



Las horas extraordinarias

CONTENIDO

Las horas extraordinarias.
Los sobretiempos obligatorios.
Regulación legal de los feriados.
Descanso semanal obligatorio laborado.

AUTOR

Contenidos elaborados por el Dr. Germán Serkovic González* para LEX Soluciones.

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la UNMSM. Consultor Laboral.

Lima, noviembre del 2015

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

La regulación de las horas extras o extraordinarias se encuentra contenida en el Decreto Legislativo N° 854, con anterioridad lo estaba en el Decreto Ley N° 26136 y, en sus inicios, por un decreto supremo de 1934. De modo previo a tratar el tema de las horas extraordinarias, hay que partir de dos aseveraciones importantes, a saber:

1) El derecho laboral no ve con simpatía a las horas extras, y no lo hace por un par de buenas razones. En principio por fundamentos basados en políticas de empleo. Se prefiere la existencia de un contrato de trabajo a medio tiempo por sobre la extensión de la jornada ordinaria de labor en un contrato ya existente. Indiscutible criterio.

La otra motivación se encuentra vinculada mas con la protección del trabajador, quien puede verse compelido por un comprensible interés económico para laborar horas adicionales a fin de conseguir un mayor ingreso mensual, pero a costa de un desgaste excesivo que el derecho no puede avalar. En esa dirección de pensamiento, el ordenamiento del trabajo en la legislación comparada acota la prestación de horas extras, ya sea de modo directo, estableciendo un límite –que puede ser acumulativo– en su cómputo diario, semanal, mensual e, incluso, anual. A modo de ejemplo, en Venezuela no se pueden trabajar más de dos horas extras al día, diez en la semana o cien en el año.

Existen también limitaciones indirectas que consisten en el necesario permiso administrativo anterior a la prestación de los sobretiempos, con mayores o menores restricciones, o en el encarecimiento para el empleador de los servicios extraordinarios, al disponer su pago con una tasa elevada, oscilando en América Latina entre el 50 y el 100%.

2) Las horas extraordinarias deben ser justamente eso... extraordinarias. Por su propia naturaleza, las horas extras sólo deberían acordarse para atender necesidades o situaciones temporales en el centro de trabajo, de lo contrario perderían su carácter eventual y se convertirían en la jornada cuasi ordinaria del trabajador.

Las labores en horas extraordinarias son **voluntarias**, tanto en su otorgamiento de parte del empleador, como en su prestación por el empleado.

El artículo décimo del Decreto Legislativo N° 854 dispone que el tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal –y habría que añadir que en beneficio del empleador como señala el reglamento, por tanto no comprendería labores distintas ni la sola presencia fuera de la jornada– se considera sobretiempo. Acierta el artículo reseñado al considerar como sobretiempo el período en exceso de la jornada diaria o semanal. En una jornada ordinaria el cálculo es diario, al existir regularidad en las horas laboradas. No es el caso, necesariamente, en una jornada compensatoria de horas o de días, en la cual se trabajan más horas diarias para compensar las horas o el día no laborado en la semana, las horas laboradas para efecto de la compensación no se consideran horas extras, salvo que en el cómputo semanal exceda el tiempo pactado.

El sobretiempo puede ocurrir antes de la hora de entrada o con posterioridad a la salida, pero no siempre es así. Es factible que el trabajador sea requerido en otro momento, si es en el domingo ya no hablamos propiamente de horas extras sino de trabajo en el día de descanso semanal obligatorio. Si el contrato de trabajo establece una jornada de sólo cinco días por semana, de lunes a viernes a razón de ocho horas, se plantea un problema interesante en cuanto al pago de las horas adicionales laboradas el sábado, y es que existe una cierta indefinición sobre el punto ¿es en este caso el sábado un día de descanso obligatorio? ¿cuál es la sobretasa aplicable por las horas adicionales?

EVOLUCIÓN DE LA TASA ADICIONAL

La evolución de la tasa adicional para el pago de las horas extras, ha sido en las últimas décadas poco uniforme, por decir lo menos. Bastante sinuosa, en realidad. Inicialmente fue de un 25% adi-

cional a la hora normal con base en el texto del Convenio N° 1 de la OIT, ya en los noventa se incrementó al 50% de acuerdo a lo preceptuado en el Decreto Ley N° 26136, poco tiempo después se estableció nuevamente el 25%, para quedar actualmente en los porcentajes de 25% por las primeras dos horas de sobretiempo y de 35% por las siguientes. El cálculo se efectúa – generalmente – por día, y el incremento al 35% tiene por objeto retribuir el mayor esfuerzo por las labores efectuadas a partir de la hora undécima.

En el contexto iberoamericano, los porcentajes de recargo por cada hora adicional a la jornada ordinaria son bastante más elevados llegando hasta el 100%, con las notables excepciones de las legislaciones de Brasil y Colombia, 20 y 25%, respectivamente.

La regulación nacional en referencia a las horas extras ha dejado pasar la excelente oportunidad de limitar el número de horas del sobretiempo, y en este aspecto sí se puede afirmar que yerra por defecto al tomar un rumbo contrario a la mayoría de los ordenamientos laborales del globo. No fue siempre así, por un breve lapso, el artículo 21 del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, dispuso que el trabajo efectuado en sobretiempo –en promedio mensual– no podía exceder los cuatro quintos de la jornada ordinaria semanal.

Lamentablemente el artículo mencionado fue derogado a los días de su vigencia.

El trabajo en sobretiempo puede ser compensado por horas equivalentes de permiso o descanso, previo acuerdo de las partes involucradas. La necesaria existencia del acuerdo responde a una atinada decisión del legislador.

Normas anteriores establecían que para hacer efectiva la compensación bastaba la decisión del empleador, lo que en la práctica frustraba las expectativas económicas del empleado.

REGISTRO DE CONTROL DE ASISTENCIA

La norma que regula el **registro de control de asistencia**, contiene en su artículo 7° un precepto discutible. Plantea una definición poco ortodoxa de sobretiempo, puesto que no se refiere a la labor adicional a la jornada diaria o en su defecto al tiempo extra en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, por el contrario, **presume que es sobretiempo la simple circunstancia de encontrarse en la empresa antes de la hora de ingreso o de permanecer en ella concluida la jornada.**

La permanencia del trabajador luego de la hora de salida o su asistencia previa al horario de ingreso generan la presunción relativa de sobretiempo.

Toda presunción relativa acepta prueba en contrario, a saber, el empleador puede desvirtuarla con algún medio probatorio. En realidad, se trata de una prueba bastante complicada en la medida que la presunción opera por la simple “permanencia” del trabajador al interior de la empresa.

La norma parece direccionar al empleador a tomar las medidas no que faciliten el retiro inmediato del trabajador una vez cumplida la jornada, sino a compeler a los trabajadores a hacerlo. Igualmente, prácticamente obliga a impedir su ingreso con antelación a la hora de inicio de las labores. Algunas empresas aplican una suerte de “apagón”, procediendo a cortar el alumbrado cumplido el horario diario y cubrirse así de cualquier eventualidad.

Lo expresado con anterioridad, se refiere a la presencia física del trabajador en la empresa que origina el sobretiempo. Sin embargo, los avances en la tecnología de la información han creado figuras nuevas; trabajadores que ya en sus domicilios reciben mensajes de texto o llamadas de sus superiores jerárquicos referidas a sus funciones cotidianas, situación que implica una extensión en los hechos de su horario de labores. Dos sindicatos franceses han logrado en los sectores tecnológicos la denominada “hora de desconexión”, esto es, la facultad de los trabajadores de apagar sus celulares para evitar que se disturben sus horas de descanso.

D. S. 004-2006-TR.

Artículo 7°.- **Modificado. D. S. 011-2006-TR, Art. 1°. Presunciones.** Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable.

Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo.

(...).

LOS SOBRETIEMPOS OBLIGATORIOS

El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación. Sin embargo, la ley considera que las horas extras pueden ser justificadamente obligatorias cuando la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o por fuerza mayor, si se pone en peligro inminente a las personas, los bienes del centro de trabajo o la continuidad de las actividades productivas.

En principio, nos encontramos –en apariencia– ante una contradicción de términos. Las horas extras son por esencia resultado de la voluntad de las partes. Decíamos que el problema es más aparente que real, y surge del inapropiado uso de las palabras, estamos ante una extensión extraordinaria de la jornada diaria. Las horas extras resultantes de un acuerdo, deben laborarse, no hacerlo es una falta. De igual modo, si ante circunstancias excepcionales el empleador dispone unilateralmente la necesidad de trabajos fuera de la jornada, deben cumplirse; caso contrario, el trabajador incurre en infracción. Esa es la naturaleza de la obligatoriedad.

Hay trabajo obligatorio cuando se usa la coerción física para forzar al trabajador que ejecute determinada labor. No es el caso de los sobretiempos mal llamados obligatorios, el trabajador bien puede retirarse de la empresa vencida su jornada, y el incumplimiento de la pretendida obligatoriedad del sobretiempo a lo más, traerá como consecuencia una sanción disciplinaria.

Hay cierta lógica en la prescripción legal, ante una circunstancia grave, un terremoto para usar un ejemplo de hecho fortuito o “acto de Dios”, es dable que se pueda extender la jornada de los trabajadores para remover los escombros y reiniciar el funcionamiento de la empresa. Sucede de similar modo, si como consecuencia de actos generalizados de pillaje, ejemplo de fuerza mayor o “acto del Príncipe”, se pide a los trabajadores que permanezcan al interior de la empresa para proteger sus instalaciones.

Obviamente el trabajo adicional se remunera con las sobretasas legales correspondientes.

TUO D. Leg. 854.

Artículo 9°.- 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.

La imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias. Igualmente, el empleador infractor deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando éste demuestre que le fue impuesta.

La autoridad administrativa de trabajo dispondrá la realización de inspecciones en forma permanente con el objeto de velar por el estricto cumplimiento del pago de las horas extras laboradas.

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

La norma reglamentaria considera que los hechos inevitables, imprevisibles e irresistibles, cuando generan un riesgo a las personas o al propio centro de trabajo, constituyen situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que pueden hacer necesaria la continuación de las labores del trabajador fuera de su jornada ordinaria. Habitualmente en las horas extras normales, el trabajador se queda más tiempo que el ordinario laborando en sus funciones de siempre. Curiosamente, no es el caso en las jornadas adicionales desempeñadas como resultado de eventos imprevisibles, en la generalidad de los supuestos, las labores requeridas tendrán poco que ver con las habituales del empleado y mucho con la necesidad de reparar los daños causados o paliar algún eventual riesgo.

En otra expresión digna de estudio, el artículo 9° de la ley se refiere a la imposición del trabajo en sobretiempo, y a la obligación del empleador que ha incurrido en tal falta de indemnizar al trabajador con el 100% del valor de la hora extra. En una suerte de galimatías legal, el párrafo final del artículo 7° del Decreto Supremo N° 004-2006-TR prescribe que “...en caso el trabajador, a pesar de su negativa, se le imponga la realización de trabajo en sobretiempo, se configurará una situación de trabajo impuesto...”. Es complicado –pero no imposible– imaginar una situación de sobretiempo impuesto, si es que se ejerce violencia o se usa la intimidación contra el trabajador, y nos referimos a la acepción jurídica de la palabra.

El problema con las horas extras no es su obligatoriedad o su imposición, es el reconocimiento de su pago con la sobretasa que la ley determina. Y no es un problema menor. Contribuye a esto, lamentablemente, que en algunas empresas se mire mal al empleado que se retira poco después de su hora, por no mostrar el “compromiso” necesario; y se mire mucho peor al trabajador que laborando en exceso de su jornada diaria cometa el “desatino” de solicitar se le reconozca la remuneración adicional correspondiente.

REGULACIÓN LEGAL DE LOS FERIADOS

Es facultad del empleador establecer cómo día de descanso semanal uno distinto al domingo. ¿Podría también disponer **unilateralmente** que el descanso por alguno de los feriados a que se contrae el Decreto Legislativo N° 713 pueda ser trasladado a otra fecha? La respuesta es negativa. Al derecho laboral le interesa que los feriados se gocen en su oportunidad, dado que responden a festividades religiosas o a celebraciones cívicas estrechamente vinculadas a determinadas fechas. El feriado se abona con el monto correspondiente a la remuneración ordinaria.

En su versión originaria, la norma sobre descansos remunerados disponía el traslado de algunos feriados al día lunes de la siguiente semana para no interrumpir el proceso productivo, esa posibilidad quedó derogada por la Ley N° 26331. En la actualidad, el traslado del descanso al lunes siguiente procede únicamente cuando se trata de feriados de índole no nacional o gremial.

Nada impide, por otro lado, que las partes del contrato de trabajo puedan **acordar** la sustitución del descanso por el feriado, al igual que puedan sustituir el descanso por el día de descanso semanal obligatorio. Sin embargo llama la atención que en el caso de los feriados la norma no determine expresamente cuándo se deberá llevar a cabo su goce efectivo. Es factible entender, interpretando analógicamente las prescripciones referidas al descanso semanal, que el reposo por el feriado laborado debe sustituirse por otro día de la misma semana. En todo caso de sustitución no corresponde pago adicional alguno.

Si se pacta laborar el feriado sin el descanso sustitutorio, corresponderá al trabajador la remuneración por el día trabajado más la **sobretasa del 100%**. El trabajador remunerado por semana, deberá percibir cinco días de salario, el pago por el descanso semanal obligatorio, el feriado, el trabajo por el feriado y la sobretasa del 100%. El equivalente a nueve días en total.

El empleado remunerado mensualmente percibirá su sueldo ordinario, más dos días.

ABONO POR EL FERIADO DEL PRIMERO DE MAYO CUANDO COINCIDE CON EL DÍA DE DESCANSO SEMANAL DEL TRABAJADOR

Descripción	En el supuesto que el domingo –en la generalidad de los casos– día de descanso semanal de los trabajadores, coincide con el feriado por el primero de mayo. Esto acarrea una situación particular en cuanto a la forma en que se remunera este feriado.						
	Si suponemos que un trabajador labora seis días por semana y es remunerado con S/. 30,00 diarios tendríamos lo siguiente:						
Ejemplo	D (DSO)	L	M	M	J	V	S
	1 de mayo	2 de mayo	3 de mayo	4 de mayo	5 de mayo	6 de mayo	7 de mayo
	S/. 30 (D.S.O.)	S/. 30	S/. 30	S/. 30	S/. 30	S/. 30	S/. 30
	S/. 30 (feriado)						
Únicamente en el supuesto planteado, que coincida el domingo con el feriado por el 1 de mayo, procede un pago doble por tal fecha.							
Base legal:							
D. Leg. N° 713, Art. 8°.							
D. S. N° 012-92-TR, Art. 3°.							

EL DÍA DE DESCANSO SEMANAL OBLIGATORIO LABORADO

El trabajo en día de descanso semanal obligatorio (DSO) tiene particularidades interesantes. En principio, al igual que todo trabajo en jornada adicional, debe nacer de un acuerdo.

En el caso que un trabajador remunerado semanalmente labore la jornada normal en su día de descanso semanal obligatorio sin sustitución del descanso en la misma semana, tendrá derecho a la contraprestación equivalente a la semana completa –seis días trabajados más el día de descanso– y adicionalmente al monto resultante del trabajo efectuado en su día de reposo, sumado a la sobretasa del 100%. En total, a nueve días de remuneración en la semana. Tal es el enunciado del artículo tercero del Decreto Legislativo N° 713.

A modo de ejemplo, un trabajador cuya remuneración alcanza los 50 nuevos soles diarios y labora en su día de descanso sin incurrir en faltas en la semana, percibirá 300 nuevos soles por el trabajo efectuado del lunes al día sábado, 50 nuevos soles en concepto de descanso semanal obligatorio (DSO), 50 nuevos soles por la labor excepcional desarrollada en su día de descanso y 50 nuevos soles más por la sobretasa del 100%. En total, 450 nuevos soles.

Si el trabajador es remunerado mensualmente y labora en su día de descanso semanal sin la correspondiente sustitución del descanso, percibirá un treintavo más por el día trabajado y la sobretasa del 100%. El trabajo efectuado en el día de descanso semanal obligatorio, que es compensado con un día de reposo **en la misma semana**, se remunera de modo simple.

La ley no determina cual es el tratamiento aplicable si la sustitución del descanso se efectúa no en la misma semana, sino en oportunidad posterior.

Constituye un equívoco bastante común considerar al trabajo en día de descanso un supuesto más de jornada en horas extraordinarias, y no es inusual escuchar de horas extras remuneradas al 100%. No son lo mismo, por definición las horas extras son las laboradas inmediatamente antes o después de la jornada normal.

LEX Soluciones

Gestión, análisis y desarrollo del contenido
jurídico y empresarial
www.lexsoluciones.com

Teléfono: 7254790

Correo electrónico: lex@lexsoluciones.com

Atención al cliente: info@lexsoluciones.com