

La determinación del valor de la hora extraordinaria mediante el convenio colectivo: ¿puede concretar una remuneración inferior a la de la hora extraordinaria

STS-SCO núm. 369, de 14 de mayo

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *¿Puede un convenio colectivo fijar la remuneración de la hora extraordinaria por un valor inferior a la ordinaria? El ET lo impide, pero cuando la identificación de su valor en el convenio colectivo aplicable se hace en relación con la jornada máxima legal, y no en relación con la jornada máxima del convenio, pueden producirse diferentes interpretaciones que consienten que, efectivamente, el valor de la hora extraordinaria sea inferior a la de la ordinaria, aunque sea una práctica no adecuada y conlleve la anulación de los preceptos del convenio que así lo preveían*

Palabras clave: *Convenio Colectivo. Hora extraordinaria. Concreción del valor económico de las horas extraordinarias*

Abstract: *Can a collective agreement set the remuneration of the extraordinary hour for a value lower than the ordinary one? The ET prevents it, but when the identification of its value in the applicable collective agreement is made in relation to the legal maximum working time, and not in relation to the maximum working day of the agreement, different interpretations may be produced that allow that, indeed, the value of the extraordinary hour is inferior to that of the ordinary one, even if it is an inappropriate practice and entails the annulment of the precepts of the agreement that so foreseen*

Keywords: *Collective agreement. Extra time Specification of the economic value of overtime*

I. Introducción

La sentencia comentada desestima el recurso de casación impetrado por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Corporación Radio Televisión Española, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 7 de diciembre de 2017 [núm. 176/2017, Ponente: Ricardo Bodas Martínez], en actuaciones seguidas por el Sindicato CC.OO. contra Corporación RTVE (y otros), sobre impugnación de convenio colectivo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 369/2019, de 14 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación ordinaria núm. 48/2018.

ECLI: ES:TS:2019:1772.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. oncepción Rosario Ureste García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. *La pretensión en el procedimiento de impugnación del convenio colectivo*

La representación procesal de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. formuló demanda, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre impugnación de convenio colectivo. La pretensión procesal pretendía que se declarase “*la nulidad del artículo 68.2 CC, art. 56 CC y las tablas salariales relativas al valor de la hora extraordinaria establecidas en el ANEXO I del citado Convenio*”, al entender que mediante esta forma de determinación del valor de la hora extraordinaria se producía el efecto de valorarlas económicamente con menor cuantía que la hora ordinaria, circunstancia prohibida radicalmente por el ET y sobre la que la negociación colectiva no puede disponer, al considerarse de Derecho necesario absoluto.

2. *El problema suscitado*

Desde luego no es una problemática muy usual, no hay una excesiva conflictividad jurisdiccional para determinar la idoneidad del instrumento convencional que fija el valor económico de la hora extraordinaria, más que nada porque la arquitectura institucional del precepto que regula esta cuestión prioriza el abono alternativo mediante la compensación “*por tiempos equivalentes de descanso retribuido*” en vez de la remuneración efectiva “*en ausencia de pacto al respecto...*” Se puede afirmar que el ET mantiene una ligera preferencia por la compensación por descanso en vez por la remuneración de las horas extraordinarias.

El procedimiento jurisdiccional trata de determinar, en definitiva, si efectivamente de la interpretación de los preceptos impugnados del convenio colectivo en cuestión se deduce la consecuencia de que el valor de la hora extraordinaria abonada es de cuantía inferior a la de la hora ordinaria de trabajo efectivo. Si así se deduce la anulación de las cláusulas del convenio que así lo prevean es una consecuencia obligada.

3. *El relato de hechos probados y la argumentación de la SAN recurrida*

Según el escueto relato de hechos probados de la SAN 7.12.2017 (núm. 176/2017) recurrida “*En el Anexo I del convenio se establece el precio una tabla de valores de horas tipo para cada nivel económico, que sirve para abonar las horas extraordinarias. El precio, establecido en la tabla mencionada, es inferior a la hora ordinaria*”.

El Tribunal repasa la jurisprudencial del TS sobre la cuestión debatida para concluir, de manera muy breve, que asumida e indubitada la circunstancia de que efectivamente el valor de la hora extraordinaria, tal y como se deduce de los preceptos impugnados, es inferior a la ordinaria, la única conclusión jurídico-técnica que cabe deducir es la anulación de los preceptos del convenio impugnados, como así hace.

IV. Posición de las partes

No es sencillo apreciar con todo detalle las posiciones jurídicas que sostienen las partes sin tener en consideración las que mantuvieron en el procedimiento ante la AN, por eso se exponen unas después de otras de manera ordenada.

1. *La representación legal de los trabajadores (demandante ante la AN e impugnante del recurso ante el TS)*

La demanda de impugnación del Convenio Colectivo pretendía la impugnación de dos artículos, el 56.b) y 68.2 del II Convenio Colectivo de RTVE, así como de las tablas salariales relativas al valor de la hora extraordinaria que figuran en el Anexo 1 del referido convenio.

Fundamentó su pretensión en que el valor de la hora extraordinaria, tal y como se deduce de la aplicación de estas reglas, es inferior a la hora ordinaria, lo cual vulnera, abiertamente además, lo dispuesto en el art. 35.5 ET, que es una norma de derecho necesario absoluto. La jornada ordinaria pactada en convenio es de 1672,5 horas anuales, de manera que el precio de la hora ordinaria debe calcularse mediante la suma de todos los conceptos retributivos, dividiendo el sumatorio resultante entre la referida cantidad de horas que componen la jornada laboral ordinaria máxima prevista en el convenio colectivo aplicable.

Téngase en consideración que esta jornada máxima del Convenio es inferior a la máxima legal permitida por el ET. Y este punto es especialmente importante, porque es el que explica el error de calcular el valor económico de la hora extraordinaria con un valor inferior a la ordinaria en el Anexo 1 del Convenio. En realidad no es que se calcule incorrectamente el valor de la hora ordinaria, es que en la averiguación de la extraordinaria no se tiene en consideración la jornada máxima del convenio, sino la jornada máxima legal permitida por la legislación laboral, produciéndose la discordancia denunciada.

2. *El abogado del Estado recurrente (en este recurso) y la demandada patronal (en la SAN recurrida)*

La empresa se opuso a la demanda. Admitió, efectivamente, que la jornada ordinaria general asciende en la actualidad a 1.672,5 horas anuales, pero advirtió que en el convenio se pactaron otras jornadas ordinarias específicas, reguladas en los arts. 44 a 52 y 63 del propio convenio. Dichas jornadas especiales se retribuyen mediante los complementos correspondientes, porque así lo quisieron los negociadores del convenio.

Admitió, no obstante, que efectivamente en el Anexo I del convenio se contienen valores de la hora extraordinaria inferiores a la hora ordinaria. Entendía, con apoyatura en una STSJ Cantabria de 27-06-2007 (que ha sido buscada infructuosamente), que el valor de la hora ordinaria, en convenios que tengan jornadas inferiores a la jornada máxima del art. 34 ET, debe ajustarse a la jornada legal máxima, y no a la jornada máxima del convenio. Es, se mire como se mire, una manera singular de ver el problema, pues quiebra la garantía de identidad de abono de las horas extraordinarias que patrocina como principio el propio ET. La interpretación más razonable de la cuestión pasa por entender que cuando el ET en este precepto se refiere al valor de la hora ordinaria no está pensando en la jornada máxima legal, sino en la máxima del convenio colectivo aplicable en cada caso.

Subraya la defensa técnica de la empresa que la resolución judicial debe ser congruente con el suplico de la demanda que solicita la nulidad de la totalidad del art. 56 del Convenio Colectivo. Ello supone, a su juicio, que la anulación del art. 56 del Convenio Colectivo conllevaría también la anulación del pacto de compensación de cada hora extraordinaria con 1,75 horas de descanso alternativo, prevista en el apartado c) del precepto como mecanismo de compensación con descanso alternativo de las horas extraordinarias que no se abonan económicamente. Defendió subsidiariamente que, si se estimaba la nulidad de los preceptos citados, el cálculo de

la hora ordinaria debería hacerse únicamente sobre los conceptos salariales, de los que debería excluirse los conceptos incompatibles como son los complementos que retribuyen las jornadas especiales.

En el recurso entendió que los dos primeros preceptos anulados por la SAN que impugna no fijan ninguna cuantía, sino que la cuantificación se realiza en el Anexo 1, por lo que no cabe su anulación, señalando, singularmente, que aunque ciertamente, como así se reconoció en el acto del juicio, las retribuciones por horas extraordinarias contenidas en dicho anexo son inferiores al salario de la hora ordinaria, no es menos cierto que esas cuantías corresponden a la jornada general ordinaria regulada en el art. 39 del Convenio Colectivo, y no serían inferiores si la jornada fuera de 40 horas semanales en cómputo anual. Es decir, la cuantificación de la hora extraordinaria -según su parecer- se tiene en consideración desde la jornada laboral máxima, que en este caso es superior a la máxima ordinaria prevista en el convenio.

3. *El Ministerio Fiscal (ante la AN y ante el TS)*

El ministerio fiscal consideró que la hora extraordinaria debía abonarse al menos como la hora ordinaria en el procedimiento de impugnación del Convenio Colectivo ante la AN. Y sostuvo, en coherencia con su anterior interpretación de la cuestión, que el recurso de casación ordinaria debía ser desestimado, pues apreciaba que la resolución recurrida “*no fue ilógica*”, sobre todo teniendo en consideración el relato de hechos probados que efectivamente concreta que el valor de la hora extraordinaria es inferior a la ordinaria.

V. **Normativa aplicable al caso**

Dos normas tienen que tenerse en consideración para la resolución del asunto, el Convenio Colectivo aplicable y el ET.

1. *El II Convenio Colectivo de la Corporación RTVE*

El II Convenio Colectivo de la Corporación RTVE fue suscrito con fecha 29 de noviembre de 2013 (inscrito por Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, y publicado en el Boe el 30.1.2014). Es conveniente transcribir los dos preceptos que regulan la organización de la remuneración de las horas extraordinarias, que son los impugnados y finalmente anulados.

El artículo 56 titulado “*Horas extraordinarias*” que prevé: “*De conformidad con las disposiciones legales vigentes, se consideran horas extraordinarias las que excedan de la jornada ordinaria establecida en cada caso para cada modalidad de prestación de trabajo. Su realización deberá ser previamente aceptada por el trabajador.*”

a) *Son horas extraordinarias diurnas las realizadas entre las siete y las veintidós horas, y nocturnas las que se realicen en las restantes horas.*

b) *Por simplificación administrativa, las horas extraordinarias se abonarán según la tabla de valores de horas tipo para cada nivel económico, que se establece en el anexo número 1 de este convenio.*

c) *La mitad de las horas extraordinarias podrá compensarse con horas de descanso, con un incremento en este caso del 75 por 100, cuando las necesidades del servicio lo permitan en el plazo de cuatro meses desde su generación”.*

El artículo 68 denominado “*Complementos de calidad o cantidad*” contiene un segundo inciso “*Complemento de horas extras*” que dispone que “*Retribuye los excesos de las jornadas de trabajo ordinario detalladas en el artículo 56 del presente convenio, y su importe será el establecido en el anexo 1*”.

Por su parte el Anexo 1 contiene las “*Tablas salariales año 2013 (período 1/1/2013 a 30/11/2013)*”. En él se establece una tabla de valores de horas tipo para cada nivel económico retributivo del Convenio que sirve para parámetro para la calibración del abono de las horas extraordinarias.

2. El art. 35 ET

El art. 35.1 ET dispone: *“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. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”*.

VI. Doctrina básica

La doctrina que se deduce de la resolución objeto de comentario no se desvía un milímetro de sus precedentes apreciaciones sobre la misma cuestión. Su valor es actualizar una doctrina que cada cierto tiempo debe ser subrayada: que el valor económico de las horas extraordinarias que se abonan no puede ser inferior a la de la hora ordinaria.

El problema aquí suscitado es que por “simplificación administrativa” el convenio aplicable establece en el art. 56.b) un redondeo en el abono de estas horas extraordinarias teniendo en consideración una tabla de valores tipo de horas para cada nivel económico que figura en un anexo al convenio. La difícil coordinación de los preceptos y el Anexo del convenio produce la discordancia denunciada en la AN y ahora ante el TS.

No estamos en presencia, en definitiva, de una solución especialmente novedosa o brillante, sino ante ese tipo de pequeñas resoluciones jurisdiccionales que, subrayando lo afirmado por la legislación solidifican el nivel de protección institucional de determinadas garantías jurídicas. El TS también está para las pequeñas cosas.

En el asunto aquí tratado lo singular es que en el Anexo 1 del convenio cuando se regula el valor económico de la hora ordinaria se realiza teniendo en consideración no la jornada general ordinaria que el mismo convenio organiza el artículo 39, sino teniendo en consideración la jornada máxima de 40 horas semanales que, como máximo absoluto, prevé el ET. Al ser la jornada ordinaria del convenio menor de 40 horas el valor de la hora extraordinaria es menor que el de la ordinaria, pues se tiene en consideración sobre un volumen mayor de horas. Por eso en el artículo 56 apartado b), que establecía el abono de las horas extraordinarias, se hacía referencia a este anexo 1 por *“simplificación administrativa”*. En este caso la simplificación administrativa ha provocado una innecesaria complicación jurídica.

VII. Parte dispositiva

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAN recurrida, confirmándola en todos sus extremos.

VIII. Pasajes decisivos

El fundamento de Derecho 2 precisa: *“esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la materia objeto de análisis, expresando en esencia que el art. 35.1 del Estatuto de los trabajadores (ET) dispone que “mediante convenio o, en su defecto, contrato individual, se optará por abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido”. Esta Sala ha señalado que el art. 35.1 ET establece una norma de derecho necesario relativo al permitir que sea la negociación colectiva la que determine libremente la cuantía del salario de las horas extraordinarias, siempre que se respete el límite mínimo que impide rebajar el valor de la hora ordinaria (STS/4ª de 20 febrero 2007 -rcud. 3657/2005 - y 13 noviembre 2013 -rcud. 2310/2012 -, entre otras)”, doctrina que a su*

vez recordamos en resoluciones más recientes como la dictada el 27.06.2018 (RC 227/2016)".

IX. Comentario

Estamos en presencia, por tanto, de una resolución que se enfrenta a un problema sobre el que se ha pronunciado en numerosas ocasiones, siempre en la misma dirección. No hay duda alguna de que si el valor de la hora extraordinaria es inferior a la de la hora ordinaria el precepto del convenio que así lo establezca debe ser anulado.

La SAN recurrida cita la STS 21-02-2007 (rec. 36/2006) que dispone: "*Como se ha dicho recientemente por esta Sala del Tribunal Supremo (por todas STS de 12 de enero de 2005, Rec. 984/2004) "Esta imperatividad formal resulta avalada por las interpretaciones de carácter lógico y finalista del precepto: desde el primero de los criterios hermenéuticos es clara la irrazonabilidad de retribuir el trabajo prestado en horas extraordinarias con cantidad inferior a la correspondiente al mismo trabajo prestado durante la jornada ordinaria. Desde el segundo, la finalidad de la regulación de las horas extraordinarias, tanto sobre su número como sobre su remuneración, está inspirada en un criterio de limitación de las mismas, para evitar los inconvenientes o daños que pudieran derivar del exceso de trabajo, en los aspectos individual y social".*

Debe concluirse, pues, que el artículo 35.1 ET sobre el valor de las horas extraordinarias constituye una norma legal de Derecho imperativo relativo, donde la voluntad negociadora colectiva o individual, subsidiaria ésta de aquélla, cumple respecto de dicha norma una función de complementariedad por expresa remisión de la misma y con el límite que establece, que es un mínimo de Derecho necesario no susceptible de vulneración en caso alguno, tal como dice expresamente el artículo 35.1, de cuya aplicación se trata, y resulta conforme a los artículos 3.3 y 85.1, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores. En este mismo sentido se han pronunciado las STSS de 28 de noviembre de 2004, 15 de diciembre de 2003 y de 21 y 22 de diciembre de 2004, además de la de 18 de marzo de 2003 que fue anteriormente citada, entre otras, cuya doctrina se puede reducir así: 1) Como se desprende claramente de su tenor literal ('en ningún caso'), la norma legal del art. 35.1 del ET sobre el precio mínimo de la hora extraordinaria es una norma de derecho necesario absoluto, siendo por tanto indisponibles para la negociación colectiva, los derechos que confiere: 2) la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución Española, no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias (art. 3.1.b) del ET), y exija también (art. 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea dentro del respecto a las leyes".

X. Apunte final

Que el concepto jurídico 'jornada' es más amplio que el de 'horario' es sabido. Su consideración anual como un todo unitario, de (eventual) distribución irregular a lo largo del año, facilita y favorece una ordenación de los recursos humanos en la empresa cuando la productividad así lo demande. Este instrumento se erige, por tanto, en el más importante para implementar mecanismos de flexibilidad empresarial desde el punto de vista de la organización del tiempo de trabajo

La posibilidad que permite el ET de compensar con descanso alternativo las horas extraordinarias realizadas, en vez de abonarlas económicamente, constituye también un interesante instrumento empresarial para implementar flexibilidades horarias y de distribución del tiempo de trabajo. La utilización conjunta de ambos instrumentos, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año y la compensación con descanso de aquellas horas por exceso trabajadas sobre la jornada ordinaria, forman un cóctel de potencia inusitada para la ordenación flexible del tiempo de trabajo, repercutiendo, no obstante, en el trabajador, que no siempre colma su

aspiración de disfrutar de un horario de trabajo estable y consolidado a lo largo del año.

El problema está, en lo que importa al valor de la hora extraordinaria que es lo aquí debatido, en que no siempre es fácil, incluso con un instrumento convencional aseado y técnicamente bien redactado, concretar cuál es el valor económico de la hora ordinaria. Aunque sólo sea por una cuestión meramente organizativa: la jornada se mide atendiendo a un parámetro anual, y el salario, por definición, es de carácter mensual. Por ello resulta más sencillo compensar las horas extraordinarias realizadas con descanso alternativo “...dentro de los cuatro meses siguientes a su realización” (art. 35.1 *in fine*). Y quizá ello explique la prioridad aplicativa -“*en ausencia de pacto al respecto*”- de esta fórmula frente al abono económico que manifiesta el ET. Es claro, no obstante, que cuando se emplean las horas extraordinarias que posteriormente se compensan con descanso, lo que se está recurriendo, se mire como se mire, es a un instrumento de flexibilización del tiempo de trabajo.

En este caso además se da la circunstancia de que el valor de la hora ordinaria se ha hecho teniendo en consideración una jornada laboral de 40 horas semanales, la máxima legal, mientras que en el mismo convenio en otro precepto se prevé una jornada general ordinaria de menor volumen de horas en cómputo anual. Es evidente que es una práctica como acorde a lo previsto en la norma, y por ello se ha anulado, pero que puede producirse precisamente porque tenemos dos tipos de horas extraordinarias, muy distintos entre sí.

Porque es hora ya de abordar esta problemática con otros ojos, de otra manera, con una perspectiva que tenga menos ‘recuerdos’ de lo que tradicionalmente se han considerado horas extraordinarias. Ya no son lo que eran. El exceso de trabajo realizado sobre la jornada ordinaria diaria devengaba tradicionalmente una remuneración económica adicional. En este contexto clásico y organizado para una economía fabril de jornadas que comienzan y acaban con un pitido en una fábrica o taller, la regla jurídica que imponía una remuneración al menos idéntica a la prevista para la hora ordinaria tenía todo su sentido y toda la razón de ser. Era una norma de garantía que evitaba abusos en la ordenación del tiempo de trabajo, muy acorde, además, con una cotización singular al alza en relación con la horas ordinarias.

Pero esa economía hace tiempo que murió. Para la economía 4.0 de alta cualificación y competitividad depredadora la compensación por descanso alternativo parece una regla jurídica que se acomoda mejor a la autonomía técnica del trabajador y a su capacidad de auto-organización de sus propios recursos y su tiempo de trabajo. La regla de la remuneración económica estaba bien acomodada en sistema de trabajo muy presenciales, muy “*dependientes*”, pero la regla de la compensación por descanso alternativo sirve mejor a una económica muy “*ajenizada*”, en donde lo esencial no es el tiempo de trabajo desarrollado, sino el resultado productivo obtenido. En esta economía la distribución irregular de la jornada más que un instrumento de la organización del trabajo es una característica intrínseca de la operatividad de la productividad. Se trabaja por proyectos, por objetivos, en plazos, mediante redes relacionadas entre sí, con equipos de actividad que se encuentran en diferentes sitios físicos. Se trabaja cuándo se necesita, y en este contexto laboral la diferencia entre horas extraordinarias que se compensan con descanso en los siguientes cuatro meses, y distribución irregular de la jornada es realmente muy escasa.

Es evidente que mientras que las primera horas extraordinarias -las compensadas económicamente- son auténtica horas trabajadas por exceso de la jornada, las segundas -las compensadas con descansos alternativos- forman parte de la flexibilidad interna que patrocina la distribución irregular de la jornada. ¿Realmente estamos en presencia de una misma institución jurídica, o quizá ha llegado el momento de llamar a las cosas de otra manera?

A lo mejor es el momento de modificar el propio concepto de horas extraordinarias, reservándolo para aquellas que se abonan económicamente por haber sido trabajadas por exceso en la jornada diaria, por más que este concepto: “jornada

diaria” sea empleado de manera impropia o no técnicamente. Son tiempos, además, de modificación del ET para implementar nuevos mecanismos de control de la jornada, por lo que nada extraño supondría aprovechar el impulso legislativo para acometer una modificación del marco legal que diferencie claramente entre unas y otras horas y les atribuya un régimen jurídico distintivo, más acorde a la verdadera naturaleza que juegan unas y otras en la ordenación del tiempo de trabajo.