



EXP. N° 01921-2019-0-1801-JR-LA-09 (Expediente Electrónico)

S.S.:

**YANGALI IPARRAGUIRRE**

BURGOS ZAVALATA

GONZALEZ SALCEDO

**Juzgado de Origen: 09° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente**

**Vista de la Causa: 09/11/2021**

***Sumilla:** El Derecho al Trabajo encuentra reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, derecho constitucional que independientemente del régimen laboral que se trate implica dos aspectos: 1) el acceder a un puesto de trabajo; y 2) el derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley, aspecto relevante para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario.*

## **SENTENCIA DE VISTA**

Lima, nueve de febrero del 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:**

#### **I.1. Objeto de la revisión**

Viene en revisión a ésta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, **JESSICA ESTHER ARENAS LA TORRE**, contra la Sentencia N° 189-2020 contenida mediante Resolución N° 06, de fecha 21 de setiembre de 2020, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose:

- a) Se abone a favor de la parte demandante la suma de S/.1,756.27 por concepto de asignación familiar.
- b) Expedir el Certificado de Trabajo por el periodo comprendido del 01 de abril de 1987 al 28 de diciembre de 2018.
- c) Se abonen los intereses legales, costas y costos procesales; los cuales se deberán determinar dentro de la ejecución de la sentencia.



- d) Declarar infundada respecto a los extremos de indemnización por despido arbitrario y horas extras.
- e) Infundada la oposición formulada por la demandada contra diversos testigos e inadmisibles la oposición formulada por la parte demandante contra testigos.

## I.2. Del recurso de apelación (expresión de los agravios)

La parte demandante, **JESSICA ESTHER ARENAS LA TORRE**, en su recurso de apelación alega que la sentencia apelada incurrió en diversos errores, al sostener los siguientes agravios:

- i) La sentencia contiene vicios al momento de requerir que el emplazamiento sobre cese de actos de hostilidad se encuentre sujeto a un plazo de 06 días dentro del documento; más aún si la parte trabajadora un plazo mayor de 14 días dentro de la realidad. Con ello, no resulta coherente que se haya admitido el pago de la asignación familiar, pero no haya admitido la constitución de un acto de hostilidad por el impago de las remuneraciones. (Agravio N°01)
- ii) No se ha realizado una justificación adecuada para denegar el pago de horas extras por 40 minutos diarios en exceso, pues no se aprecia debidamente que la parte empleadora aumentó de manera unilateral la jornada laboral por 40 minutos. (Agravio N°02)
- iii) No se aprecia una congruencia procesal al momento de denegar los 45 minutos dentro del horario de almuerzo, pues la parte empleadora no fijó un horario de almuerzo y se tuvo la necesidad de realizar las actividades laborales de manera continua; por lo que, al no cumplir una norma de orden público, se aprecia que la asignación de 45 minutos destinados al almuerzo corresponde la asignación de horas extras. (Agravio N°03)

## II. PARTE CONSIDERATIVA:

**PRIMERO:** En lo que respecta a 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: GARANTIAS CONSTITUCIONALES**

**SEGUNDO: De 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 manera<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>; 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° 4215 -2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio de 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”.*

<sup>1</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.

<sup>2</sup> Ibidem, pág. 532



**TERCERO:** 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 resulta 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 vengan 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”.*

En base a los fundamentos expuestos, con relación a los derechos fundamentales descritos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

.....

## **CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECÍFICO**

**CUARTO: 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° 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".*

**QUINTO:** Ahora bien, en materia legislativa, el artículo 9° de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo regulado en el Decreto Supremo N° 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 pr escribe 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".*

**SEXTO:** De esta manera, la presente garantía normativa se encuentra respaldada por el Convenio N° 1 de la OIT (Convenio sobre las horas de trabajo de 1919), aprobado por Resolución Legislativa N°10195 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 5 1. En los casos excepcionales en que se consideren inaplicables los límites señalados en el artículo 2, 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 (...)"*

**SETIMO:** Con relación al personal no sujeto a fiscalización inmediata, se habrá tener presente que, si bien artículo 6° de la LJT y cierta jurisprudencia (tal como la Casación N° 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° 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°14847-2015- 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° 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.

**OCTAVO: 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 descrito<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> LANDA ARROYO CESAR, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 500.



**NOVENO:** 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 realizado<sup>4</sup>.

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 procedimiento<sup>5</sup>.

**DECIMO:** De esta forma, el Tribunal Constitucional ha delimitado el presente derecho, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 010-2002-AI/TC y N° 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*

<sup>4</sup> Ibídem, pág. 525

<sup>5</sup> Ibídem, pág. 526



*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 (...)"*.

**DECIMO PRIMERO:** 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° 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 (...)"*

**DECIMO SEGUNDO: 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° 29497<sup>6</sup>, 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.

**DECIMO TERCERO:** Para ello, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 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° 0053-2004-PI/TC y N° 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:

---

<sup>6</sup> El artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 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.



*"(...) 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 (...)"*

**DECIMO CUARTO:** Del caso en concreto (Agravios N°02 y N°03).- De los actuados, la **parte demandante** indica que dentro de la sentencia no se aprecia una justificación adecuada para poder denegar el pago de horas extras por 40 minutos diarios en exceso, pues no se aprecia debidamente que la parte empleadora aumentó de manera unilateral la jornada laboral por 40 minutos.

Asimismo, no se aprecia una justificación razonable ni congruencia procesal al momento de denegar los 45 minutos por la denegatoria del horario de almuerzo, pues la parte empleadora no fijó un horario de almuerzo y se tuvo la necesidad de realizar las actividades laborales de manera continua; por lo que, al no cumplir una norma de orden público, se aprecia que la asignación de 45 minutos destinados al almuerzo corresponde la asignación de horas extras

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** indica que no se puede admitir el pago de horas extras, pues el incremento del horario de trabajo por 40 minutos se estableció dentro de límite permitido y cuya potestad posee el empleador.

Con respecto a la asignación de horas extras de 45 minutos por almuerzo, se aprecia que –dentro de las declaraciones testimoniales- la parte demandante no ha ofrecido un medio probatorio idóneo en el cual ha realizado una prestación efectiva durante tal horario de refrigerio.

**DECIMO QUINTO:** Ahora, de la revisión de los actuados, este **Colegiado Superior** considera que el objeto de la controversia se concentrará en calificar si el aumento de 40 minutos dentro del horario de trabajo podrá constituir una jornada extraordinaria, y si dentro de la hora de almuerzo (45 minutos) se ha realizado una prestación efectiva de servicios.

Para ello, se podrá apreciar que la parte demandada ha admitido dentro de la audiencia de juzgamiento que, desde el mes de marzo de 2017, aumento el horario de trabajo por 40 minutos, el cual se identificaba desde las 7:40 am hasta las 4:00pm; en ese sentido, se podrá apreciar que –a pesar que el aumento del horario forme parte del ius variandi del empleador- pero el incremento del horario también deberá sujetarse conforme a un aumento razonable de la remuneración, en cuanto que el aumento del horario o jornada sin el respectivo incremento remunerativo, solamente se estaría admitiendo una desmejora no proporcional en perjuicio de la parte trabajadora.

**DECIMO SEXTO:** En ese sentido, si se tiene presente que, dentro de la Casación N° 1810-2012-Callao y la Casación N° 7712- 2018-Callao, la Corte Suprema de la República ha establecido que el incremento de la jornada laboral debe estar sujeta a un incremento proporcional de la remuneración, en cuanto:



“(…) Respecto a las jornadas menores a ocho horas, debemos decir que esta se encuentra regulada en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2002- TR, norma que, si bien ampara la facultad de dirección del empleador, que le permite extender el horario de trabajo, obliga a este a incrementar las remuneraciones por la mayor extensión de horario realizado a través de un convenio colectivo, pacto individual o costumbre; siendo la razón de la norma compensar al trabajador por la extensión de un horario de trabajo previamente acordado; para tal efecto se observará el criterio de remuneración ordinaria contenido en el artículo 12° de la citada norma (…)” (Casación N°7712-2018-Callao)

Encones no se aprecia argumento jurídico suficiente por parte del órgano de primera instancia para poder denegar la constitución de un incremento del horario por 40 minutos desde la modificación producida en el mes de marzo de 2017; por cuanto se aprecia que la parte empleadora en ningún momento ha aumentado la remuneración de la parte demandante de manera proporcional; en ese sentido, se procederá a realizar el cálculo correspondiente desde el 01 de marzo de 2017 al 27 de diciembre de 2018, de la remuneración conforme a los siguientes elementos:

Periodo	Remuneración	Proporcional	Reintegro
Mar 2017	2,548.00	318.60	318.60
Abr 2017	2,548.00	318.60	318.60
May 2017	2,548.00	318.60	318.60
Jun 2017	2,548.00	318.60	318.60
Jul 2017	2,548.00	318.60	318.60
Ago 2017	2,548.00	318.60	318.60
Sept 2017	2,548.00	318.60	318.60
Oct 2017	2,548.00	318.60	318.60
Nov 2017	2,548.00	318.60	318.60
Dic 2017	2,548.00	318.60	318.60
Ene 2018	2,548.00	318.60	318.60
Feb 2018	2,548.00	318.60	318.60
Mar 2018	2,548.00	318.60	318.60
Abr 2018	2,548.00	318.60	318.60
May 2018	2,548.00	318.60	318.60
Jun 2018	2,548.00	318.60	318.60
Jul 2018	2,548.00	318.60	318.60
Ago 2018	2,548.00	318.60	318.60
Sep 2018	2,548.00	318.60	318.60
Nov 2018	2,548.00	318.60	318.60
Dic 2018	2,548.00	286.76	286.76
<b>Total</b>			<b>6,658.76</b>

**Total: S/. 6,658.76**

De esta manera, se admitirá la asignación de un reintegro remunerativo de manera proporcional por el incremento del horario de trabajo por 40 minutos; pero el mismo no se sujetará a la constitución de horas extras, al no tener el carácter extraordinario.

**DECIMO SETIMO:** Ahora bien, con respecto a las horas extras de 45% dentro del horario de refrigerio, se advierte que la parte demandada si asignó un horario de almuerzo de 45 minutos (nivel primario) y 45 minutos (nivel



secundario); para ello, de los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante se aprecia la variación del horario de almuerzo han variado progresivamente, por cuanto:

a) Entrega de las horas pedagógicas para el año 2016 – 2017

Horario de almuerzo nivel primario: 13:05 a 13:35 (30 minutos)

Horario de almuerzo a nivel secundario: 12:50 a 13:15 (25 minutos)

b) Carga Horaria para el año

Horario de almuerzo nivel primario: 13:05 a 13:45 (40 minutos)

Horario de almuerzo a nivel secundario: 13:25 a 14:05 (40 minutos)

Ahora bien, dentro de los mismos medios probatorios aportados por las partes procesales, se aprecia el Memorandum N°017-2018-D- DG-IEPNSA dentro del cual el propio empleador ordena que los profesores encargados realicen labores de control y cuidado dentro del horario de almuerzo en el patio, al precisar lo siguiente:

*“(...) Los estudiantes de secundaria que no traen almuerzo bajarán al patio. Para mantener el respeto y el orden entre ellos, se requiere el apoyo de los docentes en el patio (...)”*

Además, dentro de la audiencia de juzgamiento, se han ofrecido diversas declaraciones testimoniales (tales como de los trabajadores Miriam Díaz Sierra y Oswaldo Valdemar Agapito Cabrejos) dentro del cual se han precisado que solamente algunos docentes se encontraban designados a cuidar a los estudiantes dentro del horario de almuerzo y en donde tales actividades no se realizaban todos los días; pues había la posibilidad que tales profesores pudieran almorzar de manera conjunta con tales estudiantes.

**DECIMO OCTAVO:** Conforme a ello, al apreciar que la actividad de control dentro del horario de almuerzo solamente eran designados a algunos profesores (el cual no ha sido desconocido por la empresa demandada), entonces la parte demandante debe ofrecer medios probatorios directos o indicios razonables dentro del cual se puede apreciar que se encontró obligada a realizar cuidados dentro del horario de almuerzo; pues bastará que se adviertan ciertos periodos parciales de vigilancia dentro de tal horario para poder aplicar la teoría de la prueba dinámica dentro de las horas extras (en este caso, 45 minutos); en cuanto que se podría apreciar un acto de mala fe por parte de la empleadora para poder evadir su responsabilidad en materia procesal y conforme a su mejor posición de probanza (elemento material).

Para tal finalidad, la parte demandada ha presentado fotos dentro del cual se aprecia que ejercía el rol de cuidado dentro del horario de almuerzo y en el cual se ha ejercido de manera continua; en ese sentido, al apreciar un indicio razonable de labores durante tal periodo, se podrá apreciar que la parte demandante ha presentado un periodo parcial de horas extras y el cual servirá



razonablemente para poder aplicar la prueba dinámica, así como una presunción de horas extras dentro del periodo demandado.

**DECIMO NOVENO:** Ahora bien, ante la falta de un registro de control propiciado por la parte empleadora o un medio probatorio idóneo que permita valorar el objeto de controversia, bajo una presunta falta de obligación de llevar un registro dentro del horario de refrigerio, este **Colegiado Superior** admite una progresividad de la carga de prueba tradicional a la carga de la prueba dinámica, pues, de la carga a cada parte para poder sustentar sus afirmaciones (a la sola aplicación del inciso 1) del artículo 23° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo), se ha pasado a la carga dinámica de la prueba en materia laboral, en donde la misma se sustenta en la obligación de exigir los medios probatorios a la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar los medios probatorios requeridos sea la parte obligada a presentar al proceso el medio probatorio necesario para resolver aquella controversia, conforme a la aplicación del artículo 29° de la NLPT.

En efecto, ante una denegatoria del pago de horas extras por falta de medios probatorios y un incumplimiento de la empleadora de presentar un registro idóneo (Casación N° 3759-2015-La Libertad<sup>7</sup>, entre otros), actualmente se admite la posibilidad que el juzgador laboral pueda admitir el pago de horas extras si advierte y **sustenta adecuadamente una permanente conducta obstruccionista de la parte empleadora, el cual deberá precisarse de manera concreta y precisa**, por tener el empleador una mayor capacidad material de acceder a tales medios probatorios y ser el órgano encargado de realizar un control diario del horario.

**VIGESIMO:** Tan cierto es lo afirmado, que a través del II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral y Procesal de la Corte Superior de Justicia de Lima, las Salas Laborales de este órgano procesal han determinado que la carga de la prueba en la jornada se revierte a la parte demandada si es que la parte demandada no cumple con exhibir el libro de control de asistencia o cualquier otro documento que lo sustituya, por cuanto:

*“(...) La carga de la prueba en la jornada de sobretiempo, se revierte a la demandada, si es que esta parte no cumple con exhibir el libro de control de asistencia o cualquier otro documento que lo sustituya, siendo, por ende, aplicable la presunción prevista en el artículo 29 de la NLPT (...)”*

<sup>7</sup> En efecto, en la referida Casación N° 3759-2015-La Libertad, la Corte Suprema precisó lo siguiente: *“(...) Al respecto, del análisis de la norma denunciada debemos señalar que la obligatoriedad que esta contiene se refiere al registro que debe efectuar el empleador del trabajo en sobretiempo efectuado por el trabajador, mas no el registro de asistencia diaria de trabajo; asimismo, prevé que su deficiencia en el registro no será impedimento para que el trabajador pueda obtener su pago, siempre que este acredite mediante otros medios, haber realizado la labor de cuyo pago pretende (...) La empresa aduce no tener el registro de las horas sobretiempo; por otro lado, el accionante tampoco ha acreditado haber realizado trabajo en sobretiempo durante el lapso comprendido entre el mes de mayo de dos mil uno al mes de marzo de dos mil trece; por lo que se concluye que el Colegiado Superior ha incurrido en infracción normativa por interpretación errónea de la citada norma legal; debiendo declararse fundada esta causal denunciada(...)”*



A nivel jurisdiccional, se aprecia que tal posición ya ha sido reafirmada a través de recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de la República, pues la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria estima que la valoración de las horas extras se sujetará a la valoración de una conducta reiteradamente obstruccionista; en ese sentido, si se aprecia lo resuelto en la Casación N° 17885-2017-Del Santa, tal órgano jurisdiccional admitió la posibilidad que los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía puedan obtener conclusiones sobre la conducta positiva y negativa de las partes involucradas, pues ahora un órgano judicial podrá tener determinadas valoraciones sobre lo pretendido si se aprecia una conducta obstruccionista, maliciosa y con la única finalidad de entorpecer la actividad probatoria; siempre y cuando aquella calificación de la conducta se encuentre razonablemente justificada.

**VIGESIMO PRIMERO:** Así, al considerarse que la valoración de la conducta (conforme a los términos establecidos en la Casación N° 17885-2017-Del Santa) se sujetará a la siguiente premisa:

*"(...) Se advierte que el Juez está facultado para extraer conclusiones en contra de las partes atendiendo a su conducta en el proceso, sobre todo cuando alguna de ellas ha obstaculizado la actividad probatoria; sin embargo esta facultad no es absoluta, pues, el magistrado debe sustentar las razones por las cuales emplea la presunción legal, la cual deberá ser aplicada bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. Es de precisar, que la doctrina ha señalado para la aplicación de la presunción, deben coexistir tres requisitos:*

- a) la conducta debe ser manifiestamente contraria a la ética, lo cual se califica por la intención que impida o entorpezca la consecuencia de la verdad o utilizar medios de ataque o defensa manifiestamente infundados;*
- b) el magistrado debe sustentar las razones por las cuales emplea la presunción legal,*
- y c) debe entenderse que las conclusiones que puede sacar el juez son sólo de orden fáctico, para el establecimiento de los hechos, y en modo alguno puede servir como razón única o determinante de una sentencia que haga caso omiso de la cuestión de derecho (...)*

*En ese sentido, resulta claro que la prueba de las horas extras por tratarse de hechos extraordinarios dentro de la prestación del servicio, corresponde al demandante, y en el presente caso, **teniendo presente que el prestador del servicio no tiene la facilidad de acceso a los medios probatorios necesarios para demostrar las alegaciones, y, en virtud de que la carga de la prueba en el proceso laboral es dinámica, lo que implica que la mayor parte de ella debe recaer en la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar los medios probatorios,** ello conduce a concluir que la parte demandante ha satisfecho la carga de la prueba al solicitar la exhibición del libro de control de asistencia o cuaderno de asistencia o tarjetas de control de asistencia o documento que lo sustituya, y, del cuaderno de acontecimiento diario o documento que lo sustituya, máxime si se tiene en cuenta que en dichos registros deben anotarse los ingresos y salidas de todo el personal que ingresa al centro de trabajo. En ese contexto, debe apreciarse que la demandada no ha cumplido con la exhibición*



solicitada, sin que pueda razonablemente exigirse al trabajador que aporte mayor caudal probatorio, que no está en sus manos ni tiene acceso, por lo cual, el juzgado en la sentencia de primera instancia ha procedido a apreciar dicha conducta procesal de no contribuir a la finalidad del medio probatorio, extrayendo conclusiones del referido comportamiento de la codemandada en el proceso, todo lo cual es perfectamente válido por encontrarse dentro de las prescripciones del citado artículo 29° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, concordante con el artículo 282° del Código Procesal Civil. Asimismo, es de señalar que la conclusión que asume el Juez de la causa, resulta acorde con lo manifestado por la parte demandante en la audiencia de juzgamiento correspondiente, así como, con los efectos de la rebeldía automática, puesto que en la misma audiencia, se declara como tal a la demandada, lo que conduce a la presunción judicial en virtud tanto de la conducta procesal como de las reglas de experiencia, que durante su prestación de servicios ha laborado en sobretiempo. Precisándose que el pago de las horas extras reconocidas, han sido liquidadas de acuerdo a las boletas de pago conforme a lo fundamentado por la instancia de mérito, puesto que si bien se ha revertido la carga probatoria, sin embargo, la parte demandante en la audiencia de juzgamiento, no precisa que días laboró efectivamente (...) **Por lo expuesto, estando a que la demandada no ha logrado cumplir con la carga probatoria revertida a ésta y que el accionante ha satisfecho su carga probatoria al ofrecer la exhibicional de cuadernos de control de asistencia o cuaderno de asistencia o tarjetas de control de asistencia o documento que lo sustituya, y, del cuaderno de acontecimiento diario o documento que lo sustituya, la infracciones normativas denunciadas devienen en fundadas (...)**"

De esta manera, en base a la aplicación de la carga de la prueba dinámica en materia constitucional y su restricta relación con la vigencia de los derechos constitucionales del derecho a la prueba, la razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad; este **Colegiado Superior** fundamenta adicionalmente sus bases constitucionales, por cuanto -a través de la aplicación de la carga dinámica de la prueba y la interdicción de la arbitrariedad- nuestros jueces de trabajo podrán valorar concretamente la **obstrucción de la actividad probatoria**, mediante una situación objetiva y fundamentada, por cuanto la obstaculización de la actividad probatoria deberá ser clara, concreta y verificable.

**VIGESIMO SEGUNDO:** Con ello, la asignación de horas extras a través de la presente presunción, a criterio de este **Colegiado Superior**, será una sanción proporcional ante una omisión probatoria que conllevará a una carga para que -en posteriores procesos- la parte emplazada presente debidamente el registro de control; evidenciando una validez sobre la exigibilidad del pago de horas extras desde el 01 de marzo de 2015 al 27 de diciembre de 2018, conforme a la siguiente liquidación:

Periodo	Remuneración	Hora Extra	Reintegro
Mar 2015	2,548.00	398.25	398.25
Abr 2015	2,548.00	398.25	398.25
May 2015	2,548.00	398.25	398.25
Jun 2015	2,548.00	398.25	398.25
Jul 2015	2,548.00	398.25	398.25
Ago 2015	2,548.00	398.25	398.25
Sept 2015	2,548.00	398.25	398.25
Oct 2015	2,548.00	398.25	398.25
Nov 2015	2,548.00	398.25	398.25



Dic 2015	2,548.00	398.25	398.25
Ene 2016	2,548.00	398.25	398.25
Feb 2016	2,548.00	398.25	398.25
Mar 2016	2,548.00	398.25	398.25
Abr 2016	2,548.00	398.25	398.25
May 2016	2,548.00	398.25	398.25
Jun 2016	2,548.00	398.25	398.25
Jul 2016	2,548.00	398.25	398.25
Ago 2016	2,548.00	398.25	398.25
Sept 2016	2,548.00	398.25	398.25
Oct 2016	2,548.00	398.25	398.25
Nov 2016	2,548.00	398.25	398.25
Dic 2016	2,548.00	398.25	398.25
Ene 2017	2,548.00	398.25	398.25
Feb 2017	2,548.00	398.25	398.25
Mar 2017	2,548.00	398.25	398.25
Abr 2017	2,548.00	398.25	398.25
May 2017	2,548.00	398.25	398.25
Jun 2017	2,548.00	398.25	398.25
Jul 2017	2,548.00	398.25	398.25
Ago 2017	2,548.00	398.25	398.25
Sept 2017	2,548.00	398.25	398.25
Oct 2017	2,548.00	398.25	398.25
Nov 2017	2,548.00	398.25	398.25
Dic 2017	2,548.00	398.25	398.25
Ene 2018	2,548.00	398.25	398.25
Feb 2018	2,548.00	398.25	398.25
Mar 2018	2,548.00	398.25	398.25
Abr 2018	2,548.00	398.25	398.25
May 2018	2,548.00	398.25	398.25
Jun 2018	2,548.00	398.25	398.25
Jul 2018	2,548.00	398.25	398.25
Ago 2018	2,548.00	398.25	398.25
Sep 2018	2,548.00	398.25	398.25
Nov 2018	2,548.00	398.25	398.25
Dic 2018	2,548.00	358.43	358.43
<b>Total</b>			<b>17,881.43</b>

**Total: S/. 17,881.43**

Asimismo, si bien es verdad que la presente sanción se encontrará condicionada a la falta de presentación del registro, también se deberá precisar que la evaluación jurisdiccional se sujetará a cada caso en concreto, pues la presente asignación de horas extras solamente será aplicable cuando se advierta concretamente una omisión de las garantías constitucionales anteriormente citadas y se advierta un detrimento de los ingresos de la trabajadora.

Así, **corresponderá amparar los agravios deducidos por la parte demandante**; por lo que, reformándola, se declara fundada la demanda, ordenando la suma de S/. 8,323.43 por aumento de la jornada laboral y S/. 17,881.43 por labores dentro del horario de almuerzo.

.....



**VIGESIMO TERCERO: Respecto al Acto de Hostilidad.**- Conforme a lo previsto nuestra legislación laboral vigente, los actos de hostilidad se encuentran regulados en el artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, mediante el cual:

*"Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: "a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador; y, h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad".*

De esta manera, los actos de hostilidad (de manera global) implicarán necesariamente modificaciones unilaterales dentro del contrato de trabajo por parte del empleador sujeta a condiciones legales o dentro de su esfera subjetiva, pues el principio de razonabilidad constitucional determinará una limitación sustancial del ius variandi, pues el abuso de los mismos -en detrimento de los derechos del trabajador- harán insostenible la continuidad de la relación laboral; así, considerando las causales previstas en el párrafo anterior, nuestra legislación y jurisprudencia han señalado que el acto que vulnere o socave contra la persona o dignidad del trabajador será equiparable a un claro acto de hostilidad.

En ese sentido, el mismo representará una variación de los derechos regulares de la trabajadora siempre que una de las partes acredite un perjuicio a la parte demandante, no se observe una causa válida o justificada que sustente tal decisión y no se advierta la necesidad justificada de tal traslado o variación de las funciones.

**VIGESIMO CUARTO:** Dentro del presente concepto, a través de la Casación N° 8163-2016-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, se ha precisado que la modificación o suspensión de la prestación laboral será válida, por cuanto:

*"(...) El ius variandi consiste esencialmente en la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos*



*mínimos y seguridad del trabajador, dentro de las limitaciones que le impone la ley (...)"*.

Por consiguiente, para poder impugnar una decisión empresarial y considerarla como un acto de hostilidad, a nivel jurisprudencial, la propia Corte Suprema ha establecido que será necesario la acreditación de un perjuicio al trabajador al momento de sustentarse la constitución de un acto de hostilidad, por cuanto a través de la Casación N° 16443-2014-Lima, se ha precisado:

*"(...) Resulta innegable que el acto de hostilidad se produce en el momento en que el empleador, con un determinado accionar, ocasiona al trabajador algún perjuicio previsto en la norma pertinente. En términos generales se considera como actos de hostilidad a aquellas conductas del empleador que implican el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo y que pueden dar lugar a su extinción. Sin embargo, en nuestra legislación laboral, específicamente en el artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728°, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, considera que no todos los incumplimientos de obligaciones del empleador son considerados como actos de hostilidad, habiéndose optado por una lista cerrada de conductas del empleador que pueden originar la extinción de la relación laboral (...)"*

**VIGESIMO QUINTO:** Además, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, la propia norma ha precisado que, con anterioridad a la acción judicial, el demandante deberá emplazar por escrito a su empleador, imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

En ese sentido, el artículo 35° de la LPCL ha regulado en forma expresa que el trabajador que se considere hostilizado, bajo el supuesto de cualquiera de las causales indicadas en el artículo 30° de la misma ley, podrá optar excluyentemente por:

*"(...)*

- a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,*
- b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38° de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle (...)"*

Por consiguiente, el requisito previo para que el trabajador pueda optar las opciones citadas será a través del emplazamiento por escrito y el cumplimiento de un plazo no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta.

**VIGESIMO SEXTO:** **El acto de hostilidad respecto a la disminución de la remuneración.-** Los actos de hostilidad relacionados con la afectación de la



disminución deliberada de la remuneración se sustenta en la constitución en la afectación de la permanencia y continuidad del contenido de la remuneración, pues se deberá considerar que el respeto y defensa de derecho constitucional a la remuneración forma parte de la propia dignidad del trabajador; por cuanto es el pilar de nuestro sistema constitucional vigente al momento de evaluar las decisiones de los particulares o establecer sus límites.

Para ello, ya el propio Tribunal Constitucional ha establecido -tal como lo señalado en el Exp. N° 10087-2005-PA/TC- que el respecto de la persona humana y su dignidad es el fin supremo de control constitucional (aún más dentro de la impugnación de los actos de hostilidad), por cuanto:

*"(...) La Constitución (artículo 1 °) establece que "[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Esta disposición constitucional es la "piedra angular" de los derechos fundamentales de las personas y, por de todo el ordenamiento jurídico. La dignidad de la persona humana fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y, a su vez, los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades (...) En ese sentido la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos (...)"*

**VIGESIMO SETIMO:** Asimismo, a nivel ordinario, el acto de hostilidad por detrimento de la remuneración del trabajador se ha precisado, a través de la Casación N° 23795-2017-Lima, por cuanto la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, que la admisión de un acto de hostilidad se enfocará cuando se advierta un detrimento en la percepción de la remuneración, pues aquella es un valor que se basa en el reconocimiento de la continuidad de la remuneración brindada de manera continua y permanente; para ello, precisa:

*"(...) Conforme a ello, el empleador tiene la obligación de respetar el monto que le corresponde percibir por remuneración al trabajador, no pudiendo efectuar un recorte o reducción sin que medie aceptación por parte de este, pues, ello constituiría un acto de hostilidad equiparable al despido. (...)"*

Para tal finalidad, se deberá evaluar un perjuicio al trabajador dentro de la orden de disminución de la remuneración, la existencia de una causa válida - justificada que sustente tal decisión o la falta de alguna necesidad justificada; pues, un acto contrario, validará el reintegro del monto descontado al trabajador demandante.



**VIGESIMO OCTAVO:** Del caso en concreto (Agravios N° 01).- De los actuados, **la parte demandante** advierte un error al momento de desestimar la constitución de un acto hostil por disminución de la remuneración, pues el requerimiento de un emplazamiento a la empleadora sujeto a un plazo de 06 días dentro del documento no se encuentra establecido en la norma; más aún, tal requisito es irrazonable si la parte trabajadora un plazo mayor de 14 días dentro de la realidad.

Con ello, no resulta coherente que se haya admitido el pago de la asignación familiar, pero no haya admitido la constitución de un acto de hostilidad por el impago de las remuneraciones.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** indica que no se acredita la constitución de un acto de hostilidad, por cuanto dentro de la Carta Notarial, de fecha 14 de diciembre de 2018, la propia trabajadora demandante conminó el cese de acto de hostilidad, pero sin dar el plazo legal de 06 días; por lo que, no se podrá apreciar una indemnización por despido indirecto (al atribuirse un despido), al no cumplirse con la formalidad requerida.

**VIGESIMO NOVENO:** Ahora, de la revisión de los actuados, este **Colegiado Superior** considera que el objeto de la controversia se concentrará en calificar si dentro de la formulación de la Carta Notarial, de fecha 14 de diciembre de 2018, se procedió a extinguirse la relación laboral en forma unilateral con la sola voluntad de la parte demandante, sin esperar los descargos de la empleadora dentro del plazo de los 06 días; o si solamente se notificó la solicitud del cese de la relación laboral con el objeto que se modificara tal conducta y dentro del plazo permitido por la norma.

De ello, de la revisión de la Carta Notarial, de fecha 14 de diciembre de 2018, se podrá advertir que la parte demandante solicita el cese de los actos de hostilidad conforme a lo establecido en los incisos a) y g) del artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, conforme a lo siguientes términos:

*“(...) Que al amparo de los incisos a) y g) del artículo 30° y 35° del DS 003-97-TR, le remito la presente Carta Notarial, para que cesen los actos de hostilización que su representada realiza de manera continuada contra mi persona:*

- 1.- a) La falta de pago de mis remuneraciones en la oportunidad correspondiente.*
- 2.- b) Y todo aquello que constituyen actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador (...)*

*Por consiguiente solicito el cese de los actos hostilizadorios, debiendo cumplir su representada con abonarme las remuneraciones antes detalladas, en la suma de S/. 20,376.04 soles, más los intereses legales hasta la fecha de pago, el reintegro de derechos laborales impagos, así como señalar un horario para el almuerzo de los trabajadores (...)*”



**TRIGESIMO:** Ahora, si bien es verdad que dentro de tal documentos se podría apreciar un ánimo de extinguir un vinculo laboral de manera inmediata por parte de la trabajadora por la constatación de un despido indirecto y no requerir el plazo de 06 días que corresponde a la empresa demandada para requerir sus descargos, en forma contraria a lo señalado en la LPCL; pero, de la valoración de tal acto de manera conjunta con la Carta Notarial de fecha 14 de diciembre de 2018, se podrá apreciar que la parte demandante no extinguió la relación laboral de manera inmediata, por cuanto tal parte continuó prestando servicios en su centro laboral hasta el 27 de diciembre de 2018 (esto es, 13 días posteriores al emplazamiento).

Para ello, de la propia revisión de la Carta Notarial, de fecha 26 de diciembre del año 2018, se aprecia:

*“(...) Por lo expuesto y al amparo del inciso b) del artículo 35° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, por la presente le comunico que doy por terminada la relación laboral entre las partes, precisando que mi último día de labores será el 27 de diciembre del 2018 y haré valer mis derechos en la vía judicial respecto al despido indirecto (...)”*

Conllevando a que este órgano jurisdiccional advierta una continuidad de la relación laboral hasta el 27 de diciembre de 2018, por cuanto la parte demandada no ha negado íntegramente el presente hecho de manera categórica y conforme a la aplicación del artículo 19° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497<sup>8</sup>.

**TRIGESIMO PRIMERO:** En base a ello, si bien es verdad que dentro del presente proceso no se ha acreditado la constitución de un acto de hostilidad conforme a la afectación de la dignidad del trabajador conforme al inciso g) del artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728; pero a partir de la continuidad de la prestación hasta el 27 de diciembre de 2018 y la extinción de la relación laboral en la misma fecha, se podrá advertir la constatación de un despido arbitrario y el cual podrá ser evaluado dentro de la causa de indemnización por despido arbitrario, por cuanto se aprecia indiciariamente un aumento del horario de trabajo así como la supresión de la hora de refrigerio.

Con tales razones, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante sobre la constitución de un acto de hostilidad;** por lo que, reformándola, se podrá apreciar la constitución de un acto de hostilidad, al no enmendar la conducta realizada. **Asimismo, los elementos para poder evaluar la constitución de un despido arbitrario,** se deberá realizar dentro del apartado correspondiente.

.....

<sup>8</sup> El 19° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 prescribe que si el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos son considerados admitidos.



**TRIGESIMO SEGUNDO:** En lo que respecta a la indemnización por despido arbitrario.- Respecto al mismo cabe referir que el Derecho al Trabajo encuentra reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, derecho constitucional que independientemente del régimen laboral que se trate implica dos aspectos: **1)** el acceder a un puesto de trabajo; y **2)** el derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley, aspecto relevante para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario;

Los artículos 31° y 32° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a su vez regulan el procedimiento formal que debe observar todo empleador, cuando un trabajador incurre en la comisión de faltas graves; como una garantía del derecho constitucional del **derecho al debido proceso**, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez, así como la motivación de la falta grave en cuestión. De esta manera, si el empleador no respeta el procedimiento previo -tal como es la presentación del pre aviso de despido- la sanción aplicable será inválida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N° 02939-2012-PA/TC- e I TC ha reiterado:

*"(...) El artículo 31° de la referida norma legal establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia(...)"*

En efecto la falta grave se califica como *la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral* y para su configuración se requiere la concurrencia de tres (3) elementos:

- a) La infracción de los deberes esenciales del trabajador, establecidos en el contrato de trabajo; el cual por su naturaleza reconoce derechos, como también imponer obligaciones que deben ser cumplidos por el trabajador; y en éste último caso debe tratarse de deberes esenciales establecidas respecto del empleador.
- b) La gravedad de la falta del trabajador; que según el artículo 25° de la LPCL, debe ser *"De tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación"*; para ello se requiere la concurrencia de cuatro elementos calificativos de la falta grave: oportunidad, objetividad, causalidad y proporcionalidad.
- c) La legitimidad de la imposición de la sanción podrá ser apreciada entonces, no sólo en base a la causa alegada y a los hechos invocados, sino también en relación a la existencia de una prueba y a la objetividad de la misma.

**TRIGESIMO TERCERO:** Para ello, para poder determinar la viabilidad jurídica de una indemnización en caso no se observe una causa adecuada o justificada



prevista en la ley, se deberá tener presente que la misma ha derivado de una protección constitucional reconocida en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, por parte del Tribunal Constitucional, pues a través de los Exp. N° 1124-2001-AA/TC, N° 976-2001-AA/TC y N° 206 -2005-AA/ TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado:

*"(...) el artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:*

- a. Se trata de un mandato al legislador*
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.*
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.*

*Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.*

*Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.*

*Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo".*

De esta manera, una causa válida de despido solamente podrá ser alegada, sustentada y ejecutada mediante una sujeción a la normatividad sustantiva vigente así como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional, los cuales prevén como objeto de extinción de la relación jurídica, entre otros, a



través de las formas y requisitos permitidos por ley (inciso g) del artículo 16° de la LPCL) y que esté relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, en lo que respecta a la configuración de una falta grave, la misma se sujetará necesariamente a lo prescrito en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, previsto en la LPCL.

**TRIGESIMO CUARTO:** Con eso, la acreditación del despido, en base a la aplicación de los numerales 23.1), 23.3) y 23.4) del artículo 23° de la NLPT y concordante con el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la LPCL, constituirá una carga probatoria impuesta a ambas partes, en donde la acreditación de la causa justa del despido y el cumplimiento del procedimiento formal del despido le corresponderá exclusivamente al empleador, mientras que la ilegalidad o desproporcionalidad de la misma será a cuenta del propio trabajador. Asimismo, los artículos 31° y 32° de la propia LPCL (a su vez) regulan el procedimiento formal que deberá observar todo empleador, al ser una garantía del derecho a un debido proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez.

En consecuencia, el artículo 34° de la citada norma indica que si el despido es declarado arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones.

**TRIGESIMO QUINTO:** Del caso en concreto (Agravio N° 01).- De los actuados, **la parte demandante** indica que se aprecia un error al momento de no haber admitido la constitución de un despido arbitrario, pues no resulta coherente que se haya admitido el pago de la asignación familiar, pero no haya admitido la constitución de un acto de hostilidad por el impago de las remuneraciones.

Así, el **órgano jurisdiccional** ha referido nuevamente que no corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario, pues no se ha cumplido con la formalidad establecida dentro del artículo 30° de la LPCL.

**TRIGESIMO SEXTO:** Ahora bien, este **Colegiado Superior** vuelve a reiterar que, dentro del presente proceso, ya se ha determinado que la reducción injustificada de la remuneración ha sido un acto hostil; por cuanto no se ha reconocido un incremento proporcional de la remuneración por aumento de la jornada, no se ha reconocido las horas extras por la labor dentro del horario de refrigerio y la falta de pago de la asignación familiar.

Por lo que, al apreciar un acto hostil de manera continua, si se aprecia que el cese de la relación laboral ha sido un despido indirecto; conllevando de esta manera al derecho a una indemnización por despido arbitrario y el cual será determinada dentro de esta instancia procesal.



**TRIGESIMO SETIMO:** Con relación al concepto remunerativo a considerar para poder calcular la indemnización por despido arbitrario, esta instancia jurisdiccional procederá a calcular la referida indemnización en base a la percepción de S/.2,548.00 y el cual ha sido admitido por el órgano jurisdiccional dentro de la propia sentencia impugnada.

En consecuencia, se procederá a realizar la si siguiente liquidación:

Conceptos	Cantidad
Rem Computable	2,548.00
Indemnización total (12 rem)	30,576.00
<b>Total</b>	<b>30,576.00</b>

Por estas consideraciones, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo revocarse el extremo de la sentencia impugnada y, reformándola, se deberá declarar fundada la demanda, ordenando una indemnización por despido arbitrario ascendente a la cantidad de S/. 30,576.00, el cual es consecuencia necesaria de la tutela del derecho vulnerado.

.....

### III. **PARTE RESOLUTIVA:**

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

#### **HA RESUELTO:**

**1.- CONFIRMAR** la Sentencia N° 189-2020 contenida mediante Resolución N° 06, de fecha 21 de setiembre de 2020, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose:

- a) Se abone a favor de la parte demandante la suma de S/.1,756.27 por concepto de asignación familiar.
- b) Expedir el Certificado de Trabajo por el periodo comprendido del 01 de abril de 1987 al 28 de diciembre de 2018.
- c) Se abonen los intereses legales, costas y costos procesales; los cuales se deberán determinar dentro de la ejecución de la sentencia.

**2.- REVOCAR** la Sentencia N° 189-2020 contenida mediante Resolución N° 06, de fecha 21 de setiembre de 2020, en el cual se declaró infundada la demanda; por lo que, reformándola, se declara infundada la demandada en este extremo.

- a) Abonar la suma de S/. 6,658.76 (Seis mil Seiscientos cincuenta y ocho con 76/100 Soles) por aumento de la jornada laboral y S/. 17,881.43



- (Diecisiete mil Ochocientos ochenta y uno con 43/100 Soles) por labores dentro del horario de almuerzo.
- b) Pagar la suma de S/. 30,576.00 (Treinta mil Quinientos setenta y seis con 00/100) por concepto de indemnización por despido arbitrario.

En los seguidos por **JESSICA ESTHER ARENAS LA TORRE** contra la empresa educativa **SOCIEDAD DOCENTE DE PROMOCION EDUCATIVA "NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCION" S.A.C.**, sobre cese de actos de hostilidad y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. Notifíquese.-**LJBB**

Lpderecho.pe