

LAS HORAS EXTRAS EN EL SECTOR PÚBLICO. A PROPÓSITO DEL PRIMER PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL



I. DELIMITACIÓN:

Con fecha 17 de julio de 2012, se publicaron 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 temas¹ que a nivel judicial evidencianon

en muchas oportunidades, decisiones contrapuestas a nivel de juzgados y salas especializadas, por lo que mediante Resolución N° 088-2012-P-PJ de fecha 02 de marzo de 2012, se dispuso la realización de éste Primer Pleno Supremo Laboral.

De los tres temas analizados por los jueces supremos laborales, para efectos del presente artículo, nos interesa el último, concretamente en lo que se refiere al tratamiento de horas extras en el sector público, por ello, será objeto de análisis, comentarios y reflexiones, los acuerdos consistentes referidos a dos puntos en particular: **i)** Limitaciones presupuestales como justificación para

¹ Los temas tratados fueron: **Tema I.**- Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral y la tramitación del reclamo de remuneraciones devengadas en dichos supuestos. **Tema II.**- Indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales. **Tema III.**- Tratamiento de horas extras en el sector privado y en el sector público.

el no reconocimiento de horas extras en el sector público, y **ii) Posibilidad de las entidades del sector público de compensar el pago de horas extras con periodos de descanso sustitutorio.**

No podemos iniciar el análisis del tema in commento, sin antes pronunciarnos por los alcances del denominado “Pleno Supremo Jurisdiccional”, respecto a su carácter vinculante formal y fáctico, pues a partir de ello, se puede vislumbrar la trascendencia de sus acuerdos y el impacto que en el futuro, este Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral tendría o no en la impartición de justicia a nivel nacional.

Asimismo, siendo que las horas extras constituyen un tema muy sensible por estar íntimamente ligado a dos institutos de capital trascendencia en el derecho laboral, como lo son la remuneración y la jornada de trabajo, incidiremos el análisis de los acuerdos del Pleno, sobre la base de la naturaleza jurídica de la Jornada de Trabajo, entendido como un derecho de primer orden por parte del trabajador, pues consideramos que ésta última constituye el eje principal para conocer el ámbito de regulación normativa en cuanto a la prestación de horas extras y consecuente remuneración de las mismas. Seguidamente nos avocaremos al estudio normativo de la jornada de trabajo en el ámbito del sector público, para pronunciarnos respecto a los acuerdos adoptados por los jueces supremos, en relación a los temas postulados, finalmente, exponemos nuestras conclusiones finales.

II. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY. CARÁCTER VINCULANTE FORMAL Y FÁCTICO DEL PRIMER PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL.

Nuestra Constitución Política establece en su artículo 139º inciso 2) como uno de los principios de la Función Jurisdiccional, la independencia el ejercicio de dicha función, es decir, este precepto constitucional, respalda a todos los jueces en el ejercicio independiente de su labor, que no es otra cosa que administrar justicia, por ello de manera concordante en el artículo 146º de la Constitución, se establece como “función – obligación” del Estado, garantizar la independencia de los Jueces, enfatizando que éstos, solo están sometidos a la Constitución y la Ley.

Por ello, a partir de las disposiciones constitucionales citadas, resulta cuando menos controversial que un Juez se encuentre “obligado” a resolver determinado conflicto de intereses conforme a la línea de criterio y razonamiento jurídico de otro juzgador, (entiéndase también un Tribunal Colegiado) empleados en la dilucidación de otro caso análogo o similar. Sin embargo, para dilucidar esta controversia, es preciso señalar que en el plano constitucional, tenemos también al principio rector, “seguridad jurídica”, principio universalmente reconocido, que tiene por finalidad, dotar de certeza al derecho, ya sea en el ámbito de su publicidad como en su aplicación por parte de sus operadores, entre los cuales, destacan los operadores judiciales. Respecto a este principio, el Tribunal Constitucional peruano recogiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional español, estableció que “El principio de la seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la

interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5).²

Por ello, a nivel legislativo, se ha previsto la regular una línea directriz que delimita la correcta interpretación y aplicación del derecho, que es trazada por las máximas instancias judiciales, siendo la Corte Suprema,³ la encargada de dicha función a través de los denominados Precedentes Judiciales, así tenemos que el artículo 400º del Código Procesal Civil, establece que "La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente...". En el ámbito procesal laboral, el artículo IV del Título Preliminar de la nueva Ley Procesal Laboral N° 29497, establece que "Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican

² Sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC (Caso, Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 7º de la Ley N.º 27755. FJ 04)

³ En el ámbito del Derecho Constitucional, existen los Precedentes Vinculantes y la Doctrina Constitucional, los cuales están regulados en los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Cabe precisar que tales pronunciamientos, si bien corresponden a un Órgano Constitucional Autónomo como lo es el Tribunal Constitucional, vinculan a todos los jueces en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad, ello por el carácter de Órgano de Control de la Constitución (artículo 201º de la Constitución) y supremo intérprete de la Constitución (artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – Ley 28301)

toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República".

Nótese entonces que ni el Código Procesal Civil ni la norma adjetiva laboral, regulan extremo alguno, referido a la vinculación de los "Plenos Jurisdiccionales", siendo la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴ la que en su artículo 112º señala que "Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos apoyo del Poder Judicial". Por su parte, el artículo 22º del T.U.O.⁵ de la citada Ley Orgánica, establece que "Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento...".

De lo expuesto tenemos que la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula la existencia de los denominados "Plenos Jurisdiccionales", puesto que el artículo 22º de su T.U.O. alude específicamente a "EJECUTORIAS", es decir, a los Precedentes Judiciales referidos en el artículo 400º del CÓDIGO Procesal Civil y la Nueva Ley Procesal Laboral.

⁴ Aprobada por Decreto Legislativo N° 767 el 04 de diciembre de 1991.

⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de 02 de junio de 1993.

Por ende, los Plenos Jurisdiccionales, si bien justifican su existencia en mérito a una disposición legal, normativamente carecen de fuerza vinculante expresa, y por ende su cumplimiento se tornaría en inexigible a todo Juzgador que en ejercicio del ejercicio autónomo de su potestad jurisdiccional resuelva en forma contraria a lo que un Pleno Jurisdiccional acuerde, sin necesidad de justificar el no acogimiento, sometimiento o apartamiento de tales acuerdos, pues tal premisa se aplica únicamente a los señalados Precedentes Judiciales. En suma, la conclusión hasta aquí sería que los Plenos Jurisdiccionales no tienen efecto vinculante.

Sin embargo, conviene señalar que en función al principio constitucional de Igualdad en la aplicación de la Ley, todo justiciable que se encuentre en identidad a otro, merece el mismo trato decisorio, fundado en la máxima “a igual razón, igual derecho”; al respecto, el Tribunal Constitucional ha emitido senda jurisprudencia, precisando los alcances de este principio constitucional; así, resulta oportuno remitirnos a la sentencia recaída en el Expediente N° 00004-2006-PI/TC (Caso proceso de Inconstitucionalidad contra determinados extremos de la Ley 28665 F.J. 123-124) donde ha establecido que dicho principio “se manifiesta como un límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, y exige que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales”.

De lo anterior colegimos que en el plano fáctico, los Plenos Jurisdiccionales cobran fuerza vinculante al igual que los Precedentes Judiciales, en virtud, a los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley. Refuerza nuestra posición el hecho que,

por ejemplo, los plenos jurisdiccionales en materia laboral, han sido, son y serán tan vinculantes como un Precedente Judicial, pues inclusive el propio Tribunal Constitucional, ha recurrido a ellos para justificar sus decisiones. Así por ejemplo, podemos citar la Resolución recaída en el Expediente N° 05878-2007-PA/TC (Caso Jaramillo Vargas F.J. 04), oportunidad en la cual, resolviendo un recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional declaró Nulo el auto que declaró la improcedencia liminar de la demanda, propiamente justificando su decisión en la existencia de una Resolución Administrativa que establecía como obligatorio los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Laboral del año 1999; así expresamente señaló lo siguiente: “la instancia judicial emplazada, al revocar la decisión de primera instancia y declarar fundada la excepción de prescripción deducida, se ha basado en una decisión de la Corte Suprema del año de 1998 (Cas. N.º 0502-98), la misma que, conforme puede verse, se refiere solo a la interpretación del primer párrafo del artículo 36º del Decreto Supremo N.º 003-97, sin tomar en cuenta que con fecha 10 de noviembre de 1999 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Resolución Administrativa N.º 05-99.SCS/CSJR, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, la misma que aprueba con carácter de obligatorio y conforme al artículo 116º de la Ley Orgánica del Poder Judicial los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en la ciudad de Trujillo, durante los días 11 al 14 de agosto de dicho año...”.

Por ello, podemos colegir que la Predictibilidad 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, los Plenos Jurisdiccionales resultan vinculantes dentro de los mismos parámetros y límites que constituyen los Precedentes Vinculantes. Por ende, habiendo mostrado nuestra conformidad con el carácter vinculante del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, consideramos necesario efectuar dos breves precisiones respecto al tema analizado. En primer lugar, dada la trascendencia de los Plenos Jurisdiccionales, cuando estos sean únicamente de alcance Regional o Distrital, consideramos que el efecto de sus acuerdos, solo deberían tener carácter de recomendación, y como tales sean elevados a la Corte Suprema, instancia en la cual se aborde la materia discutida sobre la base de las recomendaciones elevadas, a nivel nacional, pues caso contrario, podría darse el supuesto, que en dos o más Distritos Judiciales existan Plenos Jurisdiccionales Regionales y Distritales, cuyos acuerdos uniformes y vinculantes dentro de su Jurisdicción, puedan diametralmente ser opuestos a los adoptados en otro Pleno Jurisdiccional Regional y/o Distrital; no requiere mayor análisis, el comprender que dicha situación, lejos de generar predictibilidad en la sociedad, crearía inseguridad jurídica. A modo de ejemplo, el profesor universitario JIMENEZ SILVA,⁶ refiriéndose a un Pleno Jurisdiccional Regional,⁷ destaca que tales acuerdos no tienen mayor trascendencia a nivel nacional, pues ciertamente, este acuerdo de tener alguna vinculación es referencial, sólo

es para los Jueces ubicados en dichas Zonas geográficas.

En segundo lugar, consideramos que los acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales que conlleven o impliquen una interpretación manipulativa de la Ley, sea sustantiva o adjetiva, deben necesariamente dar lugar a las propuestas legislativas para la modificación normativa pertinente, a efectos de garantizar el principio de legalidad, caso contrario podríamos llegar al extremo que la primera fuente de Derecho sean los Plenos Jurisdiccionales, Precedentes Judiciales de la Corte Suprema y Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional, razonamiento que a nuestro entender, no reviste la mínima aceptación.

III. LA JORNADA DE TRABAJO: DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO.

En palabras de TOYAMA MIYAGUSUKU,⁸ la jornada de trabajo puede ser definida como el tiempo – diario, semanal, mensual y en algunos casos, anual – que debe destinarse al trabajador a favor del empleador, en el marco de una relación laboral. A nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha definido a la jornada de trabajo como una unidad de tiempo y que se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio realizando actos o ejecutando obras. Dicho lapso de tiempo

⁶ JIMENEZ SILVA, Carlos. “Los Choferes y el pago de Horas Extras”, artículo publicado en su blog personal Flexiseguridad y Relaciones de Trabajo. <http://flexiseguridadrelacionesdetrabajo.blogspot.com> (publicado el 08 de agosto de 2012).

⁷ Se trata del Pleno Regional Laboral adoptado y por ende vinculante en los Distritos judiciales de Lambayeque, La Libertad, Piura, Cajamarca y Tumbes.

⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral” Editorial Gaceta Jurídica Primera Edición, Junio de 2004. pag. 384.

no puede ser empleado en beneficio personal.⁹

A nivel internacional, la regulación de la Jornada de Trabajo nace conjuntamente con la OIT, propiamente en el año 1919, se adopta el Convenio 001,¹⁰ denominado “Convenio sobre las horas de trabajo (industria)”, que dispone en el primer párrafo de su artículo 2º, que: “En todas las empresas industriales públicas o privadas o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y cuarenta y ocho por semana...”.¹¹

Posteriormente, en el año 1935, se adopta el Convenio N° 047, “Convenio sobre las cuarenta horas”, el cual tenía por finalidad, la reducción de las horas de trabajo a cuarenta por semana; sin embargo, este Convenio no ha sido ratificado por el Perú, lo cual representa para muchos una limitación irrazonable, en lo que respecta a la proyección universal destinada a ir

reduciendo cada vez más la jornada de trabajo.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, reconoce este Derecho, como derecho humano en su artículo 24º cuando establece que: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. A su vez, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prescribe en su artículo 7º que: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ...d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas así como la remuneración de los días festivos”.

Poe su parte la Constitución Política vigente, en su artículo 25º prescribe expresamente, que “la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, y que en, caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo...”.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00027-2006-AI (F.J. 19).

¹⁰ Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 10195 por el Perú el 08 de noviembre de 1945.

¹¹ Nótese que este Convenio dispone en su artículo 4º que “También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana. Este régimen no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores, por las leyes nacionales, en compensación del día de descanso semanal”. Sin embargo, ello no sería aplicable en el caso de nuestro país, toda vez que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA (F.J. 15), estableció que cuando la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, es ésta la norma más protectora, por ende, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor como es el caso del citado artículo 4 del Convenio N° 001.

De las disposiciones normativas internacionales, así como su regulación constitucional, podemos concluir válidamente que la jornada máxima de Trabajo -diaria y semanal- es un derecho humano laboral. En tal sentido, la Corte Constitucional Colombiana, cuya jurisprudencia es invocada constantemente por nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia C-710/96,¹² ha establecido que “El

¹² <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-710-96.htm>

derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un período de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona. El descanso, así entendido, está consagrado como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo ... y, por ende, debe entenderse como uno de los derechos fundamentales del trabajador".

En ese sentido, la razón de ser de la existencia de una jornada de trabajo, es que la fuerza de trabajo que todo trabajador tenga la posibilidad de recuperarse, lo cual se logra a través del descanso físico, y la posibilidad que el trabajador, pueda realizar otras actividades recreativas, familiares que hagan viable elevar su calidad de vida y a partir de este aspecto, la jornada de trabajo a partir de la regulación internacional, tiene como tendencia la reducción en su duración,¹³ así también lo sostiene el Tribunal Constitucional al sostener que históricamente, la razón de ser de la jornada de trabajo ha variado con el transcurso del tiempo. Inicialmente "Limitar la jornada de

¹³ Así por ejemplo, en el caso de Chile, su Código de Trabajo de Chile, prescribe que la duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de (45) horas semanales. En el caso de Ecuador, su Código de Trabajo establece que el tiempo máximo de trabajo efectivo en el subsuelo será de 06 horas diarias y solamente puede darse una hora adicional extraordinaria con la remuneración y el recargo correspondiente. En el caso de Colombia, su Código Sustantivo de Trabajo, prescribe como excepción a la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, cuando se trate de las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas. Por otro lado, Bolivia, establece en su Ley General del Trabajo que la jornada efectiva de trabajo es de 8 horas por día y de 48 por semana. Sin embargo, el trabajo nocturno no excederá de (7) horas, precisando además que en el caso de las mujeres, la jornada laboral no excederá de (40) horas semanales diurnas".

trabajo fue (...) una forma de evitar los abusos del empleador, luego (...) adecuar el tiempo al salario y viceversa; más adelante se convirtió en un modo de mejorar la calidad de vida dentro y fuera del trabajo y ahora se piensa en la reducción de la jornada como una forma de luchar contra el despido".¹⁴

Asimismo, el Tribunal Constitucional, ha señalado como parámetros constitucional sobre el cual se asienta la jornada laboral de ocho horas, los siguientes:¹⁵

- a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales son prescritas como máximo en cuanto a su duración.
- b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de las horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas o un periodo más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.
- c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.
- d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres y nocturnos.
- e) La Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, de modo que, siendo esta la norma mas protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor (por ejemplo, el artículo 4º del Convenio N° 001 de la OIT).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00027-2006-AI (F.J. 20).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA (F.J. 15).

Conforme podemos apreciar, la Jornada de trabajo es un tema sensible, y a la vez de mucha importancia dentro del proceso productivo, toda vez que la fuerza de trabajo y/o el trabajo intelectual, prestado en forma adecuada, va a generar un mayor rendimiento, en beneficio del empleador, y por ende, del propio trabajador. Teniendo presente, la importancia de la jornada de trabajo, haremos mención a la extensión de esta en su duración diaria, propiamente en los casos en que el empleador es el Estado.

IV. MARCO LEGAL SOBRE LA JORNADA DE TRABAJO EN LAS INSTITUCIONES ESTATALES.

En el ámbito estatal, el Decreto Legislativo N° 800,¹⁶ estableció en su artículo 2º¹⁷ una sola jornada de trabajo al día de siete horas cuarenta y cinco minutos (7:45:00 hrs) de lunes a viernes. Nótese que dicha disposición no efectuó diferenciación alguna, respecto a las instituciones públicas que ostentaran regímenes laborales mixtos, o exclusivamente se encuentren vinculados al régimen laboral de la actividad privada, por lo que, siendo de alcance general, a la fecha de su dación,

¹⁶ Publicado el 03 de enero de 1996.

¹⁷ Artículo 2.- Modifícase el Artículo 1 del Decreto Ley N° 18223, cuyo texto en adelante será el siguiente:

"Artículo 1.- Establécese el horario corrido en una sola jornada de trabajo al día de siete horas cuarentacincos minutos (7.45 horas) de duración en el curso de los meses de enero a diciembre, para los servidores de la Administración Pública, que regirá de lunes a viernes.

Además de la indicada jornada de trabajo, se considerará el tiempo necesario para el refrigerio en el respectivo centro de trabajo."

El artículo 1º del Decreto Ley N° 18223, publicado el 15 de abril de 1970, disponía lo siguiente: "Establécese el horario corrido en una sola jornada de trabajo al día de siete horas cuarentacincos minutos (7.45hrs.) de duración en el curso de Abril a Diciembre, para los servidores del Sector Público Nacional, que regirá de Lunes a Viernes, no sobrepasando la hora de salida de las dieciséis horas treinta minutos (16.30 hrs). Aparte del indicado tiempo de labor, tendrán treinta minutos (30') para refrigerio en el respectivo centro de trabajo".

consideramos que era aplicable a todas las entidades públicas, independientemente del régimen laboral al que estuvieran adscrito sus trabajadores.¹⁸

Por su parte la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, en su artículo 138º inciso 2) establece que "El horario de atención diario es establecido por cada entidad cumpliendo un periodo no coincidente con la jornada laboral ordinaria, para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones de la ciudadanía. Para el efecto, distribuye su personal en turnos, cumpliendo jornadas no mayores de ocho horas diarias". Conforme podemos apreciar, la disposición legal citada, establece la obligación de las instituciones estatales de establecer jornadas no mayores de ocho horas diarias, pero, ello no involucra el establecimiento de una jornada de trabajo de ocho horas en el sector público, sino únicamente, constituye la precisión del límite previsto en el artículo 25º de la Constitución Política, tanto más, si la finalidad de la indicada norma es regular el procedimiento administrativo general, y no las condiciones de trabajo de los servidores estatales.

¹⁸ En este extremo debemos precisar que si bien es cierto, existen normas especiales que establecen jornadas de trabajo inferiores a las previstas en el artículo 25º de la Constitución Política, que son aplicables a determinados sectores profesionales como el caso de la Ley N° 27669 y su Reglamento (Decreto Supremo N° 004-2002-SA) que regulan el ejercicio profesional de la enfermera(o) colegiada(o); la Ley N° 28456 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2008-SA, que regulan el ejercicio profesional del médico tecnólogo colegiado; la Ley N° 29062, que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial que regula la Jornada de trabajo del Profesor, Subdirector y Director, entre otras, no son materia de estudio en el presente trabajo, por ser la finalidad del mismo, los alcances del Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral respecto a las horas extras en el sector público, por lo que dejamos su estudio para una oportunidad posterior, quedando mención expresa sobre su existencia.

Sin embargo, el panorama descrito cambia con la aprobación del Decreto Legislativo 1023, mediante el cual se crea la autoridad nacional del servicio civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos, norma que en su Décima Disposición Complementaria final, establece que “La jornada laboral del Sector Público es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. Cuando la ley disponga una jornada de trabajo menor, ésta será preferentemente destinada a la atención al público”. Consideramos que la indicada Disposición Complementaria Final, en aplicación del principio “lex posterior derogat legi prior”, ha dejado sin efecto, los alcances del artículo 2º del Decreto Legislativo N° 800, pues se trata del mismo nivel normativo, y la regulación se ajusta a los parámetros previstos en el artículo 25º de la Constitución, es decir, la jornada de trabajo, se ciñe al máximo de ocho horas diarias y 48 horas semanales.

En la jurisprudencia constitucional, consideramos oportuno, citar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03091-2009-PA/TC (Caso Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de la Perla - F.J. 05); en dicho proceso, el Sindicato demandante, solicitaba la inaplicabilidad de una Ordenanza Municipal que modificaba y ampliaba el horario de trabajo. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, señaló que “la Ordenanza N.º 025-2007 MDLP no es inconstitucional, puesto que no afecta la jornada de trabajo establecida por el artículo 25º de la Constitución, por las siguientes razones: **a.** El artículo cuestionado modifica la jornada laboral que cumplen los servidores públicos de la Municipalidad Distrital de La Perla, de seis horas y media a siete horas cuarenta y cinco minutos, es decir, no afecta la jornada laboral ordinaria establecida por la Constitución. **b.** El

artículo cuestionado es conforme con la jornada laboral establecida por el Decreto Legislativo N° 800, es decir, que respeta tanto la jornada laboral mínima de la Administración Pública como la jornada laboral ordinaria establecida por la Constitución”.

Apreciamos entonces que el Tribunal Constitucional, en un mismo fundamento jurídico que constituye la *ratio decidendi* de su fallo, resuelve con acierto en lo que respecta a la constitucionalidad de la norma cuestionada, en tanto, no sobrepasaba los límites de la Jornada de Trabajo, previstos en el artículo 25º de la Constitución Política; sin embargo, yerra al invocar el Decreto Legislativo N° 800, en lo que respecta a la duración máxima de la jornada de trabajo en el sector público, pues este máximo (7:45:00 hrs) ya fue ampliado al máximo constitucional (8:00:00 hrs) por los alcances del Decreto Legislativo 1023 que hemos hecho referencia previamente.¹⁹

V. LAS HORAS EXTRAS COMO EXTENSIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO.

En la actualidad, en el sector público coexisten 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 vamos a remitirnos de manera somera y concisa a la regulación

¹⁹ Idéntica situación se presenta en el Expediente N° 03885-2010-PA/TC (Caso Sánchez Contreras).

normativa del trabajo en sobretiempo, en los tres regímenes señalados.

Se entiende por horas extras al trabajo extraordinario realizado más allá de la jornada ordinaria, diaria o semanal. Este trabajo en sobretiempo involucra necesariamente una prestación efectiva de labores. Es necesario precisar, como primera regla general, su carácter voluntario para ambas partes, tanto en su otorgamiento como en su prestación; ya que solo por excepción, puede ser obligatorio, en la medida que medie un hecho fortuito o fuerza mayor, con incidencia en la seguridad de las personas, el patrimonio del empleador, o la subsistencia de las actividades de la empresa. Por ende, las horas extras, o trabajo en sobretiempo, vienen a constituir una prolongación de la jornada de trabajo, que reiteramos, debe ser de carácter voluntario y proporcionalmente remunerado por su carácter extraordinario, es decir, con un valor adicional al costo normal de la jornada habitual.

Respecto a su regulación normativa internacional, 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”.

En lo que respecta 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, conforme a la Ley de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, regulado por el Decreto Legislativo 910, y establece que la conformidad del empleador, puede ser expresa o tácita. Por su parte, 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.

Por su parte 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 ese sentido, podemos encontrar que 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, propiamente a los trabajadores que se desempeñan como funcionarios.²⁰

Respecto al Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, regulado por Decreto Legislativo N° 1057, en más de una oportunidad hemos emitido serios cuestionamientos sobre su validez y propiamente la insistencia en su permanencia disfrazada en una supuesta derogación progresiva; siendo que ésta oportunidad, no va a ser la excepción a tales cuestionamientos, toda vez que no existe disposición alguna en dicho régimen, que delimite o norme las consecuencias jurídicas del

²⁰ A este respecto, cabe precisar que la Ley Marco del Empleo Público, es aplicable a todos los regímenes existentes en la administración pública por lo que su invocación, obedece a precisar la regulación normativa actual del término “funcionario”.

trabajo laborado fuera de la jornada de trabajo, por parte de los infortunados trabajadores sujetos a un CAS. Sin embargo, distintas entidades estatales, vienen emitiendo sendas 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,²¹ prohibiendo el pago de horas extras.

Lo real y concreto es que los tres regímenes laborales instaurados en el aparato estatal, establecen limitaciones que van más allá del contenido constitucional previsto en el 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 encontramos irrazonable, 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”.

Sin embargo, independientemente del régimen laboral de cada institución, por la naturaleza del empleador, es decir, el Estado, les son aplicables a sus trabajadores normas que por su naturaleza son de carácter general. Este es el caso del Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, mediante el cual se aprueba el T.U.O. de la Normatividad del Servicio

²¹ El texto de dicha Directiva, se encuentra en el siguiente link:
http://www.conida.gob.pe/PDF_2011/Directivas/directiva_02_OGA.pdf

Civil, toda vez que conforme lo expresamente su exposición de motivos,²² 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 ese sentido, el referido Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, en su artículo 98º 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 ende, podemos apreciar, que legalmente, en el caso de los trabajadores estatales, está plenamente justificada la contraprestación remunerativa al trabajo efectivamente prestado en sobretiempo.

En el aparato estatal, consideramos que tal restricción únicamente debería alcanzar a aquellos funcionarios que llegan al cargo por elección directa, o quienes sin serlo por clasificación normativa, 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 sí confluye un mínimo de razonabilidad para que a tales funcionarios, no les sea aplicable 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, conforme lo hemos explicado.

²² Tomado del Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ-.

Por otro lado, los trabajadores de Dirección y de Confianza (empleando los términos normativos previstos en el Régimen Laboral de la actividad privada) del Estado Empleador, y en general de cualquier empleador privado, válidamente pueden ser excluidos de la jornada máxima legal; así por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia N° C-372/98²³ ha señalado que “los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes”. Sin embargo, el hecho que legislativamente se pueda excluir a tales cargos de la jornada máxima de trabajo, no involucra que legislativamente o de facto, pueda excluirse el derecho de estos trabajadores a percibir una remuneración justa, por las horas que laboren en exceso, sobre el máximo legal aplicable a los demás trabajadores, en conclusión, no existe asidero para que el tiempo laborado en exceso sobre la Jornada máxima, no sea remunerado.

VI. LOS ACUERDOS DEL PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL RESPECTO A LAS HORAS EXTRAS EN EL SECTOR PÚBLICO.

²³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-372-98.htm>

i) Respecto a las limitaciones presupuestales como justificación para el no reconocimiento de horas extras en el sector público.

El acuerdo del Pleno fue el siguiente: **“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”**. Los jueces supremos, arriban a dicho acuerdo, sobre la base de:

- El mandato contenido en el Convenio 001 de la OIT, respecto a la Jornada de Trabajo.
- La jornada de trabajo como parámetro de la remuneración y la concepción de ésta como módulo relevante de los costos laborales.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 05924-2009-PA/TC (Caso Caja Municipal de Ahorro y Crédito Maynas).
- Análisis y confrontación del derecho a un trabajo remunerado y la prohibición presupuestal del pago de horas extras.
- Casación N° 623-2003-PIURA, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de agosto de 2005.

Por nuestra parte, mostramos conformidad con el Pleno en este extremo, toda vez que consideramos, ha existido durante mucho tiempo una interpretación errónea de las disposiciones legales, propiamente de las leyes anuales de Presupuesto que han venido estableciendo la prohibición de efectuar gastos por concepto de horas extras.

En ese sentido, debemos empezar señalando que la actuación de los funcionarios públicos a cargo de las entidades estatales, tiene como uno de sus principales límites “el presupuesto”,

pues sobre la base de los recursos existentes es que se va a regular el accionar del aparato estatal dentro de un determinado periodo. En ese sentido, acorde a lo previsto en la Constitución Política, el Presupuesto es de carácter anual y es propuesto por el Poder Ejecutivo, pero su aprobación corresponde al Poder Legislativo. En el caso ámbito de los Gobiernos Regionales²⁴ y Locales,²⁵ la Constitución Política establece que corresponde a ellos mismos, aprobar sus presupuestos.

En esa línea de criterio, el Tribunal Constitucional, de forma acertada en la sentencia recaída en el Expediente N° 1035-2001-AC/TC (Caso Sindicato de Obreros Municipales de Breña FJ 06), estableció que “Uno de los límites clásicos para la actuación de los funcionarios públicos a cargo de las entidades del Estado lo constituye el presupuesto, como instrumento de racionalización y organización de la actividad financiera y económica del sector público, cuyo marco general corresponde ser propuesto por el Poder Ejecutivo y posteriormente ser aprobado por el Parlamento, dentro del esquema de la división de poderes en que se sustenta el Estado peruano. Concordante con ello, en atención a la autonomía reconocida a los gobiernos locales, con la que adquiere sentido la expresión de Estado unitario y descentralizado a la vez, la propia Carta establece que dentro de las atribuciones

²⁴ Artículo 192.- Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.

²⁵ Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.

de los municipios se encuentra la de aprobar sus presupuestos, esto es, que le corresponde a ellos establecer la previsión de los ingresos que se espera obtener y, sobre esa base, definir la forma en qué cosas esos ingresos serán gastados”.

Sin embargo, corresponde formularnos la siguiente pregunta: **Puede justificarse por la inexistencia o falta de previsión presupuestaria, que se vulneren derechos constitucionales fundamentales, como lo es, el derecho a la remuneración por el trabajo prestado?** La respuesta es evidente, pues el presupuesto en sí, puede justificar que se prohíba la prestación de trabajo en horas extras, precisamente debido a la escasez de presupuesto, pero una vez que el trabajo se haya prestado de manera efectiva, corresponde atender su pago, realizando las gestiones pertinentes que permitan garantizar un pago oportuno, frente a un servicio efectivamente prestado.

Precisamente sobre la base de los principios constitucionales presupuestales, es plena y totalmente válido que el Estado empleador, debe remunerar adecuadamente un servicio que ha sido prestado de manera efectiva y más aún cuando dicha prestación ha excedido de la jornada diaria de trabajo. En un trabajo anterior,²⁶ hemos tenido oportunidad de invocar el principio de “Justicia Presupuestaria”, por el cual, a tenor de 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

²⁶ BASUALDO HILARIO, Arturo. “De la eliminación progresiva del Decreto Legislativo 1057 a la eliminación inmediata de los trabajadores CAS”. Artículo publicado en la Revista “Actualidad Jurídica” N° 221 (Abril 2012) pg. 281-285.

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”. En tal sentido, nuevamente en el caso que ahora nos ocupa, consideramos que constituye un valor comunitario y consecuente garantía del bien común, el pleno e irrestricto respeto a los derechos laborales fundamentales, como es el respeto a la Jornada de trabajo, por ello, cuando se presente un trabajo en sobretiempo, se debe remunerar las mismas de manera justa, conforme a los cánones impuestos por los Convenios Internacionales que han sido suscritos por el Estado Peruano.

Recientemente, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0319-2010-PC/TC²⁷ (Caso Peralta Cueva y Otros), declaró fundada la demanda de cumplimiento interpuesta por un grupo de jueces del Distrito Judicial de Lambayeque, a efectos que se nivele los ingresos de los jueces superiores, jueces especializados o mixtos y jueces de paz letrados, en proporción del 90%, 80% y 70 % respectivamente de lo que percibe el juez supremo, conforme lo dispone el artículo 186º, inciso 5, literal b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en ese sentido, en lo que respecta a nuestro tema de estudio, el Tribunal Constitucional de manera concluyente, recalcó que el aspecto presupuestal no puede representar un impedimento para que los derechos laborales se hagan efectivos, así en el FJ 14, señaló que “a pesar de que el mandamus contenido en

²⁷ La emisión de dicha sentencia mereció una respuesta inmediata por parte del Presidente del Poder Judicial, que muchos consideraron una agresión al Tribunal Constitucional, propiamente a su Presidente, por lo que la respuesta no se hizo esperar, evidenciándose sendos pronunciamientos en los portales webs tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional.

la resolución materia de este proceso, - la disponibilidad presupuestaria y financiera de la emplazada- debemos considerar que este tribunal ya ha establecido expresamente (Cfr SSTC 01203-2005-PC, 03855-2006-PC y 06091-2006-PC) que este tipo de condiciones es irrazonable...”.

A modo de corolario respecto a este extremo, queda demostrado que la regulación normativa referente al Presupuesto Nacional, debe ser interpretada desde y conforme a la Constitución, y teniendo en cuenta que las disposiciones constitucionales referentes a los derechos laborales, en lo que respecta a la Jornada de trabajo y al trabajo remunerado, así como las disposiciones constitucionales que regulan el presupuesto estatal, deben ser analizados sobre la base de los principios de Unidad²⁸ y Concordancia Práctica,²⁹ a fin de no vulnerar derechos fundamentales, en el presente caso de orden laboral. Finalmente, el presente acuerdo adoptado por los jueces supremos, debe traer a reflexión a todo funcionario público encargado de la gestión y/o administración de las instituciones públicas, a fin, de adoptar los mecanismos necesarios, que permitan un efectivo control de las labores desarrolladas por el personal en las instituciones públicas, así como su permanencia en los ambientes de

²⁸ En virtud del principio de unidad de la Constitución la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, estando exenta de toda interpretación aislada y literal (Expediente N° N.º 04747-2007-HC/TC – Caso Rospigliosi Capurro. FJ 5).

²⁹ En virtud del principio de concordancia práctica toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, se encuentra re conducido a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (Expediente N° N.º 5854-2005-PA/TC– Caso Lizana Puelles. FJ 12. b)

trabajo, siendo el caso, que solo deben permanecer en el centro de labores, únicamente ante supuestos excepcionales; de esta manera, se impedirá un ejercicio abusivo del derecho, que conlleve al pago de horas extras, por un servicio no prestado de manera efectiva, basado en la sola permanencia en la institución fuera del horario habitual.

ii) Posibilidad de las entidades del sector público de compensar el pago de horas extras con períodos de descanso sustitutorio.

El acuerdo del Pleno fue el siguiente: “**Existe la posibilidad que las entidades del Sector Público compensen el pago de horas extras con períodos de descanso sustitutorio. Sin embargo, para ello, tal como en el Sector Privado, es necesaria la aceptación del trabajador y su manifestación de conformidad, consignada en un acuerdo (convenio)**”. Los jueces supremos, arriban a dicho acuerdo, sobre la base de:

- La confluencia de tres regímenes laborales en el sector estatal.
- La premisa del problema suscitado, es decir, cuando a pesar de la prohibición de las leyes anuales de presupuesto sobre el pago de horas extras, éstas se prestan de manera efectiva.
- El mandato constitucional previsto en el artículo 23º de la Constitución, respecto a que no puede haber trabajo sin remuneración y sin libre consentimiento.
- La regulación normativa del descanso físico por horas extras laboradas. Propiamente se refiere al régimen laboral de la actividad privada.

Asimismo, el Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, establece que se debe

tener presente lo siguiente: **i)** Existencia de un acuerdo expreso sobre la compensación en descanso por el trabajo en horas extras, **ii)** Solo procede cuando no existe presupuesto para pagarlas, **iii)** Proporcionalidad entre el tiempo compensado y el precio de cada hora extra laborada, y **iv)** El trabajador debe tener la posibilidad de escoger cuando hacer uso de su compensación en tiempo libre, por las horas laboradas en exceso.

Respecto a este extremo, mostramos nuestra disconformidad parcial con el Acuerdo en mención, propiamente, por no tomar como válidas en su totalidad, las justificaciones que lo avalan. Así pues, como hemos mencionado anteriormente, en el Estado coexisten tres regímenes laborales, y solo en el caso del régimen laboral de la actividad privada, existe la posibilidad normativa de la compensación en descanso físico sobre las horas extraordinarias. Tal alternativa no es regulada ni en el régimen de la carrera administrativa (Decreto Legislativo 276) ni el Régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (Decreto Legislativo 1057).

Por el contrario, como hemos señalado anteriormente, siendo el Estado el único que empleador que utiliza de manera conjunta los citados regímenes laborales, tiene regulación normativa que le es aplicable a todos sus trabajadores, independientemente del régimen laboral al que estén adscritos, así por ejemplo, con mero afán ilustrativo, podemos invocar el Código de Ética y Función Pública Ley N° 27815, la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, y específicamente para el caso que nos ocupa el Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, mediante el cual se aprueba el T.U.O. de la Normatividad del Servicio Civil, establece expresamente 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 ende, podemos apreciar, que legalmente, en el caso de los trabajadores estatales, el descanso físico en compensación por el trabajo en sobretiempo, únicamente sería viable para los trabajadores estatales sujetos al régimen laboral privado y ello es viable, en la medida que la normatividad privada, sí lo permite; sin embargo, en el caso de los trabajadores estatales sujetos al régimen laboral de la carrera administrativa (Decreto Legislativo 276) y el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (Decreto Legislativo 1057), las normas matrices no establecen regulación expresa, por lo que es aplicable el referido Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, correspondiendo a estos trabajadores la remuneración de las horas en sobretiempo y no el descanso físico compensatorio.

Ahora bien, respecto a los parámetros de referencia establecidos por el Pleno Supremo Jurisdiccional Supremo Laboral, debemos señalar que sus alcances pueden tener un efecto distinto en los distintos ámbitos de la Administración Pública, pues de un lado se puede optar por pagar las horas extras en la medida que haya presupuesto,³⁰ en otros casos, se puede dar como salida la suscripción inmediata de Convenios Individuales sobre la compensación en descanso físico por las horas en sobretiempo, es decir, habiendo suscrito un Convenio de mutuo disenso, sobre el descanso físico como contraprestación al horario en

³⁰ En este extremo, es preciso y necesario, invocar el principio presupuestal de “NO AFECTACIÓN”, el cual a decir del Tribunal Constitucional en la sentencia antes referida, establece que “el artículo 79° de la Constitución, que señala como regla general que los recursos del Estado deben formar una única argamasa económica, tornando indistinto el origen de su procedencia a fin de que sean utilizados para cubrir la totalidad de los gastos”.

sobretiempo, poco importa ya que exista o no presupuesto. Probablemente, en el caso del Decreto Legislativo 276, la situación pueda ser objeto de discusión y defensa, ya sea de manera directa o través de los Sindicatos Públicos; sin embargo, la suerte de los trabajadores sujetos a un CAS sería distinta, pues es muy probable que la mínima objeción a la suscripción de los referidos Convenios, puede ser un factor determinante de evaluación en la renovación de sus contratos.

Finalmente, en la proporción que debe existir entre la jornada en sobre tiempo y la compensación en descanso físico, esto se debe determinar el términos económicos, para que pueda existir una “justa compensación” por decirlo de alguna manera. Así por ejemplo, en el caso de un trabajador estatal sujeto al régimen laboral de la actividad privada, en la cual, sí consideramos procedente el descanso en compensación, no es lo mismo trabajar en sobre tiempo cinco horas extras, y obtener en contraprestación como descanso cinco horas libres, pues el valor remunerativo de estas cinco horas, tienen un costo mayor. Así por ejemplo, si el valor hora del trabajador es de S/.20.00 Nuevos Soles, por cinco horas, obtiene un total de S/. 100.00 Nuevos Soles; sin embargo, la misma cantidad de horas en sobretiempo, aplicando la sobretasa prevista en el artículo 10º del el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, dan como resultado el total de S/. 131.00 Nuevos Soles. Entonces, en contraprestación, al trabajador le correspondería como descanso físico contraprestativa, cuando menos una hora adicional, a las cinco prestadas fuera de la jornada diaria de trabajo.

VII. NUESTRAS CONCLUSIONES:

1. Si bien es cierto, la Constitución garantiza el principio de independencia en el ejercicio de la

función jurisdiccional, ello se articula en forma armónica al principio fundamental de igualdad en la aplicación de la Ley y el principio rector seguridad jurídica, dando así carácter vinculante a los Plenos Jurisdiccionales de ámbito nacional.

2. La jornada de trabajo es concebida como una unidad de tiempo, que se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva. En tal sentido, 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 recuperar las energías gastadas en su labor, además de propender a su realización personal y familiar, por ende, la proyección universal va destinada a reducir cada vez más la jornada de trabajo.
3. A nivel normativo, en el ámbito de la administración pública, el Decreto Legislativo N° 800, estableció para todos sus trabajadores, independientemente del régimen laboral al cual estuvieran adscritos, una sola jornada de trabajo diaria de siete horas cuarenta y cinco minutos (7:45:00 hrs) de lunes a viernes; sin embargo, está disposición, habría quedado derogada tácitamente por la Décima Disposición Complementaria final del Decreto Legislativo 1023, donde se establece una jornada laboral de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo.
4. Si bien es cierto, en el sector público coexisten 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), dada la naturaleza del Empleador, es aplicable a la totalidad de los trabajadores públicos, el Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, donde se 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.
5. Legislativamente resulta válido y constitucional, excluir a determinados trabajadores de la jornada máxima de trabajo, sin embargo, ello no puede involucrar la negativa a remunerar las jornadas en exceso, en relación a los demás trabajadores, pues se estaría contraviniendo los alcances del artículo 23º de la Constitución Política. De esta manera, en el aparato estatal, la restricción al pago de horas extras o su compensación en descanso, únicamente debiera alcanzar a aquellos funcionarios que llegan al cargo por elección directa, o quienes sin serlo, por clasificación normativa, ejercen función política, pues tales cargos, tienen como primera característica la representación de la sociedad organizada, es decir, se trata de una representación democrática del Poder.
6. El acuerdo del Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, en lo que respecta a la procedencia del pago de horas extras, cuando estas se han prestado de manera efectiva, no pueden ser desconocidas, por la prohibición que contienen las Leyes anuales de Presupuesto, es válida en la medida que es el principio de Justicia Presupuestaria, el que justifica el pleno e irrestricto respeto a los derechos laborales fundamentales, por ser considerados como valor comunitario y consecuente garantía del bien común. Por ende, las disposiciones constitucionales que regulan el presupuesto estatal, en relación a los derechos laborales, deben ser analizadas sobre la base de los principios de Unidad y Concordancia Práctica, a fin de no vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores estatales.
7. Consideramos errado el Acuerdo Plenario, en el extremo que justifica el descanso físico como compensación por el trabajo en sobretiempo para los trabajadores estatales sujetos al régimen laboral de la carrera administrativa y el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, en la medida, que a diferencia del régimen laboral privado, en los dos casos señalados, la ley únicamente contempla la posibilidad del pago remunerativo correspondiente.