

Jornada de trabajo, control de asistencia y la prohibición del pago de horas extras en las empresas y entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada

Carlos Guillermo Morales Morante

Abogado, Socio principal de Morales Morante Abogados. Asociado de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. Consideraciones Preliminares. 3. Marco Constitucional y Legal. 3.1. El principio de legalidad presupuestaria del gasto público. 3.2. Leyes de Presupuesto. 4. Jurisprudencia sobre pago de Horas Extras en contravención de las Leyes de Presupuesto. 4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema: Predominio del principio de legalidad presupuestaria en el gasto público. 4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema: Aplicación de los Principios del Derecho del Trabajo y predominio de los Derechos Fundamentales del Trabajador. 5 Balance y Perspectivas.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 5 de abril del presente año, el Gobierno dictó el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, que estableció diversas disposiciones que inciden directamente en el control del tiempo de trabajo, orientadas fundamentalmente a garantizar el pago de las horas extras laboradas por los trabajadores comprendidos dentro del régimen laboral de la actividad privada.

A menos de un mes de su vigencia y en respuesta a las numerosas críticas formuladas por sectores empresariales y académicos, el 3 de junio fue dictado el Decreto Supremo N° 011-2006-TR - que si bien introdujo saludables rectificaciones, como la modificación de la presunción absoluta en favor de la prestación de trabajo en sobretiempo (*juris et de jure*) si el trabajador continuaba laborando más de una hora después de su horario de salida - a través de su Segunda Disposición Complementaria y Transitoria, excluyó temporalmente de su ámbito subjetivo a las

entidades públicas cuyos trabajadores se encontraran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, postergando su aplicación hasta el 1° de enero de 2007.

En nuestra opinión, si bien esta disposición ha consagrado un trato discriminatorio en favor del Estado-empleador en perjuicio del empleador privado, lo cierto y lo concreto es que la normativa contenida en ambos Decretos Supremos igualmente será de obligatorio cumplimiento en las entidades públicas con personal comprendido dentro del régimen laboral de la actividad privada, una vez cumplida la *vacatio legis* señalada.

En consecuencia, al margen de que el Poder Ejecutivo haya pretendido justificar su postergación en razones de “programación anual del presupuesto público” para estas entidades los problemas de aplicación que confrontarán a partir del ejercicio fiscal siguiente serán de la mayor complejidad, debido a que las leyes de presupuesto en forma sistemática han venido prohibiendo el pago de horas extras, por lo que en la práctica dicha regulación deberá compatibilizarse con los criterios contemplados en el marco presupuestario, habida cuenta que se trata de normas de mayor jerarquía normativa y de orden público.

Caso contrario, los objetivos que se pretende lograr con este Decreto Supremo terminarán siendo menoscabados por el propio Poder Ejecutivo, que de acuerdo con la Constitución, es el encargado de cumplir y hacer cumplir las leyes y normas que conforman el ordenamiento jurídico vigente ¹.

Por otra parte, la jurisprudencia construida tanto a nivel de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Constitucional, ha tenido criterios contradictorios respecto de la validez de las prohibiciones al pago de horas extras establecidas en las leyes de presupuesto, en que se han visto confrontados los principios de legalidad presupuestal del gasto público con los principios del Derecho del Trabajo, como irrenunciabilidad de derechos, que configuran el denominado <orden público laboral>.

¹ Al respecto, vid. artículo 118° de la Constitución, que en virtud de su inciso 1) encomienda al Presidente de la República la función de “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Un primer aspecto que consideramos necesario puntualizar es que para efectos del presente artículo, nuestro enfoque se centralizará exclusivamente en las implicancias legales de las prohibiciones establecidas en las Leyes de Presupuesto para el pago de las horas extraordinarias, dentro del ámbito concreto y específico de las entidades públicas con personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Precisamente el artículo 1° del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, delimita claramente el ámbito de aplicación de estas normas al puntualizar que queda obligado a su cumplimiento “Todo empleador sujeto al régimen laboral de la actividad privada (quien) debe tener un registro permanente de control de asistencia, en el que los trabajadores consignarán de manera personal el tiempo de labores”.

En consecuencia, nuestro análisis se aplica al personal de las Empresas de Derecho Público, Empresas Estatales de Derecho Privado, Empresas de Economía Mixta y con accionariado del Estado, que se encuentra dentro del régimen laboral de la actividad privada por mandato expreso del artículo 53° de la Ley N° 24948, Ley de Actividad Empresarial del Estado, y al que también le resultan de aplicación estas restricciones presupuestarias para el pago de horas extras, según el caso.

Finalmente, y por extensión, nuestro análisis también incidirá en el caso del personal administrativo que presta servicios para importantes Poderes del Estado como el Congreso de la República y el Poder Judicial, cuyos trabajadores están comprendidos dentro del régimen laboral privado, así como para diversos organismos públicos descentralizados y organismos reguladores, conocidos como “islas de modernidad” en los cuales desde inicios de la década pasada, al impulso de la ola privatizadora, el Estado adoptó el régimen laboral de la actividad privada, a fin de disponer de la flexibilidad necesaria para contratar cuadros técnicos con habilidades gerenciales y calificaciones profesionales equivalentes a las existentes en el sector privado.

Por lo tanto, resulta previsible que al entrar en vigencia estas normas de control de asistencia y con ellas, estas presunciones a favor de la prestación de trabajo en hora extraordinaria, existirá un conflicto de aplicación con las Leyes de Presupuesto de la República, que deberá dilucidarse en sede judicial como consecuencia de la interposición de acciones judiciales que serán interpuestas por estos trabajadores ante la renuencia de la entidad en abonarle las horas extras laboradas.

3. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

3.1. El principio de legalidad presupuestaria del gasto público

Conforme se ha señalado, las diversas Leyes de Presupuesto que han regido la asignación de recursos para la ejecución del gasto público han coincidido - con algunos matices - en la prohibición al pago de horas extras para los trabajadores que prestan servicios para las entidades estatales sujetas al régimen laboral privado.

El fundamento constitucional de estas prohibiciones, deriva de la propia naturaleza de las Leyes de Presupuesto, cuyo objetivo fundamental es garantizar el equilibrio fiscal, como señala Enrique BERNALES ²:

“La discusión y aprobación del Presupuesto General de la República es una de las más antiguas y principales atribuciones del Parlamento. (...) La referida atribución surge de la necesidad de ordenar y sujetar a la ley los gastos anuales del Estado y determinar con cargo a qué ingresos podrá financiar sus actividades. **La tesis que subyace es que ningún gasto público puede efectuarse si no está previsto y financiado.** El presupuesto es la base del ordenamiento fiscal del Estado (...)”

Este temperamento ha sido expresamente recogido por el artículo 78° de la Constitución, que adicionalmente a obligar al Presidente de la República a remitir el proyecto de Ley de Presupuesto al Congreso en forma conjunta con los proyectos de ley de endeudamiento y equilibrio financiero, exige que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria del 29 de enero de 2004 recaída en los Expedientes N°s 015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 0004-2002-AI/TC, señaló que *“uno de los condicionamientos a los que puede someterse el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, tratándose del Estado como sujeto procesal vencido en juicio, se relaciona con las exigencias que se derivan de la observancia del principio de legalidad presupuestaria del gasto público”*.

² BERNALES, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Lima, 1999, Editora RAO, Pág. 395.

De acuerdo al Tribunal

“dicho principio, que se deriva del artículo 77° de la Constitución Política del Estado, implica que el pago de las sumas de dinero ordenado por una resolución judicial firme, **sólo podrá ser cumplido con cargo a la partida presupuestal correspondiente**. En los alcances de dicho principio de legalidad presupuestaria se encuentra, por un lado, el origen del llamado privilegio de la autotutela ejecutiva de la administración, esto es, que el cumplimiento de las sentencias condenatorias contra la administración haya de estar sujeto al cumplimiento de un procedimiento administrativo ante el órgano deudor; y por otro, la posibilidad de diferir la ejecución forzada, por un lapso razonable (...)”

En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional resolvió declarar la inconstitucionalidad parcial de la Ley N° 27684, que fijó algunos criterios para la atención de deudas a cargo de las entidades públicas, originadas en sentencias judiciales que hubieren adquirido autoridad de cosa juzgada - que incluía en un porcentaje significativo créditos de naturaleza laboral y previsional - limitando los alcances del principio de legalidad presupuestaria que venimos analizando.

En efecto, el primer criterio que establecía dicha norma, consistente con la racionalidad del citado principio, era que la Oficina General de Administración o la que hiciera sus veces debía proceder “conforme al mandato judicial y **dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto**”.

En segundo lugar, de no contarse con el financiamiento requerido, el Titular del Pliego Presupuestal involucrado, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podía efectuar las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias dando cuenta dentro de los 15 días siguientes a la autoridad judicial competente.

En tercer lugar, de existir requerimientos que excedieran las posibilidades de financiamiento del Pliego Presupuestario, el Titular a través de la Oficina General de Administración debe poner en conocimiento de la autoridad judicial “su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios. El Ministerio de Economía y Finanzas (...) calculará el tres por ciento (3%) referido en el párrafo precedente deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales”.

Finalmente, transcurridos seis meses desde la notificación judicial que requiere el pago o compulsado el deudor estatal con arreglo a los procedimientos administrativos reseñados, el acreedor se encontraba facultado para dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales contemplado en el artículo 713° y siguientes del Código Procesal Civil, encontrándose limitado únicamente de ejecutar bienes de dominio público conforme a lo establecido en el artículo 73° de la Constitución.

Para efectos de nuestro análisis, interesa remarcar que para el Tribunal Constitucional, las disposiciones contenidas en la Ley N° 27684 deben interpretarse en el sentido que “la eventual colisión entre el principio de legalidad presupuestaria y el principio de efectividad de las sentencias judiciales debe resolverse sobre la base de los test de proporcionalidad y razonabilidad, ponderando a cuál de esos principios debe dársele mayor peso y sin desconocer, sin embargo, la importancia del otro”³.

No obstante que el Tribunal no encontró reparo alguno en la impugnación formulada contra el primer criterio reseñado⁴, lo cierto es que al efectuar dicha norma un reenvío al marco normativo de las leyes de presupuesto, cabe interpretar que la entidad emplazada estaría jurídicamente imposibilitada de realizar transferencia presupuestal alguna, al no contar con autorización de gasto para el pago de horas extras, al regir plenamente esta prohibición legal.

Por ello, interesa analizar a continuación en qué términos han sido establecidas estas restricciones en las Leyes de Presupuesto en los últimos años, que han sido recurrentes en establecer la prohibición al pago de horas extras en el Sector Público, lo que incluye a las entidades con personal sujeto al régimen laboral privado, y

³ Vid. Fundamento 51 de la Sentencia del 29 de enero de 2004, expedida por el Tribunal Constitucional antes citada.

⁴ En efecto, el Fundamento 53 de la citada Ejecutoria señala que: “Con dicha disposición simplemente se ha establecido, como una concreción del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, que las oficinas generales de administración o las que hagan sus veces, son los órganos en principio llamados a cumplir las resoluciones judiciales, y en su segunda parte, como una concreción del principio de legalidad presupuestaria en la ejecución de pagar sumas de dinero, que es cumplimiento de las sentencias ha de realizarse <conforme a las leyes de presupuesto>”. Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional no llegó a analizar en específico qué pasaba si el pago demandado estaba sujeto a una expresa prohibición en las leyes de presupuesto, como el caso de las horas extras.

comprendido, por tanto, dentro de las normas dictadas recientemente en los Decretos Supremos N° 004-2006-TR, y N° 011-2006-TR.

3.2 Leyes de Presupuesto

Como hemos adelantado, las Leyes de Presupuesto en forma sistemática han prohibido el pago de horas extras dentro de las empresas y entidades del Sector Público, con prescindencia del régimen legal en el que se encuentran o si la totalidad o parte de su accionariado es de propiedad del Estado.

Sin embargo, este dato normativo ha sufrido diversas variantes, por lo que analizaremos a continuación la evolución de esta prohibición legal a partir de una muestra retrospectiva tomada de algunas de las leyes de presupuesto que rigieron entre la década de 1980 y 1990, y otras pertenecientes al presente quinquenio, para determinar los criterios legales subyacentes, y apreciar como han sido interpretados en sede jurisprudencial por la magistratura laboral.

a) Decreto Legislativo N° 398 Ley del Presupuesto del Sector Público para 1987

Dentro del Capítulo V que regula las Normas de Austeridad, dicha Ley en su artículo 65° señalaba expresamente que en la ejecución del gasto sobre remuneraciones, quedaba prohibido realizar diversas acciones de personal, entre las que se contaban:

“g) Ejecutar gastos por concepto de Horas Extraordinarias, excepto aquellos orientados a actividades productivas que requieran los Organismos del Sector Público”.

Dicho artículo además establecía que la referida norma “comprende a todas las acciones de personal que bajo cualquier nomenclatura o denominación tengan la misma naturaleza de las acciones materia de prohibición”.

No obstante esta terminante prohibición que en efecto alcanzaba a todo el Sector Público, en el artículo 64° se fijaba un régimen especial para las Empresas del Estado comprendidas en el Volumen 03 del artículo 2° en el Capítulo VII, que facultaba al Ministerio de Economía y Finanzas o a CONADE para dictar una

norma de excepción para algunas de las prohibiciones de gasto contenidas en la Ley, previa coordinación con la Dirección General del Presupuesto Público ⁵, lo que podría conllevar el levantamiento de la prohibición del pago de horas extras.

Lo que interesa destacar es que la regla general era que la prohibición se aplicaba en términos más o menos horizontales a todo el Sector Público, y el eje de la controversia más bien quedaba desplazado, como veremos más adelante a la determinación de si algunos de los casos sometidos al órgano jurisdiccional encuadraban dentro de las situaciones de excepción contempladas dentro de las Leyes de Presupuesto.

Un tratamiento similar seguiría la Ley N° 24977 Ley de Presupuesto para el Sector Público correspondiente al ejercicio 1989 en el Capítulo V (“Normas de Austeridad y Moralidad en la Ejecución del Gasto Público”), concretamente en su artículo 65°, inciso g), y en el artículo 135°, sobre las facultades conferidas tanto al Ministerio de Economía y Finanzas y a CONADE para otorgar excepciones a las normas de austeridad anteriormente analizadas.

b) Ley N° 25303 Ley de Presupuesto del Sector Público para 1991

Por su parte, la Ley del Presupuesto para el ejercicio 1991, en su Capítulo V sobre Normas de Austeridad para la ejecución del gasto público, en su artículo 64°, inciso d), si bien reiteraba la prohibición analizada en el apartado precedente, y la excepción anteriormente acotada, aplicable a las actividades productivas a cargo de organismos públicos, introducía una condición adicional, directamente aplicable al pago de horas extraordinarias:

“d) Efectuar gastos por concepto de horas extraordinarias, excepto aquellas orientadas a actividades de producción de bienes y servicios que realicen los organis-

⁵ Al respecto, vid. artículo 122° del Decreto Legislativo N° 398: “El Ministerio de Economía y Finanzas en el caso de las Empresas Financieras y la Corporación Nacional de Desarrollo -CONADE- en el caso de las Empresas No Financieras, deben vigilar la estricta aplicación de las Normas de Austeridad y de Moralidad establecidas en la presente Ley, y aprueban las excepciones y autorizaciones pertinentes. En tal sentido: (...) d) Evaluar y aprobar las exoneraciones del caso, respecto a las prohibiciones de gasto contenidas en la presente Ley, en coordinación con la Dirección General de Presupuesto”.

mos del Sector Público, **previa programación y aprobación bajo responsabilidad del Titular** y con cargo de dar cuenta a la Contraloría General de la República”.

c) Ley N° 26553 Ley del Presupuesto del Sector Público para 1996

A su vez, la Ley del Presupuesto aplicable al Sector Público para 1996, que se dictó en forma complementaria a la Ley N° 26199 - Ley Marco del Proceso Presupuestario - y a las Leyes de Equilibrio Financiero y de Endeudamiento del Sector Público, también estableció prohibiciones para el pago de horas extras, excluyendo expresamente a las Empresas del Estado comprendidas en el Volumen 04 del Presupuesto.

Conjuntamente a esta nueva metodología de elaboración de la norma presupuestal, se reiteró la prohibición que venimos analizando en el artículo 22° en los términos siguientes:

“**Artículo 22°.-** En la ejecución de sus presupuestos, los organismos del Sector Público comprendidos en los volúmenes 01, 02, 03, 05 y 06, con excepción de las empresas pertenecientes a los Gobiernos Regionales y Locales, se sujetan a las restricciones del gasto contenidas en el presente Título:

(...)

d) Efectuar gastos por concepto de horas extraordinarias (...)”

Es decir, si bien quedaba una vez más delimitado el ámbito de esta prohibición al campo propiamente dicho del Sector Público, por exclusión del Sector de Actividad Empresarial del Estado, esta vez la prohibición no contemplaba excepciones a nivel de la Ley del Presupuesto, salvo el caso específico de los contratos de personal y pago de horas extras dentro de los Proyectos de Inversión⁶, que motivarán precisamente algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales que analizaremos a continuación.

⁶ Al respecto, vid. artículo 23°, Literal II, inciso a) de la misma Ley de Presupuesto.

e) Ley N° 27013 Ley de Presupuesto del Sector Público para 1999

La Ley N° 27013, al igual que sus predecesoras, contempló restricciones al pago de horas extras dentro del marco de las Normas de Austeridad en el artículo 7°, inciso g), señalando expresamente que se encuentra prohibido efectuar gastos por concepto de horas extras.

Por su parte, el artículo 12° referido al tratamiento aplicable al Sector de Actividad Empresarial del Estado, por un lado, sujetó al Ministerio de Economía y Finanzas a dichas empresas, conforme a lo establecido en la Ley N° 24948 - Ley de Actividad Empresarial del Estado - al igual que los órganos constitucional o legalmente autónomos y a los organismos que se ha dado en denominar “islas de modernidad”⁷, dejando a las Entidades y Fondos creados por disposición legal expresa regular sus procesos presupuestarios con arreglo a las directivas dictadas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público.

f) Ley N° 27879 Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2003

La referida Ley consignó en las normas que regulaban la ejecución del gasto público, en el artículo 5.2. :

“5.2. Los actos administrativos o de administración que generen gastos, deberán contar necesariamente con el financiamiento aprobado en el Presupuesto del Pliego, conforme a la presente Ley, quedando prohibido que dichos actos condicionen su aplicación a la asignación de mayores recursos a los considerados en la presente Ley, **bajo sanción de nulidad** y responsabilidad del Titular del Pliego y de la persona que autoriza el acto”.

A mayor abundamiento, en materia de restricciones presupuestarias a las acciones de personal, dicha Ley establecía en el artículo 11.1 que:

⁷ Superintendencia de Banca y Seguros, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, Superintendencia Nacional de Aduanas, Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy Seguro Social de Salud), organismos reguladores como Osiptel, Osinerg, Ositran y la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, entre los más representativos.

“11.1. Las acciones de personal sólo son realizadas cuando se cuente con el financiamiento correspondiente, debidamente autorizado, previa opinión favorable de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en el Pliego y la Unidad Ejecutora respectiva. Los cargos deben estar previstos en el Cuadro para Asignación de Personal - CAP - de la entidad, así como los recursos deben estar consignados en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP -. Las acciones que contravengan a lo establecido en el presente numeral **devienen en nulas**, sin perjuicio de la responsabilidad del Titular del Pliego, así como del funcionario del Pliego que aprobó tal acto”.

Reafirmando este común denominador en las Leyes de Presupuesto, en el artículo 12.4., referido a la ejecución presupuestaria en planillas, la Ley N° 27879, señaló que: “Está prohibido en toda entidad del Estado efectuar gastos por concepto de horas extras, independientemente del régimen laboral que las regule, pudiendo la Entidad según lo requiera, establecer turnos u otros mecanismos para mantener el adecuado cumplimiento de sus funciones”.

Conforme se puede apreciar, en la Ley N° 27879 resulta sintomático el endurecimiento en la formulación normativa de la prohibición de pago de horas extras, no obstante lo cual se deja abierta la posibilidad que las entidades puedan implementar mecanismos alternativos de gestión de personal para mantener el adecuado cumplimiento de sus funciones.

g) Ley N° 28652 Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2006

La Ley de Presupuesto aplicable al presente año fiscal, al igual que la Ley N° 27879, sanciona con nulidad toda acción de personal que contravenga lo establecido en la normativa presupuestal vigente, en los términos que señala el literal e) del artículo 6° que regula las disposiciones de disciplina presupuestaria a aplicarse en el año 2006:

“e) Toda acción de personal que se realice de conformidad con la normativa vigente debe contar obligatoriamente y sin excepción, con el financiamiento en el Grupo Genérico de Gastos respectivo. Las acciones de personal aprobadas que no se ajusten a lo dispuesto por el presente literal **devienen en nulas**”.

En lo referente a las disposiciones sobre horas extras, se mantiene la prohibición en cuestión en el artículo 8°, con un importante matiz en relación a la posibilidad de establecer turnos u otros mecanismos, que adquiere visos imperativos:

“d) Las Entidades Públicas, independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras. En los supuestos que se requiera mantener personal en el centro de labores, se **deben establecer turnos** u otros mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones de la entidad”.

Conforme se ha podido apreciar, el sustento final de estas disposiciones reposa en el principio de legalidad presupuestaria del gasto público, y las consecuencias legales de su inobservancia conllevan la nulidad del acto administrativo o la ineficacia de las acciones de personal ejecutadas, además de las responsabilidades legales y funcionales subsecuentes.

El problema de fondo que ocurre, es que al margen de las prohibiciones contenidas en la Ley de Presupuesto, igualmente determinados trabajadores que prestan servicios en estas entidades y que se encuentran sujetos al régimen laboral privado pueden generar este derecho al amparo de la presunción establecida en el artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada, Horario de Trabajo y Sobretiempo, aprobado por D.S. N° 007-2002-TR⁸, y no contar la entidad responsable con los elementos probatorios exigidos por el artículo 7º de la norma de control de asistencia establecida mediante Decreto Supremo N° 011-2006-TR.

Como se ha señalado, este conflicto de aplicación entre las Leyes de Presupuesto y la normativa laboral ha tenido que resolverse en sede judicial, al encontrarse imposibilitadas estas entidades de abonar horas extras, debiendo dar cumplimiento al mandato judicial de pago conforme a las disposiciones de la Ley N° 27684, debiendo sujetarse a su disponibilidad presupuestaria al momento de la ejecución forzosa.

⁸ Concretamente el párrafo quinto del citado artículo señala que “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”.

4. JURISPRUDENCIA SOBRE PAGO DE HORAS EXTRAS EN CONTRAVENCIÓN DE LAS LEYES DE PRESUPUESTO

4.1 Jurisprudencia de la Corte Suprema: Predominio del principio de legalidad presupuestaria en el gasto público

En una primera etapa, la jurisprudencia de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema se inclinó por preferir la aplicación de las Leyes de Presupuesto, estimando que los pagos efectuados por concepto de horas extras carecían de efectos legales por contravenir normas de orden público, como las que se ha analizado en el apartado anterior.

En ese sentido, podríamos citar la Ejecutoria de fecha 10 de mayo de 2000, recaída en el Expediente N° 2426-97, La Libertad, recaída en el Recurso de Casación interpuesto por el Proyecto Especial Chavimóchic, en la cual la Corte Suprema ha sostenido que:

“Segundo.- Que, la demandada al ser una entidad del Sector Estatal dependiente del Instituto Nacional de Desarrollo del Ministerio de la Presidencia tiene como base de gastos, partidas presupuestales que le son asignadas por las Leyes de Presupuesto a través del financiamiento del Estado, de las que no puede apartarse, salvo autorización del Ministerio de Economía y Finanzas; **por lo que se constata que ha habido violación de las normas aludidas cuando la recurrente determina el pago por este concepto”.**

En consecuencia, concluye dicha Ejecutoria:

“Cuarto.- Que, la sentencia impugnada al haber amparado el pago por horas extras ha contravenido no sólo normas de austeridad presupuestal sino también normas de orden público y de fiel cumplimiento”.

De la lectura de este último considerando, parecería que la Corte Suprema efectúa una distinción conceptual entre “normas de austeridad presupuestal” y “normas de orden público”, al señalar que al ampararse la pretensión de pago de horas extras - contemplada como prohibición en las normas de austeridad presupuestal - también se estaría vulnerando normas de orden público.

Lo cierto es que por su propia naturaleza las normas contenidas en las Leyes de Presupuesto son normas de orden público, por lo que cualquier acto administrativo o acción de personal que se dicte en contravención de éstas es sancionada con

nulidad de pleno derecho, por tratarse de un acto contrario al ordenamiento jurídico vigente.

Como sostiene Roberto DROMI⁹:

“La Constitución y las leyes delimitan las atribuciones del poder y a ellas debe sujetarse su ejercicio. De ahí que toda actividad pública deba estar regulada jurídicamente y que en su quehacer rijan ciertos principios como el de la legalidad. **La legalidad económica impone al Estado y a los particulares el respeto a la normatividad** y a la prelación jurídica, igualdad y razonabilidad, control y responsabilidad, consecuencias todas del Estado de Derecho como modelo para la organización política”.

En igual sentido se pronuncia la doctrina nacional: “La nulidad del acto administrativo deviene de la transgresión de las normas jurídicas con las cuales más bien debiera encontrar conformidad, cuyas principales manifestaciones son los vicios por la actuación *contra legem*, en una falsa aplicación de la ley o en una falsa valoración de los hechos”¹⁰.

En consecuencia, cuando la Corte Suprema interpreta que la pretensión de pago de horas extras resulta contraria a las normas presupuestales, no sólo está aplicando el principio de legalidad presupuestaria en el gasto público, sino también las consecuencias de la nulidad del acto administrativo, propias del ámbito del Derecho Público, por lo que las acciones de personal ejecutadas en contrario se reputan como nulas e ineficaces¹¹.

Poco tiempo después, la Corte Suprema en la Casación N° 2857-97-SCON, emitió un pronunciamiento en discordia en otro caso análogo, en el que el voto mayoritario de los señores Vocales reafirmó la tesis del predominio del principio de legalidad presupuestaria en el gasto público, amparando el recurso de casación interpuesto por la entidad pública, recogiendo las consideraciones antes analizadas.

⁹ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1998, Ed. Ciudad Argentina, Pág. 741.

¹⁰ MORON, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima, 2003, Pág. 93, Gaceta Jurídica Editores.

¹¹ Al respecto, DROMI señala que: “Tratándose de actos que están en el ámbito del derecho público, esta categoría es asimilable a la de los *actos inexistentes*, propia del derecho administrativo”. Op. Cit. Pág. 278.

Sin embargo, el voto en discordia¹², realizó un análisis más profundo de la normatividad presupuestal, como se desprende de la lectura de sus fundamentos, particularmente en su Segundo y Cuarto Considerando :

“Segundo.- Que, la emplazada sostiene como fundamento para no reconocer el abono de estas horas extraordinarias el hecho de no haberse pactado bilateralmente, autorizando su realización voluntaria, lo que no podía ocurrir debido a que había prohibición presupuestal de efectuar gastos por este concepto”.

Como se ha analizado, el criterio subyacente sería que el orden público se expresa en el ordenamiento legal, y más concretamente en normas imperativas, que como sostiene la doctrina pueden ser de dos clases, preceptivas o prohibitivas, las mismas que prevalecen sobre la autonomía de la voluntad de las partes “siempre que no colisionen con las normas impuestas para la preservación del orden social, esto es, del orden público”¹³.

Ello no obstante, las coincidencias con el voto mayoritario llegaban hasta este punto, dado que el voto en discordia reparó en un importante detalle que pasó inadvertido para la mayoría del Colegiado, y es que al referido caso le resultaba de aplicación la norma de excepción prevista para los proyectos de inversión¹⁴ :

“Cuarto.- Que, en principio, la parte demandada es un Proyecto de Inversión del Instituto Nacional de Desarrollo, dependiente del Ministerio de la Presidencia, según lo precisa el artículo primero de la Ley 25553 y, como tal, está sujeto a **normas de excepción en materia presupuestal**, ya que todas las Leyes de Presupuesto citadas en el recurso de casación excluyen (a dichas entidades) de las prohibiciones que contienen las normas de austeridad, **entre las que se encuentran las horas extraordinarias a los gastos orientados a actividades productivas** o a los que demande la contratación de personal para los proyectos de inversión”

Por lo tanto, concluye el voto en discordia que:

¹² Conforme consta en la Ejecutoria citada, el voto en discordia fue de los señores Vocales Buendía Gutiérrez, Beltrán Quiroga y Zegarra Zevallos.

¹³ VIDAL RAMIREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Lima, 2002, Pág. 63, Gaceta Jurídica Editores.

¹⁴ Vid. Supra Nota 6, Pág. 12.

“Sexto.- Que, no existiendo prohibición legal, dependía de la voluntad de la empleadora aceptar o no la realización de este trabajo extraordinario, habiéndose materializado este consentimiento en forma tácita al haber admitido el registro de las horas extras durante casi todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, sin hacer observación alguna, **de modo que no puede beneficiarse de ese trabajo sin ejecutar la contraprestación respectiva, ya que de lo contrario se estaría amparando la realización de trabajo gratuito**, cuya prohibición taxativa está contenida tanto en la Carta Magna actual en su artículo 23º, como en la anterior en su artículo 42º”.

4.2 Jurisprudencia de la Corte Suprema: Aplicación de los Principios del Derecho del Trabajo y predominio de los Derechos Fundamentales del Trabajador

En una segunda etapa, la Corte Suprema modificó radicalmente el criterio precedente, inaplicando las Leyes de Presupuesto en lo referente a la prohibición al pago de horas extras, prefiriendo la norma del artículo 23º de la Constitución, y el principio de irrenunciabilidad de derechos recogido en el artículo 26º, inciso 2 del texto constitucional ¹⁵.

Al respecto, la Ejecutoria recaída en la Casación N° 623-2003-Piura, de fecha 25 de febrero de 2005, inaplicó dichas normas, a pesar que se trataba de un proyecto de inversión pública y de una entidad perteneciente al Sector Público, y, por tanto, sujeto a restricciones presupuestarias:

“Cuarto.- (...) se debe tener presente los alcances de la última parte del artículo 23º de la actual Carta Magna, **donde se establece que: <Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento>**, por tanto los fundamentos de la recurrida en este punto no sólo resultan irrazonables y excesivos sino que de aceptar su pertinencia y validez **implicaría amparar el ejercicio del abuso del derecho por parte del Estado**, puesto que 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; iniriéndose por el contrario que la demandada estaba de acuerdo en ello”.

¹⁵ Si bien esta Ejecutoria Suprema no invoca en forma expresa el artículo 138º de la Constitución, que en su segundo párrafo establece que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, resulta claro que aplica el control difuso de constitucionalidad de las leyes. Al respecto, vid. BERNALES, Op.cit. Págs. 634-5.

En ese sentido, la Ejecutoria citada agrega en su Considerando Quinto que “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 del Estado>”.

Centrándonos en este último punto, no queda suficientemente claro si la motivación de este fallo reposa esencialmente en el hecho que el actor prestó servicios en sobretiempo ¹⁶ durante la vigencia de las Leyes de Presupuesto entre los años 1997 y 2001, debido a que el argumento esgrimido por la Corte Suprema ha sido que “la emplazada no debió permitir que el recurrente trabajara fuera de la jornada ordinaria de ocho horas por cinco años consecutivos; infiriéndose, por el contrario, que la demandada estaba de acuerdo en ello”.

Ello por cuanto las normas aplicables a este caso concreto eran las establecidas en el texto primigenio del Decreto Legislativo N° 854, que no contemplaban ninguna presunción a favor de la prestación en sobretiempo ¹⁷, dado que el principio medular que regía sobre esta materia era que el trabajo en jornada extraordinaria era voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.

Por tanto, su carácter voluntario implicaba que de no mediar consentimiento expreso del empleador, las horas extras laboradas por el trabajador no resultaban exigibles, habida cuenta que por tratarse de entidades públicas su otorgamiento constituye un imposible jurídico, debido a que no existe autorización de gasto para pago de sobretiempos.

En forma adicional, tampoco compartimos la tesis asumida por la Corte Suprema en lo referente a la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos al caso bajo análisis, por las consideraciones que se pasa a exponer a continuación.

¹⁶ En efecto, el Considerando Segundo de esta Ejecutoria señala que “(...) es un hecho fuera de discusión que las instancias de mérito han reconocido explícitamente que el actor realizó trabajo en sobretiempo, pues así se señala en el tercer considerando de la sentencia confirmada por el superior (...)”.

¹⁷ El artículo 9° del citado Decreto Legislativo establecía: “El 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”.

En primer lugar, en términos doctrinarios, la noción de irrenunciabilidad implica “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio”¹⁸. Sin embargo, como anota DE LA VILLA, dicha renuncia debe efectuarse dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico¹⁹, y sólo puede comprender derechos laborales consagrados en normas imperativas.

En nuestra opinión, éste no es el caso de las horas extraordinarias, debido a que el trabajo en sobretiempo no sólo es compensable con el pago de las sobretasas establecidas en el artículo 10° de la Ley, sino también con descansos compensatorios, en los que debe mediar acuerdo entre trabajador y empleador²⁰.

Siguiendo a BORRAJO DACRUZ, entendemos que deben restringirse los alcances del principio de irrenunciabilidad a los supuestos de disposición de un derecho en forma unilateral “sin compensación”, por cuanto de existir la misma, lo que habría ocurrido es una novación de las condiciones del contrato de trabajo, que constituye una hipótesis diferente de la renuncia, como advierte OJEDA AVILES “en la renuncia existe la voluntad de separarse de un derecho cuya titularidad poseemos, mientras que en la novación la intención es la de reemplazar unos derechos por otros”²¹.

Las consecuencias de esta discusión trascienden el ámbito meramente académico, dado que muchas entidades, a nuestro juicio, en forma perfectamente válida desde el punto de vista legal y constitucional han venido implementando en forma adicional a los turnos que señalan las últimas Leyes de Presupuesto, mecanismos de compensación a través de descansos sustitutorios por períodos equivalentes.

En consecuencia, si se interpretara, como aparentemente lo viene haciendo la Corte Suprema, que el no pagar horas extraordinarias configuraría una afectación al principio de irrenunciabilidad de derechos, podrían quedar invalidados estos

¹⁸ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 1978, Buenos Aires, De Palma Editores, Pág. 67.

¹⁹ *Ibid.* Pág. 68.

²⁰ Al respecto, el artículo 10° del texto original del Decreto Legislativo N° 854, en su segundo párrafo establecía que “El empleador y el trabajador podrán acordar compensar el trabajo prestado en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso”.

²¹ Vid. al respecto, PLA, *Op. cit.* Páginas 121-2.

acuerdos compensatorios, expresamente permitidos por la Ley, originando graves contingencias para las entidades públicas comprendidas en el régimen laboral privado.

Por ello, consideramos que la Corte Suprema debiera revisar los alcances que viene asignando al principio de irrenunciabilidad de derechos en estos pronunciamientos, especialmente al haber variado radicalmente su posición original, y que las nuevas normas sobre control de asistencia comenzarán a regir plenamente para las entidades públicas a partir del 1º de enero del próximo año, pudiendo quedar cerrada la posibilidad que puedan celebrarse acuerdos compensatorios, como admite expresamente la doctrina.

5. BALANCE Y PERSPECTIVAS

A nuestro juicio, el proceso evolutivo que han sufrido las Leyes de Presupuesto en principio ha mantenido los criterios restrictivos que le son naturales, en armonía con el principio de legalidad presupuestaria en el gasto público, manteniéndose la prohibición al pago de horas extras, con algunas excepciones para el Sector Empresarial del Estado, sea por autorización de CONADE o FONAFE, o de sus Directorios para el caso de los organismos reguladores.

Lo novedoso en todo caso, sería esta tendencia hacia la “flexibilización” evidenciada en la directiva que contienen las últimas Leyes de Presupuesto orientada a establecer turnos y otros mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones de cada entidad, lo que traducido al régimen laboral privado implica la facultad de celebrar acuerdos novatorios que permitan compensar el pago de horas extras por descansos sustitutorios, sin afectar la norma presupuestaria, y sin perjudicar los derechos del trabajador.

En nuestra opinión, es perfectamente posible encontrar un equilibrio razonable entre el principio de legalidad presupuestaria y la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, conforme ordena el Artículo IV, numeral 8 (“Principios de Derecho Laboral”) de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, en el sentido que de producirse colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, deben procurarse soluciones de consenso y equilibrio.

Desafortunadamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha seguido un derrotero similar, sino más bien ha optado por una interpretación excesivamente rígida sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad, en rumbo de colisión frontal contra las normas establecidas en las Leyes de Presupuesto, optando finalmente por inaplicarlas por supuesta infracción a dicho principio y a la norma contenida en el párrafo final del artículo 23º, referido a que “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

El problema de fondo es que las Leyes de Presupuesto no van a modificar su lógica restrictiva en lo referente a normas de austeridad, autorizando el gasto público en estos conceptos.

Ello sería absolutamente contraproducente con el objetivo de eficiencia que debe predominar en la gestión pública, que dicho sea de paso, constituye otro principio fundamental que rige el empleo público, según el cual: “El empleado público ejerce sus actividades empleando los medios estrictamente necesarios teniendo en cuenta los escasos recursos con que cuenta el Estado”²².

Sin embargo, para el caso concreto de las entidades públicas con personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada, estimamos que la regulación contenida en las Leyes de Presupuesto en el futuro debiera facultar en forma expresa la celebración de acuerdos compensatorios conforme a lo establecido en la normativa laboral vigente, y no limitarse a la simple mención de “otros mecanismos que permitan el adecuado funcionamiento de la entidad”.

Por ello, estimamos que la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta materia debería ser objeto de revisión en lo referente a la interpretación que viene efectuando del alcance concreto y preciso del principio de irrenunciabilidad de derechos, procurando compatibilizar la naturaleza compensable de las horas extras con esta directiva que debería - reiteramos - ser formulada más explícitamente en las próximas Leyes de Presupuesto.

²² Al respecto, vid. artículo IV, numeral 5 de la Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AA.VV. Actualidad Jurídica, Tomo 150, Mayo de 2006, Gaceta Jurídica Editores.

AA.VV. Legal Express N° 64, Abril 2006, Año 6, Gaceta Jurídica Editores.

BALLEN, Rafael, Derecho del Trabajo Administrativo. Función Pública, Santa Fe de Bogotá, 1996, Editorial Témis.

BERNALES, Enrique, La Constitución de 1993. Análisis Comparado, Lima, 1999, Editora RAO.

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, Ediciones Ciudad Argentina.

MORON, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima, 2003, Ediciones Gaceta Jurídica.

PASCO, Mario, Perú, Trabajadores del Estado en Iberoamérica, Buenos Aires, 1998, Ediciones Ciudad Argentina.

PLA RODRIGUEZ, Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1978, Ediciones de Palma.

VASQUEZ VIALARD, Tratado de Derecho del Trabajo, T. II, Buenos Aires, 1982, Ediciones Astrea.

VIDAL RAMIREZ, El Acto Jurídico, Lima, 2002, Gaceta Jurídica Editores.

YOUNES, Diego, Derecho Administrativo Laboral. Función Pública, Santa Fe de Bogotá, 1996, Editorial Témis.