

Abdón Pedrajas

ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com

boletín LABORAL

**¿CUÁNDO EL TIEMPO TRABAJADO POR ENCIMA DE LA JORNADA
ORDINARIA PUEDE CALIFICARSE DE “HORA EXTRAORDINARIA”?.
DELIMITACIÓN CONCEPTUAL A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA Y
DOCTRINA JUDICIAL MÁS RECIENTES.**

Abdón Pedrajas Moreno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Socio Director *Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios*

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director Formación *Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios*

Noviembre, 2009

boletín LABORAL

Abdón Pedrajas

SUMARIO

1.- EL CONCEPTO LEGAL DE LA HORA EXTRAORDINARIA Y SUS POSIBLES INTERPRETACIONES.

1.1.- Los Arts. 35.1 y 34.1 del ET.-

1.2.- Dos posibles interpretaciones de los preceptos legales anteriores.-

1.3.- La interpretación jurisprudencial amplia.-

1.4.- La interpretación jurisprudencial restrictiva.-

1.-5.- El mantenimiento de la tesis tradicional amplia por parte de los Tribunales Superiores de Justicia.-

2.-OTRAS VARIANTES A CONSIDERAR A EFECTOS DE DELIMITAR LAS HORAS EXTRAORDINARIAS.

2.1.- El límite legal de las nueve horas ordinarias diarias de trabajo y las horas extraordinarias.-

2.2.- La distribución irregular de la jornada a lo largo del año y las horas extraordinarias.-

2.3.- Las horas extraordinarias y las horas dedicadas a prevenir y reparar siniestros y otros daños urgentes.-

2.4.- Las horas extraordinarias compensadas mediante descanso posterior.-

2.5.- Las horas de disponibilidad de los trabajadores que no han de estar presentes en la empresa y las horas extraordinarias.-

2.6.- Las horas de desplazamiento del centro de trabajo al lugar de trabajo y las horas extraordinarias.-

2.7.- Las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial.-

1.- EL CONCEPTO LEGAL DE LA HORA EXTRAORDINARIA Y SUS POSIBLES INTERPRETACIONES.

1.1.- Los Arts. 35.1 y 34.1 del ET.-

El Art. 35.1 del ET establece que *“tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior”*.

Y el anterior Art. 34.1 del ET señala que *“la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”*.

1.2.- Dos posibles interpretaciones de los preceptos legales anteriores.-

Así las cosas, son dos las posibles interpretaciones que cabe hacer de los preceptos legales anteriores:

1ª) Bien la de considerar que son horas extraordinarias aquellas que superen la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, entendiendo como hora ordinaria la que se realiza por encima de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo convencional o contractual sin superar la legal.

Esta interpretación se apoya en la remisión del Art. 35.1 del ET a *“la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior”*, donde se fija ésta en *“cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”*.

2ª) Bien la de considerar que son horas extraordinarias todas aquellas que superen la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo efectivo establecida para el concreto trabajador de que se trate, ya sea ésta la legal, la pactada en convenio colectivo o la pactada en contrato individual.

Esta interpretación se apoya igualmente en la remisión del Art. 35.1 del ET a *“la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior”*, donde se dice que *“la duración de la jornada será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”*, respetando ésta, eso sí, la duración máxima legal.

1.3.- La interpretación jurisprudencial amplia.-

La segunda de las interpretaciones anteriores, que defiende que son horas extraordinarias las prestadas por encima de los límites convencionales o contractuales aunque no supere los legales, ha sido la mantenida tradicionalmente por la jurisprudencia de los Tribunales.

Así, las SS.TS de 15 de diciembre de 1992, Ar/10353 o de 18 de septiembre de 2000, Ar/9667 señalan que *“la duda que surge... sobre si deben calificarse como horas extraordinarias las que excedan de la jornada máxima legal, o también las que sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo o en contrato individual, debe ser despejada a favor de este segundo término de la alternativa. Así resulta de la utilización de distintos criterios o cánones de interpretación. Y así lo viene entendiendo también mayoritariamente la doctrina científica”*. Añadiéndose que *“los cánones de la interpretación gramatical y de la interpretación finalista apuntan en el sentido indicado, ya que la idea de horas extraordinarias surge por contraposición a la de trabajo ordinario u horas ordinarias, y es más lógico referir éstas en concreto a las practicadas en las distintas empresas y sectores de actividad que al módulo legal abstracto establecido con carácter general. A ello debe añadirse, por vía de interpretación sistemática, que el propio legislador utiliza esta referencia de la jornada convencional o pactada, y no la de la jornada legal, en la definición del trabajo a tiempo parcial (Art. 12.1 del ET), e implícitamente en la prohibición en el mismo de las horas extraordinarias (Art. 12.4 b) del ET). La delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en convenios colectivos es también la tónica en el Derecho Comparado”*.

1.4.- La interpretación jurisprudencial restrictiva.-

Con el precedente de la STS de 8 de octubre de 2003, Rec. 48/2003, Ar/7821, la STS, u.d. dictada en Sala general, de 21 de febrero de 2006, Ar/2299, seguida de otras muchas (como las de 22 de febrero de 2006, Rec. 33665/2004, de 6 de marzo de 2006, Rec. 2843/2004, de 14 y 27 de noviembre de 2006, Ar/9072, 92293 y 10032, de 5 de diciembre de 2006, Ar/2007/89 o de 5 de julio de 2007, Rec. 1870/2006), cambió sin embargo de criterio señalando que *“parece más ajustada a la literalidad de los artículos 34 y 35 del ET, puestos en relación uno con otro, la interpretación de que sólo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, el 34 en el que se establece en cuarenta horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria”*.

Ahora bien esta segunda línea jurisprudencial propiamente no contradice la anterior, sino que lo único que hace es declarar el carácter dispositivo de la calificación y retribución de las horas de trabajo superiores a la jornada máxima pactada e inferiores a la jornada máxima legal.

En este sentido, la STS de 20 de febrero de 2007, Rec. 3657/2005, Ar/3168, señala que hay que distinguir entre las prolongaciones de la jornada máxima legal, que constituyen verdaderas y propias horas extraordinarias indisponibles para la negociación colectiva y las prolongaciones de la jornada máxima pactada (convencional o contractualmente) que no superan la jornada máxima legal, respecto de las que el convenio colectivo (o el contrato individual) *“puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas –ordinarias y complementarias- no exceda del límite de la jornada máxima legal”*.

Así pues, el convenio colectivo (o el contrato individual de trabajo) podrá libremente considerar extraordinarias las horas de trabajo que excedan de la jornada pactada sin superar la jornada máxima legal o considerarlas ordinarias. Y para el caso de que el convenio nada dijera en un sentido o en otro, habrá que entender, dado el carácter dispositivo de la norma legal, que son horas extraordinarias (SS.TS de 8 de octubre de 2003, Rec. 48/2003, Ar/7821 o de 20 de febrero de 2007, Rec. 3657/2005).

1.-5.- El mantenimiento de la tesis tradicional amplia por parte de los Tribunales Superiores de Justicia.-

Pese a la existencia de una jurisprudencia consolidada por parte del Tribunal Supremo interpretando restrictivamente el concepto legal de hora extraordinaria, la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia mantiene, frecuentemente, la interpretación tradicional amplia.

Esto sucede, por ejemplo, con los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco (STSJ de 21 de febrero de 2006, Rec. 2318/2005) o de Cataluña (STSJ de 15 de mayo de 2006, Rec. 3730/2005 o de 5 de julio de 2006, Rec. 677/2005).

2.-OTRAS VARIANTES A CONSIDERAR A EFECTOS DE DELIMITAR LAS HORAS EXTRAORDINARIAS.

2.1.- El límite legal de las nueve horas ordinarias diarias de trabajo y las horas extraordinarias.-

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 34.3, 2º párrafo del ET – *“el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso (como mínimo, de doce horas) entre jornadas”*,- son horas extraordinarias las que al día sobrepasan las nueve horas de trabajo, aunque la jornada semanal no sobrepase el máximo legal, salvo que por convenio colectivo o por acuerdo de empresa se hubiera establecido otra distribución del trabajo diario (por todas, SS.TS de 22 de diciembre de 1992, Rec. 40/1992 o de 27 de febrero de 1995, Rec. 2091/1994).

2.2.- La distribución irregular de la jornada a lo largo del año y las horas extraordinarias.-

La calificación de una hora como extraordinaria dependerá también de la distribución de la jornada a lo largo del año, esto es, de si se ha pactado o no (por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores) la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (Art. 34.2 del ET), siendo horas extraordinarias en el

caso de haberse pactado la distribución irregular de la jornada a lo largo del año las horas que excedan de la cifra total de la jornada anual, aunque alguna o algunas semanas se hubiese superado el número correspondiente (por todas, STS de 15 de diciembre de 1992, Ar/10353).

2.3.- Las horas extraordinarias y las horas dedicadas a prevenir y reparar siniestros y otros daños urgentes.-

Las horas extraordinarias denominadas por la doctrina tradicionalmente como “obligatorias” a que se refiere el Art. 35.3 del ET (“*el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios o urgentes*”) no se tendrán en cuenta, ni como jornada ordinaria ni como “horas extraordinarias”. Y ello “*sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias*”.

2.4.- Las horas extraordinarias compensadas mediante descanso posterior.-

Las horas extraordinarias podrán compensarse opcionalmente (por convenio colectivo o, en su defecto, por contrato individual) por su abono en salario (que “*en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria*”) o por tiempos equivalentes de descanso retribuido, entendiendo la ley que, en ausencia de pacto, se ha optado por el descanso compensatorio (Art. 35.1 del ET).

Pues bien, no se computarán como horas extraordinarias, a efectos del número máximo legalmente permitido (ochenta al año) las horas extraordinarias compensadas mediante descanso dentro del tiempo legal o pactado (Art. 35.2 del ET; STS de 25 de abril de 2006, Rec. 147/2005).

2.5.- Las horas de disponibilidad de los trabajadores que no han de estar presentes en la empresa y las horas extraordinarias.-

No son horas extraordinarias las horas trabajadas más allá de la jornada máxima en las que el trabajador debe estar localizable por el empresario sin presencia física en el lugar de trabajo, hasta tanto no se produzca la incorporación al servicio (por todas, SS.TS de 11 de julio de 1990, Ar/6094, de 18 de febrero de 1991, Rec. 1021/1990 o de 29 de noviembre de 1994, Ar/9246).

2.6.- Las horas de desplazamiento del centro de trabajo al lugar de trabajo y las horas extraordinarias.-

Son horas extraordinarias las dedicadas por el trabajador para desplazarse desde el centro de trabajo a otro lugar donde se realiza el trabajo, tanto al comenzar como al finalizar su jornada (STS de 24 de junio de 1992, Ar/4669).

2.7.- Las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial.-

Las horas pactadas de exceso sobre las que constituyen la jornada ordinaria en un contrato a tiempo parcial, de acuerdo con lo dispuesto en la ley o en el convenio colectivo aplicable, no serán horas extraordinarias sino "*horas complementarias*" (Art. 12.5 del ET).

El presente documento recoge información relativa a novedades normativas y/o jurisprudenciales. Las opiniones en él contenidas no constituyen asesoramiento profesional o jurídico.

© Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. Quedan reservados todos los derechos prohibiéndose la explotación, reproducción, comunicación pública y transformación, total o parcial, sin la pertinente autorización de Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. (Madrid – Tel +34 91 590 39 94; Barcelona - Tel. +34 93 209 29 67).