

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

ÁNGEL UREÑA MARTÍN

ASESOR LABORAL

ÁNGEL UREÑA MARTÍN

***A ti, por acompañarme siempre
y hacerme sentir único cada día***

ÍNDICE

CAPÍTULO I. CONCEPTO DE HORA EXTRAORDINARIA. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO - 7 -

CONCEPTO DE HORAS EXTRAORDINARIAS	- 7 -
PRIMER ESCENARIO. LA JORNADA ORDINARIA MÁXIMA ESTABLECIDA EN MÓDULO ANUAL	- 8 -
SEGUNDO ESCENARIO. LA HORA EXTRAORDINARIA POR ENCIMA DE LAS NUEVE HORAS DE TRABAJO EFECTIVO	- 16 -
TERCER ESCENARIO. LA NUEVA POTESTAD EMPRESARIAL EN LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA DE TRABAJO	- 23 -
EL TIEMPO DE TRABAJO HA DE SER EFECTIVO	- 28 -

CAPÍTULO II. CLASIFICACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS - 34 -

INTRODUCCIÓN. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 35 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	- 34 -
LAS HORAS EXTRAORDINARIAS MOTIVADAS POR FUERZA MAYOR	- 34 -
HORAS EXTRAORDINARIAS COMUNES	- 40 -

CAPÍTULO III. OBLIGATORIEDAD Y VOLUNTARIEDAD DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS - 49 -

CAPÍTULO IV. PROHIBICIONES A LA REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS - 56 -

PROHIBICIONES A LA EJECUCIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS	- 56 -
TRABAJADORES MENORES DE DIECIOCHO AÑOS	- 56 -
LOS TRABAJADORES NOCTURNOS	- 58 -
TRABAJADORES CON CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE	- 60 -
RESTRICCIONES DE ORIGEN REGLAMENTARIO A LA REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS	- 61 -

ÁNGEL UREÑA MARTÍN

<i>PRIMER CASO: POR EL CARÁCTER ESPECIAL DE LA RELACIÓN: MINUSVÁLIDOS QUE TRABAJEN EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO</i>	- 62 -
<i>SEGUNDO CASO: POR LAS PECULIARIDADES DEL PUESTO DE TRABAJO, POR SU PELIGROSIDAD O PENOSIDAD</i>	- 62 -
<i>TERCER CASO: REDUCCIÓN DE JORNADA A LA QUE TIENE DERECHO EL TRABAJADOR</i>	- 64 -

CAPÍTULO V. LÍMITES EN LA REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS - 67 -

LÍMITES OBJETIVOS	- 67 -
EL LÍMITE MÁXIMO DE OCHENTA HORAS EXTRAORDINARIAS AL AÑO	- 71 -
TOPES MÁXIMOS A LA JORNADA EXTRAORDINARIA	- 71 -
<i>PRIMER CASO: REGLAS GENERALES</i>	- 71 -
<i>SEGUNDO CASO: REGLAS ESPECÍFICAS PARA VÍNCULOS CONTRACTUALES DETERMINADOS</i>	- 75 -
<i>POR LA SINGULARIDAD DEL VÍNCULO</i>	- 75 -
<i>POR EL SECTOR DE ACTIVIDAD AL QUE PERTENECEN</i>	- 76 -
<i>TERCER CASO: REDUCCIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS POR EL GOBIERNO</i>	- 78 -

CAPÍTULO VI. EL CÓMPUTO DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS - 79 -

CRITERIOS PARA COMPUTAR EL NÚMERO DE HORAS EXTRAORDINARIAS EJECUTADAS POR EL TRABAJADOR	- 79 -
<i>PRIMER CASO: HORAS EXTRAORDINARIAS POR FUERZA MAYOR: SU EXCLUSIÓN A EFECTOS DE CÓMPUTO</i>	- 79 -
<i>SEGUNDO CASO: EXCLUSIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS COMPENSADAS MEDIANTE DESCANSO</i>	- 83 -
<i>TERCER CASO: OTROS SUPUESTOS QUE TAMPOCO COMPUTAN A EFECTOS DEL TOPE MÁXIMO DE HORAS EXTRAORDINARIAS</i>	- 86 -
<i>PRIMER SUPUESTO: TRABAJOS DE PUESTA EN MARCHA Y CIERRE DEL TRABAJO</i>	- 86 -
<i>SEGUNDO SUPUESTO: EL DENOMINADO TIEMPO DE PRESENCIA</i>	- 90 -

CAPÍTULO VII. LA RETRIBUCIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS - 96 -

INTRODUCCIÓN	- 96 -
FÓRMULAS DE RETRIBUCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL	- 98 -

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

RETRIBUCIÓN ECONÓMICA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS	- 102 -
RETRIBUCIÓN EN DESCANSO DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS. DETERMINACIÓN DEL PERÍODO DE DISFRUTE	- 109 -

CAPÍTULO VIII. EL CONTROL DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS - 117 -

INTRODUCCIÓN	- 117 -
CONTROL POR PARTE DEL TRABAJADOR INDIVIDUALMENTE	- 117 -
EL CONTROL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES	- 122 -
CONTROL ADMINISTRATIVO	- 125 -

CAPÍTULO IX. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL - 127 -

INTRODUCCIÓN	- 127 -
PRIMERA ETAPA: PROHIBICIÓN DE REALIZAR HORAS EXTRAORDINARIAS	- 127 -
SEGUNDA ETAPA: CAMBIO DE TENDENCIA Y REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL	- 127 -
TERCERA ETAPA. VUELTA A LA PROHIBICIÓN DE REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL	- 129 -

NOTA INTRODUCTORIA

Las horas extraordinarias: régimen legal y convencional, como su propio nombre indica es un estudio de la figura jurídica de las horas extraordinarias, tanto desde una óptica legal como desde el plano convencional (que como verá el lector, la casuística recogida en ellos es amplísima).

El trabajo tiene la finalidad dar una visión global, de fácil comprensión, estudiando las características principales de las horas extraordinarias, haciendo hincapié en ofrecer múltiples ejemplos de cada idea estudiada para que la comprensión sea mucho más óptima.

La obra se divide en nueve capítulos. En ellos se estudia el concepto y la clasificación de las horas extraordinarias, el carácter voluntario de su realización (u obligatorio si se trata de horas extraordinarias por fuerza mayor, como se estudia en la obra), las prohibiciones que establece la legislación de realización de horas extraordinarias, los límites a su realización, su cómputo, su retribución y control y terminando con una breve referencia a las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial, incluyendo la recientísima reforma laboral traída por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de Diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

Deseo que la monografía sea de interés del lector, que le sirva para conocer de forma más detallada una figura jurídica importante y que pueda tener la base jurídica pertinente para solucionar las controversias que puedan plantearse en la vida real.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE HORA EXTRAORDINARIA. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO

CONCEPTO DE HORAS EXTRAORDINARIAS

En la ordenación de las horas extraordinarias se otorga una importante función reguladora a la autonomía colectiva. Se considera la hora extraordinaria como contrapuesta a la hora ordinaria o al trabajo ordinario. Si analizamos el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores define las horas extraordinarias de la siguiente forma: *<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 anterior¹>*.

Analizando el precepto observamos como nos dice *<sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo>*, es decir, nos muestra como elemento constitutivo un exceso de tiempo de trabajo sobre la jornada ordinaria. No obstante, esto que parece sencillo, resulta en la práctica algo muy conflictivo debido a la remisión que el precepto hace al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, referido a la jornada ordinaria de trabajo. Esta remisión que el precepto efectúa nos introduce un grado de confusión importante acerca de la definición de la hora extraordinaria y posibilita en mucho que la negociación colectiva y la autonomía individual tengan un papel muy significativo a la hora de delimitar la frontera entre horas ordinarias de trabajo y horas extraordinarias².

Por todo lo expuesto, debemos estudiar los diferentes escenarios en relación a la distribución de la duración de la jornada de trabajo que nos ofrece el artículo 34 del Estatuto de

¹ El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores es el que regula la jornada ordinaria de trabajo, por eso debemos conocer bien la configuración de este artículo para saber cuando estamos ante una hora extraordinaria, por haberse sobrepasado la misma.

² En atención a este reenvío al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, debemos estudiar el régimen jurídico del mismo para conocer la regulación de la jornada ordinaria y las posibilidades que se abren respecto a la determinación de su duración y distribución, como veremos.

los Trabajadores, para identificar el trabajo que se presta más allá de los límites que están fijados para la duración de la jornada ordinaria.

PRIMER ESCENARIO. LA JORNADA ORDINARIA MÁXIMA ESTABLECIDA EN MÓDULO ANUAL

Como acabo de indicar, el texto estatutario define las horas extraordinarias como aquellas horas de trabajo que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo³, fijada de acuerdo con el artículo 34 del citado texto. A su vez, el citado precepto nos dice que *<La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual⁴>* y, además, nos indica también que *<La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo>*. Del precepto deducimos que el tope máximo es de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, que nos sirve de referencia, de parámetro, para calcular la duración máxima de la jornada ordinaria anual de trabajo. Dado que la norma no nos dice que horas son las que constituyen la jornada máxima anual⁵, han sido los tribunales los que han venido concretando la misma en 1.826 horas y 27 minutos de trabajo⁶. Esta cifra constituye el límite máximo de jornada anual⁷, que habrá de respetarse imperativamente, pudiéndose

³ De la Villa Gil, L.E., *<El concepto de hora extraordinaria>*, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.

⁴ Si que es importante matizar aquí que debemos tener presente las peculiaridades que existen respecto a la duración de la jornada en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, por el que se regulan las jornadas especiales de trabajo.

⁵ Como acertadamente expresa García Ninet y personalmente opino lo mismo, que: *<Hubiera resultado útil, de una vez por todas, y más en estos momentos de apuntes claros de flexibilización y anualización, que la misma ley nos fijara con alcance general cuál es el total de horas al año que se estima como jornada máxima anual>*. Vid. García Ninet, J.L., *<La ordenación del tiempo de trabajo>* en AA.VV., *Jornada laboral, movilidad y modificación de las condiciones de trabajo*, tomo I, volumen 2º, Madrid (Edersa), 1994.

⁶ Esta cifra es el resultado del promedio de 40 horas semanales descontando del mismo las vacaciones, los descansos semanales y anuales y los festivos. Alarcón Caracuel señala que esta cifra puede variar según la coincidencia de festivos y vacaciones y según el año sea bisiesto o no. Vid. Alarcón Caracuel, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (Tecnos), 1988.

⁷ He de decir aquí que esta jornada máxima anual es un mínimo de derecho necesario, se trata de una normal totalmente imperativa, por lo que una hora trabajada por encima de ella nunca podrá ser considerada como una hora ordinaria.

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

establecer jornadas inferiores a la misma, pero jamás superiores. Por ello, será una hora extraordinaria la que se lleve a cabo superando esta jornada máxima anual.

Analizado esto que parece sencillo y que a priori no nos conlleva ningún tipo de problema, realmente no es así. Como dije antes, el precepto también nos señala que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, dándonos dos posibles jornadas: una de origen legal y otra de origen pactada. Ello nos lleva a preguntarnos si la hora extraordinaria es únicamente la que supera la duración máxima de la jornada ordinaria legal –es decir, la que supera las 40 horas semanales de promedio anual, o lo que es lo mismo, la que esta por encima de 1.826 horas y 27 minutos al año aproximadamente– o si también debemos atribuir la hora extraordinaria a aquellas horas de trabajo que superen la eventual jornada inferior a la legal que hayan podido acordar las partes a través de pacto colectivo o individual⁸. Analicemos este interrogante más detenidamente.

En un primer momento, la doctrina y la jurisprudencia se decantaban por considerar horas extraordinarias no sólo las que excediesen de la jornada legal, sino también aquéllas que sobrepasasen la jornada convencional o contractual pactada⁹. Como consecuencia de ello, los convenios colectivos han reflejado de forma mayoritaria este criterio. Son muchos los que

⁸ Imaginemos que en un convenio colectivo se ha acordado una jornada de trabajo anual de 1780 horas. Aquí nos preguntaríamos si las horas trabajadas por encima de aquellas (pero por debajo de las 1826 horas y 27 minutos que se corresponden con la jornada de trabajo máxima anual legal) son también horas extraordinarias.

⁹ Autores que defendieron esta doctrina, entre otros. Sempere Navarro, A.V.: <El marco jurídico de las horas extras>, *Aranzadi Social* 2001. Alarcón Caracuel, M.R.: <Comentarios al artículo 35>, en Monereo Pérez, J.L.: <Comentario al Estatuto de los Trabajadores>, Editorial Comares, Granada, 1998. El propio Tribunal Supremo, en una Sentencia de 15 de diciembre de 1992, y de forma muchísimo más clara y contundente, en otra Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2000 explicaba 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 (artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores). La delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en convenios colectivos es también la tónica en Derecho comparado>.

recogen en sus textos una definición de lo que se considera como hora extraordinaria, y de ellos, si bien es cierto que existen bastantes que se limitan a conceptualizarlas como aquellas que superan la jornada ordinaria sin mayores precisiones al respecto¹⁰, la mayoría de ellos concretan que se refieren al exceso de horas sobre la jornada ordinaria pactada en el convenio colectivo, o en ocasiones se refieren explícitamente sobre la jornada ordinaria acordada en el contrato individual¹¹.

¹⁰ Por indicar un ejemplo, entre muchos otros, el artículo 42 del Convenio Colectivo Estatal para las industrias de elaboración del arroz establece expresamente *<Se entiende que dichas horas extraordinarias se efectuarán **a partir de la jornada laboral máxima en días laborables** y nunca rebasarán el tope máximo establecido por la Ley>*. Observamos como las conceptúa como aquellas que rebasan la jornada laboral sin mayores precisiones de si se trata de la jornada legal o la pactada convencionalmente.

¹¹ Un ejemplo de este supuesto lo encontramos en el artículo 27 del Convenio Colectivo de Servicios Seguritas, S.A., publicado en el BOE el 18 de noviembre de 2008, el cual dice literalmente que *<Tendrán la consideración de horas extraordinarias **las que excedan de la jornada ordinaria** establecida en el artículo 26 de este Convenio Colectivo, siendo los importes a abonar para el año 2008 los que se indiquen en el Anexo II, cualquiera que sea el momento en que se realice, dentro de las veinticuatro horas del día>*. Aquí vemos como ya se refiere concretamente a las que exceden de la jornada ordinaria establecida en el propio convenio colectivo. Si se produce esa precisión concreta de la que hablaba.

Otro ejemplo lo vemos en el Convenio Colectivo de la Compañía Española de Petróleos, S.A., publicado en el BOE de 27 de noviembre de 2008, donde su capítulo VII, punto tercero, referido a las horas extraordinarias en su vertiente económica dice expresamente: *<Tienen la consideración de extraordinarias aquellas horas de trabajo que se **realicen sobre la duración máxima de las jornadas ordinarias** pactadas en este Convenio Colectivo, siempre que su realización haya sido previamente solicitada por la empresa. La aceptación será voluntaria para el trabajador salvo en los supuestos de realización obligatoria previstos en la legislación vigente y en el presente Convenio Colectivo>*.

Algunos convenios colectivos se refieren tanto a la superación de la jornada convencional como de la menor jornada estipulada contractualmente. Por ejemplo, el artículo 19 del Acuerdo Marco 2007 del grupo de empresas formado por Altadis, S.A., y Logista, S.A., publicado en el BOE el 26 de septiembre de 2007 establece que: *<Tendrán la consideración de horas extraordinarias todas aquellas que excedan de la jornada laboral establecida en el presente Acuerdo o de la de aquellos trabajadores que, por razones legales o contractuales, tuvieran acreditada individualmente una jornada de trabajo inferior a la antes señalada>*.

También existen instrumentos colectivos que solamente se refieren al exceso sobre la jornada contractual. Por indicar un ejemplo, el artículo 33 del XIII Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, publicado en el BOE de 21 de julio de 2012, dice que: *<Son horas extraordinarias las que se realicen por **encima de la jornada contractualmente establecida**. Su realización*

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

Posteriormente, el Tribunal Supremo introduce una matización de bastante calado a la doctrina expuesta anteriormente. Se produce este nuevo criterio al hilo de varias sentencias de dicho Tribunal que admiten que las guardias médicas que conllevan presencia física se consideran como de tiempo de trabajo efectivo¹². En relación a lo que aquí nos interesa, dicho Tribunal afirma que los períodos dedicados a estas guardias de presencia se deben considerar como horas extraordinarias solamente cuando rebasen la duración de la jornada legal máxima que previene el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, las horas de guardia física que superen la jornada máxima pactada convencionalmente pero que estén por debajo de la jornada máxima legal, el Tribunal da la posibilidad a los convenios colectivos para que les atribuyan una retribución menor a la marcada para las horas extraordinarias.

Por tanto, aquí en esta doctrina se viene a decirnos que el trabajador que realice horas por encima de la jornada establecida en el convenio o en el contrato, si esas horas superan igualmente la jornada legal máxima, obviamente y como no podía ser de otro modo, serán horas extraordinarias, pero en el caso de que superen la jornada del convenio o del contrato pero no la máxima legal, no se considerarán horas extraordinarias y se podrá fijar con absoluta libertad la retribución que las mismas tendrán¹³.

tendrá carácter voluntario para el trabajador, siendo su valor el que se indica en el Apéndice Tablas Salariales>.

Y, en otras ocasiones, para terminar, se hace alusión a la superación de la jornada pactada, sin establecer ninguna precisión más. Por ejemplo, el artículo 24 del II Convenio Colectivo Estatal para las escuelas de turismo, publicado en el BOE de 24 de septiembre de 2002 dice que: *<Son horas extraordinarias las que se realicen por encima de la jornada pactada>.*

¹² Podemos citar, entre otras muchas Sentencias, las de 8 de octubre de 2003, 22 de febrero de 2006, 29 de mayo de 2006, 14 de noviembre de 2006 o 5 de julio de 2007.

¹³ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de febrero de 2006 nos dice que: *<la jornada máxima legal es un límite imperativo que no puede ser desconocido, por lo que el convenio colectivo no puede establecer una jornada ordinaria superior, nada le obliga a establecer una jornada ordinaria de trabajo inferior a aquella. Puede hacerlo, sin duda, pero si lo hace a él corresponderá determinar la reducción de jornada que introduce sobre la máxima legal y las condiciones en la que la misma se disfruta, pudiendo así relativizar el concepto de horas extraordinarias y entender, por ejemplo y como se ha resultado, que las horas que exceden de esa jornada convencional pero no la legal, no deben considerarse horas extraordinarias y fijando en su caso su retribución en términos de absoluta libertad>.*

De ello llegamos a la siguiente conclusión. El concepto de hora extraordinaria es relativamente disponible para el convenio colectivo, que no podrá negarlo en ningún caso si superan la jornada máxima legal, pero que si podrá hacerlo a las horas que, sin superar ésta, sobrepasen la jornada ordinaria que el mismo convenio establezca¹⁴.

En mi opinión, aunque se pueda criticar esta interpretación, jurídicamente creo que es totalmente viable. Por una parte, el convenio colectivo no está obligado en absoluto a reducir la jornada máxima legal y, en el caso de que lo haga, le corresponde marcar el régimen jurídico de esa reducción. Además, tampoco es obligado que el convenio determine una retribución determinada para la jornada ordinaria, siempre que respete, eso si, el salario mínimo interprofesional. Por ello, no cabe pensar que es obligatorio que la retribución de todas las horas ordinarias de trabajo sea igual. Por tanto, la solución de esta doctrina no puede calificarse de jurídicamente incorrecta, dada la flexibilización que se ha ido introduciendo por las sucesivas reformas laborales¹⁵.

En definitiva, en estas sentencias, el Tribunal Supremo cambia su postura mantenida en anteriores pronunciamientos que fijaban el concepto de hora extraordinaria en la superación de la jornada ordinaria pactada¹⁶. No obstante, y es importante que lo remarque aquí, este criterio

¹⁴ Como acertadamente ha establecido Alfonso Mellado, esta interpretación jurisprudencial ha creado un tercer tipo de horas de trabajo. Las que hasta ahora conocíamos eran las horas de trabajo en jornada ordinaria y las extraordinarias. Ahora aparece un "tertium genus", que no esta expresamente previsto en la norma legal y que puede conducir a una retribución inferior a la de la hora ordinaria, rompiendo así un cierto equilibrio al abaratar el trabajo por encima de la jornada general, ofreciendo además a los empresarios una especie de bolsa flexible de horas de trabajo, en extremo baratas si es que la retribución se reduce por debajo del valor de la hora ordinaria. Vid. Alfonso Mellado, C.L.: <Las horas extraordinarias>, en Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J.: Tiempo de trabajo, Bomarzo, Albacete, 2007.

¹⁵ No obstante, también he de afirmar aquí que los agentes sociales no deberían negociar este tipo de cláusulas en los convenios colectivos, no generalizándose estas regulaciones.

¹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero de 2006 reconoce que aun cuando en alguna sentencia anterior el propio Tribunal Supremo afirmara que las horas extraordinarias eran las que se efectuaban por encima de la jornada pactada y no de la máxima legal de 40 horas del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (Sentencia de 18 de septiembre de 2000), sin embargo, parece más ajustada a la literalidad de los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores puestos en relación uno con otro, la interpretación de que sólo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen sobre la

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

de atribuir el concepto de hora extraordinaria a las que se realicen por encima de la jornada máxima legal debemos interpretarlo como un mínimo mejorable por la autonomía colectiva e individual, es decir, las partes pueden atribuir el tratamiento de las horas extraordinarias a todas aquellas que sobrepasen la jornada ordinaria pactada, aun cuando no superen la jornada máxima legal prevista en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores¹⁷.

Por tanto, como señala Ezquerro Escudero, lo que hace la nueva jurisprudencia es aclarar el carácter dispositivo que para la autonomía de las partes presenta la calificación y retribución de las horas de trabajo efectivo comprendidas entre la jornada máxima pactada y la jornada máxima legal¹⁸.

De todo lo estudiado hasta aquí y para sistematizarlo de una forma más clara, podemos diferenciar dos tipos de ampliación de jornada: por un lado, las prolongaciones que superan la jornada ordinaria establecida en el convenio colectivo, pero que a su vez no sobrepasan la jornada máxima legal, pudiendo aquí el convenio libremente establecer que por encima de la jornada ordinaria se producirán unas horas complementarias que tendrán un régimen retributivo distinto del de las horas extraordinarias, siempre, lógicamente, que la suma de estas horas –ordinarias y complementarias- no sobrepasen el límite de la jornada máxima legal; y, por otro lado, las ampliaciones del tiempo de trabajo que no solamente superan la jornada pactada, sino que también exceden la jornada máxima legal, supuesto en el cual ya nos encontramos ante horas extraordinarias, como dije antes¹⁹.

duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, el 34, en el que se establece en 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria.

¹⁷ En el ejemplo que indique en la nota al pie número 8 de una empresa que tiene una jornada ordinaria de trabajo anual de 1780 horas. Según lo expuesto, todas las horas que sobrepasen la misma (aun estando por debajo de las 1826 horas y 27 minutos que establece el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores), podrán tener la consideración igualmente de horas extraordinarias si el convenio colectivo así lo determina. Si en este supuesto, un trabajador hiciera 1860 horas, todas las que estén por encima de la jornada legal máxima serían, obviamente, horas extraordinarias y todas las realizadas por encima de 1780 horas hasta 1826 horas y 27 minutos, el convenio colectivo podría establecer, bien que son horas extraordinarias y se retribuyen como tales o bien que no lo son y tendrán una retribución distinta.

¹⁸ Ezquerro Escudero, L.: <Horas extraordinarias y horas complementarias: cuestiones cruciales>, Aranzadi Social nº 4, 2007, página 79.

¹⁹ Esta doctrina reciente da validez a los pronunciamientos doctrinales y judiciales que defendían la legalidad de aquellos convenios colectivos que establecían una jornada inferior a la establecida

Teniendo en cuenta todo lo estudiado hasta aquí, he de afirmar que en relación a las horas de trabajo que sobrepasan la jornada pactada sin exceder la jornada máxima legal, se otorga gran discrecionalidad a la autonomía colectiva, tanto en el sentido de equiparar su tratamiento al de las horas extraordinarias, como al contrario, no considerarlas como tales y encuadrarlas dentro de los márgenes de la jornada ordinaria. Todas estas ideas se ven muy bien en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 cuando literalmente dice 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>*.

La duda mas acuciante que se nos puede presentar en relación al régimen jurídico de estas horas es en aquellos casos en que el convenio guarda absoluto silencio²⁰ y se limita a legalmente y disponían la posibilidad de ampliar la jornada de los trabajadores a través de estas horas complementarias, retribuidas y calificadas como horas ordinarias en tanto no sobrepasasen el máximo legal de 40 horas semanales de promedio anual.

Por verlo mejor con un ejemplo, el VIII convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, publicado en el BOE el 26 de abril de 2006, en su artículo 27 señala literalmente que: *<Para el personal docente, la jornada lectiva semanal quedará referenciada en 27 horas. Así mismo, el centro dispondrá de 237 horas complementarias al año, que se podrán distribuir a lo largo del mismo por el titular, en atención a las especiales características y necesidades del centro, no pudiendo exceder la jornada diaria de 8 horas, incluidas las horas lectivas>*. Y continúa en su último párrafo diciendo: *<Previo acuerdo entre empresa y trabajador, la jornada laboral anual podrá ser incrementada en un máximo de 90 horas, que no tendrán el carácter de horas extraordinarias, siendo de libre oferta y de voluntaria aceptación, dándose preferencia a los contratados a tiempo parcial. Tales horas se retribuirán adicionalmente, tomando como referente el precio de la hora ordinaria establecido en este Convenio>*.

²⁰ Por indicar un ejemplo, el convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías, publicado en el BOE de 25 de agosto de 2010, en su artículo 16 establece *<una jornada laboral ordinaria máxima de 1.800 horas anuales>*, para después limitarse en su artículo 36 a regular la compensación o retribución de las horas extraordinarias, sin ofrecer en ningún momento ninguna definición de las mismas. Otro ejemplo idéntico lo encontramos en el II convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, publicado en el BOE de fecha 6 de septiembre de 2006, donde su

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

señalar una jornada inferior a la legal, pero no se pronuncia sobre el régimen que van a tener las horas trabajadas por encima de la jornada pactada hasta el tope de la jornada máxima impuesta en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores.

En estos casos, en mi opinión creo que no debemos aplicar rígidamente el nuevo criterio creado por el Tribunal Supremo, entendiéndose de que a falta de regulación expresa en el convenio colectivo, de forma subsidiaria se llegaría a la conclusión de que solamente será hora extraordinaria la ejecutada por encima del techo legal. En estos casos, dado que existe una clara disposición a favor de la autonomía colectiva para fijar la jornada ordinaria y su retribución, siempre respetando los límites legales imperativos, si el convenio, en uso de esta facultad, no se pronuncia en absoluto al respecto y guarda silencio, debemos entender que la voluntad del mismo es considerar que el número de horas de trabajo que recojan será la jornada máxima ordinaria pactada y, por tanto, todo exceso de la misma, deberá ser considerada como jornada extraordinaria²¹. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2003 ya decía en este sentido que *<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>*.

artículo 26 nos dice el número de horas de la jornada en computo anual y su artículo 33 nos indica la compensación y la retribución de las horas extraordinarias, sin explicitar nada más al respecto.

²¹ En la misma opinión se manifiesta Alfonso Mellado, C.L.: «Las horas extraordinarias», en Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J.: Tiempo de trabajo, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 60.

En mi opinión, se trataría de un supuesto de mejora implícita, es decir, de un supuesto en el que se califica de hora extraordinaria a todas aquellas que excedan la jornada ordinaria pactada en el convenio colectivo, aun no superando el máximo legal establecido. Ante el silencio del convenio al respecto, entendemos que opta por considerarlas como horas extraordinarias, por lo que resulta ser una mejora en comparación a si se pronunciase por considerarlas como horas ordinarias y retribuir las en menor cuantía.

SEGUNDO ESCENARIO. LA HORA EXTRAORDINARIA POR ENCIMA DE LAS NUEVE HORAS DE TRABAJO EFECTIVO

El artículo 34, apartado tercero del Estatuto de los Trabajadores nos dice que *<El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias²², salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores²³, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas>*.

Por tanto, cuando no exista convenio o acuerdo de empresa que recoja un régimen particular para la jornada ordinaria de trabajo, la jornada diaria ordinaria no podrá ser superior a 9 horas diarias²⁴. Todas las horas que estén por encima se considerarán horas extraordinarias²⁵. Cuando en las empresas se realizan todas las semanas un mismo número de horas de trabajo – ya sean 40 horas semanales o un menor número si se pacta colectiva o individualmente-, es obvio que determinar cuando se han producido horas extraordinarias es sencillo, siendo aquella

²² El mismo artículo precisa que para los menores de 18 años no podrán realizar más de ocho horas de trabajo efectivo, como más adelante estudiaré.

²³ Si observamos bien la formulación del precepto, vemos una clara diferencia con el apartado 1 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores. Mientras este, como ya hemos estudiado, hace referencia en relación a la duración de la jornada a la pactada en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo, en el precepto que ahora analizamos, posibilita la distribución del tiempo de trabajo diario sólo mediante la negociación colectiva o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, pero no hace ninguna referencia a la autonomía individual.

²⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995 nos dice que *<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>*.

²⁵ Como afirmaba el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 22 de diciembre de 1992 o 27 de febrero de 1995, entre otras, *<la décima hora y siguientes son siempre horas extraordinarias>*.

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

la que, al final de cada semana, supere la jornada ordinaria semanal marcada, sin tener que esperar a la finalización del año natural para su calificación²⁶.

Sin embargo, la cosa se complica cuando el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores optan por distribuir la jornada a lo largo del año de forma irregular, no trabajándose todas las semanas las mismas horas, siempre, eso sí, no superando el límite imperativo de 40 horas semanales de promedio en computo anual –o la jornada inferior anual que se hubiera pactado–.

En este supuesto, no tendremos que atender ya necesariamente a la jornada semanal para saber si se han realizado horas extraordinarias, sino que la jornada extraordinaria se producirá por superar el número de horas que se haya asignado al módulo temporal que el convenio haya establecido para repartir la jornada irregularmente, ya sea este mensual, trimestral, etc²⁷. Aquí las opciones recogidas en la negociación son extremadamente variadas. Vamos a verlo más detenidamente a continuación.

1) Hay muchos convenios que establecen módulos temporales inferiores al anual para realizar el cómputo de las horas trabajadas y determinar así cuales serán extraordinarias. Entre todos ellos, la opción más seguida es computar la jornada de forma semanal²⁸; siendo los menos los que recogen otras periodicidades como la mensual, la bimensual²⁹, trimestral³⁰, o también la semestral³¹.

²⁶ El artículo 38 del convenio colectivo de transporte de viajeros por carretera de la comunidad de Madrid con vehículos de tracción mecánica de mas de nueve plazas, incluido el conductor, publicado en el BOE el 7 de marzo de 2007, dice literalmente que: *<Se consideran horas extraordinarias las que rebasen las cuarenta horas semanales, o las nueve diarias de trabajo efectivo>*.

²⁷ vid. Ezquerra Escudero, L.: Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución, Editorial Atelier, Barcelona, 2006.

²⁸ Por indicar un ejemplo de muchos, el artículo 24 del convenio colectivo para establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia de la región de Murcia, publicado en el BOE el 3 de julio de 2006 dice expresamente que: *<Se entenderá por horas extraordinarias, las que excedan de la jornada pactada o de la **distribución semanal**, que en cada momento realice la empresa. Su abono y realización se efectuará dentro de los límites que establece el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores. Pudiendo ser sustituidas o compensadas por un tiempo equivalente de descanso, en lugar de ser retribuidas monetariamente>*.

²⁹ Podemos traer a colación el II convenio colectivo del grupo sogecable, publicado en el BOE el 4 de agosto de 2008, donde su artículo 18 nos dice que: *<la jornada anual se distribuirá bimestralmente en*

De igual modo, también existen otros convenios que no abordan explícitamente la distribución del tiempo de trabajo y califican de horas extraordinarias simplemente las que sobrepasen la distribución de la jornada que se haya fijado en el calendario laboral de la empresa³².

En todos estos casos expuestos, debemos entender que la conclusión de cada uno de los módulos será el momento para saber si se han realizado horas extraordinarias³³.

2) Una práctica frecuentísima en los convenios colectivos es que se limitan a conceptualizar las horas extraordinarias como aquellas que sobrepasan la jornada ordinaria anual³⁴. Dado que

*forma proporcional. Igualmente, finalizado el **bimestre** se verificará la realización de la jornada distribuida, de manera que, en su caso, el exceso se retribuya como horas extraordinarias>; añadiendo el artículo 20 que <en todo caso, se considerará como hora extraordinaria la que supere el máximo bimestral y/o anual de jornada regulado en el presente convenio>.*

³⁰ Un ejemplo lo observamos en el V convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A. y Sabeco Euskadi, S.L., publicado en el BOE el 29 de junio de 2006, donde su artículo 28 dice que: <la representación legal acordará la compensación del hipotético exceso en los siguientes **calendarios trimestrales**. La compensación se hará en tiempo o abonándose con un recargo del 75 % sobre la hora ordinaria. En caso de abonarse en tiempo se disfrutarán en jornadas completas>.

³¹ Así lo establece el artículo 18 del convenio colectivo de la industria de producción audiovisual (técnicos), cuando dice que: <tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas que excedan, en cómputo semestral, de la jornada de trabajo efectivo pactada en este Convenio>.

³² Observamos lo dicho en el artículo 13 del convenio colectivo para el sector panaderías de la comunidad foral de Navarra 2004-2008, publicado en el BOE el 25 de agosto de 2004, al decirnos que: <se consideran horas extraordinarias aquellas que se realicen fuera o sobre la jornada laboral establecida en el calendario laboral de la Empresa>.

³³ De esta forma lo expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, de fecha 13 de marzo de 2006, al decir que: <horas extraordinarias no son solamente las que se llevan a cabo fuera del horario establecido, sino también las que superan los límites de jornada, que no se expresan solo ni necesariamente en términos diarios, sino que incluso la citada Ley 11/1994 abrió la puerta a su anualización, siendo por tanto obvio que hasta que no finalice el período de cómputo de cada concreto límite no podrá saberse en todo caso con seguridad si existen horas extraordinarias y cuántas, siendo necesario para ello restar del total de horas trabajadas durante el período el número de horas que forman la jornada máxima del período>.

³⁴ Matizando aquí que si se refiere a contratos de menor duración, será la parte proporcional que corresponda. Por ejemplo, el artículo 39 del IV convenio colectivo general del sector de derivados del

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: RÉGIMEN LEGAL Y CONVENCIONAL

aquí el convenio no concreta ningún tipo de modulo temporal inferior al año para distribuir la jornada y consiguientemente poder determinar la jornada extraordinaria, la delimitación entre horas ordinarias y extraordinarias se ha de efectuar en cómputo anual y no en período menores³⁵.

Esta es la opinión compartida por la mayoría de la doctrina, si bien he de hacer un comentario al respecto. Aunque el convenio colectivo guarde silencio al respecto, si el calendario laboral de la empresa marca nítidamente el número de horas ordinarias a ejecutar en unidades temporales inferiores a la anual, superar la cifra atribuida a cada unidad, determinará la existencia de horas extraordinarias. En caso contrario, es decir, si el calendario no precisa divisiones temporales inferiores, ya si que habrá que atender únicamente a analizar si se ha sobrepasado el máximo anual de horas ordinarias³⁶.

cemento, publicado en el BOE el 18 de octubre de 2007, dice expresamente que: *< tendrá la consideración de hora extraordinaria, cada hora de trabajo que se realice sobre la duración de la jornada anual establecida en el artículo 35, o parte proporcional en el caso de contratos de duración inferior al año natural, puesta en relación con la distribución diaria o semanal que de la misma se haya establecido en el correspondiente calendario, según los criterios que se fijan en el artículo 36 >*.

³⁵ Esta doctrina la explica muy bien la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 30 de septiembre de 1999, cuando dice que: *< la autonomía colectiva puede programar sistemas de distribución irregular que hagan posible que existan semanas laborales de más de cuarenta horas, siendo extraordinario el tiempo trabajado por encima de la jornada ordinaria correspondiente al módulo utilizado para programar la distribución irregular. En este caso hay una nítida señalización de la duración de la jornada ordinaria anual de trabajo: 1728 horas de trabajo efectivo al año, cualquiera que fuere su distribución intraanual. Esta es la jornada de referencia en la empresa, según Convenio Colectivo en el que, tal jornada, se ha establecido, no hay otro inferior, y está acreditado que dicha jornada no ha sido superada, por lo que no procede la percepción de horas extras >*.

³⁶ Autores que siguen esta doctrina, entre otros, Alarcón Caracuel, M.R.: *< Comentarios al art. 35 >*, en Monereo Pérez, J.L.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998, página 457; Alfonso Mellado, C.L.: *< Las horas extraordinarias >*, en Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J.: *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 70-71.

Además, como bien cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 25 de julio de 2000 *< la admisión de esta fórmula de cómputo anual implica demorar la determinación de si se han realizado horas extraordinarias a la finalización de cada año natural >*.

No obstante, algún sector de la doctrina ha apelado que este criterio de cómputo anual no se lleva muy bien con la regulación actual de las horas extraordinarias³⁷. Lo razonan de la siguiente forma: dado que el conocimiento de haber realizado horas extraordinarias se dilata hasta la finalización del año, se da la dificultad de cohonestar este hecho con el respeto a la previsión que establece el artículo 35, apartado primero del Estatuto de los Trabajadores, que nos dice que *<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>*. En mi opinión, creo que dicha postura doctrinal no choca tan frontalmente con el concepto de horas extraordinaria. Primero, en la jornada irregular, al conllevar que haya período de mayor actividad, ya se compensan con otros períodos en los que el trabajo es menor o incluso inexistente, de ahí que, en los casos en que no existen límites de jornada inferiores a la anual, acumular horas de trabajo en tramos concretos no va a conllevar necesariamente que se hayan realizado horas extraordinarias y, por tanto, que se deban compensar en los cuatro meses siguientes por descanso. Es decir, la posibilidad de que existan jornadas irregulares que conlleven reducir el tiempo durante el resto del año (donde unas franjas se trabaje más y otras se trabaje menos o no se trabaje, es decir, se descanse), provoca que la superación de la jornada máxima anual y la consiguiente ejecución de horas extraordinarias solamente se pueda concretar en un momento posterior, y será a partir de éste, cuando comience a contar el plazo para compensar en descanso³⁸.

No obstante y dicho lo anterior, también he de afirmar que no fijar módulos de distribución irregular de la jornada de periodicidad inferior a la anual, presenta problemas en la

³⁷ Ezquerro Escudero, L.: Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución, Atelier, Barcelona, 2006, página 392.

³⁸ Por poner un ejemplo para verlo más claro, si en un mes se han trabajado 200 horas, este hecho no quiere significar que se hayan hecho horas extraordinarias si, llegado el final del año, dadas las compensaciones debidas a la jornada irregular se han ido concediendo los descansos oportunos al trabajador. Si por el contrario, si en ese reparto irregular de la jornada a lo largo del año no se equilibra el amplio número de horas realizado en ese mes (200), el trabajador alcanzará en determinado momento la hora 1826 fijada como máximo anual, por encima de la cual ya estaremos ante horas extraordinarias y, ahora si, aparecerán los mecanismos de compensación propios de las horas extraordinarias, ya sea su abono en metálico o su compensación en descanso dentro del período que corresponda.