empresa y que formación profesional podía ser invertido en la empresa. Sin embargo gran parte de la población europea se negaba a dar mayores alcances a esta idea, empero cabe señalar que uno de los países europeos que no se resistió en aplicar esta norma fue el país de Alemania, país que su legislación abrió un nuevo campo de regulación social en su normativa, lo cual indicaba que el trabajador tenía derechos.

A principios del año de 1970 en el Perú, llega a figurar en las empresas la participación de los trabajadores en las utilidades, así como en el capital de las empresas, creando así una nueva situación de regulación de la relación jurídica entre el trabajador y el empleador; que como bien sabemos se fue unificando y que en la actualidad cuenta con ciertos vacíos normativos que en el caso de la presente investigación es el pago de las horas extras de los trabajadores del sector público.

Paulatinamente con el transcurrir del tiempo el derecho del trabajo se fue afianzado unilateralmente como un conjunto normativo que regula las relaciones de trabajo por la cual se trasciende la relación de trabajo individual entre una persona que entrega su fuerza de trabajo a otra que paga por ella una remuneración, no olvidemos que nacido el derecho del trabajo se tiene los derechos colectivos. (Rendón, 2007, pág. 8).

1.1. Definición.

El derecho del trabajo es la rama del derecho privado que se ocupa de las relaciones individuales y colectivas entre los trabajadores dependientes y los empleadores, con el fin de reglar sus derechos y obligaciones. (De Diego, 2004, p. 49). Existe una posición de los doctrinarios que definen al derecho del trabajo como el conjunto de principios y normas que rigen las relaciones de trabajo subordinado retribuido entre empleadores y empleados, ya sean estas relaciones de carácter individual o colectivo. (Martínez, 1988, pág.33). En un sentido netamente positivista se podría definir al derecho de trabajo como el conjunto de normas reguladoras de las relaciones nacidas de la prestación libre y por cuenta ajena de un trabajo remunerado que se realiza personalmente, en una situación de subordinación o dependencia. (García, 1981, págs.. 86-87)



Unificando las diversas definiciones desde un enfoque netamente jurídico o desde el enfoque social, el derecho del trabajo es: *“la rama del derecho que regula las relaciones de trabajo personal a cambio de una retribución económica”*, en esta definición es netamente de ámbito normativo, por otra parte desde el enfoque social: *“es aquel derecho que regula la interrelación entre una persona que ejerza su fuerza de trabajo para que otra le retribuya a través de prestación pecuniaria o en especie”*, la definición del derecho de trabajo siempre está relacionada con la interrelación social entre las personas, una aporta su trabajo y la otra entrega un valor a ese trabajo.

La regulación del derecho del trabajo ha traído consigo diferentes conceptualizaciones como la regulación de la relación laboral individual o colectiva, los principios laborales, el contrato de trabajo, la jornada de trabajo, los regímenes laborales, etc. Desde el enfoque jurídico se establece la necesidad de regulación de los conflictos jurídicos que surgen de la inaplicación o interpretación de los derechos laborales, entiendo que existiendo estos conflictos es necesario acompañar del derecho de trabajo el derecho procesal que será el mecanismo que permitirán exigir los derechos laborales que corresponden.

1.2. Naturaleza Jurídica.

Debemos recordar que cuando estudiamos el derecho del trabajo nos remontamos a la necesidad de dividirlo entre el derecho público y el derecho privado, debatiéndose si efectivamente esta disciplina jurídica es parte de cualquiera de las dos, o si encaso predomina alguna de las mencionadas.

Se sostiene que el derecho al trabajo tiene una naturaleza jurídica en el ámbito de derecho público conforme lo señala Mascaró basado en tres aspectos: la naturaleza administrativa de algunas de sus normas además de la inoperatividad y el carácter estatutario de las mismas. (citado en: Arévalo Vela, 2008, pág. 23).

Otra posición sostiene que las dos ramas principales del derecho del trabajo, esto es el derecho de trabajo individual y colectivo, pertenecen al ámbito del derecho privado, pues



sus instituciones fundamentales, como son el contrato de trabajo, la asociación sindical y la convención colectiva, son actos entre particulares, y la participación más pronunciada aquí que en otras ramas del derecho, no llega a desvirtuar este carácter, puesto que ni en uno [ni en] otro caso sustituye a las partes o se añade a ellas para convertirse también en parte pactante. Considera, en cambio, que el Derecho procesal del trabajo si pertenece al campo del derecho público. (Rendón, 2007, pág. 8). Tomando un ejemplo desde una institución típica del derecho del trabajo, que es el contrato de trabajo, el pacto que se tiene en contrato de trabajo individual el acuerdo entre ambos es netamente entre particulares, lo que supone una relación estrecha con el Derecho Privado, mientras que en los pactos colectivos se integra una regulación inclinada al Derecho Público.

Conforme señala un segmento de la población doctrinaria se tiene también la tesis que defiende que el derecho del trabajo tiene una naturaleza jurídica mixta, un defensor de esta tesis es Montoya Melgar, quien sostiene que “frente a las concepciones, en general abandonadas, según las cuales el Derecho del trabajo es esencialmente de Derecho público, y frente a las tesis que defienden su naturaleza puramente privada, la posición que hoy domina es la que pone de relieve que – el derecho del trabajo no pertenece ni exclusivamente al Derecho Público, ni exclusivamente al Derecho privado, sino que comprende necesariamente ambos elementos”. (citado en: Arévalo Vela, 2008, pág. 24).

En opinión unificada es menester señalar que los motivos que nos inclinan a establecer que el derecho del trabajo tiene una naturaleza jurídica mixta son tres puntos básicos, el primer punto existe un intervencionismo estatal en el derecho del trabajo lo cual se corrobora en los diferentes preceptos constitucionales y legales de nuestro ordenamiento jurídico; el segundo punto es el Estado a lo largo de la historia se ha constituido como un fiscalizador del cumplimiento de las normas laborales es por ello que en cada país se tiene órganos fiscalizadores en nuestro caso el Ministerio de Trabajo, y el último punto es que el Estado deja a la libertad de las partes poder vincularse a través de acuerdos que las partes establecen, desde estos tres aspectos podemos ratificarnos en aseverar que no se puede tener una posición unilateral con respecto a la naturaleza jurídica del derecho del trabajo. Refrendemos que la intervención del Estado es para dotar de derechos equitativos para cada trabajador, eso en conclusión nos sustrae a la idea del principio de igual en el derecho del trabajo.



1.3. Autonomía del Derecho de Trabajo

Anteriormente dejamos en hincapié que el Derecho del trabajo se independizó del Derecho Civil, lo cual hizo que tomara una autonomía propia, tanto en el ámbito normativo y doctrinario.

Desde mi opinión el derecho de trabajo tiene una autonomía jurídica, científica y didáctica; nos referimos a la primera autonomía debido a que el derecho del trabajo cuenta con un sistema normativo propio conformado por principios doctrinarios y una legislación especial, independientes de otras ramas del derecho; con respecto a la científica con la instauración del derecho de trabajo devinieron de él la necesidad del estudio de otras instituciones laborales, y por último del ámbito didáctico el derecho del trabajo ha tenido la necesidad de ser estudiado de forma separada de otras disciplinas jurídicas.

Una posición con la cual no concordamos es con la posición de Rendón Vásquez, el mismo que sostiene que el Derecho del trabajo no goza de autonomía frente al Derecho en general. Forma parte de él, y, como tal, reproduce su naturaleza.

1.4. El derecho del trabajo en la legislación comparada.

1.4.1. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Conforme se desarrolla en nuestra legislación nacional es necesario conocer la pragmática constitucional de otras legislaciones en este caso tomamos en cuenta a la legislación mexicana. Una de sus primeras experiencias de regularización constitucional del Derecho del Trabajo se dio en México, cuya carta política del 5 de febrero de 1917 conocida como la Constitución de Querétaro, en referencia a la ubicación donde se encontraba la sede del Congreso Constituyente que tuvo la responsabilidad de elaborar dicha constitución, resume en parte las aspiraciones de los trabajadores urbanos de su país. (De Buen, 1986, pág. 345)

En el Título Sexto “Del trabajo y de la previsión social”, en el artículo 123°, prescribe:



“Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.”

La Constitución mexicana señala con respecto al trabajo y al contrato de trabajo, que legislación respectiva se encuentra limitada desde principios y preceptos constitucionales, vale decir la Constitución mexicana circunscribe al contrato de trabajo dentro de lineamientos constitucionales, desde mi opinión la Constitución mexicana pretende tener una participación activa en el derecho al trabajo con una intervención netamente estatal donde predomina el ejercicio del Derecho Público.

Según Manuel Fuentes, la Constitución mexicana tiene una predominancia de naturaleza estatal debido a que gracias a las revoluciones que se dieron a lo largo de su historia como Estado dieron la conclusión de los principios, preceptos e incluso condición que se encuentran reguladas en el artículo 123°, por otra parte se tiene en cuenta que además de los estamentos constitucionales que regula este artículo, se tiene también la Ley Federal del Trabajo que es de observancia obligatoria para los obreros, jornaleros, empleador domesticos, artesanos y de una manera general a todo contrato de trabajo. (Fuentes, 1995, pág. 19).

Tengamos en cuenta que al analizar el presente artículo se tiene la regulación de otras instituciones laborales que devienen del derecho al trabajo, como el contrato de trabajo, la jornada laboral, el salario mínimo, las horas extras de trabajo, las condiciones de seguridad de trabajo, etc., es así que lo que se observa de la Constitución mexicana es tutelar de manera ramificada todo el ámbito del derecho laboral.

1.4.2. La Ley Fundamental de Alemania Federal. La Ley Fundamental de Bonn.

En Alemania se dio la constitucionalización del derecho del trabajo con la Constitución alemana de Weimar, puesta en vigencia el 11 de agosto de 1919. Esta



Constitución, se constituyó en un periodo en el cual las revoluciones tenían predominancia por afectar gravemente los estados políticos, sociales y jurídicos de cada país, es por ello que los derechos sociales es decir los derechos laborales se veían afectados constantemente, y la necesidad de la intervención estatal en la regulación de las relaciones de trabajo, la contratación colectiva de trabajo, el derecho de libre asociación, y atención contra los riesgos laborales eran muy necesarias.

La influencia que marco en la vida política de Alemania fue debido a la Segunda Guerra Mundial, a partir de ese momento aparece una nueva Constitución de la República Federal Alemana denominada la Ley Fundamental de Bonn, adoptada el 8 de mayo de 1949 por el Consejo parlamentario. Dentro de esta Constitución es necesario señalar las siguientes disposiciones donde se observa la constitucionalización del derecho al trabajo.

“Artículo 9 [Libertad de asociación]

- (1) Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades.
- (2) Están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos.
- (3) Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten según los artículos 12a, 35 apartado 2 y 3, 87a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con el fin de mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo.

Artículo 12 [Libertad de profesión, prohibición del trabajo forzoso]

- (1) Todos los alemanes tienen el derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional.
El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley.
- (2) Nadie puede ser obligado a un trabajo determinado salvo en el marco de un deber público de prestación que sea habitual, general e igual para todos.



(3) El trabajo forzoso es admisible sólo en el caso de privación de libertad ordenada judicialmente.

Artículo 18 [Privación de los derechos fundamentales]

Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal.

Artículo 74 [Legislación concurrente de la Federación]

(1) La legislación concurrente abarca las materias siguientes:

12. el Derecho laboral con inclusión del régimen orgánico de las empresas, la protección laboral y las oficinas de colocación, así como el seguro social con inclusión del seguro de desempleo;

13. la regulación de las ayudas para la formación profesional y el fomento de la investigación científica;

[...]"

A diferencia de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn se caracteriza por una constitucionalización del derecho laboral de forma más breve asimismo tiene disposiciones que se constituyen en normas represivas muy severas. (KASEL Y DERSCH, 1963, pág. I-96).

1.4.3. La Constitución española.

La influencia de las revoluciones y guerra en Europa hizo cambiar y consolidar las Constituciones de cada país europeo, en el caso de España, luego del periodo del franquismo, España optó por establecerse como un régimen de gobierno democrático registrando la



Constitución española de 1978, esta Constitución fue el resultado de un compromiso entre los partidos que llegaron a la Asamblea Constituyente.

La constitucionalización del derecho al trabajo se observa en las siguientes disposiciones:

“Artículo 7° [Sindicatos y Asociaciones empresariales]

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Artículo 28° [Libertad de sindicación y Derecho a la Huelga]

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Artículo 35° [El trabajo derecho y deber]

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.



Conforme se aprecia la constitucionalización del derecho al trabajo se torna predominante en el ámbito del Derecho privado, sobre en el ámbito de la negociación colectiva, vale decir el derecho colectivo es la libertad de asociación que permite reflejar el derecho al trabajo. Notemos que al igual que la Constitución Política de Perú de 1993 donde se señala al trabajo como un deber y un derecho se torna semejante al artículo 35° de la Constitución española de 1978, concordando en el ámbito de aplicación del derecho al trabajo.

1.5.Principios del Derecho del trabajo.

1.5.1. Aspectos Generales.

Como pudimos observar es necesario denotar que los principios se constituyen como los lineamientos o postulaciones del Derecho del Trabajo que proporcionan soluciones factibles en el sentido de que inspiran las normas laborales y configuran una regulación en las relaciones laborales de acuerdo a criterios distintos de los que pudiera darse en otras ramas laborales.

En el ámbito del Derecho del trabajo debemos de tener en cuenta que los principios laborales son herramientas que al aplicarse en un caso concreto se convierten en las ideas fundamentales e informadoras del ordenamiento jurídico laboral. Es importante delimitar que los principios laborales sirven como un mínimo de garantías, donde el núcleo esencial son los deberes y derechos del trabajador, que conllevan a la protección inmediata, por haber adquirido el derecho al trabajo de forma liminar, conforme lo estudiamos en la Constitución Política del Perú de 1993.

Anotemos en la presente investigación que los principios que informan al Derecho del trabajo son extensos y que para el presente caso solo analizaremos los más necesarios dado que la totalidad de principios laborales que son reconocidos tanto por la jurisprudencia nacional e internacional, es diversa.

1.5.2. Definición

En estricto concepto los principios son aquellos preceptos jurídicos normativos de aplicación por parte de la autoridad competente ante vacío o duda, constituyendo como aquel fundamento de la disciplina jurídica del Derecho del Trabajo, que inspiran e informan las normas, siendo orientadas en su interpretación para resolver aquellos casos expresamente no previstos.

Se convierten en una herramienta para la formación de normas que regulan de forma directa o indirecta la solución de conflictos existentes a través de la interpretación de la norma y con relación a esta definición Américo Plá señala:

“Los principios pueden definirse como las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos” (citado en: Anacleto, 2015, pág. 67). [*El subrayado nos pertenece*]

Lo que nos indica esta definición es la posibilidad de aplicación de forma directa e indirecta en la solución de conflictos lo que usualmente sucede en la práctica es necesario tener en cuenta que la aplicación de los principios son siempre como directrices superiores a los disposiciones legales, es por ello que su aplicación se remite a casos especiales en los cuales el operador jurídico corrobore la necesidad de aplicar principios para dar una solución factible al caso en concreto.

1.5.3. Funciones

Para la doctrina se tiene que las funciones esenciales que cumplen los principios laborales son tres, las cuales son: i) normativa, ii) interpretadora, y iii) informadora, entre las cuales la primera se presenta cuando los principios laborales actúan como una fuente supletoria en casos de ausencia de la ley, por lo que llegan a ser un medio por el cual se integra el derecho.



La primera función de los principios es la normativa, con relación a esta primera función se tiene que aunque el ordenamiento jurídico lo omita no impide la aplicación por parte del intérprete, motivo por el cual para Podetti señala es la *“función que se encarrila cuando así lo prevé expresamente el ordenamiento jurídico nacional, sin que la ausencia de una remisión tal implica al intérprete aplicarlos para integrar el derecho”* (citado en: Anacleto, 2015, pág. 69).

Tengamos en cuenta la posición doctrinaria con respecto a la función normativa que conforme señala Neves, los principios laborales forman parte de las fases de la vida normativa, las cuales ha diferenciado en la siguiente forma:

Para la producción de las normas, momentos en el que debe acudirse al carácter protector del Derecho del Trabajo; para su interpretación, actividad en la cual el principio apropiado es el in dubio pro operario; para su aplicación, oportunidad en la que resolvemos un conflicto, mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas, a través de la condición más beneficiosa; y para la sustitución, supuesto en el cual acudimos a los métodos de integración” (2007, pág. 101).

La función –interpretadora- propiamente como su definición indica busca en los principios laborales la operacionalización de la percepción orientada a ser un criterio interpretativo que visiona en el intérprete u operador jurídico una interpretación completa de lo que la norma jurídica puede realizar en un determinado ámbito, esta función varía dependiendo a los criterios que puede adoptar cada operador –es decir cada uno interpreta los resultados que pretende obtener a través de diferentes criterios-. (Larenz, 1994, pág. 308)

Por último la tercera función –informadora- que se constituye cuando los principios sirven como inspiración para el legislador, como aquel fundamento del ordenamiento jurídico, implicando que se inspire en las leyes laborales todas las virtualidades que implica cada principio.



En nuestra opinión las funciones que caracterizan a los principios laborales son esenciales a lo largo de la aplicación normativa del ordenamiento jurídico laboral, por cuanto recordemos el significado de cada función.

1.5.4. El principio protector

Comencemos con el principio protector nace de la concepción objetiva de que en toda relación laboral el trabajador es aquel sujeto que se encuentra más vulnerable frente al empleador, es por ello que este principio pretende proteger al trabajador contra los posibles abusos que pueda sufrir el trabajador. Conforme expone el Tribunal Constitucional en el fundamento 4 de la sentencia del Expediente N.º 10777-2006-PA/TC, que establece:

El Derecho del Trabajo surgió a comienzos del siglo XX ante la constatación histórica de que la desigualdad económica entre trabajador y empleador conducía a un desbalance en el poder de negociación de ambas partes, inclinándose la balanza a favor del empleador, lo cual traía como consecuencia la imposición de condiciones precarias para el trabajador, colindantes con la explotación. Como respuesta a esta situación, el Derecho del Trabajo se erigió como una rama necesaria a fin de equiparar condiciones entre trabajador y empleador, y esa forma restablecer el desequilibrio contractual derivado de la desigualdad económica entre las partes [cursivas añadidas] mediante la regulación de condiciones mínimas en beneficio del trabajador (Víctor Hugo Calvo Durán & otros contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2007).

En este fundamento lo que se pretende es escenificar el objetivo del principio protector que en síntesis se materializa en la lucha de poder de una parte que pretende subyugar a otra es ahí donde se converge la necesidad de protección por parte del Estado para con la clase trabajadora, y frenar una situación que pueda decaer en el detrimento de los derechos laborales. Sin embargo tengamos en cuenta que este principio resulta de la finalidad de buscar un equilibrio de igualdad entre el trabajador y el empleador, vale decir una posición de balance que permita posicionar al sujeto que se encuentra en desventaja frente a otra para poder posicionarlo en un balance equilibrado.



Para la doctrina el principio protector es considerado como el más importante, aquel que inspira el Derecho del trabajo, de igual forma es considerado como un principio rector de esta rama jurídica, en mérito a que por medio de él se confiere u otorga un carácter protector en favor del trabajador, debido a su condición en la relación laboral, porque se encuentra en una posición de desventaja frente al empleador, siendo una situación que debe equipararse, conforme a lo que Vásquez señala como carácter del principio protector:

“Tiene un carácter tuitivo del empleado a fin de asegurarle una igualdad sustantiva y real, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta el desnivel de la capacidad de negociación. En consecuencia, no rige en él en forma amplia del principio de la autonomía de la voluntad, sino solo en los casos en que se han asegurado ciertos límites” (citado en: Anacleto, 2015, pág. 73).

Desde el enfoque del principio protector la legislación laboral debe encontrarse orientada hacia a un procedimiento que equilibre a las partes –trabajador y empleador-, por ejemplo en el caso de la institución jurídica del -despido-, ahí tenemos una clara figura de la desventaja que tiene el trabajador frente al empleador, sin embargo por intermedio de la aplicación de este principio el trabajador puede abstraer exigencias tanto sustantivas como formales para que constituyan garantías para el trabajador, a fin de protegerlo frente a aquella decisión discrecional por parte del empleador que busque la extinción del vínculo laboral.

Si bien es cierto que el principio protector busca equilibrar una situación de desventaja no siempre esta es en favor del trabajador por que en buena cuenta existen casos en los cuales los intereses o los derechos del empleador se pueden ver afectados, es por tal razón que este equilibrio no solo se constituye en favor del trabajador, lo que se busca es un consenso bilateral que permita linear parámetros que se adecuen dentro de formas equitativas, por lo cual compartimos la opinión vertida por el profesor a Cessari que refiere respecto a la relación del principio protector que: “[e]n el Derecho del Trabajo la razón del espíritu protector responde tanto a la: inseparabilidad de la prestación de trabajo del trabajador y la normal exclusividad de la dedicación del trabajador a la empresa, de la cual extrae su medio principal para su existencia” (citado en: Elizondo & Fonseca, 2013, pág. 15).

Pero este principio es netamente aplicado en el aspecto procesal donde adquiere protagonismo dado que dentro de un proceso cuando el caso especial reviste una posible situación de desventaja el juez, es quien deberá esgrimir si el trabajador se encuentra en una situación de desventaja o debilidad frente a otras persona, en esencia observamos que la aplicación de este principio se verá ejecutado a criterio de aquel operador que se percate de aquella situación de desventaja, procurando que su resultado sea equilibrar un común consenso entre las partes y poder posicionarlos en un balance adecuado.

Una mayoría doctrina acepta que el principio protector se deriva de tres reglas: i) principio *in dubio pro operario*, ii) de la norma más favorable, y, iii) condición más beneficiosa, que para efectos de la presente investigación son necesarios de analizar.

a) **Indubio pro operario**

Su fundamento se remonta a aquella regla del derecho romano del *indubio pro reo*, del Derecho Penal, *in dubio contra stipulatorem*, como excepción en el Derecho Civil, interpretación a favor del consumidor y fundamentalmente *indubio pro hominis*, que lleva a preferir el sentido más ventajoso a un derecho de la persona, siendo este último el que podría subsumir a las anteriores, sin embargo en el Derecho Laboral implica la interpretación favorable del trabajador en aquellos casos de duda insalvable, respecto al sentido de una norma que tiene un contenido incierto. Entendido de esa manera “se opone al criterio utilizado en las demás ramas jurídicas, *según el cual la duda se resuelve por lo general, a favor del deudor, que aplicado al Derecho del Trabajo, sería en beneficio del trabajador, quien tiene gran parte de obligaciones laborales*” (Anacleto, 2015, pág. 76), dicho esto podemos tener la idea central de lo que constituye el principio Indubio pro operario, que en esencia marca la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, que entendido de forma estricta es la definición explícita que se puede encontrar en el Derecho del Trabajo para este principio.

Si analizamos de manera más profunda en la Constitución Política del Perú de 1993 en el numeral 3 del artículo 26° señala: “[...] la interpretación favorable al trabajador en caso de **duda insalvable** sobre el sentido de la norma”, resaltamos que el precepto constitucional



señala claramente en caso “duda insalvable”, lo cual te remite de forma explícita a casos en los cuales de forma excepcional se puede esgrimir dudas que no pueden ser solucionadas de forma directa a través del ordenamiento jurídico laboral, tomando en cuenta este punto podemos considerar lo señalado por Frers, quien explica: “[...] *la norma constitucional, expresa que no se trata de cualquier duda, sino solamente de aquellas “insalvables”, es decir, que no puedan ser resueltas por los sistemas propios de la hermenéutica. Por lo tanto, no se trata de que ante la mínima duda se busque una interpretación favorable al trabajador, sino como último mecanismo o también llamado mecanismo de cierre*” (citado en: Haro, 2013, pág. 13).

El objetivo preciso del principio *indubio pro operario* es que en caso de duda, debe optarse por aquella interpretación de la norma que resulte más favorable para el trabajador, es decir que “enuncia que si una norma le permite a su interprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para el trabajador” (Neves Mujica, 2007, pág. 120). En la practica la aplicación del principio *indubio pro operario* es fielmente aplicado, dado que en la praxis se puede suscitar dos situaciones la primera situación relacionada en aquellas circunstancias en las que concurren más de una norma para el caso en concreto y otra cuando una norma tenga varias interpretaciones posibles.

De esta manera se exige dos requisitos para que opere el *indubio pro operario*, uno relacionado con: i) la existencia de una duda insuperable, y, ii) el respeto de la *ratio juris* de la norma objeto de interpretación, notemos que el operador jurídico puede delimitar si en un caso concreto se materializa alguno de los dos requisitos señalados, para en cuyo caso se observará el criterio más concordante y compatible con la razón que se busca. Desde el enfoque procesal este principio actúa como: “una regla para el juez u operador del derecho, para tener que elegir entre los distintos sentidos permisibles de la norma, el que resulte siendo favorable para el trabajador y “su utilización sólo se justifica cuando hay duda en la aplicación de la ley, convenio, interpretación de ésta, del contrato de los hechos. A través de ella no solo se crea la norma, sólo se la integra” (Anacleto, 2015, pág. 76), siendo por ello que: “[l]as autoridades, tanto administrativas como judiciales, deberán optar, en caso de dudas o conflictos de leyes, la que favorezca al trabajador. Siendo importante que los jueces o autoridades apliquen un justo raciocinio y un criterio objetivo en busca de la justicia laboral (Haro, 2013, pág. 13). En un consenso unificado ni la doctrina ni la legislación se concibe al



principio *indubio pro operario* como un principio integrador de normas que dificulten la resolución de conflictos en el derecho laboral o que den duda insalvable.

El supremo intérprete de la Constitución -el Tribunal Constitucional- fundamenta que este principio involucra el problema de asignación de un significado a la norma y que conforme ha abarcado en el fundamento 21 de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC explica que:

El principio indubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de “norma” abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc. (Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones contra diversos artículos de la Ley N.º 28175, 2005).

Conforme lo expone en el citado fundamento el Supremo interprete se debe de tener presente que *principio indubio pro operario* solamente es aplicable a los casos en los cuales exista un conflicto entre el significado de los alcances y contenido de una norma, es decir busca la mejor interpretación, quedando limitada a realizar cualquier acción integradora de la norma, es muy importante saber diferencia que este principio no permite una función integradora sino más que todo una función interpretadora.

b) Condición más beneficiosa

Citando al profesor Américo Pla, quien refiere que “[...] esta regla establece que *la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera encontrarse el trabajador*. Supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida en que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse” (citado en: Universidad Los Ángeles de Chimbote, 2006, pág. 79). Esta regla en esencia pretende conservar las mejores ventajas y derechos alcanzados por un evento anterior frente



a una situación posterior que pretende su eliminación o sustitución, poniendo en praxis lo preceptuado es necesario señalar que si un trabajador obtiene la condición más favorable para él, no se le puede aplicar una norma que lo perjudique.

Esta regla puede contemplar varios supuestos, que sucede cuando un trabajador suscribe un acuerdo favorable para su persona, y días después entra en vigencia una norma que afecta esta condición favorable para el trabajador, es aquí donde podemos apreciar la conservación de condiciones de origen unilateral, de origen contractual, de origen convencional y origen legal, por ende este principio emana un mandato de conservación de todas aquellas condiciones que dieron lugar a las situaciones más beneficiosas para el trabajador.

En nuestra opinión esta regla tiene como requisito de aplicación una situación que para el trabajador se constituye en la más beneficiosa, por cuanto se debe ponderar en caso de ser modificada, para lo cual únicamente podrá ser cambiada siempre y cuando sea en mejora y no en disminución de las condiciones favorables que adquirió el trabajador, asimismo la existencia de esa situación tendrá que ser respetada al momento de ser legislada, dado que el resultado que busca este principio es mantener u obtener el beneficio más favorable para el trabajador.

1.5.5. Principio de primacía de la realidad

Uno de los principios laborales que cuenta con una flexibilidad de aplicación en la práctica es el principio de primacía de la realidad, una conceptualización precisa de este principio es que ante la existencia de una discrepancia entre lo declarado en documentos o formalidad y los hechos, se preferirá este último, inclusive por encima de las formalidades que de ser el caso hubieran asignado las partes; básicamente este principio laboral da preferencia a las condiciones reales que se hubieran presentado, superponiéndose a los hechos que puedan constar de manera documental, sustrayendo de la doctrina concordamos con lo sostenido por el profesor Américo Pla, el mismo que refiere que, “*en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a los primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos*”



(citado en: Elizondo & Fonseca, 2013, pág. 23), esta situación te circunscribe de primer plano en la base de que los hechos están antes que los documentos.

Entendiendo de manera precisa el principio de primacía de la realidad reconoce por medio de los hechos, las características de una verdadera relación entre trabajador y empleador, más no a la apariencia que se hubiera dado, resaltando una disimilitud entre lo que es y lo que debería ser, siendo en materia laboral lo más importante lo que en la práctica hubiera ocurrido entre las partes. En consecuencia lo que importa en el Derecho Laboral es lo que suceda en la práctica por encima de una aparente formalidad.

Tomando en consideración que el contrato de trabajo es también denominado como un contrato realidad, pero que en la doctrina se ha optado por el sentido de primacía de realidad, en ese entender Haro explica que: “[e]ste principio consiste en que debe primar la realidad de los hechos sobre lo consignado por escrito, es decir, debe primar aquello sobre la realidad formal. Entonces, lo válido no es lo que se conoce con un escrito o pacto cualquiera, sino en lo que se realiza en los hechos” (Haro Carranza 2013, pág. 13).

El contrato de trabajo, ejemplifica el principio de la primacía de realidad en el momento en el cual se da la no importancia o trascendencia, que el propio contrato inserte sus propias cláusulas indicando la naturaleza del mismo, si en la realidad es un contrato laboral, para lo cual conforme ha señalado el Tribunal Constitucional se presume su existencia cuando concurren tres elementos, así lo ha señalado en el fundamento 3 de la sentencia del Expediente N° 2545-2003-AA/TC en el siguiente sentido:

“Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren 3 elementos: la prestación *personal del servicios, la subordinación y la remuneración* [cursivas añadidas] (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo” (Frine Mallqui Oriundo contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de la corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2004).



En el fundamento 8 de otra sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 01162-2005-PA/TC se deja establecido que cuando concurren los tres elementos del contrato de trabajo se aplica el principio de primacía de realidad y explican:

Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes— *ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad,* [cursivas añadidas] en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que el demandado, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente (Elvio Núñez Becerra contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, 2006).

En el Derecho Laboral se conoce que para configurar al contrato de trabajo es necesario la concurrencia de los tres elementos —señalados anteriormente- y ante la aplicación del principio de primacía de la realidad, el Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia ordena la reposición de aquellos trabajadores despedidos que se encontraban bajo la simulación de un contrato que no obedecía a la naturaleza de sus labores, como es el caso del fundamento 4 de la sentencia contenida en el Expediente N° 1562-2002-AA/TC que expresaba:

“Consecuentemente, resulta aplicable al presente caso el principio laboral de primacía de la realidad, pues si bien el recurrente fue contratado bajo la modalidad de locación de servicios, de hecho realizaba prestaciones propias de un contrato de trabajo. *Por este motivo, su despido debió realizarse por las causales y mediante el procedimiento establecido en el Decreto Supremo N.º 003-97-TR,* [cursivas añadidas] por lo que, al no actuar conforme al procedimiento antes citado, la empleada ha vulnerado el derecho fundamental al trabajo del recurrente” (Alejandro



Navarro Pinedo contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, 2003).

Analizando las razones que establecen que el principio de primacía de realidad en el Derecho Laboral se constituye como una protección en favor del trabajador, a fin de evitar de que pueda ser perjudicado por la adopción de algunas figuras jurídicas que ocultan la realidad o le dan la apariencia de lo que no es, razón por la que cuando exista discordancia entre lo que ocurre en la práctica y los acuerdos o formalidades –documentos- tendrá que optarse por lo primero, es decir la realidad, en ese entender en el fundamento 10 de la sentencia del Expediente N° 01846-2005 el Tribunal Constitucional estableció:

“En relación al referido principio, este, Tribunal, en criterio que comparte, reitera lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia C-154/97, en un caso en que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley que dictó el Estatuto de Contratación Administrativa, señaló que el principio de primacía de la realidad “(...) agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo” (María Isabel Paredes Taype contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, 2006).

En nuestra realidad es cotidiano apreciar la cantidad de casos en los cuales se aplica una la apariencia de una relación laboral distinta a la que realmente es, táctica que hasta la actualidad viene siendo utilizada por parte del empleador (sea persona natural o jurídica), en diferentes modalidades laborales (contratos de locación de servicio, los sujetos a un régimen, etc.)

Para efectos de esta investigación es necesario denotar que en el Perú la política laboral aplica siempre una apariencia laboral distinta a la que se presenta en la realidad una realidad que ha dejado huella de cómo hasta un ente estatal puede vulnerar derechos constitucionales, siendo aún más quien debería velar por dichos derechos en igual de condiciones para todos; es por ello que el Poder Judicial, en reiterados precedentes vinculantes te exhorta a observar la clara aplicación del principio de primacía de la realidad.



Para finalizar concluimos en que en el Derecho Laboral prima la realidad dentro del ámbito de la relación laboral sobre lo que se hubiera expresado en documentos, inclusive si en éste se encontrara plasmado en un contrato laboral, siendo de trascendencia lo que en la práctica este aconteciendo entre las partes del vínculo laboral, a fin de llegar a establecer la existencia y naturaleza de la relación laboral.

1.5.6. Principio de continuidad

Este principio se enmarca en la premisa del tiempo, lo cual indica que el trabajador presta servicios que no se agotan con una sola prestación, sino por el contrario se mantiene en el tiempo, lo cual nos remite a la idea central del principio de continuidad, una institución laboral que se fundamenta en este principio es el contrato de trabajo, no podemos dejar de analizar esta institución sin incluir el principio de continuidad.

Una posición doctrinaria que considera el carácter de tracto sucesivo del contrato laboral, es el del profesor Lamas que refiere al principio de continuidad como aquel que: “[s]e fundamenta en el carácter tracto sucesivo del contrato de trabajo, cuya finalidad es garantizar la estabilidad en el empleo para el trabajador, asegurándole seguridad económica así como afianzar la incorporación del trabajador a la empresa, principio aceptado en la doctrina, legislación y jurisprudencia”. (citado en: Díaz, 1997, pág. 161).

Este Principio tiene una estrecha vinculación con la estabilidad laboral, que justamente es un derecho laboral que de forma teórica se pretende tengan todos los trabajadores en una circunscripción geográfica, pero sin embargo a veces no se puede dar.

1.5.7. Principio de igualdad

En la Constitución Política del Perú de 1993 en su Título I, artículo 2º, inciso 2), que prescribe: “[...] toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, entendiéndose como aquella igualdad que regula el ordenamiento en una dimensión del valor de seguridad jurídica, de manera que esta igualdad a la que se hace referencia es considerada como un principio general aplicable al Derecho del Trabajo, el cual constituye como aquel



instrumento que regula la aplicación de justicia a casos que guardan similitudes o particularidades.

En la presente investigación queremos hacer un énfasis en el presente principio dado que al investigar nuestro tema pudimos apreciar que el principio que se vulnera con esta situación es el principio de igualdad ante la Ley, naciendo la pregunta, si la Constitución en este caso se habla de igualdad de trato ¿Por qué en la práctica existe una brecha entre el pago del trabajo en sobre tiempo de los trabajadores de la actividad privada y los trabajadores del sector público?, esta pregunta puede conllevarnos réplicas de posiciones que sustentan la posición de la limitación del tema presupuestal de nuestra macroeconomía, entonces en la praxis no existiría una situación real de igualdad, y no hablamos de un pequeño segmento de la población, hablamos de un gran sector que se ve sumergido en la desigualdad de trato.

a) Igualdad de la remuneración

En el derecho laboral, siempre ha primado la regla general: “por una misma labor una misma retribución”, que en esencia es una de las bases de este principio laboral, que da cuenta, que se encuentra prohibida la discriminación en la remuneración de los trabajadores, dicho enunciado se encuentra reconocido a nivel de derechos humanos internacionales; expresamente recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, que fue reconocido en el artículo 43 de la Constitución Política de 1979 y excluido por la Constitución de 1993, sin embargo en virtud de haber suscrito el Perú dicho pacto ha ratificado: el pago igual por trabajo igual es un derecho que debe respetarse y es plenamente exigible en nuestro país.

La regla general es la siguiente: la ley prohíbe pagar a una persona una remuneración menor que la que percibe una persona cuando ambos realizan trabajos que requieren la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad y son ejecutados en el mismo establecimiento bajo similares condiciones, salvo que la diferencia se base en la antigüedad, el mérito, la calidad o cantidad de la producción o cualquier factor objetivo distinto.



Trasladando al ámbito de reconocimiento y pago de horas extras, es ampliamente permisible que un trabajador del sector público, también pueda percibir dicho derecho laboral al igual que sus pares los del régimen laboral del sector privado.

Así también lo han entendido los miembros de la Corte Suprema en la sentencia de Casación Nro. 601-2006-SANTA en la que la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que “(...) ante igual labor asiste el derecho a un trabajador a percibir igual remuneración, con excepción en los casos en que la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas -evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos, entre otros -e inclusive a actos de liberalidad del propio empleador”.

En esa misma línea interpretativa el Tribunal Constitucional ha ratificado el referido criterio en la Sentencia recaída en el Expediente 04922-2007-PA/TC al señalar que “(...) la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación ni ser objeto de recorte, ni diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo”.

b) Igualdad de oportunidades

En el Derecho Laboral del principio de igualdad se disgrega el principio de igualdad de oportunidades, este consiste en aquella prohibición de cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de cualquier índole, que tenga por efecto alterar o suprimir la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo.

Este principio netamente se ve implicado en los acápites posteriores que desarrollaremos, lo que pretende este principio es evitar el tratamiento diferenciado a situaciones que guardan relación, de manera que en el Derecho Laboral no se puede permitir que un grupo de trabajadores tengan un tratamiento distinto al de otros pese a encontrarse ante una misma situación, por lo cual concordamos con el profesor Américo Plá cuando explica que este principio “lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un



trabajador en una situación inferior o más desfavorables que el conjunto, sin una razón válida o legítima” (citado en: Anacleto, 2015, pág. 92).

Analicemos el Decreto Legislativo Nro 854 - La Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, en el artículo 9, prescribe: “[n]o obstante, en caso de acreditarse una prestación de servicios en calidad de sobretiempo aun cuando no hubiera disposición expresa del empleador, se entenderá que ésta ha sido otorgada tácitamente, por lo que procede el pago de la remuneración correspondiente por el sobretiempo trabajado”, en el sector privado se da el pago del trabajo en sobretiempo sin embargo en el sector público no existe forma alguna de que se realice una retribución por dicha prestación, lo cual nos contrapone a la pregunta: ¿existe una igualdad de derechos ante la ley?

La realidad que afrontamos es que existe discriminación de trato ante la Ley entre los trabajadores del sector privado y sector público, nos encontramos en la situación de dar una solución a la problemática del derecho a un trato igualitario y sin discriminación. Como todo en el Derecho esta problemática puede entenderse desde tres dimensiones, la primera como generalización que permite que un grupo tenga un tratamiento igualitario, es decir someterse a un mismo tratamiento por encontrarse ante una condición igual, por lo tanto ante esta dimensión corresponde consecuencias jurídicas iguales. La segunda dimensión es la igualdad de procedimiento, que implica la existencia de la igualdad de todas las personas de ser sometidas ante un mismo procedimiento sin importar de por medio los intereses subjetivos de las personas. La tercera dimensión es la igualdad de trato formal, que implica que “un mismo órgano no puede modificar injustificadamente decisiones en casos iguales, ya que con ello se busca alcanzar seguridad jurídica” (Monzón, 2015, pág. 122).

Lo que pretendemos en esta investigación es dar una solución factible a la problemática que genera el trabajo en sobretiempo en el sector público.



1.5.8. Principio de rendimiento

En el derecho comparado el principio de la buena fe en materia laboral aparece vinculado al principio del rendimiento. Según el profesor PLA, este principio consiste fundamentalmente en la afirmación de que ambas partes deben realizar el máximo esfuerzo en aumentar, acrecentar e impulsar la producción nacional, en cuanto dependa de la empresa.

Por su parte, doctrinarios españoles como SALA FRANCO han confirmado que este deber de buena fe contractual se encuentra en la naturaleza misma del contrato de trabajo. Los trabajadores suelen prestar su trabajo en el seno de una organización más o menos amplia, que genera una red de relaciones distintas a la inicialmente pactada con el empleador, y ello exige un plus de colaboración en aras de posibilitar la necesaria productividad en la empresa, dada la interconexión de prestaciones individuales existentes.

Las consecuencias prácticas que tiene este principio se aplican sobre todo al trabajador. En primer lugar, determina su obligación de aplicar sus energías normales al cumplimiento de las tareas encomendadas. En segundo lugar se ha invocado este principio para negar validez a ciertas formas de lucha obrera, o de acción sindical que, importan una rebaja del rendimiento normal. El ejemplo más típico es el trabajo a desgano, en el cual el trabajador disminuye deliberadamente la intensidad de su labor como medio de presión ante el empleador, el gremio o el propio estado como se trata nuestro tema de análisis. En tercer lugar, este principio inspira y legitima diversos sistemas de retribución como la participación en las utilidades de la empresa, comisiones, pago de horas extras, etc.

En España todavía prevalece la falsa creencia de cuantas más horas trabajadas más productividad. La productividad depende de la organización eficiente del trabajo y de la capacidad y responsabilidad del trabajador. No es cuestión de más horas, sino de cómo se utilizan dichas horas.

El presentismo laboral lo podemos definir como la presencia de los trabajadores en sus puestos de trabajo más allá de su horario normal y de lo necesario con la única intención de hacer notar su presencia. Este presentismo se ha visto aumentado en un 40% en los



últimos años debido a la crisis y al miedo que tiene la gente a perder su empleo sumado al hecho de la falta de personal para llevar a cabo el trabajo.

En buena cuenta, es responsabilidad del empleador o de los jefes de personal del Estado, los que se encuentren llamados a evitar estas malas prácticas que ya aparecen existentes en otros países.



Sub Capítulo II

2. Constitucionalidad del Derecho al trabajo

E *trabajo* es un elemento esencial del Derecho del trabajo, es por ello que en este acápite queremos profundizar con los preceptos constitucionales que reconocen la institución del trabajo. Conforme a ello en la Constitución Política del Perú de 1979, Capítulo V “Del trabajo”, que a su vez formaba parte del Título I referente a los “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”, en su artículo 42°, reconoce el derecho al trabajo, prescribiendo: “El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones. **En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.** El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. La ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso”, desde el análisis del mencionado artículo observamos que el Derecho del trabajo tiene una influencia predominante en el Derecho público, dado el intervencionismo del Estado en la regulación del trabajo, asimismo cabe señalar que si el trabajo como un elemento del Derecho del trabajo ya te deja exhortado a diversos principios e instituciones como el principio de igualdad, la diversidad de regímenes laborales, etc., ya te proporciona la clara idea de la autonomía jurídica y científica del Derecho del trabajo por cuanto fundamenta más nuestra posición.

En este precepto constitucional se puede observar el principio de igualdad de los trabajadores, el Estado hace una refrenda a la igualdad de trato de los diferentes regímenes laborales que pueden existir. Acoplemos este análisis con lo prescrito en la Constitución Política de Perú de 1993, analizando si existe alguna diferencia o mayor intervencionismo de protección del Estado.



En el Capítulo II “De los Derechos Sociales y Económicos”, que pertenece al Título I “De la persona y de la sociedad”, en los artículos 22°, 23° y 24° de la Constitución Política del Perú de 1993, prescriben el derecho al trabajo como un derecho adherido a la persona humana, analicemos artículo por artículo.

El **artículo 22°** prescribe: “El trabajo *es un deber y un derecho*. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. De primer plano notamos que no existe una intervención estatal resaltante.

Este precepto legal consagra al trabajo como un deber y un derecho, además de ser la base del bienestar social y el medio de la realización de la persona humana en la sociedad.

La Constitución Política del Perú de 1993 consagra que el trabajo es un deber y un derecho en su artículo 22° y al ser considerado como tal, emana principios de igualdad, al circunscribirlo dentro del Título I “De la persona humana y de la sociedad humana”, te sustrae a que cualquier persona tiene los mismo derechos y deberes laborales.

Por otra parte en el **artículo 23°**, se torna más explícito para la intervención estatal, por cuanto prescribe lo siguiente:

“[e]l Estado y el Trabajo (...) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”, para la ejecución del trabajo en sobre tiempo es necesario que existe un acuerdo entre el trabajador y el empleador, el primero de los nombrados que tiene la titularidad de aceptar por propia voluntad de trabajar en sobre tiempo; y el segundo de los nombrados que acepta retribuir dicha jornada de trabajo, tengamos presente que en el trabajo en sobretiempo no se busca que el trabajador recupere las horas no laboradas, concordando la posición optada por Díaz Tovar por el contrario se delimita un parámetro específico que alcanza a una labor necesaria que surge de la necesidad de la empresa de realizar jornadas de trabajo que se extiendan (citado en: Diálogo con la jurisprudencia, Lima, 2010, pág. 56).

En el TITULO IV del D.S. 007-2002-TR R. 2002, en su artículo 9°, prescribe:



“[e]l trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.

Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

La imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias. Igualmente, el empleador infractor deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando éste demuestre que le fue impuesta. La autoridad administrativa de trabajo dispondrá la realización de inspecciones en forma permanente con el objeto de velar por el estricto cumplimiento del pago de las horas extras laboradas.

No obstante, en caso de acreditarse una prestación de servicios en calidad de sobretiempo aun cuando no hubiera disposición expresa del empleador, se entenderá que ésta ha sido otorgada tácitamente, por lo que procede el pago de la remuneración correspondiente por el sobretiempo trabajado”.

Consolidemos entonces que conforme se tiene el precepto constitucional citado líneas arriba nadie está obligado a trabajar sin retribución alguna o sin su consentimiento así como lo refrenda del mismo modo el dispositivo normativo analizado, siendo necesario para la realización de trabajo en sobretiempo el consentimiento del trabajador, y no solo eso, sino que en caso que el trabajador no preste su consentimiento para laborar el empleador estaría incurriendo en una infracción administrativa; en el caso de los empleadores públicos sucede que dichas entidades u órganos no debieran permitir que sus trabajadores laboren fuera de su jornada ordinaria laboral.



Sub Capítulo III

3. Contrato de Trabajo y Regímenes Laborales

3.1. El contrato de trabajo

Conforme dispone el artículo 1351° del Código Civil el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, sin embargo esta es una definición desde el punto de vista civilista que no se adecúa plenamente ni íntegramente al contrato de trabajo propiamente dicho, sin embargo alcanza luces de aquello que realmente se pretende analizar líneas abajo, por ello es interesante tenerlo de referencia por la patrimonialidad de su contenido, conforme se determinará en los elementos del contrato de trabajo, que como es de conocimiento público, se requiere indefectiblemente la contraprestación o remuneración.

3.1.1. Definición.

Según el maestro Guillermo Cabanellas define el contrato de trabajo como: “Aquel que tiene por objeto la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Más técnicamente cabe definirlo así: el que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra”. (CABANELLAS, Pág.513). Por su parte Manuel Alonso García, define el contrato de trabajo “como todo acuerdo de voluntades (negocio jurídico bilateral) en virtud del cual una persona se compromete a realizar personalmente una obra o prestar un servicio por cuenta de otra, a cambio de una remuneración”(ALONSO GARCÍA, Pág. 274). Martínez Vivot nos presenta la definición siguiente : “...el contrato de trabajo es aquel que regula las relaciones que se manifiestan entre quienes se obligan a prestar su actividad laboral en situación de dependencia o subordinación, mediante el pago de una remuneración, en condiciones de trabajo impuestas, por lo menos, por las leyes o las convenciones colectivas de trabajo, y quienes dirigen y organizan ese trabajo, dentro de los límites del orden público laboral y de las obligaciones



que se entienden comprendidas en la relación” (MARTÍNEZ VIVOT. Pág. 99). Gómez Valdez considera que:”El contrato de trabajo es el convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental” (GÓMEZ VALDEZ. Pág.109)

Por nuestra parte podemos definir el contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar en forma personal y subordinada sus servicios a favor de otra llamada empleador quien a su vez se obliga a pagarle una determinada remuneración periódica.

En el régimen de la actividad privada, aplicable a los empleadores privados y muchas instituciones y empresas del estado, el artículo 4 de la Ley de Productividad y competitividad Laboral –LPCL–, aprobado por decreto Supremo N° 003-97-TR, indica que:

“En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”.

De esta definición legal se desprende que el contrato de trabajo supone la existencia de un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales en forma remunerada (el trabajador) y la otra al pago de la remuneración correspondientes y que goza de la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados (el empleador) (JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU p. 90).

De lo expresado –como lo ha resaltado la propia jurisprudencia–, el contrato de trabajo presenta tres elementos esenciales: prestación personal, remuneración y subordinación. Así, en la Casación N° 1581-97, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema señaló en el tercer considerando:

“Que, el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos sustanciales, los cuales son: la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al



empleador y el pago de una remuneración periódica, destacando el segundo elemento que es el que lo diferencia sobre todos de los contratos civiles de prestación de servicios y el contrato comercial de comisión mercantil”.

Entonces el contrato de trabajo puede ser definido como un negocio jurídico por el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena en una relación de subordinación a cambio de una remuneración. El contrato de trabajo es el convenio mediante el cual una persona física (el trabajador) se obliga a poner a disposición y consecuentemente subordinar su propia y personal energía de trabajo (su actividad) a la voluntad y fines de otra, física o jurídica (el empleador) a cambio de una remuneración. (WILFREDO SANGUINETI RAYMOND p. 103).

En conclusión, desde mi perspectiva: La individualidad del contrato de trabajo está conformada en primer lugar por dos personas (el trabajador y el empleador) y en segundo lugar por tres elementos esenciales (la prestación personal de los servicios, el pago de una remuneración como contraprestación por la energía del trabajo recibido y por último, el vínculo de subordinación jurídica, que liga la prestación del trabajador a la voluntad y fines del empleador).



3.1.2. Naturaleza jurídica

El Derecho del Trabajo surgió contra corriente del capitalismo liberal del siglo XIX, que había reducido el trabajo a una mercancía e impuesto el dogma de la autorregulación del mercado, que exigió el abstencionismo del Estado. Gracias a él se estructuró la vida social en torno al derecho al descanso y a condiciones dignas de trabajo de quienes laboraban subordinadamente al servicio de otros. El trabajo no es una simple fuerza económica: es una fuerza cultural por la que el ser humano además de producir bienes o servicios, es capaz de trascender lo sensible e inmediato y descubrir el sentido de la propia vida y la de los demás. Las relaciones de amistad y cooperación que surgen en el mundo del trabajo permiten desarrollar la personalidad individual y cimentar redes de colaboración social. El intervencionismo estatal y su abstencionismo han demostrado, a lo largo de la historia, que convierten los sistemas de trabajos en inhumanos porque la eficiencia y la productividad se erigen en los únicos criterios válidos de organización social, con el consiguiente empobrecimiento cultural y la posterior violencia social.

En dicho esquema los empresarios y los sindicatos tienen el deber de afrontar el nuevo marco de la economía globalizada con una visión que asegure la eficacia, la eficiencia y la consistencia de las empresas, a fin de lograr la meta del trabajo “decente”, que a su vez conseguirá revitalizar las redes de seguridad social en su sentido más amplio. La relación jurídico-laboral tiene una triple dimensión: la personal, la económica y la normativa, que fija los mínimos de Derecho necesarios a través de los mecanismos legales tradicionales y los de su fuente típica, que es el convenio colectivo.

De este modo, el trabajador subordinado supera la simple condición de asalariado y alcanza un estatuto blindado frente a la arbitrariedad de la autonomía de la voluntad, que no se debe perder en el marco de la globalización económica y social. En consecuencia, a las notas típicas del contrato de trabajo, que responden a su origen civilista –es decir, ser consensual, no solemne, personalísimo, bilateral y recíproco, conmutativo y de tracto sucesivo– se debe añadir una específica: la relacional que existe por la conexión de negocios que se realiza entre el trabajador y el empleador al celebrar el contrato.



Por eso, puedo concluir afirmando que el contrato de trabajo es, a la vez, relacional y de cambio, con elementos personales, patrimoniales y normativos. Obliga al trabajador a la prestación personal, remunerada y subordinada de sus servicios por un cierto tiempo, y al empresario, a remunerarlos y dirigirlos. De este modo se establece una conexión de negocios –el del trabajador con el del empresario– dirigida a un fin común: el de la empresa o Estado. Ambas partes deben ejecutar el contrato según el dinamismo de la buena fe laboral, de modo que el ejercicio de los derechos sea correlativo al cumplimiento de los deberes.

3.1.3. La subordinación

La subordinación, es un elemento primordial en una relación laboral, tanto que la sola existencia de esta circunstancia, puede ser suficiente para demostrar una relación laboral.

La subordinación, es la facultar que tiene un patrono, empleador o contratante, de dar órdenes a sus empleados, de disponer de su capacidad y fuerza de trabajo según sus instrucciones, necesidades y conveniencia, subordinación que no es necesario acreditar, pues se presume, esto es, que no debe probarse por parte del trabajador que la alega, sino que debe ser desvirtuada por el empleador o contratante que la niega.

Si bien los elementos del contrato de trabajo son tres: Prestación personal del servicio, Remuneración y Subordinación, con la existencia de este último es suficiente para que se configure una verdadera relación laboral, debido a que las dos primeras, esto es, la remuneración y la prestación personal del servicio, son comunes al contrato de servicios y al contrato de trabajo

3.1.4. La remuneración.

Es la compensación económica que recibe un colaborador por los servicios prestados a un determinado empleador. Está destinada a la subsistencia del trabajador y de su familia. En otras palabras constituye la recompensa de todo tipo que reciben los colaboradores por



llevar a cabo las tareas que se les asignó en la organización; la compensación puede ser directa e indirecta, la compensación directa es el pago que recibe el colaborador en forma de sueldos, salarios, primas y comisiones. La compensación indirecta, llamada también beneficios, son las que se otorgan por derechos y prestaciones que se adquieren, como son las vacaciones, gratificaciones, asignación familiar, seguros, etc.

Generalmente las remuneraciones o compensaciones, se otorgan a los colaboradores, por los servicios prestados, pudiendo ser esfuerzos físicos, mentales y/o visuales, que desarrolla un colaborador a favor de un empleador o patrón, en los contratos de trabajo se establecerán las condiciones bajo los cuales se prestan los servicios. Ahora bien, las remuneraciones pueden ser regulares o extraordinarias. En el primer caso cuando se cumple la jornada ordinaria de trabajo y, en el segundo caso cuando se labora en sobretiempo, por encima de dicha jornada.

3.1.5. Los regímenes laborales.

En el sector público hay tres regímenes laborales; el régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo 728), el Régimen de la carrera administrativa (Decreto Legislativo 276) y el Régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (Decreto Legislativo 1057), en todos los casos con sus normas complementarias y reglamentarias. Como hemos señalado en la presente investigación, nos corresponde pronunciarnos sobre el derecho de los trabajadores a percibir la contraprestación económica.



Sub Capítulo III

4. Jornada de trabajo y el trabajo en sobre tiempo

4.1. Consideraciones generales

Como referimos en el proyecto de investigación la palabra jornada se deriva del latín *geonata*, que significa la parte del día que se dedica al trabajo (Reyes Mendoza, 2012, pág. 4) y pues, todo trabajador tiene una jornada máxima diaria y/o semanal tal como ha sido aprobada en la convención núm. 1- conferencia de Washington por la organización internacional del trabajo (Cavazos Flores, 1982, pág. 12), esta jornada de trabajo será reconocida por empleador a través de una contraprestación justa y proporcional (Martin Velarde, 1997, pág. 579). Entendemos entonces como “jornada extraordinaria” a aquella que excede el límite legal permitido” (Infantes Cárdenas, INFORME LABORAL, 2008, pág. 4)

Deducimos - amparándonos en el artículo 9° (D.S. 007-2002-TR R. 2002, pág. 4)- que este trabajo en sobretiempo deberá ser retribuido, ya sea esta en forma dineraria (con la sobretasa correspondiente según Ley (D.S. 007-2002-TR R. 2002, pág. 4)) o compensada con horas de descanso (Informe N° 006-2013-DGT-DCDL-VRST).

En el primer punto del Tercer acuerdo del I Pleno jurisdiccional en materia laboral se expresa como un requisito para que el trabajador pueda exigir el pago del trabajo en sobre tiempo el cumplimiento de la jornada ordinaria de ocho (08) horas diarias o caso contrario las cuarenta y ocho horas semanales; en este Subcapítulo abordare la idea central que se tiene del reconocimiento constitucional de la jornada ordinaria laboral.

En el Perú no solamente se encuentra como un derecho constitucional social, se encuentra instituido el D.S. 007-2002-TR R. 2002- T.U.O. del Decreto Legislativo N° 854- Ley de Jornada de Trabajo, Horario y trabajo en sobretiempo, constituyéndose en una Ley específica para las instituciones como la jornada de trabajo y el trabajo en sobre tiempo (horas extras), recordemos que la jornada de trabajo es pactada entre el trabajador y el

empleador siempre que este no exceda el máximo legal permitido ya que en cuyo caso se tendría que proceder a pagar conforme a Ley.

4.2. Jornada de ordinaria de Trabajo.

Estando a lo preceptuado constitucionalmente en el artículo 25°, que prescribe: “[l]a jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”, concuerda con lo establecido por las disposiciones contenidas en el D.S. 007-2002-TR R. 2002- T.U.O. del Decreto Legislativo N° 854- Ley de Jornada de Trabajo, Horario y trabajo en sobretiempo, que en el artículo 1°, prescribe: “**[l]a jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.** Se puede establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias. La jornada de trabajo de los menores de edad se regula por la Ley de la materia. El incumplimiento de la jornada máxima de trabajo será considerado una infracción de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias”; concordado lo prescrito por Peña Carrasco ambos preceptos nos indican el establecimiento legal del mínimo de horas en que se constituye la jornada ordinaria laboral en el Perú (citado en: Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, 2010, pág. 34), conforme es conocido la Constitución emana preceptos de cumplimiento obligatorio para todas las personas que se encuentran circunscritos en el territorio peruano, lo cual nos indica que esta jornada laboral es aplicable tanto para los trabajadores del Sector Privado como para los trabajadores del Sector Público.

En muchos casos se tiene que varía el máximo total de las horas laboradas semanalmente empero cumplen la exigencia de laborar el término de ocho (08) horas diarias; caso que sucede mayormente en entidades públicas, y conforme se tiene previsto en los diversos artículos del refrendado D.S. 007-2002-TR R. 2002.



4.2.1. Definición

Podemos encontrar diversas definiciones de la jornada de trabajo desde jurídica, semántica, económica, etc. Sin embargo la que nos interesa más es la definición jurídica que señala que consiste en la duración de la actividad diría específica de los trabajadores (Cabanellas, 1993, pág. 9), por otra parte en el ámbito económico la jornada de trabajo se define como el tiempo estimado para la producción de valor del trabajo donde se tiene la fuerza de trabajo que ejerce el trabajador (Larrain, 1994, pág. 169).

La jornada de trabajo en nuestra opinión se constituye en la duración de tiempo en que el trabajador realiza actividades propias de su labor por el periodo pactado con el empleador, trabajo que será retribuido de forma pecuniaria.

4.2.2. Tipos de jornada de trabajo

Doctrinariamente y normativamente se conoce a la jornada ordinaria de trabajo, sin embargo en la práctica se tiene jornadas de trabajo que dependen de la naturaleza de la labor que realice cada trabajador; los clasificamos en este acápite como tipos de jornadas de trabajo porque consideramos que son formas de jornadas que se dan de manera diferente, y que se detallan a continuación:

a) Jornada de trabajo en horario corrido

El artículo 7° del D.S. 007-2002-TR R. 2002, prescribe: “[e]n el caso de trabajo en horario corrido, el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario. El tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos. El tiempo de refrigerio no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto”, en este tipo de jornada el trabajador puede prescindir del horario de refrigerio para que forme parte de la jornada de trabajo siempre y cuando



exista previamente un convenio colectivo, lo cual implica una negociación entre el trabajador y el empleador.

b) Jornada Nocturna

El artículo 8° del D.S. 007-2002-TR R. 2002, prescribe: [e]n los centros de trabajo en que las labores se organicen por turnos que comprenda jornadas en horario nocturno, éstos deberán, en lo posible, ser rotativos. El trabajador que labora en horario nocturno no podrá percibir una remuneración semanal, quincenal o mensual inferior a la remuneración mínima mensual vigente a la fecha de pago con una sobretasa del treinta y cinco por ciento (35%) de ésta.

Se entiende por jornada nocturna el tiempo trabajado entre las 10:00 p.m. y 6:00 a.m.”; es importante notar que en este precepto legal se establece la sobretasa que valora la jornada de trabajo nocturna, que implica el plus valor que tiene el trabajo nocturno debido a la naturaleza de su condición, existe muchos casos en los cuales la Dirección Regional de Trabajo, fiscaliza de manera conjunta los diferentes casos en los cuales no se cumple con abonar el monto de la sobre tasa establecida por Ley (Véase: Estadísticas/ anuales del MTPE).

4.2. Trabajo en sobretiempo.

En el artículo 23° de la Constitución Política de 1993 se establece: “[e]l Estado y el Trabajo (...) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”, para la ejecución del trabajo en sobre tiempo es necesario que existe un acuerdo entre el trabajador y el empleador, el primero de los nombrados que tiene la titularidad de aceptar por propia voluntad de trabajar en sobre tiempo; y el segundo de los nombrados que acepta retribuir dicha jornada de trabajo, tengamos presente que en el trabajo en sobretiempo no se busca que el trabajador recupere las horas no laboradas, concordando la posición optada por Díaz Tovar por el contrario se delimita un parámetro específico que alcanza a una labor necesaria que surge de la necesidad de la empresa de realizar jornadas de trabajo que se extiendan (citado en: Diálogo con la jurisprudencia, Lima, 2010, pág. 56).



En el TITULO IV del D.S. 007-2002-TR R. 2002, en su artículo 9º, prescribe:

“[e]l trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.

Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

La imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias. Igualmente, el empleador infractor deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando éste demuestre que le fue impuesta. La autoridad administrativa de trabajo dispondrá la realización de inspecciones en forma permanente con el objeto de velar por el estricto cumplimiento del pago de las horas extras laboradas.

No obstante, en caso de acreditarse una prestación de servicios en calidad de sobretiempo aun cuando no hubiera disposición expresa del empleador, se entenderá que ésta ha sido otorgada tácitamente, por lo que procede el pago de la remuneración correspondiente por el sobretiempo trabajado”.

Consolidemos entonces que conforme se tiene el precepto constitucional citado líneas arriba nadie está obligado a trabajar sin retribución alguna o sin su consentimiento así como lo refrenda del mismo modo el dispositivo normativo analizado, siendo necesario para la realización de trabajo en sobretiempo el consentimiento del trabajador, y no solo eso, sino que en caso que el trabajador no preste su consentimiento para laborar el empleador estaría incurriendo en una infracción administrativa; en el caso de los empleadores públicos sucede que dichas entidades u órganos no debieran permitir que sus trabajadores laboren fuera de su jornada ordinaria laboral.



En el Sector Privado el trabajo en sobretiempo es plenamente remunerado conforme lo prescribe el artículo 10º, que señala: “[e]l tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes”, es conveniente precisar que el tema de limitaciones presupuestales sujeta al Sector Público para el pago del trabajo en sobretiempo.

4.3.Derecho de remuneraciones

Introducimos el derecho de remuneraciones dentro de este acápite debido a que conforme refiere la misma Carta Magna no existe una labor que no sea debidamente remunerada (económicamente o conforme pacten las partes), y conforme se prescribe en el artículo 24, [e]l trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”, lo que nos conlleva a establecer al derecho de remuneración como un derecho social que en igualdad de condiciones tiene cada trabajador, para el jurista Revorio Sotelo, el precepto constitucional que establece el derecho de remuneración constituye un mandato imperativo de la Carta Magna de concebir a la remuneración como una retribución que dignifica la fuerza de trabajo imprimida por cada persona que labora, por otra parte señala que en el Perú existe una diversidad no equitativa con respecto a la proporción de sueldo que se establece para cada trabajador lo cual nos conduce al indicador de decrecimiento poblacional subyugándonos a un tema de desarrollo del país, conforme concluye en su exposición el nivelar la escala remunerativa en el país conducirá a un desarrollo del mismo. (Citado en: Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, 2010, pág. 18 y 17)



4.4. Trabajo en sobretiempo en el sector público.

El Convenio N° 001 de la OIT, establece en su artículo 6° inciso 2), que es obligatorio para los Estados parte el dictado de reglamentos con la participación y consulta previa a las organizaciones interesadas, tanto de empleadores y de trabajadores, a fin de regular los supuestos que constituyen excepciones a la jornada máxima de trabajo, precisando de manera expresa que tales reglamentos “deberán determinar el número máximo de horas extraordinarias que puedan ser autorizadas en cada caso. La tasa del salario de dichas horas extraordinarias será aumentada, por lo menos, en un 25 por ciento con relación al salario normal”.

Con relación al régimen laboral de la actividad privada, el T.U.O. del Decreto Legislativo 854°, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, establece en su artículo 9° que este trabajo es voluntario en su otorgamiento como en su prestación. Sólo es exigible ante la existencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva; asimismo, señala que su imposición es considerada como Infracción de tercer grado. La referida norma, en su artículo 10° regula el pago de la sobretasa por el trabajo en sobretiempo, señalando que para las dos primeras horas no puede ser inferior al veinticinco por ciento (25%) sobre la base de la remuneración percibida, y el treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes. Asimismo, conforme a lo señalado en el artículo 10 inciso c) del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, (Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo), existe un grupo de trabajadores que no se encuentran sujetos a la jornada máxima de trabajo, estos son aquellos trabajadores que son considerados de dirección, de confianza, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia y custodia.

De otro lado el Decreto Legislativo 276, establece en su artículo 55° que “Los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico. Ningún funcionario podrá percibir pagos por este concepto”. Por su parte, en lo que respecta al funcionario, el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo 276, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM,



establece que “Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley”. Asimismo, el artículo 4º inciso 1) de la Ley Marco del Empleo Público, establece que Funcionario público es “el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria. b) De nombramiento y remoción regulados. c) De libre nombramiento y remoción”.

En esta perspectiva al igual que en el régimen laboral privado, en el régimen laboral de la carrera pública, existe restricción, respecto a los beneficiarios del trabajo en sobretiempo, respecto a los trabajadores que se desempeñan como funcionarios.

Con relación al Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, regulado por Decreto Legislativo N° 1057, no existe disposición alguna en dicho régimen, que delimite o norme las consecuencias jurídicas del trabajo laborado fuera de la jornada de trabajo, por parte de los trabajadores sujetos a un CAS. Sin embargo, distintas entidades estatales, vienen emitiendo directivas estableciendo que no procede el pago de horas extras para estos trabajadores. Así por ejemplo, podemos citar el caso de la Comisión Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial -CONIDA- que para el año 2011 emitió la Directiva N° 002-2011-CONIDA/OGA, prohibiendo el pago de horas extras.

Es decir los tres regímenes laborales que hay en la Administración Pública, establecen limitaciones que van más allá del contenido constitucional del artículo 25º de la Carta Magna, pues, se establece restricciones al derecho a recibir una contraprestación justa y equitativa, por el trabajo prestado en sobretiempo, por el mero hecho de ser un trabajador de dirección o de confianza, ser un funcionario público, o estar sujeto a un CAS, lo cual resulta violatorio de los derechos laborales de los trabajadores, pues constituye un exceso normativo que rompe el contenido esencial del derecho de todo trabajador a percibir una remuneración justa y equitativa por el trabajo prestado, contraviniendo directamente el artículo 23º de la Constitución Política, donde se establece que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.



No obstante, independientemente del régimen laboral de cada institución, a los trabajadores del sector público, le son aplicables los alcances del Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, mediante el cual se aprueba el T.U.O. de la Normatividad del Servicio Civil, toda vez que conforme lo expresamente su exposición de motivos, su finalidad es compendiar distintos cuerpos normativos que “comprende al personal al servicio de la administración pública sometido al Régimen de la carrera administrativa (Decreto Legislativo 276) y el personal sujeto al Régimen Laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo 728) y complementariamente a otros regímenes especiales...”.

En esta idea, el referido Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, en su artículo 98° establece que “los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico. Ningún funcionario podrá percibir pagos por este concepto”.

Por lo que concluimos que tal restricción únicamente debería alcanzar a aquellos funcionarios que llegan al cargo por elección directa, o quienes sin serlo, ejercen función política, como es el caso de los Ministros de Estado, pues tales funcionarios en conjunto, tienen como primera característica la representación de la sociedad organizada, entonces a tales funcionarios, no les debe ser de aplicación la retribución de la jornada en sobretiempo, en la medida que el cargo ejercido por elección popular, tiene una naturaleza totalmente distinta a un cargo diferente.

Por último, los trabajadores de dirección y de confianza del Estado, y en general de cualquier empleador privado, válidamente pueden ser excluidos de la jornada máxima legal.

Según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00004-2004-CC/TC (Caso Conflicto de competencias entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo FJ 09), “la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal”. Por tanto aun cuando existan limitaciones presupuestales, cuando se dé un trabajo efectivo en sobretiempo se debe cumplir con remunerar.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE RESULTADOS

1.1.Resultados de estudio y análisis de hallazgos.

En el presente capítulo se presentará el análisis de resultado a partir de los principios laborales y el derecho del trabajo en sobre tiempo que denotan la falta de reconocimiento del pago de horas extras para los trabajadores del sector público.

Asimismo los resultados se interpretarán de manera conjunta con aquellos fundamentos esenciales que toman como problemática el reconocimiento del pago del trabajo en sobre tiempo para los trabajadores del sector público, teniendo en cuenta que el estudio de cada uno de los casos son expuesto por especialistas en materia laboral.

1.1.1. I Pleno jurisdiccional supremo laboral de 2012

En el tercer acuerdo, se tiene el tratamiento de las horas extras en sector privado y sector público, en los puntos a), b) y c) de este acuerdo se denota la exposición de la problemática investigada y con cada acuerdo adoptado una posible solución; sin embargo necesitamos analizar cada punto para poder obtener un consenso unificado. Tengamos presente que el analizado pleno jurisdiccional deja tres acuerdos esenciales para observar que son: i) *los trabajadores de espera, vigilancia o custodia no están comprendidos en la jornada máxima sólo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitente,* ii) *Las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del sector público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobre tiempo,* y iii) *Las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del sector público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobre tiempo;* dichos estos acuerdo, para poder desplegar un análisis profundo de cada uno de los tres acuerdos es necesario desarrollar el fundamento de los mismos, que a continuación se detalla:



a. SOBRE LOS TRABAJADORES QUE NO SE ENCUENTRAN SUJETOS A LA JORNADA DE TRABAJO Y, POR TANTO, TIENEN DERECHO AL PAGO DE HORAS EXTRAS: TRABAJADORES QUE CUMPLEN LABORES INTERMITENTES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución Política del Estado, la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, y en casos de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo, dicha disposición resulta conforme con lo previsto en el artículo 1 del cuestionado Decreto Legislativo N° 854, en cuanto señala que:

“la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo”, pudiéndose establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.

En este contexto, el trabajo en sobretiempo o en horas extras es aquel prestado en forma efectiva en beneficio del empleador fuera de la jornada ordinaria diaria o semanal vigente en el centro de trabajo, aun cuando se trate de una jornada reducida, caso en el cual dicho sobretiempo se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora, calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador, en función del valor correspondiente, y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes, de conformidad con lo previsto en los artículos 10 del Decreto Legislativo N° 854, y 18 y 20 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002- TR.

Los derechos fundamentales, como el referido a la jornada máxima de trabajo previsto en el artículo 25 de la Constitución Política del Estado, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados, acuerdos internacionales en materia de derechos



humanos ratificados por el Perú, y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte, de conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese marco de interpretación, cabe precisar que si bien el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo, y el artículo 2 del Convenio N°1 (1919) sobre horas de trabajo, expedido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dispone que la jornada laboral en empresas públicas o privadas, cualquiera sea su naturaleza, no podrá exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas por semana, éste último Convenio Internacional aprobado por el Estado peruano, mediante Resolución Legislativa N° 10195, de fecha 23 de marzo de 1945, en su artículo 6 numeral 1) establece que: “1. La autoridad pública determinará, por medio de reglamentos de industrias o profesiones: a) las excepciones permanentes que puedan admitirse para los trabajos preparatorios o complementarios que deben ejecutarse necesariamente fuera del límite asignado al trabajo general del establecimiento, o para ciertas clases de personas cuyo trabajo sea especialmente intermitente.”

Asimismo, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Convenio N° 30 (1930), relativo también a horas de trabajo (comercio y oficinas), en su artículo 7 numeral 1, literal a) ha previsto que los reglamentos de la autoridad pública pueden determinar cómo excepciones permanentes respecto de la jornada laboral máxima “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”, este último convenio N° 30 aún cuando no haya sido aprobado por el Estado Peruano, no impide que éste sea tomado en cuenta de modo referencial e ilustrativo.

De esta manera, es la propia norma internacional dentro de la cual corresponde interpretarse el derecho fundamental a la jornada de trabajo, la que faculta al



legislador nacional a establecer las excepciones respecto a los trabajadores que no se encontrarían sujetos a la jornada máxima de trabajo, lo que evidentemente debe efectuarse dentro de parámetros de razonabilidad acordes con la naturaleza y condiciones particulares que en cada caso se puedan presentar y que ameriten un tratamiento diferente respecto al resto de los demás trabajadores ordinarios.

En ese contexto, el Estado peruano en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 854 ha previsto, entre otros supuestos, que los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia no se encuentran comprendidos en la jornada máxima, debiéndose entender como trabajo intermitente aquel en el cual regularmente el servicio efectivo se presta de manera alternada con lapsos de inactividad, tal como ha sido precisado en el artículo 10 literal b) del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

El sustento para excluir de la jornada máxima de trabajo a los trabajadores que prestan servicios de vigilancia o custodia radica en que sus labores se desarrollan de manera alternada con lapsos de inactividad, en los cuales no se realiza un trabajo activo en forma permanente sino que el esfuerzo e intensidad para el desarrollo de su labor es menor en comparación con otras labores, lo que supone una disponibilidad de tiempo diferente que no son asimilables a las desplegadas en otros ámbitos del quehacer económico y social; empero ello no obsta para que se acredite, en contrario, respecto a la real naturaleza de los servicios prestados por un trabajador con labores intermitentes, que éstos eventualmente (y en determinadas circunstancias) han sido desplegadas de manera permanente.

Así, por aplicación de la regla general de la probanza (cada parte debe acreditar el hecho que alega), primer párrafo del artículo 27 de la Ley Procesal del Trabajo y el artículo 196 del Código Procesal Civil, tal como lo reconoce unánimemente la doctrina y la jurisprudencia nacional, las labores en jornada extraordinaria requieren deben ser demostradas por la parte que alega su existencia.

Asimismo, considerando la excepción legal a la jornada máxima a la que se encuentran afectos los trabajadores de vigilancia, los que prestan servicios



intermitentes de espera (choferes), entre otros, según lo previsto por el artículo 5 del Decreto Supremo número 007-2002-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (Decreto Legislativo número 854), que prescribe:

“No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.”, dispositivo que debe ser concordado con el artículo 10 literal b) de su Reglamento el Decreto Supremo número 008-2002-TR, según se entiende por “b) Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad;”

Sin embargo, si bien las normas antes glosadas establecen una regla general en cuanto a la exclusión de la jornada máxima, no obstante, como toda regla tales disposiciones tienen su excepción, la cual se deriva de una interpretación contrario sensu de los artículos en comento, a saber: “Si los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia se encuentra excluidos de la jornada máxima, y por este tipo de trabajadores se entiende a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad; consecuentemente los trabajadores que prestan servicios efectivos sin la presencia alternada de intervalos o períodos de inactividad, aun cuando sus labores sean las de vigilancia o custodia, no se está excluidos de la jornada máxima de trabajo”.

Nótese que la norma no descarta la posibilidad de que existan vigilantes o custodios, e incluso choferes, que desempeñan labores que demandan de una permanente atención y cuidado, por ello únicamente desplaza o exceptúa de la jornada máxima a aquellos vigilantes en cuya ejecución del servicio existen algunas etapas de pausa o inacción y no a los vigilantes a secas; lo mismo sucede en el caso de los choferes, a quienes la norma no hace expresa referencia a aquellos cuyas actividades sean de constante alerta por la propia naturaleza de la entidad a la que prestan sus servicios.



A la prestación de las labores de vigilancia sin lapsos de inactividad, la doctrina ha optado por denominarla vigilancia superior y se basa en el hecho de que, en la realidad, existen algunos trabajadores vigilantes que para el cabal cumplimiento de sus obligaciones laborales (resguardo y seguridad), necesariamente, se encuentran en un constante y continuado estado de alerta y atención permanente, merced, entre otros factores, a la envergadura, dimensiones y ubicación geográfica del negocio custodiado, así como a su movimiento comercial, su importancia y posicionamiento empresarial o funcional, la fluctuación de personas, y en general a todo hecho que aumentan el riesgo de sustracción pérdida, manipulación de los bienes que se encuentran en el ámbito protegido por el custodio o vigilante. Lo mismo sucede en el caso de los choferes, en tanto existe la posibilidad de que, ponderando el entorno en que se desarrollan las labores, éstas no posean lapsos de inactividad, sino que por el contrario, las labores de éstos ameriten un estado de constante alerta por la demanda existente (caso de choferes de ambulancia en el sector público). (I PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, 2012, págs. 56 a 60)

En el caso que expone el pleno jurisdiccional se tiene la problemática del pago del trabajo en sobretiempo de los trabajadores intermitentes, entonces primeramente nos remitimos a lo estudiado en el Subcapítulo III del Capítulo I, “Jornada de trabajo”, siendo precisos el artículo 25° de la Constitución Política, que prescribe: “[l]a jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo”, pudiéndose establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias”, en el caso de los trabajadores intermitentes el desarrollo de su labor no permite que se por un término de ocho horas diarias conforme la Carta Magna lo establece, siendo su labor una labor multidinámica que depende de la necesidad que surja, es por ello que en este punto el pleno jurisdiccional acuerda que **“los trabajadores de espera, vigilancia o custodia no están comprendidos en la jornada máxima sólo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitente”** (I PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, Informe de mayo del 2012, pág. 60), ahora con esta consideración los



trabajadores del sector público que están sujetos a los beneficios del Decreto Legislativo Nro. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es decir que tienen la condición de indeterminados deberían de gozar de todos los beneficios, sin embargo eso en la realidad no se ejecuta.

Conforme se diseñó en nuestro proyecto de investigación en el rubro de las técnicas e instrumentos de la investigación no incluimos como técnicas las entrevistas realizadas a trabajadores del sector público, por cuanto éste a consideración se constituye en algunos casos como un factor subjetivo y no objetivo en el estudio de una investigación, empero a medida que se inició la ejecución de la tesis, tuvimos la oportunidad de tomar un segmento de trabajadores públicos que ejemplifican una población que es perceptible de la presente problemática, estos trabajadores pertenecen al Poder Judicial, seleccionamos a los trabajadores del Módulo Corporativo de Familia de Cusco, que tramitan los procesos de violencia familiar y/o contra las mujeres (ANEXO 01), seleccionados por dos motivos el primero lo prescrito en el artículo 16 de la Ley Nro. 30364- La Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que prescribe: “[e]n el **plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia**, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias. [...]” (El subrayado nos pertenece); y el segundo motivo es que su módulo cuenta con un presupuesto por resultado –denominado como PPR-.

La aplicación práctica de la ley les impone plazos inmediatos, es decir prima el principio de celeridad antes que otros principios, es aquí donde los trabajadores del Módulo de Familia de Cusco como lo refieren están obligados a cumplir con los plazos en notificación, emisión de medidas de protección, etc., en un plazo inmediato; tengamos presente que el número de casos de violencia son inmensurables en el a nivel nacional, los entrevistados refieren que ellos son el único Modulo a nivel nacional que cumple con la meta trazada que es llevar los procesos de violencia en forma inmediata, y que los demás Módulos de Familia a nivel nacional todavía no alcanzan sus metas dada la cantidad de casos. Entonces la conclusión que llegamos es que la labor que desempeñan por su naturaleza no se efectiviza en la jornada ordinaria de las ocho (08) horas diarias, lo cual genera su molestia –conforme de once (11) entrevistados nueve (09) de ellos lo expusieron-, dicho ello es necesariamente obligatorio tener que entrar a laborar en sobretiempo, dejando precisado que

estas no son reconocidas ni remuneradas de forma alguna, situación que sería distinta en el Sector privado, pese a que estos trabajadores se rigen bajo el Decreto Legislativo Nro. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En el presente caso que principios ante el no reconocimiento del trabajo en sobre tiempo del Sector Público:

- **Principio de igualdad**

Conforme al caso expuesto se observa que se vulnera la Constitución Política del Perú de 1993 en su Título I, artículo 2º, inciso 2), prescribe que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, es perceptible observar que el tratamiento legal de los trabajadores del sector privado y público tiene brechas de aplicación en la realidad que conllevan a la desigualdad de derechos; lo cual indica que los mecanismo de protección de los derechos laborales en el Perú no son eficaces y de cabal cumplimiento.

- **Principio de igualdad de remuneraciones**

El atributo más resaltante que te da la idea de definición del trabajo es la remuneración como bien lo expusimos en el acápite del marco teórico, el principio de la igualdad de remuneraciones si bien es cierto no se encuentra regulada en nuestra Carta Magna de 1993, eso no desvincula su existencia ya que se encontraba regulada en la Constitución Política de 1979, en el artículo 43º, donde se establecía que la remuneración era en igual de condiciones para cualquier trabajador, en esencia es lo que se debe aplicar para cada trabajador, puede ser que su no regulación en la actual Carta Magna se debe a la clasificación de niveles profesionales que sucede en el Perú sin embargo, en nuestra opinión este principio guarda relación con el hecho de buscar equidad en el pago de remuneración, para el caso en concreto como lo refiere el pleno jurisdiccional si existe una retribución económica para el trabajo realizado en sobre tiempo para los trabajadores del sector privado porque no existe tal retribución económica para los trabajadores del Sector público.

El primer punto del tercer acuerdo del presente pleno jurisdiccional nos enfoca a la diferencia objetiva entre los trabajadores del sector privado y público; lo cual te sustrae a ver que en la realidad peruana los empleadores no estarían cumpliendo cabalmente con el sentido proteccionista del derecho al trabajo que tiene nuestra Constitución y propiamente aunque el



empleado sea una persona jurídica estatal eso no le quita el deber de cumplir con los trabajadores que tiene a su cargo.

Es preciso refrendar que este pequeño segmento poblacional que utilizamos para investigar nuestro problema general nos sirve en razón a ubicar una factible hipótesis aplicable a la realidad que no solo busque solucionar el problema de una gran parte de trabajadores estatales a quienes no se les estaría tratando con igualdad ante la ley.

El segundo fundamento en ser analizado es el que a continuación se detalla:

B. SOBRE LAS LIMITACIONES PRESUPUESTALES COMO JUSTIFICACIÓN PARA EL NO RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS EN EL SECTOR PÚBLICO

La jornada de trabajo es, probablemente, la condición de trabajo de más antigua data. Fue uno de los primeros derechos universales, apareció regulado en el Perú a inicios de la década pasada y el Convenio N° 01 de la OIT trata sobre la jornada máxima. Estamos ante una de las instituciones más sensibles en las relaciones laborales. La jornada de trabajo suele ser el parámetro de la remuneración laboral, es el módulo más relevante de los costos laborales, un instrumento del Estado para regular el empleo y, últimamente, el instrumento de modulación en el equilibrio de la jornada de trabajo y el derecho al descanso, entre el centro laboral y el tiempo familiar y personal.

Últimamente, el Estado ha intentado establecer una regulación laboral más rígida para controlar las horas extras y el trabajo en exceso. Así, en el Sector Público, las normas sobre horas extras son singulares y exclusivas. Existe una prohibición de laborar horas extras y, si fuera el caso, no se permite a la entidad "presupuestar" horas extras. Tal es el caso de la Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012, que establece en el artículo 8.2 que "Las entidades Públicas independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gasto por concepto de horas extras".



En la STC Exp. N° 05924-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien la prohibición de autorizar el pago de horas extras se aplica a toda entidad pública, ella no alcanza a los trabajadores públicos en caso efectivamente se realicen trabajos extraordinarios, por lo que deberá hacerse el pago correspondiente.

Y es que corresponde a la entidad estatal empleadora realizar las acciones conducentes a dar cabal cumplimiento a las normas presupuestarias, como lo es vigilar el horario de salida de sus trabajadores e impedir así la realización de horas extras.

Nótese que el pago de horas extras en las entidades públicas es una cuestión sumamente controversial. Y lo es porque envuelve un conflicto de derechos y principios de orden fundamental. De un lado, encontramos el derecho a la remuneración, dentro de cuyo contenido se prevé el derecho de que todo trabajo efectivo sea remunerado, incluso el realizado fuera de la jornada ordinaria de trabajo. Por otro lado, encontramos al principio de legalidad presupuestaria, que en lo concerniente a las relaciones de empleo público, impone serias trabas a figuras como la negociación colectiva, al aumento de remuneraciones y al pago de horas extras.

Este conflicto, por lo demás, ya se había presentado y resuelto en sede judicial ordinaria. En tales casos, la Corte Suprema apuntó mayormente a defender el derecho a la remuneración de los trabajadores públicos, haciendo prevalecer este último sobre los límites presupuestarios. Se ha dicho así que: «para resolver con justicia este punto, se debe tener presente los alcances de la última parte del artículo 23° de la actual carta magna, donde se establece que «nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento»; por tanto, (...) si bien existen dichas normas de austeridad, la emplazada no debió permitir que el recurrente trabajara fuera de la jornada ordinaria de ocho horas por casi cinco años consecutivos; infiriéndose por el contrario que la demandada estaba de acuerdo en ello. Además lo real y cierto es que el reclamante laboró jornadas más allá de lo legal y al no existir constitucionalmente trabajo gratuito, evidentemente la pretensión del accionante debe ser amparada en atención al «carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley»



(inciso 2 del artículo 26 de la Constitución del Estado) (Casación N° 623-2003-Piura, El Peruano 01 de agosto de 2005).

En la sentencia constitucional indicada en el cuarto párrafo del acápite 3 b de este informe, el TC admite también el pago de horas extras en las entidades estatales. Señala así que es un deber de estas hacer lo necesario para evitar las labores extraordinarias y que toda inobservancia constituye una negligencia. De esta manera, se confirma también la validez de la labor fiscalizadora de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que determinó en el caso analizado que la entidad estatal incumplía con el pago de horas extras, y, en consecuencia, la multa pecuniaria impuesta no puede ser desconocida. (I PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, 2012, págs. 61 a 62).

Básicamente en el segundo punto del tercer acuerdo del pleno jurisdiccional, el fundamento esencial es que *las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del sector público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobre tiempo*, en el caso del Módulo Corporativo de Familia de Cusco, seleccionamos este Módulo porque nos percatamos que son el único Módulo a nivel nacional que cuenta con un presupuesto especial el cual se denomina “Presupuesto por resultado de Familia”-en adelante PpR Familia- (Véase en: <https://pprfamilia.pj.gob.pe>), el cual se otorga cada año y responde a los resultados que se obtienen anualmente a nivel nacional por la producción de cada Módulo, en el caso del PpR Familia para el año 2017, se ha establecido enfocar su especial utilización para la repotenciación, capacitación e implementación de personal, equipos y otros que ayuden a mejorar la realización de procesos de violencia familiar, asimismo en la vigencia de la implementación del Código de Responsabilidad Penal de los niños, niñas y adolescentes; tengamos en cuenta que al ser presupuesto independiente del Poder Judicial, su utilización podría bien encausarse para poder remunerar el pago del trabajo en sobre tiempo de los trabajadores de este Módulo, un gran factor problemático, es que anteriormente como refieren los trabajadores entrevistados, solicitaron que se les reconozca el trabajo en sobre tiempo realizado sin embargo la respuesta de dicho órgano fue que para poder realizar dicho pago por cuanto existe precepto legal que prohíbe autorizar el pago de

horas extras, con dicha respuesta los trabajadores entrevistados no dispusieron de la voluntad de accionar algún otro mecanismo, y se conformaron con dicha respuesta.

Principios y derechos que se vulneran ante el no reconocimiento del trabajo en sobre tiempo del Sector Público:

- **Principio del rendimiento**

Conforme lo señalamos este principio indica que el trabajador debe cumplir con una determinada tasa de productividad para justificar el monto de su remuneración y, en el límite, su permanencia en el empleo, y como bien tenemos en cuenta este principio se encuentra encaminado a favorecer al empleador, en el caso de los trabajadores del sector público que rinden en su centro laboral merecen una retribución justa, y más aún si realizan trabajo en sobre tiempo porque se entiende que este trabajo será en favor de la productividad del empleador.

En el caso expuesto del Modulo de Familia de Cusco, sucede que se ven resultados, porque caso contrario no obtendrían cada año su PpR- Familia lo cual indica que el empleador –Poder Judicial- percibe que existe un resultado visible pero sin embargo este no tiene una retribución justa, haciendo un incapie a que este hecho no se refiere a la escala remunerativa de los trabajadores del sector público, sino que si existe una labor sobresaliente de un trabajador cumpliendo lo definido por el principio de rendimiento.

- **El derecho de remuneración**

El derecho a la remuneracion en el presente caso se vulnera a todas luces porque lo que busca el Estado es decir que no puede retribuir ninguna remuneración que sean destinadas al trabajo en sobre tiempo.

Conforme señala en este acapite el Pleno Jurisdiccional, si el Estado prohíbe el trabajo en sobre tiempo a través de la Ley de Presupuesto, especificando de que no se puede efectuar el pago de horas extras, lo que en conclusion te remite a que el trabajador no puede laborar fuera de su jornada ordinaria, empero que sucede si su labor por su propia naturaleza te obliga a realizarlo, ahí nace uno de nuestros problemas especificos que consiste en que la Ley de Presupuesto impide el reconocimiento de trabajo en horas extra para los servidores



públicos, explícitamente esta Ley atenta contra el principio de la igualdad, contra el derecho a la remuneración, y contra el reconocimiento del trabajo en sobre tiempo.

Si bien este punto te establece un precedente con respecto a las limitaciones presupuestales que tiene el Estado para cumplir con el pago de horas extras, no existe una consolidación de criterios a tener en cuenta como por ejemplo, ¿Cómo se puede dar control a la efectividad del trabajo en sobre tiempo?, respondiendo a esta pregunta porque justamente nuestro objetivo general es analizar las limitaciones presupuestales del Estado, como bien desarrollamos en el acápite del Marco Teórico, cada presupuesto está sujeto a ser evaluado sin embargo para dar efectividad al trabajo en sobre tiempo en el sector público solamente se puede establecer que cada jefe superior jerárquico emita un informe positivo de que se laboró en sobre tiempo porque la labor lo motivo [como sucede en el sector privado], este sería una posible solución ejecutable.

En el tercer punto del Tercer acuerdo del presente Pleno jurisdiccional, que a continuación se detalla establece:

c. SOBRE LA POSIBILIDAD DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DE COMPENSAR EL PAGO DE HORAS EXTRAS CON PERÍODOS DE DESCANSO SUSTITUTORIO

Debe tenerse en cuenta que en el sector público coexisten diversos regímenes laborales generales: el regulado por el Decreto Legislativo N° 276, denominado régimen laboral público; el aplicable a los trabajadores del régimen privado, conocido como régimen del Decreto Legislativo N° 728, y el régimen transitorio de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y sus modificatorias.

Sobre el sobretiempo, el artículo 98 del TUO de la Normativa del Servicio Civil, aprobada por Decreto Supremo N° 007-2010- PCM establece que “Los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico” y excluye a los



funcionarios públicos de percibir pago alguno por este concepto. Esta norma fue establecida en el marco del régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Los artículos 9 y siguientes del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo regulan el pago de las horas extras en el régimen laboral de la actividad privada, estableciendo cuáles horas se consideran horas extras, el tarifario mínimo que se aplica a las horas diarias o semanales, y la posibilidad de compensar las mismas. En el sector público, en el marco de las normas de austeridad, disciplina y calidad de gasto público se establecen en las Leyes de Presupuesto del Sector Público disposiciones que limitan el pago de las horas extras, como por ejemplo sucede en la Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.

Así, el problema se presenta cuando a pesar de esta prohibición, se registran y efectúan horas extras en el sector público, y si bien existe una prohibición de efectuar el gasto por este concepto, hay una prestación de servicios que conceptualmente tiene que ser remunerada.

En este sentido, la Constitución en su artículo 23 cuarto párrafo señala que: “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”, por lo tanto, el trabajo en relación de subordinación tiene que ser remunerado, por lo que está prohibido el trabajo no remunerado, salvo el voluntariado que tiene una naturaleza jurídica distinta. En estos casos se debe distinguir entre la responsabilidad funcional de que no se generen y pagar horas extras, de la generación en los hechos de horas extras que deben ser remuneradas, por tratarse de una labor subordinada, que requiere de una contraprestación. En consecuencia, atendiendo a que la normativa establece la posibilidad de compensar las horas extras con tiempo de descanso, de tal manera que el trabajador no se vea afectado y tenga una compensación adecuada, en este supuesto, en tiempo libre; la compensación dineraria tiene un valor monetario mayor que el tiempo libre, lo que se debe a que existe un sacrificio mayor del trabajador a no poder disponer de ese tiempo. En consecuencia las entidades del Sector Público tienen la posibilidad de compensar el pago de horas extras con períodos de descanso sustitutorio, sin embargo, siendo esta excepcional, no puede compensarse con la sola decisión unilateralmente del empleador, sino se requiere la autorización expresa del trabajador, salvo que dicha autorización



haya sido realizada con anterioridad o que sea un presupuesto de la realización de las horas extras en tanto se encuentran en alguna norma o herramienta de recursos humanos que haya sido de conocimiento previo por el trabajador.

En efecto, se deben tener en consideración –resumiendo lo anotado precedentemente- lo siguiente:

- Deberá existir un acuerdo expreso entre empleador y trabajador respecto a la compensación de horas extras laboradas y no pagadas;
- La compensación se dará cuando existan limitaciones presupuestarias para efectuar el pago en dinero;
- Deberá existir proporcionalidad real entre el tiempo compensado y el precio de cada hora extraordinaria que se compense, se trate de tiempo sencillo, medio o de tiempo doble, según la jornada que efectivamente haya laborado el trabajador a quien se le brinde dicha posibilidad.
- La compensación de tiempo libre por horas adicionales trabajadas, deberá permitirles a los servidores la posibilidad de escoger, voluntariamente, el disfrute de tiempo libre como alternativa del pago por horas extra. (I PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, 2012, págs. 61 a 62).

Este último punto el Pleno jurisdiccional da una solución factible para que el Estado en calidad de empleador no te responda de manera negativa con el fundamento de las limitaciones presupuestales; este pleno acuerdo la posibilidad de que las entidades del Sector Público compensen el pago de horas extras con periodos de descanso sustitutorio, claro que este acuerdo tal y como sucede en el Sector Privado, es necesario que tenga como requisito de la aceptación del trabajador y su manifestación de conformidad consignada en un acuerdo (convenio).

La posibilidad de aplicar esta solución para los diferentes casos donde se observa que los servidores públicos trabajan en sobre tiempo resulta conveniente, sin embargo conforme pudimos entrevistar al trabajadores del Módulo de Familia de Cusco, de los once (11) entrevistados, nueve (09) indicaron que implicar percibir un descanso perjudicaría el avance de su trabajo en gran medida, por lo cual no lo tomaría así pudieran, sin embargo en nuestra



opinión podría ser una solución para otro segmento de trabajadores que deseen optar por esta alternativa.

Poco después la dirección de trabajo emite un informe con los Acuerdos de Compensación del Trabajo En Sobretiempo (Informe N° 006-2013-DGT-DCDL-VRST, Acuerdos de compensación de trabajo en sobretiempo, 2013), que implica que cuando el trabajador realice labores fuera de la jornada ordinaria laboral, puede ser compensado con horas de descanso, siempre que haya un acuerdo expreso materializado en un convenio, el cual, manifestara la conformidad del trabajador cuando este opte por el pago de las horas extras mediante periodos de descanso sustitutorio.

1.1.2. Sentencias del Tribunal Constitucional

Primera Sentencia: Exp. Nro. 05924-2009-PA/TC

(Caja Municipal de Ahorro y Crédito Maynas)

3.- Sobre el particular este Colegiado considera que en autos no se advierte la vulneración de derecho constitucional alguno de la recurrente, toda vez que si bien es cierto que la Ley de Presupuesto de aquel entonces (año 2003) prohibía a las entidades del Estado autorizar el pago de horas extras, no es menos cierto también que a través de la visita inspectiva se acreditó de manera fehaciente que la recurrente adeudaba el pago de horas extras a sus trabajadores (fojas 69-75 del primer cuaderno), situación que dio lugar a que la autoridad administrativa del trabajo le impusiera multa por incumplir obligaciones laborales (pago de horas extras). Es importante destacar que la demanda de autos busca cuestionar la imposición de la multa por parte de la autoridad administrativa de trabajo basada en el incumplimiento de la normatividad laboral. Sin embargo se sustenta dicho cuestionamiento en la existencia de una norma presupuestaria (prohibición de pago de horas extras), sustentación que resulta por decir lo menos incongruente e ilógica pues ambos actos (la imposición de la multa y la prohibición de pago de horas extras) son independientes el uno del otro y no guardan conexidad alguna. Es un deber precisar aquí que la imposición de la multa es por el incumplimiento de la normatividad laboral.



4.- A mayor abundamiento resulta meridianamente claro entender que la prohibición de autorizar el pago de horas extras tiene como ámbito de aplicación subjetiva a la entidad pública (la recurrente), más no a los trabajadores de ella, siendo ello así correspondía a la recurrente que en calidad de empleadora realice las acciones conducentes a efectos de dar cabal cumplimiento a la norma presupuestaria (como por ejemplo, vigilar el horario de salida de sus trabajadores y así impedir la realización de horas extras) sin embargo ello no se hizo constituyendo una negligencia de la recurrente el hecho de permitir las labores fuera del horario de trabajo.

Interpretación: En el fundamento 3) expuesto la idea central es la Limitación presupuestal que superpone el interés económico del empleador público sobre los derechos laborales que tiene el trabajador público; lo que pretende el recurrente es primar la Ley de Presupuesto sobre los derechos que le asisten a los trabajadores.

El fundamento 4) de la recaída en la presente resolución es un criterio a considerar para el desarrollo del I Pleno jurisdiccional, y la regla en este fundamento es básico el empleador es quien tiene la titularidad de preservar la prohibición de que los trabajadores públicos no realicen trabajo en sobre tiempo, utilizando diversos mecanismo. Una condición que deja establecida la obligación del empleador y la del trabajador de dar su voluntad de ingresar a laborar.

1.1.3. Casaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República

Casación Laboral N° 10170-2014 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República

(Poder Judicial vs. Luis Jesús Salazar Huamán)

- **Octavo:** De la revisión de autos se advierte que las instancias de mérito han incurrido en una motivación aparente e insuficiente, toda vez que el Juez de primera instancia ha determinado la procedencia del pago de horas extras bajo el argumento que la emplazada no ha sustentado en hechos por qué el actor no se encuentra comprendida en la jornada máxima prevista en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, ni ha probado el hecho de que haya prestado



servicios con lapsos de inactividad, por lo que no podría estimarse los argumentos expuesto por la emplazada.

Se advierte de los actuados que el Colegiado Superior al absolver los agravios postulados por la entidad impugnante, refiere en el Considerando 8.4.2. que corre de fojas treinta y nueve, ha expuesto los fundamentos por los que estima otorgar determinados beneficios al demandante, no habiendo precisado otros argumentos que sustenten la procedencia de los mismo; a partir de ello, se entiende que lo discernido por el Juez de primera instancia viene a ser el único sustento que ha estimado la procedencia de los beneficios sociales y económicos ordenados pagar a favor del demandante.

- **Décimo Tercero:** Asimismo, debe tenerse en cuenta que con fecha de 17 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, los acuerdos adoptados por los jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, en el “Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral”; en dicha oportunidad se fijaron acuerdos respecto al tratamiento de las horas extras en los sectores privado y público.

Al respecto conviene precisar que los acuerdos fijados en los Plenos Jurisdiccionales Supremos tienen por finalidad unificar criterios en pro de la predictibilidad, la cual supone una correcta actuación del Estado en lo que a su función jurisdiccional corresponde, y siendo éste un aspecto de materialización del principio seguridad jurídica, plenamente justificado en la igualdad en la aplicación de la Ley, como derecho que ostenta todo justiciable.

De lo expuesto, *resulta necesario que las instancias de mérito al resolver la controversia que gira en torno al pago de las horas extras que pretende el demandante deban merituar los acuerdos arribados en el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral* y a partir de ello establecer si resulta procedente o no, el pago de las horas extras que pretende el actor.

- **Décimo Quinto:** Ahora bien , de las circunstancias descritas, se infiere que en el caso de autos se ha incurrido en un supuesto de motivación aparente, por lo que deviene necesario que se efectúe *un mayor análisis respecto de la*

procedencia de las horas extras en el caso del actor y de ser el caso, efectuar una valoración conjunta de las pruebas aportadas al proceso, ello con la finalidad de poder esclarecer si procede o no, el pago de las horas extras reclamadas por el actor, no bastando para ello que se pretenda acreditar haber laborado en jornada extraordinaria, sino que deberá efectuarse la compulsión de los medios de prueba aportados y a partir de ello, establecer la procedencia de las horas extras respecto al accionante, no siendo suficiente, para el caso de autos, que se invoque la procedencia del mismo por falta de acreditación de la contraria, en ese contexto, corresponde al Juez, realizar un análisis pertinente, de acuerdo a las normas pertinentes y los medios probatorios aportados al proceso para resolver al caso concreto; y expresar motivadamente las razones y conclusiones a los que arriba, respecto a la prueba que asume por cierta y su aplicación a los hechos que se pretenden acreditar. Además, de tener en cuenta que el debido proceso no se limita a una mera tramitación formal del proceso, sino lo que debe perseguirse es emitir una sentencia justa.

FALLO:

Declararon **Fundado** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Poder Judicial, mediante escrito presentado el veinticinco de julio de dos mil catorce, que corre en fojas cuatrocientos veinticuatro a cuatrocientos veintisiete; en consecuencia, Nula la contra Sentencia de Vista de fecha dieciocho de julio de dos mil catorce, que corre en fojas cuatrocientos siete a cuatrocientos quince, e Insubsistente la Sentencia apelada de fecha catorce de octubre de dos mil trece, que corre en fojas trescientos cuarenta y nueve a trescientos cincuenta y siete; Ordenaron que el Juez de primera instancia expida nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo señalado en la presente resolución. (...)

Interpretación: Conforme se tiene del análisis del caso, se obtiene que en el caso de autos ni la Segunda ni Primera instancia se han pronunciado de forma motivada con respecto al pago de las horas extras, debiendo por lo menor considerar los criterios acordados por el Primer Pleno Jurisdiccional en materia laboral, dado que lo que se espera con el mencionado Pleno es dar factibilidad a los casos en los cuales se denota que la realidad no se protege de forma ponderado los derechos de los servidores públicos, es por tal motivo que la Corte Suprema de Justicia de la República declara fundado el presente recurso de casación.



Como lo establecimos anteriormente los acuerdos arribados por el I Primer Pleno Jurisdiccional, son criterios unificados de solución para los casos en los cuales se necesita reconocer el trabajo en sobre tiempo para los servidores del Sector público; en el presente caso no se ha dado una factibilidad de concurrencia de los criterios acordados, tanto en la sentencia de primera instancia como en la sentencia de segunda instancia.

1.1.4. Resolución N° 10547-2012-SERVIR/TSC de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil

(Miguel Ángel Cerdán Tello vs. Dirección de Recursos Humanos del Despacho Presidencial)

- 24. De la revisión de los registros de control de marcaciones y horarios de servicios de transportes del Despacho Presidencial que figuran en los antecedentes que obran en el expediente, se puede apreciar que el impugnante cumplía jornadas de trabajo que superaban las ocho (08) horas diarias, llegando a acumular hasta las doce (12) horas de trabajo semanales, incluyendo labores realizadas los días sábado, domingo y feriados.
- 25. Asimismo, se puede apreciar que en algunas oportunidades la entidad autorizó al impugnante la realización de labores en sobretiempo como sucedió los días 6 y 27 de setiembre de 2008, los días 23, 25 y 27 de noviembre de 2008, 21 de diciembre de 2008, 13 y 27 de febrero de 2009, entre otros; los cuales eran posteriormente compensadas con descanso físico sustitutorio.
- 26. Además, mediante informe N° 333-2008/SSG- Transporte, la propia entidad ha señalado que el impugnante se encontraba dentro de la lista de choferes con lapsos cortos de inactividad, y que por consiguiente se encontraba comprendido dentro de la jornada máxima; hecho que se puede verificar en las constancias de marcación del impugnante, donde en algunas oportunidades se autorizó su labor en sobretiempo, lo que además demuestra que las labores del impugnante no eran intermitentes ni con lapsos prolongados de inactividad.

FALLO: Declara fundado el recurso de apelación interpuesto, disponiendo además que el Despacho Presidencial cumpla con abonar a favor del recurrente, lo correspondiente al

trabajo en sobretiempo (pago de horas extras) que haya realizado durante el periodo laborado.

Interpretación: La Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil deja un precedente administrativo de aplicación, claramente este precedente avanza en la protección del reconocimiento del trabajo en sobre tiempo; conforme se analiza de los considerandos expuestos estos concuerdan con los hechos y los criterios del I Pleno jurisdiccional, lo cual convierte eficaz el objetivo del pleno.

1.1.5. Convenio Nro. 151- OIT- Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

El presente Convenio se aplica a todas las personas empleadas por la administración pública, que en su Parte IV –“Procedimientos Para La Determinación De Las Condiciones De Empleo”-, artículo 7, prescribe: “[d]eberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de *procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo*, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”; como se señala en el tercer punto del Tercer acuerdo del I Pleno jurisdiccional la posibilidad de que exista un acuerdo (convenio o negociación) entre el empleador y el trabajador público nos encaja en el presente artículo del Convenio, en esencia se tiene una puerta abierta para la negociación entre las entidades públicas –empleador- y el servidor público.

De la exposición de los diferentes casos del presente Capítulo, concordamos en que no sería suficiente la sola introducción de una legislación que contemple el reconocimiento del trabajo en sobre tiempo, en la Casación laboral Nro. 10170-2014, pudimos observar que no existía una correcta aplicación de los acuerdos adoptados en el I Pleno jurisdiccional, lo que nos sustrae a que más allá de contar con una legislación específica es necesario que se dé



una aplicación factible para ejecutar el pago de las horas extras de los servidores públicos;
ello en observancia de tutelar el derecho a la remuneración.



CONCLUSIONES

1. El Convenio N° 001 de la OIT, establece en su artículo 6° inciso 2), que es obligatorio para los Estados parte el dictado de reglamentos con la participación y consulta previa a las organizaciones interesadas, tanto de empleadores y de trabajadores, a fin de regular los supuestos que constituyen excepciones a la jornada máxima de trabajo, precisando de manera expresa que tales reglamentos “deberán determinar el número máximo de horas extraordinarias que puedan ser autorizadas en cada caso. La tasa del salario de dichas horas extraordinarias será aumentada, por lo menos, en un 25 por ciento con relación al salario normal”.
2. Con relación al régimen laboral de la actividad privada, el T.U.O. del Decreto Legislativo 854°, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, establece en su artículo 9° que este trabajo es voluntario en su otorgamiento como en su prestación. La referida norma, en su artículo 10° regula el pago de la sobretasa por el trabajo en sobretiempo, señalando que para las dos primeras horas no puede ser inferior al veinticinco por ciento (25%) sobre la base de la remuneración percibida, y el treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes.
3. De otro lado el Decreto Legislativo 276, establece en su artículo 55° que “Los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico. Ningún funcionario podrá percibir pagos por este concepto”.
4. En esta perspectiva al igual que en el régimen laboral privado, en el régimen laboral de la carrera pública, existe restricción, respecto a los beneficiarios del trabajo en sobretiempo, respecto a los trabajadores que se desempeñan como funcionarios.
5. Con relación al Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, regulado por Decreto Legislativo N° 1057, no existe disposición alguna en dicho régimen, que delimite o norme las consecuencias jurídicas del trabajo laborado fuera de la jornada de trabajo, por parte de los trabajadores sujetos a un CAS. Sin embargo, distintas



- entidades estatales, vienen emitiendo directivas estableciendo que no procede el pago de horas extras para estos trabajadores.
6. En los tres regímenes laborales que hay en la Administración Pública, se establecen limitaciones que van más allá del contenido constitucional del artículo 25° de la Carta Magna, pues, se establece restricciones al derecho a recibir una contraprestación justa y equitativa, por el trabajo prestado en sobretiempo, por el mero hecho de ser un trabajador de dirección o de confianza, ser un funcionario público, o estar sujeto a un CAS, lo cual resulta violatorio de los derechos laborales de los trabajadores, pues constituye un exceso normativo que rompe el contenido esencial del derecho de todo trabajador a percibir una remuneración justa y equitativa por el trabajo prestado, contraviniendo directamente el artículo 23° de la Constitución Política, donde se establece que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.
 7. No obstante, a los trabajadores del sector público, le son aplicables los alcances del Decreto Supremo N° 007-2010-PCM cuya finalidad es compendiar distintos cuerpos normativos que “establezcan la regulación del personal al servicio de la administración pública desde los distintos regímenes como lo es el Régimen de la carrera administrativa (Decreto Legislativo 276), el Régimen Laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo 728) y complementariamente otros regímenes especiales...”.
 8. El Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, en su artículo 98° establece que “los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico. Ningún funcionario podrá percibir pagos por este concepto”.
 9. La restricción del pago de horas extras únicamente debería alcanzar a aquellos funcionarios que llegan al cargo por elección directa, o quienes sin serlo, ejercen función política.
 10. Concordamos plenamente con el acuerdo contenido en el Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral respecto a las horas extras en el sector público: “Las limitaciones



Presupuestales no privan a los trabajadores del Sector Público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobretiempo”.

11. Pueden establecerse en el sector público nacional formas de compensación del trabajo en sobretiempo, por ejemplo permisos o licencias con goce de haber.



RECOMENDACIONES

1. El presupuesto, puede justificar que se prohíba la prestación de trabajo en horas extras, por limitaciones presupuestales, pero una vez que el trabajo se haya prestado de manera efectiva, deberá atenderse su pago, ante un servicio efectivamente prestado.
2. Debe darse cumplimiento a lo desarrollado en el tercer acuerdo del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral del año 2012, que precisa que las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del sector público del cobro por concepto de trabajo en sobretiempo. O en su defecto cuando le da la posibilidad al Estado, de compensarlo con horas de descanso de acuerdo a las horas de trabajo en sobretiempo que haya realizado el servidor público.
3. Debe darse por parte de la Administración Pública el pleno e irrestricto respeto a los derechos laborales fundamentales, entre ellos la jornada de trabajo, para que cuando se presente un trabajo en sobretiempo, se cumpla con remunerar dicho trabajo, conforme a las obligaciones impuestos por los Convenios Internacionales que han sido suscritos por el Estado Peruano.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS

- Alonso García, Manuel. (1981). Curso de Derecho del Trabajo, séptima edición, Ariel editores, Barcelona.
- Anacleto Guerrero, V. (2015). *Manual de Derecho del Trabajo*. Lima: Lex & Iuris.
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta SRL.
- Cavazos Flores, B. (1982). 40 lecciones de derecho laboral. México: Trillas S.A.
- De Diego, Julián. (2004). Manuel de Derecho del Trabajo y la seguridad social, sexta edición, Abeledo- Perrot editorial, Buenos Aires.
- DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 143, Lima, agosto 2010.
- DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 145, Lima, octubre 2010.
- DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 146, Lima, noviembre 2010.
- DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 147, Lima, diciembre 2010.
- DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 150, Lima, marzo 2011.
- DÍAZ REVORIO, Javier F. Textos Constitucionales Históricos. Palestra Editores, Lima, 2003, p. 16.
- Dornbusch, Rudiger. (1991). *Macroeconomía*, quinta edición. Madrid: McGraw- Hill- Interamericana de España editorial.
- Haro Carranza, J. E. (2013). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Ediciones Legales.
- Haro Carranza, J. E. (2014). *Derecho Laboral en la Administración Pública*. Lima: Ediciones Legales.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel, Salamanca-España, edición 1994.



- Larrain Sachs, (1994). *Macroeconomía en la economía global*. Chile, Pretince Hall editorial.
- Martínez Vivot, Julio (1988). *Elementos del Derecho del trabajo y de la seguridad social*, segunda edición, Astrea editorial, Buenos Aires.
- Neves Mujica, J. (2007). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Neves Mujica, J. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Reyes Mendoza, L. (2012). *Derecho laboral. Primera Edición*. Red Tercer Milenio S.C.

JURISPRUDENCIA

- Casación 1962-2004, (Agosto de 2006). Vilcapoma Yuli, Tania Gina. *TRABAJO EN SOBRETIEMPO*. El Peruano.
- Exp. 5794-2011-SERVIR/TSC (TSC 2011).
- Exp. 719-2010-BS (Sala laboral de la corte superior de justicia de Lima 11 de Junio de 2010).
- I Pleno jurisdiccional supremo laboral, I. (17 de 07 de 2012). Lima, Perú: Diario oficial el Peruano. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1797b50041274631be03bf7bf7c8760a/I+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+materia+Laboral.pdf?MOD=AJPERES>

TESIS

Basualdo Hilario, A. F. (05 de Diciembre de 2012). *Las horas extras en el sector público a propósito del primer pleno jurisdiccional supremo laboral*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Beltran Larco, L. P. (2013). *Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el estado*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.



Chipoco Caceda, C. (1981). La constitucionalización del derecho del trabajo en el Perú.
Universidad Pontificia Católica del Perú.

Condezo Taipicuri, M. I. (2012). Vulneración de los derechos laborales en el régimen de la
contratación administrativa de servicios. Universidad privada Norbert Wiener S.A.

Marcenaro Frers, R. A. (2009). Los derechos laborales de rango constitucional. Lima:
Pontificia Universidad Católica del Perú.

NORMAS

D.S. 007-2002-TR, R. (2002). Texto Único ordenado de la ley de jornada de trabajo, horario
y trabajo en sobretiempo.

Informe N° 006-2013-DGT-DCDL-VRST, M. (2013). *Ministerio de trabajo y promoción
del empleo*. Ministerial, Ministerio de trabajo y promoción del empleo, Lima.
Obtenido de <http://www.elperuano.com.pe/noticia-aclaran-acuerdos-compensacion-6841.aspx>

Informe N° 006-2013-DGT-DCDL-VRST, M. (2013). *N° 006-2013-DGT-DCDL-VRST*.
Ministerial, Ministerio de trabajo y promoción del empleo, Lima. Obtenido de
<http://www.elperuano.com.pe/noticia-aclaran-acuerdos-compensacion-6841.aspx>

Ley de bases de la carrera administrativa y del sector público, D. (Marzo de 1994).
Decreto Legislativo N° 276. Lima.

**REVISTAS**

- Neves Mujica, J. (2001). *Libertad de Trabajo, derecho al trabajo y derecho a la estabilidad en el trabajo*. Derecho & Sociedad PUCP.
- KASEL y DERSCH. (1961). *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires.

LINKOGRAFÍA

- Haro Carranza, J. (2008). LEY GENERAL DEL TRABAJO ¿QUO VADIS?. Hacia donde van casi seis años de esfuerzo sistematizador en el Perú?
<http://julioharo.blogspot.pe/2008/09/ley-general-del-trabajo-quo-vadis-hacia.html>
- Los regímenes laborales en el Perú, S. (02 de Abril de 2010). Recuperado el FEBRERO de 2017, de SERVIR: <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>
- Martín Velarde, A. (1997). *Ministerio de Trabajo*. Obtenido de http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_41/doc_boletin_41_1.pdf
- Paucarmaita Jáuregui, J. (s.f.). *Compilación y comentarios de legislación administrativa*. Asesoría Jurídica Ministerio de Salud. Recuperado el Febrero de 2017, de http://www.minsa.gob.pe/publicaciones/pdf/Legislacion_Administrativa.pdf
- Toledo Toribio, O. (2 de Diciembre de 2010). Omar Toledo Toribio. Obtenido de <http://www.omartoledotoribio.blogspot.mx/?view=flipcard>.
- Toyama Miyakusuku, Jorge Luis. Obtenido de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14269/14888>
- Poder Judicial en:
<https://pprfamilia.pj.gob.pe>
- Organización Internacional de Trabajo
<http://www.odha-ni.org/>
- Ministerio de Trabajo:
<http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>