

## TIEMPO DE PRESENCIA Y HORAS EXTRAORDINARIAS

(Comentario a la STS, Sala de lo Social,  
de 20 de febrero de 2007, rec. núm. 3657/2005) \*

**JESÚS GONZÁLEZ VELASCO**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Magistrado*

**PAZ VIVES USANO**

*Profesora de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social.  
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

### **Extracto:**

**CONVENIOS** Colectivos. Personal laboral de la Generalidad de Cataluña. Conductores de representación. Retribución de las horas de presencia o espera. Solo se abonarán como ordinarias en la medida en que excedan del límite de la jornada máxima legal.

**Palabras clave:** conductores de representación, retribución, jornada, horas de presencia o espera y horas extraordinarias.

---

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 292, julio 2007 o en *Normacef Social*.

# Sumario

1. La legislación delegada y la colaboración normativa.
2. El Real Decreto 1561/1995 contiene una regulación *secundum legem*.
3. El tiempo de espera, de presencia, de disponibilidad o de guardia sin servicio.
4. Identificación de las horas de espera, de vigilancia o de disposición. Fases jurisprudenciales y solución propuesta.
5. La retribución de las horas extraordinarias.
6. La retribución de las horas de espera o de disponibilidad o de mera presencia.

## 1. LA LEGISLACIÓN DELEGADA Y LA COLABORACIÓN NORMATIVA

El Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo, contiene una regulación que es objeto de debate y decisión en la STS de 20 de febrero de 2007 y no es claro el papel que haya sido condicionada a que se supere por el trabajador la jornada de 40 horas semanales, desde el punto de la estructura normativa, en el tema del tiempo de trabajo y tiempo de presencia en los transportes y en el trabajo en el mar, a que se refiere su artículo 8.º, y en otros supuestos de su regulación.

Es evidente que **las diversas modalidades de fuentes normativas estatales se conectan, se coordinan, se complementan y sirven a fines unitarios.**

El sistema de la **colaboración normativa** se concreta en la posibilidad de diversas alternativas:

Una es la del **decreto legislativo**, que, según el artículo 82.4 de la Constitución Española, requiere que en la ley previa se haya delimitado con precisión el objeto y el alcance de la delegación y los principios y criterios a que debería acomodarse el Gobierno en su elaboración.

**El Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, no contiene una calificación del mismo como un real decreto legislativo, ni consta en la ley previa una enumeración de los principios, el contenido del objeto y el alcance de la delegación, ni tampoco de los principios y criterios a seguir por el Gobierno en su elaboración.**

Por ello, es **difícil o imposible estimar que se trate de un fenómeno o expresión de la legislación delegada.**

Otra posibilidad es la **deslegalización**. Supone que por una ley se deslegaliza una materia, esto es, expresa que la misma se puede regular por medio de un reglamento.

**¿Es posible la deslegalización en el tema de la jornada, en concreto, en los tiempos de espera, de guardia o de mera disponibilidad?** Los temas básicos, solo en la regulación básica, tienen reserva de ley, según el artículo 35.2 de la Constitución Española, pero no los restantes (GARCÍA MURCIA ha generalizado la declaración negativa, porque tal posible reserva de ley carece de una aco-tación material clara).

En fin, la tercera es la **remisión normativa**. Implica qué aspectos complementarios, o temas en alguna medida adicionales, de la regulación legal se van a desarrollar por medio de reglamentos. **Requiere una previa ley que es la que regulará los temas esenciales o básicos y el reglamento se dedicará a los complementarios.**

¿Cuál sería la regulación básica en los citados horarios de disponibilidad, de guardia, o de tiempos de espera? Tras la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el **artículo 34.7 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)**, se limita a decir que **el Gobierno está autorizado a establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que, por peculiaridades, así lo requieran**, sin más que ello tenga lugar a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa consulta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Se puede estimar que **la regulación básica, la de referencia general, es la de la LET, y que el texto del Real Decreto 1561/1995 es la complementaria, la específica y singular; pero enseguida se ha de afirmar que no existe en el artículo 34.7 de la LET ningún tipo de regulación a complementar**, sino que se trata de una **autorización al Gobierno para que amplíe o limite en ciertos sectores y trabajos, o mejor dicho, inciertos, los que el Gobierno estime que tienen especiales peculiaridades que requieren esa medida, la ordenación y la duración de la jornada laboral**. Y eso es lo que se ha hecho en su artículo 8.º.

El Tribunal Constitucional (TC) expresa <sup>1</sup> que **la colaboración reglamentaria es posible allí donde no se esté en presencia de una reserva absoluta de ley**.

El TC expresa que en los supuestos de reserva de ley relativa, en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución Española o por la propia ley y siempre que la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> STC 48/1998, de 2 de marzo.

<sup>2</sup> SSTC 185/1995, de 5 de diciembre; 150/2003, de 15 de junio; 102/2005 de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo. Algunos casos de colaboración reglamentaria, incluso en temas relativos a la tipificación de infracciones y sanciones, se puede ver en las SSTC 161/2003, de 15 de septiembre; 26/2005, de 14 de febrero y en la 242/2005, de 10 de octubre.

Con estas bases, se puede llegar a la conclusión de que se trata de una **remisión normativa, no de una pretensión deslegalizadora**, aunque ese objetivo esté presente en muchas líneas de la Ley 11/1994 y sea una de sus realidades, si bien a favor de la normación colectiva, no tanto de la reglamentaria.

De esta manera **colaboran LET y Reglamento para la regulación de la ordenación y duración de la jornada de trabajo en transporte, en el mar y otros ámbitos.**

**El legislador remite a lo que diga el reglamento, no como un produce querido a priori e incondicionalmente por aquel, sino como norma singular complementaria, a la que se ha aceptado en la regulación compartida y adicional de la materia.**

## 2. EL REAL DECRETO 1561/1995 CONTIENE UNA REGULACIÓN *SECUNDUM LEGEM*

Ahora se puede presentar el tema relativo a si la regulación del citado Real Decreto 1561/1995 es *contra* o *secundum legem*.

Es posible afirmar que **el artículo 3.º 2 de la LET, que prohíbe al reglamento establecer condiciones distintas a las contenidas en la ley que desarrolla, no es aplicable al Real Decreto 1561/1995** porque esa regulación propia o singular viene expresamente autorizada por el artículo 34.7 de la LET, de manera que la regulación distinta a la legal es, sin duda, *secundum legem*.

Si invade o no esferas propias del Convenio Colectivo, es algo que cabe discutir en sede doctrinal, pero que, *lege data*, no discutida su constitucionalidad, ni puesta en duda la **capacidad de los negociadores colectivos para establecer regulaciones más favorables que las del derecho necesario** (arts. 85.1 y 3.º 3 de la LET), no parece argumentable la existencia de restricción a la capacidad de autorregulación social, en la medida limitada en que la reconoce la Constitución Española.

**El Real Decreto 1561/1995 contiene, pues, una normativa -no dispositiva- claramente imperativa, que se impone legalmente, complementando a la regulación general de la LET, y que es exigible a los sujetos de los contratos de trabajo y a los negociadores sociales.** Es una **regulación ex novo**<sup>3</sup>, que no es legislación delegada, **ni desarrolla nada previo y específicamente establecido, sino que se trata de una regulación reglamentaria, que es derecho necesario relativo, no absoluto y susceptible, por ello, de una mejor regulación a través de la negociación colectiva.**

<sup>3</sup> Si bien en esta idea de que el Real Decreto 1561/1995 no desarrolla el artículo 34.7 de la LET, la STS de 12 de febrero de 2002 añade que **«por ello, el posible carácter necesario de dicha norma es indirecto y accesorio».** Añade la STS de 18 de marzo de 2003 «Lo único que deben respetarse son las normas legales de derecho necesario absoluto. Está por ver si lo son las contenidas en el artículo 35.1. del ET sobre la cuantía mínima de las horas extraordinarias (“no inferior al valor de la hora ordinaria”) y en el artículo 8.º del Reglamento de jornadas especiales sobre la cuantía de las horas de presencia (“no inferior al correspondiente a las horas extraordinarias”)». La STS de 12 de febrero de 2002, en cita de la STS de 18 de marzo de 2003, expresa que **el precepto del Real Decreto 1561/1995, artículo 8.º, último inciso, de que la hora de espera se abonará sobre el valor de la hora ordinaria, es una norma cuyo «posible carácter necesario» es en definitiva «indirecto y accesorio»; y puede en última instancia no tenerse en cuenta.**

### 3. EL TIEMPO DE ESPERA, DE PRESENCIA, DE DISPONIBILIDAD O DE GUARDIA SIN SERVICIO

Es tiempo de espera, o de mera presencia, el que el trabajador dedica a su empresario, aunque sin prestar una actividad directamente productiva, «sin prestar trabajo efectivo» (art. 8.º 3 del RD 1561/1995)<sup>4</sup>.

Sí se tiene en cuenta la definición habitual de tiempo de trabajo por contraposición a la de tiempo de descanso, considerando a aquel como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; y por tiempo de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo (Directiva 1993/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, artículo 2.º 1 y 2, directiva derogada por la 2003/88/CE), o como dice la más matizada expresión de la nueva directiva, según la cual **tiempo de trabajo es todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales**, y período de descanso es todo período que no sea tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003), y si se tiene en cuenta que «permanecer en el trabajo» no es igual a «permanecer en el lugar de trabajo» o «en la ejecución ordinaria de la actividad laboral», ya se puede estimar que el **tiempo de espera, el de presencia, el de disponibilidad, o el de guardia sin servicio, es tiempo de trabajo, en la medida en que, no solo no es tiempo libre, de personal y libre disposición, sino que es tiempo en el que se está sujeto a unas órdenes del empresario, de vigilancia, de atención, de disponibilidad, de proximidad al lugar de trabajo, etc., que entran en las tareas habituales o excepcionales de su actividad laboral, bien se trate de funciones frecuentes o esporádicas, que lo separan nítidamente del tiempo libre o del tiempo de descanso.**

**El trabajador no está por su gusto, decisión e individual voluntad, ni gestionando sus asuntos particulares, cuando se encuentra en la situación de vigilancia, espera o guardia, sino que lo hace por mandato de su empresario o por concierto con él, pero en interés de la actividad empresarial.**

<sup>4</sup> En el artículo 28 del Convenio Colectivo de «Transportes Bacoma, S.A.» (BOE, 27 de mayo de 1999) se definen los «**tiempos de presencia**», como «**aquellos períodos en los que el trabajador que no desarrolle trabajo cometido alguno de los que integran los propios de su categoría profesional, se encuentre a disposición de la empresa, es decir, cuando se hallen preparados o en espera para que de forma inmediata puedan comenzar a realizar los cometidos propios de su grupo profesional**», enumerando los diversos supuestos a los que otorga tal consideración (entre otros, servicios de guardia o retén, viajes sin servicio, comidas en ruta, averías en ruta cuando no sean reparadas por el propio conductor, paradas técnicas o las que se efectúen en estaciones de viajeros, etc.) y concluyendo que «**los tiempos de presencia no se computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria, ni para el límite máximo de horas extraordinarias**».

En el artículo 8.º del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, se define el «**tiempo de presencia**» en los diferentes sectores del transporte «**aquel en que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares**» posibilitando que en los convenios colectivos se determinen en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia (art. 8.º I.III y IV), preceptuando que «**no podrán exceder en ningún caso de 20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes**» y que «**las horas de presencia no se computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo ni para el límite máximo de las horas extraordinarias**» y que «**salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias**» (STS de 22 de diciembre de 2000).

La consecuencia no puede ser otra que la consideración de esos tiempos como **tiempo de trabajo**, aunque no sean tiempos de expresión de una actividad esforzada, y aunque el Tribunal Supremo (TS) tenga más en cuenta esta consideración para negar, con contradicciones, que el tiempo de disponibilidad se integre en la jornada laboral, de manera que en ocasiones estima que no se trata de tiempo de trabajo <sup>5</sup>, aunque no faltan otras en que se afirma lo contrario <sup>6</sup>.

Por ello, seguramente sea correcta, en algún caso, la solución que da el propio TS, en relación con los **vigilantes de seguridad** contratados sin derecho a la percepción de **un plus de disponibilidad porque no está previsto ni en el Convenio Colectivo ni en el contrato de trabajo**. La no percepción del citado plus no significa que el tiempo de disponibilidad, que no es en principio tiempo de trabajo según la jurisprudencia <sup>7</sup>, no suponga un coste personal de «libertad de acción y de movimientos» para el trabajador <sup>8</sup>, o que dicha disponibilidad para el servicio no deba ser compensada, sino que, tal como se encuentra regulada en la actualidad la relación de trabajo del demandante, **la compensación se incluye en el importe del salario pactado como «retribución total»**, sin perjuicio, claro está, del respeto a los restantes derechos legales y convencionales del trabajador <sup>9</sup>.

<sup>5</sup> La STS de 29 de noviembre de 2004 expresa que la mera **situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan solo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede, en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias**. En consecuencia, el **establecimiento en Convenio de esta obligación de disponibilidad es totalmente lícito y válido, sin que vulnere los artículos 37 y 40.2 de la Constitución, 34, 35 y 82.1 de la LET**.

Es cierto que **si el operario es requerido, en ese tiempo de disponibilidad, para la realización de un trabajo, ha de llevarlo a cabo, percibiendo en tal caso, por el tiempo invertido en el mismo, la remuneración propia de las horas extraordinarias**.

También es verdad —dice el TS— que la prestación de horas extraordinarias es de carácter voluntario, dado lo que dispone el artículo 35.4 del ET, pero este mismo precepto establece la salvedad o excepción de que «su realización se haya pactado en Convenio Colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2 de este artículo». Y como su realización se estipuló en el Convenio y no consta que se hubiesen superado los límites del número 2 del artículo 35, ha de mantenerse obligatoriamente la plena legalidad de lo que este Convenio dispone, sin que resulten infringidos ni ese artículo 35 del ET ni el artículo 37 de la Constitución.

<sup>6</sup> En la STS de 3 de diciembre de 2002 expresa, con cita de las SSTS de 15 de julio de 1996 y 24 de septiembre de 2002, que si bien la jornada ordinaria de trabajo es de 35 horas semanales, dicha jornada admite excepciones, que son las recogidas en el artículo 76 de que se trata, en el que se establece que **cumplirán jornada distinta a la general los trabajadores que perciban el complemento por disponibilidad para el servicio que regula, de modo que los afectados por este, tienen una jornada ordinaria que puede exceder de 35 horas semanales, siempre y cuando el exceso no rebase las 40 en total, y en compensación perciben una mayor cuantía del complemento, esto es, el 30 por 100 de la base salarial en lugar del 22 por 100 de la misma que corresponde a quienes no rebasen las aludidas 35 horas semanales**.

Del mismo modo en la STS de 17 de junio de 2003 se dice, con cita de las SSTS de 21 de diciembre de 1993, 15 de julio de 1996, 15 de marzo y 16 de julio de 1999 y 10 de mayo de 2000 que **el complemento de disponibilidad no responde a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a una característica especial del concreto puesto de trabajo que le obliga a la disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo, pues su incompatibilidad con la percepción de horas extraordinarias no permite calificarlo como complemento por actividad extraordinaria, sino por el puesto de trabajo de características especiales**.

En el Convenio Colectivo de aplicación se dice que **cumplirán jornada distinta a la general los trabajadores que perciban el complemento por disponibilidad para el servicio, en cuyo caso su jornada ordinaria puede exceder de 35 horas semanales, siempre y cuando el exceso no rebase las 40 en total, y en compensación perciban una mayor cuantía del complemento, el 30 por 100 de la base salarial en lugar del 22 por 100 de la misma que corresponde a quienes no rebasen las aludidas 35 horas semanales**.

<sup>7</sup> SSTS de 18 de febrero de 1991, 23 de abril de 1991, 3 de marzo de 1993 y 29 de noviembre de 1994.

<sup>8</sup> STS de 3 de marzo de 1993.

<sup>9</sup> STS de 10 de marzo de 2005.

#### 4. IDENTIFICACIÓN DE LAS HORAS DE ESPERA, DE VIGILANCIA O DE DISPOSICIÓN. FASES JURISPRUDENCIALES Y SOLUCIÓN PROPUESTA

4.1. Existe un primer concepto de horas extraordinarias, en relación con las convencionales, cuando se trata de decir que son aquellas que excedan a estas en su duración máxima prevista.

Esta postura la ha seguido el TS en no pocas resoluciones<sup>10</sup>. Se dice que **la idea de horas extraordinarias surge por contraposición a la de trabajo ordinario u horas ordinarias, y es más lógico referir estas 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 de la LET), e implícitamente en la prohibición en el mismo de las horas extraordinarias [art. 12.4 b) de la LET]**. La delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en Convenios Colectivos es también la tónica en Derecho comparado<sup>11</sup>.

4.2. Un segundo y relevante paso se da cuando se afirma que se han de calificar de extraordinarias las horas de trabajo que **superen el tope de 1.732 horas/año previsto en el Convenio Colectivo aplicable**<sup>12</sup>.

4.3. El anterior planteamiento ha de ceder, dice el TS, frente a la consideración que parece más ajustada a la literalidad de los artículos 34 y 35 del ET<sup>13</sup>, puestos en relación uno con otro, según la cual **solo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen 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 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria**<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Véase un supuesto en la STS de 28 de septiembre de 2000. En ella se dice que según el artículo 35.1 de la LET 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. A su vez, el artículo 34.1 del ET ordena por una parte que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, y dispone por otra que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los Convenios Colectivos o contratos de trabajo. La duda que surge a la vista de los preceptos legales anteriores sobre si deben calificarse como horas extraordinarias **solo las que exceden de la jornada máxima legal (40 horas), o también las que, sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en Convenio Colectivo, o contrato de trabajo, debe ser despejada en 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.

<sup>11</sup> STS de 28 de septiembre de 2000.

<sup>12</sup> SSTS de 21 de febrero, 22 de febrero, 6 de marzo, 24 de marzo, 28 de marzo y 8 de junio de 2006.

<sup>13</sup> Estimando que se trata en el artículo 35.1 de la LET, de una **norma de derecho imperativo relativo** donde la voluntad negociadora colectiva o individual, obviamente subsidiaria esta de aquella, 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 directamente el artículo 35.1, de cuya aplicación se trata, y resulta conforme a los artículos 3.º 3 y 85.1, todos ellos del ET (SSTS de 12 de enero de 2005 y 8 de junio de 2006).

<sup>14</sup> STS de 8 de junio de 2006. Dice la STS de 18 de septiembre de 2006 que **solo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen 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 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria**.

Las horas extraordinarias serán **las que excedan de la jornada máxima legal que se sitúa indefectiblemente en 40 horas semanales**, antes de las cuales se encuentran **las denominadas «horas complementarias»** (con importante riesgo de confusión con las relativas al horario a tiempo parcial del art. 12.5 de la LET) **por las cuales se entiende las que exceden la jornada ordinaria, sin llegar a las horas extraordinarias ya referidas y antes de ambas se encuentra la «jornada ordinaria» que regula el Convenio Colectivo** (fundamento jurídico 3.º STS comentada de 22 de febrero de 2007).

No obstante ello, se ha de estimar -como conclusión parcial- que **las horas extraordinarias no son las que exceden de la jornada de 40 horas semanales**, pues esa no es la jornada máxima legal, sino que **la jornada máxima legal es la «pactada en los Convenios Colectivos o contratos de trabajo»** (art. 34.1 de la LET). Esa es la que el legislador quiere que sea la jornada máxima. Y esa es la que para cada trabajador y empresario es la jornada máxima legal.

Otra cosa es que, además, **esa jornada máxima legal, la convencional, no pueda superar el tope de las 40 horas semanales, que no es «jornada máxima legal», sino «duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo»**. La diferencia es sencilla: la LET no señala una jornada máxima uniforme para cualesquiera sectores, trabajadores y empresas, sino que quiere como jornada máxima la que cada Convenio Colectivo ponga de forma concreta en su ámbito. Esa es la máxima legal. Ahora bien, la LET expresa que esa jornada máxima legal, la convencional, no puede superar en ningún caso, como ordinaria, las 40 horas de trabajo efectivo (art. 34.1.2 de la LET).

## 5. LA RETRIBUCIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

**5.1.** Se ha mantenido mucho tiempo en la jurisprudencia, respecto de la retribución por el trabajo en horas extraordinarias, que **es lícita y válida la disposición o cláusula de un Convenio Colectivo en la que se fija el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 35.1 de la LET**, pues tal cláusula encuentra apoyo en lo que establece el artículo 37.1 de la Constitución Española y los artículos 82 y siguientes de la LET, dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva reconocen estos preceptos, permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías alzadas que resulten inferiores a las que derivan de la interpretación mencionada, pues esa libertad negocial que consagra el artículo 37.1 de la Constitución Española legitima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva en la forma en que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía <sup>15</sup>.

<sup>15</sup> SSTS de 27 de febrero de 1995 y 18 de marzo de 2003. Expresa la STS de 8 de junio de 2006 que en anterior jurisprudencia se había mantenido que antes de la reforma del artículo 35 de la LET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el TS había manifestado que mediante Convenio Colectivo podía establecerse una fórmula para el cálculo de la compensación por horas extraordinarias que, en algún elemento, se situase por debajo de lo previsto en las normas estatales sobre la materia, siempre que el tratamiento retributivo establecido por la norma paccionada fuese globalmente más favorable. Y se argumentaba al efecto que **«es plenamente lícita y válida la disposición o cláusula de un Convenio Colectivo en la**

**5.2.** Asimismo –tras la reforma de la Ley 11/1994– se mantiene que como se desprende claramente de su tenor literal «en ningún caso», la norma legal del artículo 35.1 del ET sobre el valor mínimo de la hora extraordinaria **es una norma de derecho necesario absoluto, siendo por tanto indisponibles para la negociación colectiva los derechos que confiere**; y que la garantía que, respecto de la negociación colectiva, atribuye a trabajadores y empresarios el artículo 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.º 1 b) de la LET] y exija también (art. 85.1) que lo que en tales Convenios se pacte lo sea dentro del respeto a las leyes <sup>16</sup>.

**5.3. Tras la reforma de la Ley 11/1994, de 19 de mayo**, se ha venido a entender por el legislador –dice el TS–, que cuando se trata de fijar el importe de la hora extraordinaria, sin embargo, al eliminarse el histórico 75 por 100 de recargo en el valor de la hora extraordinaria hasta entonces vigente, en un momento en que los redactores de la ley habían convivido durante años con la interpretación jurisprudencial del precepto antes citada, **se decidió suprimir la posibilidad de que por Convenio Colectivo se pudiese pactar un valor de la hora extraordinaria inferior al «suelo» normativo del valor de la hora ordinaria, modificando el precepto de la forma ya dicha** <sup>17</sup>.

que se fija el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 35.1 del ET (...), en virtud de lo que establecen el artículo 37.1 de la Constitución Española, y los artículos 82 y siguientes del citado Estatuto, dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva, reconocen estos preceptos, permite pactar módulos para el cálculo de la hora extraordinaria e incluso cuantías alzadas que resulten inferiores a las que se derivan de la interpretación mencionada; esa libertad negocial, que consagra el artículo 37.1 de la Constitución, legítima que **las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva, en la forma que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía**» (así, las SSTs de 23 de enero de 1991, 30 de noviembre de 1994, 27 de febrero y 17 de mayo de 1995, que cita también las de 15 de noviembre de 1985, 21 de abril y 29 de diciembre de 1986, 17 de febrero de 1987, 30 de marzo, 30 de mayo y 28 de septiembre de 1988 y 20 de febrero de 1989; cita la doctrina, la STS de 18 de marzo de 2003).

Recuerda la STS de 18 de septiembre de 2006 que antes de la modificación del artículo 35 del ET por la Ley 11/1994, venía sosteniendo en Sentencias como las de 15 de noviembre de 1985, 21 de abril de 1986, 17 de febrero de 1987, 30 de marzo, 30 de mayo y 28 de septiembre de 1988 y 20 de febrero de 1989, 23 de enero de 1991 y 13 de enero de 1992, entre otras, que es **«lícita y válida la disposición o cláusula de un Convenio Colectivo en la que se fija el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 35.1 del ET»** a lo que se añade que esta doctrina encuentra apoyo **«en lo que establece el artículo 37.1 de la Constitución Española y los artículos 82 y siguientes del citado ET, dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva reconocen estos preceptos, permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías alzadas, que resulten inferiores a las que se derivan de la interpretación mencionada»** pues **«esa libertad negocial, que consagra el artículo 37.1 de la Constitución, legitima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva en la forma que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía»**.

<sup>16</sup> STS de 8 de junio de 2006 con cita de las SSTs de 2 de junio de 2003; 28 de noviembre, 3, 15, 21 y 22 de diciembre de 2004; 12 de enero, 7 y 24 de febrero y 14 de marzo de 2005.

<sup>17</sup> STS de 18 de septiembre de 2006, con las SSTs de 28 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, 7 de febrero, 14 de marzo y 6 de octubre de 2005, en las que se dice que **«actualmente, no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el artículo 35.1 del ET en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria "en ningún caso" podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (art. 3.º 5 del ET), y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en Convenio Colectivo, pues la garantía**

En el momento actual se afirma que no cabe establecer una **remuneración de las horas extraordinarias, que excedan de 40 semanales**, inferior a la de la hora ordinaria, pues el artículo 35.1 de la ET es una disposición de derecho mínimo o necesario del que no pueden lícitamente disponer las partes <sup>18</sup>.

En consecuencia, la retribución del trabajo en las horas extraordinarias, dice el TS, no es uniforme: **corresponde la retribución de hora ordinaria para todas las horas –incluidas las guardias de presencia– que excedan de las 40 semanales o 1.826 horas y 27 minutos en cómputo anual; y que, contrariamente, habrán de retribuirse conforme a las previsiones económicas del Convenio Colectivo las horas comprendidas entre las 1.732 pactadas en Convenio como jornada ordinaria y las citadas 1.826 y 27 minutos** <sup>19</sup>.

## 6. LA RETRIBUCIÓN DE LAS HORAS DE ESPERA O DE DISPONIBILIDAD O DE MERA PRESENCIA

En algún Convenio Colectivo se ha regulado con igual cantidad económica la retribución del trabajo en horas de presencia que en las horas extraordinarias, y tal decisión se ha estimado por el TS como **razonable y lógica desde el punto de vista de la organización del trabajo**. Si ocurre que en un Convenio Colectivo se atribuye a las horas extras y a las horas de presencia valor igual por tratarse de una misma situación o trabajo, **en la que la diferenciación de las mismas solo puede hacerse *ex post*, una vez rendido el viaje y verificadas minuciosamente las varias posibles incidencias del mismo, verificación minuciosa que no interesa ni a la empresa ni a los trabajadores, y que puede ser sustituida por el criterio del cómputo conjunto, ello es correcto**. No parece, dice el TS, que exista en el precepto convencional controvertido **extralimitación de los titulares de la autonomía colectiva**. Con ello, añade el TS, los negociadores **evitan los habituales conflictos que derivan de la distinción entre horas extras y horas de presencia, mediante su equiparación, y en el que ofrecen un valor hora único, en la inteligencia de que el número previsible de unas y de otras, autoriza a concluir que, en la cifra dineraria que cada trabajador recibe, lo en rigor correspondiente a horas extras coincide, o incluso supera, el valor hora ordinaria de que habla el ET** <sup>20</sup>.

En el caso de que el Convenio Colectivo aplicable no hubiera señalado la retribución para la actividad en horas de espera, y de que el salario percibido por el actor para el trabajo en **la hora ordinaria de trabajo ascendía a 1.198 pesetas, mientras que por la empresa se abonaron 875 pesetas por cada una, por ser este el importe establecido en Convenio para la hora extraordinaria, una aplicación ordenada de las fuentes del derecho del trabajo consagrada en el artículo 3.º de la**

que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el artículo 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.º 1 b) del ET], y exija también (art. 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea «dentro del respeto a las leyes».

<sup>18</sup> STS de 18 de septiembre de 2006.

<sup>19</sup> STS de 8 de junio de 2006.

<sup>20</sup> STS de 18 de marzo de 2003.

**LET conduce a entender que habrá de estimarse aplicable lo dispuesto en el artículo 8.º del Real Decreto precisado, cuando dispone que las horas de espera en el sector del transporte habrán de retribuirse, cuando no son compensadas con períodos equivalentes de descanso, «con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias», por lo que, siendo ese importe el reclamado por el trabajador, procederá acceder a lo por él solicitado por ser acomodado a derecho.**

**Puede resultar en este caso llamativo –concluye el TS– que el Convenio Colectivo prevea un importe retributivo inferior al de la hora ordinaria para las horas extraordinarias y que, sin embargo, por el juego de la normativa aplicable se retribuya con mayor asignación la hora de espera que no es siquiera hora de trabajo efectivo, pero esto solo puede llamar la atención desde fuera del presente proceso, porque estaba en la mano de los negociadores de aquel disponer otra cosa y, si no lo hicieron, nadie puede entrar en las causas por las que ello se hizo así, como tampoco se puede entrar en las causas por las que valoraron la hora extraordinaria en un valor inferior al que en términos de derecho necesario viene dispuesto por el artículo 35 de la LET <sup>21</sup>.**

Dice el TS <sup>22</sup> que las horas de presencia (o de espera, o de disponibilidad, o de guardia de presencia <sup>23</sup>) se retribuirán según se establezca en el Convenio Colectivo, que puede ser incluso en cantidad inferior a la de la hora ordinaria si no llegan a las 40 horas semanales, y solo se retribuirán como ordinarias en la medida en que excedan del límite de la jornada máxima legal que se concreta en 40 horas semanales.

Para finalizar y desde una perspectiva crítica, se ha de considerar que **dado que la hora de espera no es tiempo de descanso, de tiempo libre, sino que es tiempo computable como de trabajo:**

- 1.º Tendrá la retribución que en el Convenio Colectivo se le asigne, en la perspectiva de la menor dureza prestacional laboral, pero sin que en ningún caso pueda lesionarse el Real Decreto 1561/1995, al menos en lo relativo a los sectores del transporte y en el trabajo en el mar, lo que no impide que se estime que esta es una regulación referencial para supuestos semejantes.
- 2.º **Esta regulación del Real Decreto 1561/1995 es de necesario respeto en la normación colectiva, no tiene que ver con que se haya excedido o no la jornada máxima legal o sea la del Convenio Colectivo, o con que se haya superado el tope de las 40 horas semanales. Y ello porque contiene un mandato de naturaleza incondicionada, para cualesquiera trabajos en horas de espera, o de disponibilidad, o de guarda sin trabajo o de mera presencia, se haya concluido o no la jornada máxima laboral, y se hayan superado o no las 40 horas de trabajo semanal.**

<sup>21</sup> STS de 20 de mayo de 2004. En ella se añade que, en las SSTS de 12 de febrero de 2002 y 18 de marzo de 2003, se ha dicho que cuando se fija en Convenio el valor de la hora de espera, aunque aquel sea inferior al de la hora ordinaria prevalece lo dispuesto en el Convenio Colectivo frente a lo dispuesto en el artículo 8.º 3 *in fine* del Real Decreto 1561/1995, con base en el carácter preeminente que en la regulación de las relaciones de trabajo adquiere la negociación colectiva.

<sup>22</sup> STS de 22 de febrero de 2007.

<sup>23</sup> Según expresa la STS de 18 de septiembre de 2006.