

Poder Judicial del Perú
Corte Superior de Justicia de Lima
Octava Sala Laboral Permanente

Exp. N.º 27813-2018-0-1801-JR-LA-01

Sentencia de vista

Expediente N.º: 27813-2018-0-1801-JR-LA-01
Demandante: Ana Maria Sanchez Torres
Demandado: Mitsoo S.A.
Materia: Horas extras y otros.
Juzgado de Origen: 17º Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.
Vista de causa: 11.03.2021

Sumilla: *La demandante no ha demostrado con algún documento su labor continua y permanente, con la Entidad demandada, contrario a ello, lo que adjunta es el Acta de Infracción N.º 2049-2017 emitido por la Sunafil la cual advierte que la demandante, tenía una jornada de turnos rotativos (08 am a 08 pm, y viceversa), de tres días de día, seguido de dos descansos, luego entra dos días de noche y descansa un día; tres días de noche y descansa dos días, los cuales demuestran que tenían un horario discontinuo, con lapsos de inactividad, y esto se corrobora con los días y horas trabajadas en las boletas de pago, las mismas que ni siquiera superan las 48 horas semanales (que al mes vendrían hacer aproximadamente en 212 horas trabajadas).*

Señores:

Yangali Iparraguirre

Vascones Ruiz

Gonzalez Salcedo

Lima, once de marzo del año dos mil veintiuno.-

Vistos: Observando las formalidades previstas por el artículo 131 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor Juez Superior Yangali Iparraguirre, por lo que esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

I. Parte expositiva.

1.1. Objeto de la revisión:

Viene en revisión a ésta instancia, el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la **Sentencia N.º 218-2020-17ºJETP-CSJL-RECB, contenida en la Resolución N.º 4, de fecha 29 de octubre del 2020**, que declara **fundada la demanda**, ordenando a la demandada, que cumpla con abonar al actor la suma de S/. 47,392.59, por los conceptos de pago de horas extras y descansos semanales y feriados, más los intereses legales con costas y con costos del proceso, conceptos que se liquidarán en ejecución de sentencia.

1.2. Del recurso de apelación (expresión de los agravios)

La **parte demandada**, en su apelación alega lo siguiente:

1) La sentencia acarrea en nulidad por vulnerar el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

2) La actora conocía fehacientemente su turno de trabajo el cual era lunes a Domingo con turnos rotativos de 11 horas pudiendo ser en la mañana entre las 08:00 am y las 08:00 pm y de 08:00 pm a 08:00 am es decir son turnos rotativos de 11 horas, con descanso de tres días a la semana, ello en virtud de la jornada no sujeta a fiscalización inmediata y por presentar lapsos de inactividad que desarrollan los Operadores - Coordinadores que coordinan vía telefónica la posterior realización de los servicios y que se encuentra dentro de una jornada no superior de 11 horas.

3) No le corresponde el reconocimiento de los días domingos y feriados, por cuanto el demandante realizó labores de intermitencia y no permanentes.

II. Parte considerativa:

Primero: De los límites de las facultades de este Colegiado al resolver el recurso de apelación.

De conformidad con el artículo 364 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Así, conforme a la aplicación del principio contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

Consideraciones previas: Garantías constitucionales

Segundo: La motivación de las resoluciones judiciales

El inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la *ratio decidendi* que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera¹.

Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado– constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa²; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N.º 4215 -2010-PA/TC, N.º 01230- 2002-HC/TC y N.º 08125-2005-HC/TC, el citado Colegiado Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia:

"La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas "garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la

que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (...) El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

Asimismo, en lo que respecta al contenido esencialmente protegido del Derecho Constitucional a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, tal colegiado sostiene que:

“El Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente

b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].

d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resultan manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración

del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”.

Tercero: Sobre la Tutela Jurisdiccional Efectiva y a un Debido Proceso.

De conformidad con el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú³, todo ciudadano tiene el derecho y la potestad de acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales conforme al tipo de pretensión a requerir y la eventual legitimidad o validez que pueda acompañar a su petitorio; asimismo, cada órgano jurisdiccional y las partes tienen la obligación de observar el Debido Proceso en cualquier tipo de procedimiento en donde se valore sus pretensiones, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica.

Tal como lo ha señalado la doctrina constitucional nacional, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva es un derecho genérico o complejo que se descompone en otros diversos derechos enumerados dentro de él, y en algunos otros implícitos, entre los cuales destacan el derecho de toda persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado y el derecho a la efectividad de las resoluciones⁴; así, el Tribunal Constitucional, conforme a lo recaído en el Exp. N.º 763-2005-PA/TC, ha referido pues que la misma:

“(…) Es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia (...) En el contexto descrito, considera este Colegiado que cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna (...)”

Ahora bien, en lo que respecta al Debido Proceso, desde hace más de una década se reitera que el Debido Proceso es un Derecho Fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional⁵, en donde se comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo

y particular exigible por una persona, y es un derecho objetiva, en tanto que asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícitos los fines sociales y colectivos de la justicia⁶. Con ello, el referido colegiado constitucional, conforme a lo señalado en los Exp. N.º 00090-2004-AA/TC, Exp. N.º 3421-2005-HC/TC, Exp. N.º 1656-2006-P A/TC, N.º 5627-2008-PA/TC, N.º 2906-2011-PA/TC y N.º 5037-2011-PA/TC, ha observado:

"(...) El Debido Proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (...) Está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo - como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) El derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir", su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios."

Además, aquella Tutela Procesal Efectiva –en el cual forma parte el Debido Proceso– se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3º de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad⁷.

Así, en el Exp. N.º 2192-2004-AA/TC y N.º 02250-2007-AA/TC, el referido órgano jurisdiccional en materia constitucional -TC- prescribió que:

"El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo.

Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (...)"

En sentido similar, la Corte Interamericana destacó que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana⁸, para ello, bastará con precisar que en el Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia del 1 de septiembre del 2011, la referida corte determinó que cualquiera sea la actuación u omisión de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, se debe respetar el derecho al Debido Proceso.

En base a los fundamentos expuestos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

Cuarto: Sobre la motivación de las resoluciones judiciales (Agravio N.º 01 de la parte demandada)

Es de tenerse en cuenta que el inciso 5° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, reconoce como derecho y principio de la función jurisdiccional al Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales, que impone a los Magistrados el deber de fundamentar tanto fáctica como jurídicamente sus decisiones jurisdiccionales, a fin de posibilitar que los justiciables tengan acceso al razonamiento lógico jurídico empleado en la solución de la controversia de la que forman parte, disipando cualquier matiz de arbitrariedad o subjetividad en su resolución.

Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

En la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional –Órgano de Control Máximo de la Justicia en el Perú– ha establecido que: *“El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.”*⁹ En ese mismo sentido, el citado Tribunal ha precisado: *“que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.”*¹⁰

La motivación de las resoluciones judiciales, principio y derecho de la función jurisdiccional, ha sido también recogida en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inciso 6) del artículo 50 e inciso 3) del artículo 122 del Código Procesal Civil, cuya contravención origina la nulidad de la resolución, conforme lo disponen las dos últimas normas adjetivas señaladas. Es esencial en los fallos, ya que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima su pedido, ya que a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia.

No obstante, debe de precisarse que no toda omisión ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del Derecho a la Motivación de las Decisiones Judiciales, pues este derecho fundamental no garantiza una determinada extensión de la motivación, sino una suficiente justificación de la decisión adoptada, conforme señala el Tribunal Constitucional en la STC N.º 4348-2005-PA/T C:

*“...2. (...) Como lo ha precisado este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) **fundamentación jurídica**, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) **congruencia entre lo pedido y lo resuelto**, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) **que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada**, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión...”*

En consecuencia, la motivación está orientada a que el Juez proceda a enunciar los fundamentos fácticos y jurídicos que lo llevaron a adoptar una determinada decisión, haciendo un análisis de los medios probatorios aportados en el proceso.

Siendo ello así, que una decisión le sea adversa a una de las partes o hayan existido errores y omisiones, no implica que necesariamente la resolución no se encuentre debidamente motivada; más aún si estos pueden ser válidamente subsanados en segunda instancia, tal y conforme lo ha señalado de manera reiterada el Tribunal Constitucional.

Quinto: Del caso en concreto

La **parte apelante** señala que, la sentencia acarrea en nulidad por vulnerar el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, lo cual acarrea nulidad.

Ahora bien, de los actuados, este **Colegiado Superior** advierte que, la juez de primera instancia ha señalado los motivos por los cuales concluyó que resulta válido que se acoja las pretensiones de la parte demandante, exponiendo los fundamentos de hecho y derecho, así como los medios probatorios que sustentan su decisión; por lo que, los argumentos expuestos por la parte demandante en el sentido de que la sentencia carecería de motivación, no resulta amparable.

Sin perjuicio de ello, debemos mencionar que de pretenderse la nulidad de la sentencia apelada por indebida motivación, como en el presente caso, es preciso indicar en primer lugar que, la **nulidad**, es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejercicio no se han guardado las formas previstas por la ley, en tanto sean garantía para las partes, por cuanto ello resulta presupuesto necesario para la validez del proceso, debido a que las resoluciones judiciales deben ser debidamente tramitadas con arreglo a ley a fin de no causar perjuicio y no producir violaciones al debido proceso; y en segundo lugar, la **nulidad** es un instituto cuya aplicación requiere un análisis bajo la óptica de la conservación del acto cuestionado.

Así, se señala que: *“El carácter instrumental de las formas procesales hace que el legislador, como la jurisprudencia y la doctrina, consideren, si no con disfavor, al menos con un **criterio restrictivo**, la institución de la nulidad, admitiéndola sólo en los casos en que su declaración sea el único medio de obtener la reparación de un perjuicio y facilitando en lo posible la subsanación del vicio”¹¹.*

De ahí que el cuarto párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil establece que:

“No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal”.

Este dispositivo comisiona a que en el análisis de la nulidad se evalúen los efectos de la subsanación del vicio, de manera que sólo proceda la nulidad si con la enmienda cambia el sentido de la resolución o las consecuencias del acto procesal; y a contrario si no logra tal trascendencia no debe estimarse la nulidad; pues no es factible la declaración de la *nulidad por la nulidad*. De ese modo, la aplicación del instituto de la nulidad es de **última ratio**.

Sexto: Respecto a la Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo.

El artículo 25 de la Constitución Política del Perú ha garantizado que la jornada ordinaria de trabajo, en el cual se encuentra incluido el horario de trabajo, será de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo, en donde la referida jornada podrá ser programada en periodos diarios, semanales o mediante jornadas acumulativas o atípicas, en donde las mismas podrán ser mayores a las ordinarias, pero, respetando los límites que establece la propia constitución.

Con ello, la presente garantía reconocida en la Constitución Política dispone expresamente que los empleadores no puedan establecer jornadas que excedan dichos límites, pero faculta que los mismos puedan mejorar tales condiciones a través de jornadas ordinarias menores a través de normas específicas, convenios colectivos, contratos o de decisiones unilaterales.

Así, a través de la sentencia recaída en el Exp. N.º 4635-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“El derecho a la jornada de ocho horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25 y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo e inane, mera declaración, (más aún cuando integra el estándar mínimo de derechos que el Estado Peruano se ha comprometido a respetar y garantizar), sino una disposición jurídica del más alto rango y cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la Administración, sino también a los particulares”.

Séptimo: Ahora bien, en materia legislativa, el artículo 9º de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo regulado en el Decreto Supremo N.º 007-2002-TR ha establecido normativamente en forma expresa:

“(…) 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 (...) 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 (...)”.

Asimismo, el artículo 10 de la norma citada, se prescribe que:

“El tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes”.

Octavo: De esta manera, la presente garantía normativa se encuentra respaldada por el Convenio N.º 1 de la OIT (Convenio sobre las horas de trabajo de 1919), aprobado por Resolución Legislativa N.º101 95 y ratificado por el Perú el 08 de noviembre de 1945, pues el cual se ha establecido:

“(…) Artículo 2 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 de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación (…) Artículo 5º 1. *En los casos excepcionales en que se consideren inaplicables los límites señalados en el artículo 2º, y únicamente en dichos casos, los convenios celebrados entre las organizaciones patronales y las organizaciones obreras, en que se fije el límite diario de las horas de trabajo basándose en un período de tiempo más largo, podrán tener fuerza de reglamento si el gobierno, al que deberán comunicarse dichos convenios, así lo decide. 2. La duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en dichos convenios, no podrá en ningún caso exceder de cuarenta y ocho horas por semana (…)*”

Noveno: Con relación al personal no sujeto a fiscalización inmediata, se habrá tener presente que, si bien artículo 6º de la LJT y cierta jurisprudencia (tal como la Casación N.º 5144-2015-Cajamarca) reconoce que el empleador no tendrá la obligación de otorgar horas extras si es que el personal no se encuentra fiscalizado, al normarse lo siguiente:

“No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia”

“(…) Solo se puede generar horas extras cuando se tenga que cumplir una jornada establecida. En ese sentido, dado que los trabajadores no sujetos a fiscalización directa o inmediata no cuentan con una jornada máxima no son susceptibles de trabajar en sobretiempo y por ende no pueden pretender el pago de horas extras (…)” (Casación N.º 5144-2015-Cajamarca)

Pero actualmente este Colegiado Superior comparte el criterio jurisdiccional por el cual los trabajadores de dirección o de confianza que acrediten un grado de control o fiscalización del horario de trabajo por parte del empleador podrá ordenarse el pago de las horas extras; para ello, esta segunda instancia comparte la interpretación recaía en la Casación N.º14847-2015-Del Santa, a través del cual la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha establecido la presente posibilidad interpretativa, al sostener:

*“(…) Son rasgos de la existencia de autonomía o fiscalización: i) no obligación de marcar cualquier ingreso/salida; ii) no hay solicitud de permisos para temas personales sino, a lo sumo, coordinaciones; iii) no existen descuentos por tardanzas; iv) no presentan sanciones por tardanzas; v) no hay la necesidad de compensar horas dejadas de laborar; vi) no se entregan comunicaciones y recordatorios sobre cumplimiento de horarios y jornadas; vii) no hay antecedentes de control de horas y horarios (récord) para aumentos, promociones, etc. En estos supuestos descritos-no fiscalización de tiempo-, **salvo que exista un control de tiempo de trabajo**, las personas no tienen derecho a horas extras (…)*Esta Sala Suprema establece que el artículo 11 del Decreto Supremo N.º 008-2002-TR, debe interpretarse de la siguiente manera: **En el caso de trabajadores de confianza el control efectivo del tiempo de trabajo se refiere a la fiscalización del horario de trabajo y no al hecho de que el trabajador de confianza jerárquicamente dependa de otro funcionario al que le deba dar cuenta de sus labores o que su relación de dependencia funcional esté consignada en un documento de la empresa (…)**”

Por lo que, dentro del presente proceso, se podrá incorporar la posibilidad de admitir el pago de horas extras (así como su reintegro dentro de los beneficios sociales) si se observa un control de fiscalización por parte del empleador a las actividades a este tipo de trabajadores, pues a través del mismo se podrá observar la constitución de una jornada extraordinaria dentro de este régimen especial de labores.

Décimo: El derecho a la libertad probatoria y a la prueba.

El principio de libertad probatoria surge como contrapartida al principio de prueba tasada, propio del sistema inquisitivo, pues mediante el presente principio se deriva -a su vez- la obligación de todo magistrado de observar el principio de verdad material, dado que el mismo constituye uno de los fines del proceso.

De ello, las partes podrán -mediante cualquier medio- constatar la certeza de sus argumentos dentro del proceso, siempre que no sea ilegal, pues en la estructura de un Estado Democrático de Derecho, la búsqueda de la verdad real es un objetivo que no puede estar por encima de los derechos fundamentales de las partes, de manera que, no se trata de una verdad a ultranza sino obtenida por vías legítimas, sometida a limitaciones y por ello, se dice que lo que se alcanza en un proceso garantista es una verdad eminentemente formalizada. Así, que en nuestro derecho constitucional, la doctrina afirma que el derecho a la libertad probatoria se parte del supuesto de quien acusa o demanda debe probar judicialmente su pretensión mediante la paridad de condiciones y oportunidades en función del derecho fundamental a la igualdad ya descrito¹².

Undécimo: Ahora, en estricto, el derecho a la prueba es un derecho complejo conformado por diversos derechos constituyentes, dentro de los cuales se encuentra el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, que los mismos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia; de esta manera, la valoración de la prueba deberá debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo o adecuadamente realizado¹³.

Asimismo, nuestro sistema constitucional ha definido que toda prueba, para ser valorada en el proceso, deberá reunir las siguientes características:

- 1) Veracidad Objetiva, en virtud de la cual la prueba debe reflejar de manera exacta lo acontecido en la realidad, ello para asegurar que el elemento probatorio se ajuste a la verdad y no haya sido manipulado.
- 2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual prohíbe la obtención, recepción y valoración de pruebas que vulneren derechos fundamentales o transgredan el orden jurídico.
- 3) La utilidad de la prueba, que verifica la utilidad de la prueba siempre que esta produzca certeza judicial para la resolución del caso.
- 4) Pertinencia de la prueba, según la cual la prueba se reputará pertinente si guarda relación directa con el objeto de procedimiento¹⁴.

Duodécimo: De esta forma, el Tribunal Constitucional ha delimitado el presente derecho, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N.º 010-2002- AI/TC y N.º 1014-2007-PHC/TC, al momento de señalar:

"(...) En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (...) Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros

derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho (...). Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita (...).

En ese sentido, el tribunal ha reiterado:

“(...) Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, (...) este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo (...). Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba (...). Pues mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales (...).”

Decimotercero: De esta manera, se aprecia que el derecho constitucional a la prueba se sustenta en dos aspectos esenciales, esto es, la utilidad y la pertinencia de la prueba, el cual podrá ser analizado desde la actuación de la propia relación laboral o sobre supuestos anteriores al inicio del mismo, en cuanto tales hechos (sean vigentes o anteriores) se encontrarán claramente relacionados con determinar si en el caso en concreto se ha producido en la constatación de horas extras, conforme a la eficacia constitucional de la prueba.

Para ello, bastará recordar que el propio órgano de control de la constitución ha reconocido la validez de la eficacia de la prueba sin apreciar necesariamente la constitución temporal de una relación laboral, pues (a través del Exp. N.º 6712-2005-HC/TC) se precisó:

“(...) La eficacia de la prueba (...) radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la **prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, **su conservación** y su valoración (...).”**

Así, en la referida sentencia se determinó que: **“(...) Por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (...).”**

Decimocuarto: Sobre la aplicación de la carga dinámica de la prueba en la determinación de horas extras.

La carga dinámica de la prueba reconoce constitucionalmente varias reglas de valoración probatoria, por cuanto dentro del derecho constitucional no requiere una lista taxativa de carga probatoria o valoración de las mismas; por cuanto aquella modalidad se sustenta en la dificultad probatoria de una de las partes para producir una prueba que beneficie a su interés, así como en la facilidad probatoria de la otra para aportar la misma al proceso puede ser incluida en el grupo de estas reglas por quien ostenta un mayor poder material de acceder o conservar un elemento de prueba.

En ese sentido, la base de la prueba dinámica se aleja notoriamente del rol ordinario de la carga de la prueba a cada una de las partes, el cual se puede apreciar de los artículos 23.1 y 29 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N.º 29497¹⁵, se podrá flexibilizar dentro de una óptica constitucional, por cuanto una carga dinámica si flexibiliza la rigidez de una valoración probatoria, el cual se podrá ceñir a las circunstancias fácticas que se adviertan en cada caso.

Decimoquinto: Para ello, a través de la sentencia recaída en el Exp. N.º 1176- 2004-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional ha señalado concretamente que la carga dinámica de la prueba garantiza el acceso al derecho constitucional a la prueba y en la posibilidad que la parte que posea las mejores condiciones sea el ente obligado a ofrecer el medio probatorio requerido; por ello, en el citado fallo, se ha precisado que:

“(...) Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (...) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado (...)”

Asimismo, de la revisión de la sentencia recaída en los expedientes N.º 0053- 2004-PI/TC y N.º 0041-2004-AI/TC, el propio órgano de control de la constitución reitera la viabilidad de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en nuestro sistema jurídico, por cuanto se precisa que el objeto de aquella modalidad será la flexibilización de aquella carga por la posibilidad material de una de las partes de acceder a aquel material probatorio y la imposibilidad de la otra a acceder a los mismos, así, en tal fallo se precisa:

“(...) Debido a la complejidad técnica que supone demostrar lo que verdaderamente corresponde pagar de manera individualizada a cada contribuyente y el posible exceso en el cobro, el Tribunal considera que (...) la carga de la prueba en estos casos debe invertirse y recaer en la municipalidad, pues esta se encuentra en mejores condiciones técnicas para asumirla (...)”

Decimosexto: Del caso en concreto (Agravio N.º 02 de la parte demandada).

De los actuados, la **parte demandada** indica que actora conocía fehacientemente su turno de trabajo el cual era lunes a Domingo con turnos rotativos de 11 horas pudiendo ser en la mañana entre las 08:00 am y las 08:00 pm y de 08:00 pm a 08:00 am es decir son turnos rotativos de 11 horas, con descanso de tres días a la semana, ello en virtud de la jornada no sujeta a fiscalización inmediata y por presentar lapsos de inactividad que desarrollan los Operadores - Coordinadores que coordinan vía telefónica la posterior realización de los servicios.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** indica que, de los medios probatorios, se puede establecer que la parte demandante ha laborado 12 horas diarias (08:00 am a 08:00

pm y viceversa) de lunes a domingo; por lo que, queda acreditado que las labores realizadas por la accionante, corresponden a más de 8 horas diarias o 48 horas semanales.

De la revisión de autos, se advierte lo siguiente:

a) El Acta de Infracción N.º 2049-2017 emitido por la Sunafil advierte que la demandante, tenía una jornada de turnos rotativos (08 am a 08 pm, y viceversa), de tres días de día, seguido de dos descansos, luego entra dos días de noche y descansa un día; tres días de noche y descansa dos días, los cuales demuestran que tenían un horario discontinuo, con lapsos de inactividad.

b) Las boletas de pago, evidencian los días trabajados los cuales determinan que estos no eran continuos, como se detalla a continuación:

Año	Meses	Días Trabajados	Horas Trabajadas
2016	Julio	24	168
	Agosto	21	144
	Septiembre	30	208
	Octubre	25	168
	Noviembre	20	128

c) Asimismo, del Acta de Infracción N.º 2049-2017 emitido por la Sunafil, se advierte que el cargo que ocupaba la demandante era de Operadora Central, cuyas funciones eran las siguientes:

- Cargo de operadora, manejo de la flota.
- Coordinación entre el hotel, los conductores, counters y coordinadores.
- Atender todas las solicitudes y requerimientos de unidades para la atención de las reservas.
- Informar todo lo acontecido durante su instancia a la jefatura de operaciones.

Decimoséptimo: Al respecto, el artículo 6º del Decreto Supremo N.º 007- 2002-TR "TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo" establece que el empleador se encuentra facultado para establecer el horario de trabajo, entendiéndose como tal a la hora de ingreso y salida del centro de trabajo. Siendo así, se tiene que la jornada de trabajo es el tiempo dedicado a la prestación del trabajo dentro de una relación laboral y que de manera ordinaria asciende a 8 horas diarias o 48 horas semanales, mientras que el horario de trabajo es el periodo temporal en el cual el trabajador se encuentra a disposición de empleador para el desarrollo de su labor, los cuales responden a las necesidades del centro de trabajo.

Igualmente, el artículo 10 del mencionado Decreto Supremo N.º 007-2012-TR señala que el tiempo trabajado que exceda de la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo, es decir, este trabajo en sobretiempo es aquel prestado en forma efectiva en beneficio del empleador fuera de la jornada diaria o semanal vigente en el centro de labores, aun cuando se trate de una jornada reducida y cuyo pago puede ser materia de acuerdo entre el trabajador y empleador pero que en el caso de las 2 primeras horas no podrá ser inferior al 25% por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente y 35% para las horas restantes; asimismo, este sobretiempo puede ocurrir antes de la hora de ingreso o de la hora de salida establecidas por el empleador, por lo tanto, el trabajo en sobretiempo "*Es aquel tiempo trabajado que excede a la jornada diaria o semanal realizado después del horario ordinario de la empresa*"¹⁶.

En el presente caso, no existe controversia entre las partes de que la actora prestaba sus servicios de operadora central, por lo que, se encuentra acreditado las funciones para cual fue contratada la demandante.

Decimotavo: Por su parte, el artículo 5° del citado Decreto Supremo N.° 007-2002-TR señala que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y **los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia**, precisando el literal b) del artículo 10 del Decreto Supremo N.° 008-2002-TR que se considera trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, **a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad.**

Así las cosas, también de la revisión del Convenio de la OIT N.° 67, sobre “Horas de trabajo y el descanso en el transporte por carretera”, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 14033, del 08 de marzo de 1962; disposición que forma parte del bloque de constitucionalidad respecto a las jornadas máximas de trabajo, dada la naturaleza de dicho Convenio y que si bien se refiere a la actividad del transporte en carretera, sin embargo resulta aplicable al caso de autos dada la naturaleza analógica de la actividad.

Dicho dispositivo regula en su artículo 4°¹⁷ el significado de las expresiones vinculadas a la jornada y horario de trabajo, como son las “horas de trabajo”, “período de circulación del vehículo”, “trabajos auxiliares” y “períodos de simple presencia”; de los cuales debe destacarse ésta última expresión según la cual la persona permanece en su puesto únicamente para atender a posibles llamadas o para reanudar su actividad; y en sus artículos 5°, 7° y 8°¹⁸, regulan la posibilidad de que las jornadas puedan exceder de los límites máximos para determinadas actividades.

Decimonoveno: Bajo la misma línea, cabe resaltar que en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral del año 2012, se ha establecido sobre el tercer tema que **“Los trabajadores de espera, vigilancia o custodia, no están comprendidos en la jornada máxima sólo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitente”**. En ese sentido, la normatividad vigente no descarta la posibilidad de que existan vigilantes o custodios, e incluso choferes, que desempeñan labores que demandan de una permanente atención y cuidado, por ello únicamente desplaza o exceptúa de la jornada máxima a aquellos vigilantes en cuya ejecución del servicio existen algunas etapas de pausa o inacción y no a los vigilantes en general; lo mismo sucede en el caso de los choferes, a quienes la norma no hace expresa referencia a aquellos cuyas actividades sean de constante alerta por la propia naturaleza de la entidad a la que prestan sus servicios.

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

Ahora bien, y respecto al servicio intermitente de espera, cabe precisar que se entiende por aquél servicio o aquellas tareas cuya naturaleza obliga a permanecer en el puesto durante toda la jornada, pero sólo exigen esporádicamente la actividad del trabajador. Asimismo, la doctrina explica que

“La jornada de trabajo discontinua, intermitente o alternada, es aquella que es realizada a intervalos durante el día, pues en su decurso diario sufre una serie de suspensiones derivadas de la peculiar naturaleza de la prestación de servicios. Los trabajadores que prestan labor discontinua o intermitente no gozan del beneficio de la jornada de 8 horas debido a que resulta recortado el trabajo efectivo o la prestación de servicios propiamente dicha por las suspensiones o descansos o períodos de inactividad que dimanen o son impuestas por la propia naturaleza de la prestación”¹⁹.

En relación a lo anterior, y de la revisión de los actuados, **este Colegiado Superior**, advierte que las labores efectuadas por la actora, como operadora central, si bien constituyen actividades sujetas a disposición de la demandada; sin embargo, realizaba labores en forma intermitente de espera, ello por existir periodos de inactividad; motivo por el cual, estaba excluido de la jornada máxima de 8 horas diarias, conforme se establece en el artículo 5° del Decreto Legislativo N.° 854 que fuera modificado por la Ley N.° 27671.

Sin perjuicio, de lo señalado en los párrafos precedentes, se debe agregar, que la demandante no ha demostrado con algún documento su labor continua y permanente, con la Entidad demandada, contrario a ello, lo que adjunta es el Acta de Infracción N.° 2049-2017 emitido por la Sunafil la cual advierte que la demandante, tenía una jornada de turnos rotativos (08 am a 08 pm, y viceversa), de tres días de día, seguido de dos descansos, luego entra dos días de noche y descansa un día; tres días de noche y descansa dos días, los cuales demuestran que tenían un horario discontinuo, con lapsos de inactividad, y esto se corrobora con los días y horas trabajadas en las boletas de pago, las mismas que ni siquiera superan las 48 horas semanales (que al mes vendrían hacer aproximadamente en 212 horas trabajadas).

Estando a los argumentos expuesto, corresponde amparar el agravio deducido por la parte demandada, debiendo revocarse la sentencia apelada, y reformándola declarar infundada.

Vigésimo: Sobre el pago de los días domingos y feriados laborados.

Cabe señalar que el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 713 - Del Descanso Semanal Obligatorio (DSO), establece que:

“El trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente en día domingo; mientras que en su artículo 2° nos precisa que cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos respetando la debida proporción, o designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva”

Normativa que permite establecer como día de descanso obligatorio uno distinto al domingo si así lo precisan los requerimientos de la producción, no siendo el día domingo el único día de la semana en el que el actor debe gozar su descanso obligatorio semanal.

Vigésimo Primero: Del caso en concreto (Agravio N.° 03 de la parte demandada).

De los actuados, la **parte demandada** indica que no le corresponde el reconocimiento de los días domingos y feriados, por cuanto la demandante realizó labores de intermitencia y no permanentes.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** indica que, la parte demandada ha cumplido en forma parcial el pago de los conceptos de descanso semanal y feriados; por lo tanto, corresponde estimar la presente pretensión al no haber demostrado la demandada el abono en forma total de los mencionados conceptos.

De la revisión de autos, se advierte lo siguiente:

a) El Acta de Infracción N.° 2049-2017 emitido por la Sunafil advierte que *“los días de descanso en dichos formatos de asistencia al no guardar relación exacta con los documentos denominados “informe de operaciones” presentado, no permite emitir pronunciamiento fehaciente e indubitable en materia de descansos en días feriados no laborables (locales o nacionales)”*.

Asimismo, advierte que la demandante, tenía una jornada de turnos rotativos (08 am a 08 pm, y viceversa), de tres días de día, seguido de dos descansos, luego entra dos días de noche y descansa un día; tres días de noche y descansa dos días, los cuales demuestran que tenían un horario discontinuo, con lapsos de inactividad.

b) Las boletas de pago de los meses de julio y octubre (folios 16 y 18) evidencia que se ha efectuado pagos por los días domingos y feriados.

En el presente caso, este Colegiado estima que al establecerse una labor intermitente, con un horario de trabajo en el que se le brindada días de descanso de 1 a 2 días de descanso, el que no necesariamente coincidía con el día domingo, no cabe efectuar el pago de la pretensión demandada, tanto más si la actora no cumplió con su carga probatoria de acreditar el haber laborado en días domingos o haber efectuado una labor constante en la semana sin descanso; por lo que, debe ampararse el agravio invocado respecto al extremo de pago de los días domingos laborados y revocarse la sentencia en dicho extremo.

Vigésimo Segundo: En relación a **los días feriados**; cabe señalar que el artículo 5° del Decreto Legislativo 713, establece que los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado en los días feriados señalados en dicha ley como son en año nuevo, jueves santo y viernes santo, día del Trabajo, día de San Pedro y San Pablo, Fiestas Patrias, Santa Rosa de Lima, Combate de Angamos, Todos los Santos, Inmaculada Concepción y Navidad; siendo estos días los feriados fijos por año establecidos en la presente norma.

En el presente caso, los documentos presentados por la parte demandante, no demuestran fehacientemente que haya laborado en los días feriados y que no le ha sido pagado por la demandada, contrario a ello, si se evidencia pagos en el mes de julio y octubre por conceptos de *“trab. Domingos y Feriados”*; por lo que, teniendo en cuenta que la jornada de trabajo de la actora fue intermitente con descansos de 1 a 2 días a la semana, no se puede llegar a la conclusión de que la demandante haya laborado en días feriados no reconocidos por la entidad demandada; en consecuencia, corresponde amparar el agravio invocado respecto al extremo de pago de los días feriados y revocarse la sentencia en dicho extremo.

Vigésimo Tercero: Finalmente, debe tenerse presente que el artículo 381 del Código Procesal Civil, señala que cuando la sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la de primera, se condenará al apelante con las costas y costos. En los demás casos, se fijará la condena en atención a los términos de la revocatoria y la conducta de las partes en segunda instancia; y el artículo 412, señala que: *“La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará los costos y costas de ambas.”*; asimismo, refiere que: *“Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor”*; en tanto que el artículo 31 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, al referirse al contenido de la sentencia, precisa que debe contener la condena en costos y costas, aun cuando no hayan sido reclamados, fijándose expresamente además su cuantía o su modo de liquidación.

En el presente caso, se ha revocado la sentencia de primera instancia; no acogándose a las pretensiones reclamadas por la demandante; en tal virtud, al no tener la demandada la condición

de parte vencida, no está obligada al pago de los costos del proceso, lo que motiva que deba revocarse también en dicho extremo.

III. **Parte resolutive:**

Por los fundamentos expuestos, éste Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138 de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre del Pueblo.

Ha resuelto:

1. Revocar la Sentencia N.º 218-2020-17° JETP-CSJL-RE CB, contenida en la Resolución N.º 4, de fecha 29 de octubre del 2020, que declara **fundada** la demanda, y **reformándola declarar infundada la demanda**.

2. Absolver a la demandada, y consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, **Archívense** los de la materia, sin costos del proceso.

En los seguidos por **Ana Maria Sanchez Torres** contra **Mitsoo S.A.**; sobre **Horas extras y otros**; y los devolvieron al juzgado de origen. **Notifíquese.-**

Yangali Iparraguirre

Vascones Ruiz

Gonzalez Salcedo

1 Landa Arroyo Cesar, *“La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”*, Edit. Palestra, Lima, 2018, Pág. N.º 532.

2 Ibidem, pág. 532

3 Así como en la Constitución Italiana de 1947 (artículo 24), Constitución Alemana de 1949 (artículos 19.4 y 103.1) y la Constitución Española (artículo 24.1) en el cual se garantiza la preocupación de impedir en el futuro los abusos o desviaciones que tuvieron lugar en el periodo totalitario y al deseo de volver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia. Figueruelo Burrieza Angela, *“El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”*, citado por Abad Yupanqui Samuel B, *“El Proceso Constitucional de Amparo”*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N.º 361.

4 Landa Arroyo Cesar, *“La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”*, Edit. Palestra, Lima, 2018, Pág. N.º 557.

5 Para la autora Eugenia Ariano Deho sostiene que un Debido Proceso es aquel que incorpora garantías mínimas, asegurando a las partes un tratamiento paritario, una paridad de armas al interior del mismo proceso, pero además, es debido el proceso cuando es conocido por un juez auténticamente independiente e imparcial. Texto citado por Abad Yupanqui Samuel B, *“El Proceso Constitucional de Amparo”*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N.º 366.

6 Reynaldo Bustamante, *“Derechos Fundamentales y Proceso Justo”*, Lima, 2001, Pág. 236, citado por Landa Arroyo Cesar, *“La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”*, Edit. Palestra, Lima, 2018, Pág. N.º 498.

7 Idem, Pág. 514.

8 El artículo 8º de la Convención Americana de los Derechos Humanos prescribe que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

9 Sentencia de fecha 27 de junio del 2011, recaída en el Exp. N.º 01807-2011-PA/TC (Fundamento 10).

10 Sentencia de fecha 13 de octubre del 2008, recaída en el Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC (Fundamento 7, inciso a).

11 *Hugo Alsina. Las Nulidades en el Proceso Civil: concepto y función de las formas procesales. Ara Editores. Lima, Perú; julio de 2006. Pág. 97.*

12 Landa Arroyo Cesar, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. Palestra, Lima, 2018, Pág. N.º 500.

13 *Ibidem*, pág. 525

14 *Ibidem*, pág. 526

15 El artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N.º 29497 regula en forma expresa que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria.

16 Toyama, Jorge y Vinatea, Luis (2003). Guía Laboral. Gaceta Jurídica; Lima, pág. 228

17 Convenio OIT 67.

Artículo 4º.- A los efectos del presente Convenio:

a) La expresión **horas de trabajo** significa el tiempo durante el cual las personas interesadas estén a disposición del empleador o de otras personas que puedan reclamar sus servicios, o durante el cual los propietarios de los vehículos y los miembros de sus familias estén ocupados, por su propia cuenta, en trabajos relacionados con un vehículo utilizado en el transporte por carretera, con los pasajeros o con la carga, y comprende:

i) el tiempo consagrado al trabajo que se efectúe durante el período de circulación del vehículo;

ii) el tiempo consagrado a los trabajos auxiliares;

iii) los períodos de simple presencia;

iv) los descansos intercalados y las interrupciones del trabajo cuando no excedan de la duración que determine la autoridad competente;

b) La expresión **período de circulación del vehículo** comprende el tiempo transcurrido desde la salida del vehículo, al empezar la jornada de trabajo, hasta su parada, al terminar dicha jornada, con exclusión del tiempo que esté interrumpida la circulación del vehículo por un período que exceda de la duración que determine la autoridad competente, y durante el cual los conductores o las personas que viajen en el vehículo dispongan libremente de su tiempo o efectúen trabajos auxiliares;

c) la expresión **trabajos auxiliares** significa todo trabajo relacionado con el vehículo, sus pasajeros o su carga, efectuado fuera del período de circulación del vehículo, y comprende especialmente:

i) Los trabajos relacionados con la contabilidad, entrega de ingresos, firma de registros, entrega de hojas de servicio, control de billetes y demás trabajos similares;

ii) la recepción y entrega del vehículo;

iii) el trayecto, desde el lugar donde el trabajador firme el registro de presencia, antes de empezar el servicio, hasta el lugar donde se haga cargo del vehículo, y el trayecto, desde el lugar donde entregue el vehículo, hasta el lugar donde firme el registro de presencia, al terminar el servicio;

iv) los trabajos para la conservación y reparación del vehículo;

v) la carga y descarga del vehículo;

d) la expresión **períodos de simple presencia** significa los períodos durante los cuales una persona permanece en su puesto únicamente para atender a posibles llamadas o para reanudar su actividad en el momento fijado por el horario.

18 Artículo 5°

1. Las horas de trabajo de las personas a quienes se aplique el presente Convenio no deberán exceder de cuarenta y ocho por semana.

2. La autoridad competente podrá autorizar límites semanales más elevados a las personas que efectúen habitualmente y en gran proporción trabajos auxiliares o cuyo trabajo sea interrumpido frecuentemente por períodos de simple presencia.

Artículo 7°

(...)

3. La autoridad competente podrá autorizar límites diarios más elevados:

a) para las personas cuyas horas semanales de trabajo no excedan de cuarenta y ocho, en ninguna semana, tal como se prevé en el párrafo 1 del artículo 5°, o de un promedio de cuarenta y ocho, tal como se prevé en el artículo 6°;

b) para las personas que efectúen habitualmente y en gran proporción trabajos auxiliares o cuyo trabajo sea interrumpido frecuentemente por períodos de simple presencia.

Artículo 8°

La autoridad competente deberá fijar el número máximo de horas que puedan transcurrir desde el principio hasta el fin de la jornada de trabajo.

19 José Montenegro Baca, Jornada de trabajo y descansos remunerados, Tomo I, Librería y Editorial Bolivariana, Trujillo-Perú, p. 243.