

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

LA RETRIBUCION DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: LA PROBLEMÁTICA DEL MÓDULO PARA EL CÁLCULO DE SU VALOR

1. El Tribunal Central de Trabajo (TCT), en su sentencia de 1 de febrero de 1979 (Rep. Ar. núm. 1.351), establece lo siguiente: «Que la cuestión planteada en este conflicto colectivo consiste en determinar la fórmula aplicable para el cálculo del valor de la hora extraordinaria en cuanto a los trabajadores demandantes en relación con el artículo 23 de la Ley de Relaciones Laborales y las normas contenidas en el Decreto de Ordenación del Salario de 17 de agosto de 1973 y la Orden de desarrollo de 22 de noviembre del mismo año, y a estos efectos ha de tenerse en cuenta que el artículo 23, número 4, de la Ley citada, al disponer que la hora extraordinaria 'se abonará con un incremento de al menos un 50 por 100 sobre el salario que correspondiera a cada hora ordinaria', modifica el porcentaje, pero mantiene cuantos conceptos deban integrar ésta, por lo que es constante doctrina de este Tribunal, reflejada en las sentencias de 9 de agosto de 1976 (R. 3.927), 10 de marzo, 6 de junio y 21 de noviembre de 1977 (R. 1.456, 3.256 y 6.730) y 24 de abril y 13 de mayo de 1978 (R. 3.331 y 3.332), que los preceptos establecidos en el Decreto y Orden mencionados siguen en plenitud de vigencia y, en consecuencia, han de ser observados, ya que los mismos no se oponen a lo establecido en la ley, ni ésta deroga expresa ni tácitamente aquéllos, y a su tenor, el artículo 6.º del citado Decreto, al determinar el módulo para el cálculo o pago del complemento por horas extraordinarias, deja a salvo que por pacto en contrario se haya establecido otra fórmula distinta para el abono de las mismas y declara la prevalencia del pacto sobre la regulación del propio artículo aludido, y como quiera que en el presente caso el artículo 33 del convenio colectivo suscrito por la empresa demandada y sus trabajadores (...) establece para el cálculo del valor de las horas extraordinarias la fórmula señalada por la Magistratura de Trabajo nú-

mero 7 de Sevilla (...) a dicho pacto colectivo hay que atenerse, por tener el carácter de una avenencia en la cuestión debatida...» (1). Para el TCT, por consiguiente, el pacto sobre el valor de las horas extraordinarias prevalece, en cualquier caso y cualquiera que sea el contenido del mismo, sobre las normas contenidas en el Decreto de Ordenación del Salario (DOS), que ostentan, por tanto, el carácter de supletorias, al menos en este punto, respecto a lo establecido en convenio colectivo (2).

2. La noción de hora extraordinaria viene determinada, necesaria y obviamente, por la existencia de horas normales u ordinarias de trabajo. Lo mismo sucede con la retribución de uno u otro tipo de horas de prestación del trabajo por cuenta ajena. Con esto se quiere indicar que las horas extraordinarias sólo alcanzan entidad —en cuanto trabajo efectuado en un período de tiempo peculiar por relación a otro ordinario o normal— cuando la jornada de trabajo viene limitada a una duración máxima, aun cuando sea una duración máxima de segundo grado o flexible al permitir excepcionalmente ampliaciones. De otro lado, y como una manifestación más del mismo fenómeno, también la retribución de las horas extraordinarias es diferente respecto al salario debido por la prestación del trabajo durante las horas normales u ordinarias del mismo. En definitiva, la hora extraordinaria cobra importancia tanto a efectos de duración del trabajo como de retribución del mismo cuando se establece la dicotomía: «Mínimo de salario a cambio de un máximo de trabajo temporalmente medido.» Este carácter excepcional —no en balde se denominan «horas extraordinarias»— viene

(1) Las sentencias del Tribunal Central de Trabajo que se utilizan en el texto son en su totalidad anteriores a la vigencia del Estatuto de los Trabajadores. Ello no empece, sin embargo, que tales pronunciamientos puedan ser utilizados incluso a efectos interpretativos del propio Estatuto, toda vez que la regulación por éste del tema de las horas extraordinarias no difiere sensiblemente de la contenida en la Ley de Relaciones Laborales, norma vigente en el momento de dictarse las sentencias a que se hace mención. De otro lado, el núcleo del trabajo se centra en el análisis del Decreto de Ordenación del Salario, aún vigente por disposición expresa del Estatuto de los Trabajadores y cuya fecha de producción es la de 17 de agosto de 1973.

(2) El pronunciamiento del TCT en este punto no se concreta sólo en la sentencia citada. Otras varias en el mismo sentido pueden ser: la de 23 de enero de 1978 (Rep. Ar. 329) —«... homologado el convenio con mejoras respecto de los salarios vigentes hasta entonces, es de aplicación en su integridad y no es procedente salirse de él para acudir, en cuanto al importe de las horas extraordinarias al número 4 del artículo 23 de la citada LRL, que exclusivamente fija el porcentaje del artículo 6 del Decreto de 17 de agosto de 1973 para efectuar el cómputo de conceptos, debiendo ser aplicado el valor que asigne el convenio...»—; las de 17 de abril, 23 de noviembre y 19 de diciembre de 1978 (Rep. Ar. núms. 2.209, 6.724 y 7.235) y de 4 de enero de 1979 (Rep. Ar. 584). Mucho más cautamente la sentencia de 13 de mayo de 1978 (Rep. Ar. 3.332), la cual señala que tal pacto puede «precisar o rectificar» lo establecido en el DOS.

confirmado en sus dos aspectos de duración y retribución tanto a nivel normativo como doctrinal. En efecto, basta leer los artículos 1, 4 y 6 de la Ley de 1 de julio de 1931 sobre jornada máxima legal (LJML); el artículo 23 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (LRL), o el artículo 35 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET) para comprobar que las horas extraordinarias se definen como aquellas horas de trabajo que se realizan «... sobre la jornada laboral ordinaria...» (LRL) o «... sobre la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo...» (ET) y que la retribución de las mismas viene siempre incrementada —con diferentes porcentajes según los textos legales: el 25 por 100 en la LJML, el 50 por 100 en la LRL, el 75 por 100 en el ET, todos ellos con carácter de mínimos— sobre la base de retribución de la hora ordinaria o normal de trabajo. Con relación a las definiciones doctrinales cabe recordar aquí por todas la aportada por Alonso Olea, que entiende la hora extraordinaria como aquella «... que se presta en exceso o sobre las normales...» y que «... devengan un salario superior al ordinario...» (3). En consecuencia, es el mismo principio el que rige la relación hora ordinaria-hora extraordinaria y la relación retribución ordinaria-incremento de la retribución normal. Dándose uno de los polos de cualquiera de ambas relaciones debe necesariamente producirse su equivalente en la otra.

3. Sentada, pues, la necesaria concurrencia de ambas facetas —temporal y retributiva— de la excepcionalidad de las horas extraordinarias, conviene hacer ahora algunas consideraciones generales antes de entrar en el análisis detallado de la problemática que plantea la determinación del valor de la hora extraordinaria. Tales consideraciones pueden servir tanto para situar correctamente el problema como para introducir algunas pautas interpretativas que han de tenerse en cuenta, a mi juicio, en el estudio que más adelante se hará.

En primer lugar, subrayar que la hora extraordinaria constituye un supuesto excepcional respecto a la duración normal del trabajo. Debe pretenderse, por tanto, que la jornada real de trabajo se aproxime y coincida, preferentemente y en la mayoría de los casos, con la jornada máxima ordinaria de trabajo legalmente establecida. Como tal supuesto excepcional, su realización sólo puede permitirse restrictivamente, por cuanto no tendría sentido establecer una jornada máxima ordinaria de trabajo para luego permitir ampliaciones indiscriminadas de la misma por la vía de una realización exorbitante de horas extraordinarias.

En segundo lugar, indicar que el instrumento de limitación elegido por las sucesivas normas reguladoras de la materia no ha sido acudir a un criterio cualitativo articulable a través de la permisividad de realización de horas extraordinarias siempre que, por ejemplo, circunstancias organizativas, productivas, económicas o técnicas así lo exigieran. Este sistema, bastante flexible, podría plantear frecuentes problemas de interpretación por la propia generalidad de la fór-

(3) *Derecho del Trabajo*, 5.ª ed. revisada, Madrid, 1978, págs. 168-169.

mula y conducir en la práctica a una facilitación en la realización de horas extraordinarias contraria a la intención de la norma. Seguramente por ello el mecanismo elegido ha sido doble. De un lado, la limitación numérica —50 al mes y 120 al año (art. 4 de la LJML); 2 al día, 20 al mes y 120 al año (artículo 23, núm. 4, de la LRL); 2 al día, 15 al mes y 100 al año (art. 35, número 2, del ET)— (4). De otro, un incremento de retribución sobre el valor de las horas ordinarias de trabajo en los porcentajes antes citados y siempre con el carácter de obligatorios y mínimos. Este segundo sistema es mucho más eficaz al efecto de la limitación efectiva de las horas extraordinarias no sólo por fijar un límite numérico, sino también por el encarecimiento de ellas; revela además mucho más si se tiene en cuenta el proceso continuo de reducción del máximo de horas extraordinarias permitidas y el paralelo de incremento de los porcentajes de retribución por la realización de ellas, la intención limitadora y restrictiva del legislador. Los porcentajes de incremento en la retribución de las horas extraordinarias obedecen tanto a la finalidad de retribuir más un trabajo realizado en peores condiciones de fatiga o cansancio para el trabajador —con el riesgo demostrado, por ejemplo, de una mayor incidencia de accidentes de trabajo— como, y a mi juicio sobre todo, a la finalidad de frenar el recurso a las horas extraordinarias. Se trata de evitar con ello un exceso de explotación por parte del empresario, así como el «miserabilismo y el afán de lucro obrero» aun a costa del propio agotamiento de la fuerza de trabajo y de la dificultad de su reparación cotidiana (5).

En tercer lugar, recordar que la interpretación antes expuesta es la única coherente tanto con el artículo 40 de la Constitución vigente como con el propio artículo 35 del ET. En efecto, el primero establece un mandato a los poderes públicos —esto es, a la totalidad del aparato estatal, incluido el poder jurisdiccional en lo que hace a su labor interpretativa y de integración del ordenamiento jurídico (6)— en el sentido de que deben fomentar «... una política que garantice (...) el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral...» —art. 40, núm. 2, de la Constitución—. Por su parte, el artículo 35, número 2, del ET establece que «el Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso». La limitación

(4) Con excepción respecto al número, pero no en relación a la retribución de tales horas, de las realizadas en exceso sobre la jornada normal de trabajo —hora extraordinaria al fin— para «prevenir grandes males o remediar accidentes sufridos» (art. 9 de la LJML), o para «prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios o urgentes» (arts. 23.3 de la LRL y 35.3 del ET).

(5) Véase J. I. GARCÍA NINET, «La retribución de las horas extraordinarias», en *Estudios sobre la ordenación del salario*, volumen colectivo, Valencia, 1976, págs. 193 y 213-215.

(6) Véase el artículo 53, apartado tercero, de la Constitución.

de las horas extras viene concebida, pues, como un mecanismo que puede propiciar la creación de nuevos puestos de trabajo, que puede impulsar a la contratación de nuevos trabajadores, así como la progresiva mecanización y automatización del proceso productivo (7).

4. Sobre la base de que la mayor retribución de las horas extraordinarias no sólo obedece a un principio de justicia retributiva o de equivalencia de las prestaciones, sino también y sobre todo a una finalidad de limitación práctica y real de horas efectivas de trabajo, podemos entrar en el análisis del tema relativo al cálculo del valor de dichas horas extraordinarias. Y la primera cuestión que se plantea es la de la determinación de la normativa vigente. Como se ha visto, diversas normas han venido regulando la problemática de las horas extraordinarias, siendo la más reciente el ET, cuyo artículo 35.1 establece que «cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, se abonará con el incremento que se fije en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso el incremento será inferior al 75 por 100 sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria».

Debe entenderse, por lo tanto, que el ET ha derogado en este concreto aspecto a la LRL —tal como indica la Disposición Final Tercera, núm. 14—, como a su vez la LRL había derogado a la LJML —Disposición Final Segunda—. Y ni siquiera haciendo recurso a la excepción consignada en el primer párrafo de la citada Disposición Final Tercera del ET, que se remite a la Disposición Final Cuarta del propio ET, donde se señala que «las disposiciones con rango de ley que regulan cuestiones relativas a jornadas, salarios y cualesquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales (...) continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias y podrán ser derogadas o modificados por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo», puede entenderse subsistente, al menos en lo que hace a la regulación de las horas extraordinarias la LRL. Y ello porque tal subsistencia se producirá solamente, así lo establece la Disposición Final Cuarta del ET, cuando tales circunstancias de las relaciones laborales individuales no estén reguladas por el ET. Por consiguiente, la normativa vigente y única a nivel de ley ordinaria no es sino la contenida en el ET, que, por otra parte, no aporta sustanciales diferencias, aunque sí de matices y de alcance como luego se verá, respecto a la regulación anterior, salvo

(7) GARCÍA NINET, *op. cit.*, pág. 193. Dicho objetivo es frecuente encontrarlo a nivel de negociación colectiva, cfr. en este punto J. D. REYNAUD, *Les syndicats, les patrons et l'État* (tendances de la négociation collective en France), París, 1978, páginas 55 y sigs. Para el caso español véase el muy significativo Acuerdo-Marco UGT-CEOE, publicado en el BOE de 24 de enero de 1980, donde en su apartado VII se indica que «ante la grave situación de paro existente y con el objeto de favorecer la creación de empleo, ambas partes acuerdan la conveniencia de reducir al mínimo indispensable las horas extraordinarias...».

por lo que se refiere a la cuantía del porcentaje a aplicar sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo.

Visto esto, procede analizar el antes transcrito artículo 35, número 1, del ET. Se dice allí que la retribución de la hora extraordinaria consistirá en un incremento de la correspondiente a la hora ordinaria de trabajo, incremento que podrá fijarse en convenio colectivo o contrato individual, pero que en ningún caso será inferior al 75 por 100 sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria. La fórmula transcrita es sensiblemente parecida a la que se recogía tanto en la LJML —art: 6: «Cada hora extraordinaria de trabajo se pagará con un recargo de un 25 por 100 al menos sobre el salario tipo de la hora ordinaria»— como en la LRL —art. 23.4: «Cada hora de trabajo que se realice sobre la jornada laboral ordinaria se abonará con un incremento de al menos un 50 por 100 sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria, sin discriminación personal alguna»—. Consecuentemente, y a tenor del ET, pueden deducirse de la regulación del tema referente a la retribución de las horas extraordinarias algunas consecuencias importantes.

En primer lugar, que la hora extraordinaria tiene que retribuirse necesariamente con un incremento respecto a la retribución de la hora ordinaria de trabajo. La finalidad del ET a este respecto es evidentemente la del encarecimiento del precio del trabajo realizado durante estas horas extraordinarias. Dicho de otra forma, el trabajo realizado durante las horas extraordinarias debe ser forzosamente —recuérdese a estos efectos la intención limitadora y restrictiva de la norma en análisis— más gravoso para el empresario, desde el punto de vista económico, que el realizado en horas normales u ordinarias de trabajo. En segundo lugar, dicho incremento de retribución no se encuentra atribuido por el ET a la voluntad de las partes —ya se articule a nivel individual o colectivo—, sino sólo parcialmente, esto es, exclusivamente en la medida en que el porcentaje de incremento pactado sea superior al 75 por 100 del valor de la hora ordinaria de trabajo. En caso contrario, dicho pacto debe considerarse nulo en cuanto vulnera una norma de derecho necesario tal como se desprende del artículo 3, número 3, del propio ET.

5. Como se ve, el ET traslada la relación entre hora ordinaria de trabajo-hora extraordinaria al campo retributivo estableciendo la relación retribución normal-retribución extraordinaria o incrementada. La cuestión no plantearía problema alguno si el ET proporcionara, al igual que hace respecto a la determinación de la jornada normal máxima de trabajo criterios claros de especificación para concretar la cuantía de la retribución de la norma ordinaria de trabajo. Pero no es así. El ET no se pronuncia —como tampoco la LRL en su día— sobre el tema. Sólo la LJML señalaba que «... se entenderá por salario tipo de la hora ordinaria la octava parte de la remuneración convenida por la jornada legal de ocho horas...», lo que no solucionando la problemática, dado el carácter excesivamente genérico de la fórmula, no obstante dejaba entrever que la intención

del legislador era que la base de cálculo del valor de la hora extraordinaria estuviese compuesta por la totalidad de las retribuciones normalmente percibidas por el trabajador como contraprestación a su trabajo realizado durante la jornada normal. Lo que, por otra parte, parece lógico si lo que se pretende es encarecer el precio del trabajo realizado durante esas peculiares horas, finalidad que se vería frustrada si se eliminan de la base de cálculo conceptos salariales normalmente percibidos por el trabajador (8).

¿Cuál es, pues, el criterio para determinar el valor de la hora ordinaria de trabajo en cuanto dato imprescindible de cálculo del valor incrementado de la hora extraordinaria? El propio ET trata de solucionar la cuestión indicando en la ya citada Disposición Final Cuarta, párrafo segundo, que «quedan vigentes los Decretos de 17 de agosto de 1973 sobre Ordenación de Salario...» (9), en cuyo artículo 6 se establece un detallado módulo para el cálculo y pago del complemento por horas extraordinarias. La vigencia de este Decreto, en alguna medida discutible a partir de la LRL (10), no ofrece duda alguna una vez vigente el ET. En cualquier caso hay que señalar que el Decreto 2.380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del Salario (DOS), es una norma anterior al ET y que, por consiguiente, aun estando vigente por propia disposición de éste, será necesario —por cuanto es un conjunto de preceptos dictados con anterioridad a la norma a la que actualmente sirve de desarrollo— adecuar su contenido no sólo a la letra específica del ET en las cuestiones salariales que trata, sino también al propio espíritu y finalidad general de dicha norma posterior y, lo que es más importante, de superior rango. Un simple principio de jerarquía normativa obliga a que deban entenderse derogadas —Disposición Final Tercera del ET— todas las disposiciones —o preceptos concretos de normas declaradas subsistentes— que se opongan a lo establecido en el ET. Lo que se quiere expresar es que el DOS, indudablemente vigente en general, lo será en todos y cada uno de sus preceptos y disposiciones en la medida en que no contradiga lo establecido específica o genéricamente en el ET. Su interpretación, y más concretamente la de su artículo 6, por referirnos al tema que nos ocupa, debe hacerse sistemática y coordinadamente con lo establecido en aquél. No cabe, por tanto, una interpretación atemporal, asistemática y exclusivamente literal del mismo en desconexión con los preceptos sobre retribución de las horas extraordinarias contenidos en el ET. Ya que el DOS, en su artículo 6 al menos, es una norma vigente a efectos de claridad interpretativa del artículo 35.1 del ET (11),

(8) En este sentido, la sentencia del TCT de 7 de abril de 1978 (Rep. Ar. 2.484).

(9) Y a mi juicio también, por tanto, pese a que el ET nada diga, la O. M. de 22 de noviembre del mismo año, dictada para el desarrollo del Decreto 2.380/1973.

(10) Problemas de vigencia resueltos en sentido positivo por el TCT. Véase, por todas, la sentencia de 4 de abril de 1978 (Rep. Ar. 3.323).

(11) Como en su momento lo fue de la LRL. En este sentido véanse las sentencias del TCT de 19 y 23 de septiembre de 1977 (Rep. Ar. núms. 4.238 y 4.314).

dicha interpretación no puede llevar al extremo de cambiar, alterar o contradecir el sentido, la regulación y la finalidad de la norma que se interpreta.

6. El artículo 6, párrafo primero, del DOS establece que «el módulo para el cálculo y el pago del complemento por horas extraordinarias será (...) el cociente que resulte de dividir el salario base de cada trabajador más los complementos personales de puesto de trabajo, de residencia y de vencimiento periódico superior a un mes, referidos todos ellos a la semana normal de trabajo, por el número de horas de trabajo de dicha semana». Recoge, pues, el DOS la lógica tendencia a incluir dentro del salario correspondiente a la hora ordinaria y, por tanto, en la base de cálculo del valor de la hora extraordinaria la totalidad de las percepciones salariales que dicho trabajador reciba referidas a una semana ordinaria de trabajo, efectuándose para ello incluso la semanalización de los complementos de vencimiento periódico superior al mes y dividiendo dicha suma por las horas de trabajo ordinario de dicha semana (12). Se excluyen únicamente de las retribuciones salariales consignadas en el artículo 5 del mismo DOS los complementos en especie que no formen parte del salario base y los complementos por calidad y cantidad de trabajo. La exclusión de los complementos por calidad y cantidad de trabajo, aunque en cierta medida discutible, puede encontrarse en el hecho de que el complemento por hora extraordinaria es por sí mismo un complemento de cantidad y calidad que, a tenor del apartado segundo del artículo 6 del DOS se devenga durante el tiempo en que se realizan dichas horas extraordinarias, no debiendo, por tanto, «... entrar doblemente en el cómputo de esas mismas horas extraordinarias, estándose sólo al salario a tiempo...» (13). Por lo que hace al complemento en especie, su exclusión no parece razonable por cuanto es efectivamente una retribución salarial, perfectamente cuantificable e independiente de la intensidad o calidad del trabajo (14), que debería integrar la base de cálculo del valor de la hora extraordinaria si lo que se pretende en efecto es incluir en ella la totalidad de las percepciones

(12) Que con un criterio racionalizador la O. M. de 22 de noviembre de 1975 traduce en semana teórica de trabajo, resultado de dividir el número de horas efectivas de trabajo al año por el número de semanas de éste. La reducción a la semana teórica de trabajo, semana efectiva en fin, operada por el artículo 6 de la O. M. citada no sólo es más racional, sino que, a lo que aquí interesa, subraya mucho más la noción del módulo de cálculo como operación efectuada sobre la idea de una retribución efectivamente percibida por el trabajador en contraprestación a la también efectiva prestación de su trabajo. El resultado de la operación es, por tanto, el valor real de cada hora de trabajo realizado, siempre que se trate, naturalmente, de hora de trabajo ordinaria.

(13) En este sentido, GARCÍA NINET, *ob. cit.*, pág. 210. Véase también el artículo 6, *in fine*, de la O. M. de 22 de noviembre de 1973.

(14) Sobre el tema, véase Juan A. ALEGRE LÓPEZ, «Salarios en dinero y en especie, porcentajes y comisiones», en *Estudios sobre ordenación*, cit., págs. 153-171.

salariales del trabajador, mucho más cuando sí integran dicha base las retribuciones en especie que forman parte del salario base. Todo ello puede plantear, a mi juicio, incluso la legalidad de la exclusión de dicho complemento en especie por contradecir la intención de la norma legal a la que el DOS sirve de desarrollo (actualmente el ET).

Aceptando no obstante la composición del módulo de cálculo del artículo 6 del DOS, y subrayando que dicho módulo está integrado por la práctica totalidad de las retribuciones salariales del trabajador por la realización normal de su trabajo —con la sola excepción lógica de los complementos por cantidad y calidad del trabajo y menos procedente, salvo que se apoye en la relativa poca frecuencia de ellas, su marginalidad y escasa importancia y su, en algunos casos, dificultad de cuantificación de los complementos en especie—, procede ahora analizar la problemática fundamental que aquí interesa, esto es, la referente a la interpretación que ha de darse al inciso contenido en el propio primer párrafo del artículo 6 del DOS, que señala que dicho módulo de cálculo se aplicará «... salvo pacto o disposición específica de Ordenanza o Reglamentación de trabajo en contrario...». Dos son los puntos básicos a tratar: en primer lugar, la identificación de los diferentes instrumentos o vías a través de las cuales se pueden establecer otros tipos de módulos de cálculo del valor de las horas extraordinarias, que puede no plantear dudas respecto al significado de la expresión «disposición específica de Ordenanza o Reglamentación de trabajo», pero sí, al contrario, respecto al sentido de la palabra «pacto», pudiendo preguntarnos si se refiere tanto a pactos individuales como a acuerdos colectivos, o bien a unos u otros exclusivamente; en segundo lugar, el alcance de la expresión «en contrario», pudiendo significar tanto pacto o disposición más favorable como una fórmula que posibilite la derogación *in peius* de lo establecido en el artículo 6 del DOS.

7. Por lo que hace al primer punto, la referencia a «disposición específica de Ordenanza o Reglamentación de trabajo» no plantea especiales problemas. De hecho es frecuente que las normas reglamentarias sectoriales se hayan ocupado del tema de la retribución de las horas extraordinarias estableciendo diferentes sistemas, que van desde una remisión pura y simple al módulo de cálculo del DOS hasta la fijación de tablas de valores salariales unitarios por categorías profesionales con expresión incluso del valor final de la hora extraordinaria una vez aplicados los recargos correspondientes, pasando por sistemas más o menos complejos, fórmulas de cálculo en las que la base es, bien el salario mínimo, bien distintos y diferentes conceptos salariales (15). Ciertamente, la fijación del valor de la hora extraordinaria en Reglamentaciones u Ordenanzas tiene en la actualidad una relevancia menor dado el carácter subsidiario y marginal de tales normas a partir de los artículos 28 y 29 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, confirmado por el propio ET en su Dispo-

(15) GARCÍA NINET, *ob. cit.*, págs. 196-200.

sición Transitoria Segunda al afirmar que «las ordenanzas de trabajo actualmente en vigor continuarán siendo de aplicación como derecho dispositivo en tanto no se sustituyan por convenio colectivo», y en su Disposición Adicional Primera, donde indica que «la regulación de condiciones de trabajo por rama de actividad para los sectores económicos de la producción y demarcaciones territoriales en que no exista convenio colectivo podrá realizarse por el Gobierno (...) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 92 de esta ley», que, como es sabido, prevé el carácter prioritario de los mecanismos de adhesión y extensión de convenios colectivos en vigor. Ello no obstante es posible que, para determinados sectores de actividad, las normas aplicables sean las reglamentarias que continúen en vigor o que se dicten *ex nōvo*, pudiendo entonces plantearse problemas de colisión o de conflicto entre las fórmulas de cálculo del valor de las horas extraordinarias en ellas contenidas y la reflejada en el artículo 6, primer párrafo, del DOS.

Con referencia al término «pacto», contenido en el artículo 6 del DOS y acerca de la cuestión de si se refiere tanto a pacto individual como colectivo, hay que señalar lo siguiente. En primer lugar, que en los artículos 1, 10, 12 y en la Disposición Final Primera se encuentran referencias a los convenios colectivos —así nombrados textualmente— en cuanto instrumentos de desarrollo o concreción de las disposiciones del DOS, referencia expresa que está ausente del artículo 6. Parece, pues, en principio, que para el DOS una cosa son los pactos y otra distinta los convenios colectivos. Una lógica interpretación sistemática del DOS obliga a concluir así. En segundo lugar, y frente a la interpretación que considerase que la referencia a «pactos» del artículo 6 del DOS es una referencia genérica que engloba tanto a los pactos individuales como a los colectivos sobre la base que de, efectivamente, también estos últimos son en sentido global pactos, cabe decir que dicha interpretación es difícilmente aceptable, sobre todo si se tiene en cuenta la fecha de producción del DOS. En el año 1973 no era en absoluto frecuente ni mucho menos —ni siquiera a nivel doctrinal— que cuando se hacía referencia a las normas colectivas profesionales se hiciera a través de la denominación de «pactos». Antes bien, al contrario, las normas laborales utilizaban casi exclusivamente la denominación convenios colectivos, y ello tanto por razones derivadas de la necesidad de utilizar un lenguaje preciso que circunscribiera, a tenor con la regulación vigente acerca de la autonomía colectiva y de la capacidad normativa de los grupos profesionales, dicha capacidad a los solos cauces permitidos en la propia norma, esto es, el del convenio colectivo negociado a través del procedimiento específicamente establecido al efecto, cuanto porque, en el marco de una legislación enormemente restrictiva de la autonomía colectiva y en cuyo contexto se discutía incluso la licitud de acuerdos colectivos al margen de las estructuras oficiales del sindicato único, parece incongruente que el DOS se refiera a las normas colectivas profesionales con la equívoca dición de «pacto». Parece, pues, necesario concluir que el artículo 6 del DOS cuando habla de «pactos» se refiere a todos aquellos acuerdos, acepta-

mos que incluso colectivos, pero que no tengan naturaleza normativa, excluyendo, por tanto, a los convenios colectivos de trabajo.

No obstante todo lo anterior, es posible aceptar que el artículo 6 del DOS, interpretado en el contexto de la normativa actualmente vigente, se refiere a todo tipo de pactos, individuales o colectivos, tengan o no naturaleza normativa, y ello por varias razones: *a)* una fáctica, el hecho de la frecuente inclusión en los convenios colectivos de diferentes fórmulas de cálculo del valor de las horas extraordinarias, siendo unas acordes con lo establecido en el DOS y otras diferentes e incluso conflictivas con ello; *b)* que el artículo 37.1 de la Constitución vigente ha ampliado notablemente el ámbito de la autonomía colectiva permitiendo todo tipo de acuerdos colectivos entre muy diferentes sujetos sindicales y acerca de una prácticamente ilimitada gama de temas (16), y, sobre todo, *c)* que, debiendo interpretarse el DOS en conexión con la norma respecto de la que es desarrollo —bien que realizado *ex ante*—, en el ET se encuentran referencias múltiples a la función de desarrollo y fijación de condiciones de trabajo de las normas colectivas. Incluso en el propio artículo 35.1 se señala que el porcentaje de incremento sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo será en principio y en cuanto mejore lo establecido en el ET el fijado en convenio colectivo o contrato individual. Pero si es en base al propio ET que se acepta que la referencia a «pactos» del DOS incluye tanto los pactos individuales como los colectivos, no debe olvidarse que la posibilidad frecuentemente abierta en el ET a la acción de estos últimos lo es en la medida en que mejoren las condiciones mínimas inderogables que en él se fijan. Volveremos más adelante sobre esta cuestión. Lo que, en fin, es indudable es que el artículo 6 del DOS se refiere también y claramente a los pactos individuales, sin que quepa aceptar interpretaciones en contrario como la realizada por Montoya Melgar (17).

8. Disposiciones específicas de Ordenanzas o Reglamentaciones de trabajo, convenios colectivos, pactos individuales. Pero, ¿qué alcance pueden tener estas tres diferentes vías de fijación de módulos de cálculo del valor de las horas extraordinarias diferentes al establecimiento en el artículo 6 del DOS? Es evidente que no plantea en principio ningún problema el hecho de que a través de tales vías se establezca una fórmula de cálculo más beneficiosa para el trabajador. Ello no sólo no contradiría el artículo 6 del DOS, sino que además cumpliría el mandato contenido en el principio general de norma mínima —en lo referente a Reglamentaciones y Ordenanzas y convenios colectivos— y lo preceptuado en el artículo 3, uno, *c)*, del ET —respecto al pacto individual— cuando afirma que «... en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales...». La problemática se plantea cuando a través de tales instrumentos la fórmula

(16) Véase F. VALDÉS DAL-RE, «La negociación colectiva en la Constitución», en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 469 y sigs.

(17) A. MONTOKA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 3.ª ed., Madrid, 1979, págs. 328.

de cálculo es menos beneficiosa para el trabajador que la establecida en el DOS. Naturalmente, la solución a esta cuestión debe variar y diferenciarse según esa disposición o pacto en contrario, sea de uno u otro tipo.

Cuestión previa no obstante es la de determinar si lo establecido en el artículo 6 del DOS es norma de derecho necesario relativo y, por consiguiente, inderogable *in peius*, aunque modificable en un sentido más favorable para el trabajador o, por el contrario, se trata de una norma dispositiva que puede ser modificada, alterada e incluso empeorada en algunos casos por la voluntad de las partes (18). En definitiva, si el artículo 6 del DOS es una norma supletoria que sólo entrará en juego a falta de «disposición específica de Ordenanza o Reglamentación de trabajo o pacto individual o colectivo» (19). Para ello es necesario tener presente que el análisis no puede centrarse sin más en el artículo 6 del DOS. El DOS, como se ha dicho, es una norma de desarrollo del ET —como en su momento lo fue de la LJML o de la LRL—, una norma interpretativa de las disposiciones de aquél. El carácter de norma de derecho necesario debe buscarse, si existiera, no sólo en la interpretación aislada del DOS, sino, por el contrario, en la conjunta del ET, norma principal, y del DOS, norma interpretativa y de desarrollo.

Desde este punto de vista hay que recordar que, como antes se ha subrayado, a partir del ET cabe hacer dos afirmaciones respecto al tema que aquí nos ocupa: primera, que la retribución de la hora extraordinaria de trabajo debe ser superior a la de la hora ordinaria y, segunda, que dicho incremento debe ser del 75 por 100 cuando menos del valor de dicha hora ordinaria de trabajo. Ambas afirmaciones son normas de derecho necesario relativo, esto es, deben ser necesariamente observadas por las normas de rango inferior, así como por los pactos individuales y colectivos sobre el tema. Ahora bien, si es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia (20) consideran que el porcentaje del 75 por 100 de incremento es norma de derecho necesario inderogable *in peius*, lo que por otra parte es imposible negar dada la tajante dicción del artículo 35.1 del ET cuando señala que el incremento sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo podrá ser fijado por convenio colectivo o contrato individual, pero que «en ningún caso será inferior al 75 por 100»; si también es cierto que entienden que es asimismo norma de derecho necesario que dicho porcentaje se

(18) Sobre estos conceptos, véase L. M. CAMPS RUIZ, *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del derecho español del trabajo*, Madrid, 1976, págs. 75 y sigs.

(19) Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «Concurrencia y articulación de normas laborales», en la *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, págs. 8 y sigs.

(20) Sentencias del TCT de 25 de septiembre de 1978 (Rep. Ar. 6.724), de 19 de diciembre de 1978 (Rep. Ar. 7.235) y de 5 de abril de 1979 (Rep. Ar. 2.234). También M. ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores (Texto y comentario breve)*, Madrid, 1980, pág. 118.

aplique sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo, no obstante ello consideran que, dado que la noción de hora ordinaria no viene concretada en la ley, es preciso acudir a las normas interpretativas y de desarrollo —el DOS específicamente—, donde se permite una amplia libertad interpretativa respecto a la noción de hora ordinaria y su retribución, utilizándose la proporcionada por el artículo 6 del DOS sólo supletoriamente a falta de otra disposición reglamentaria o pactada o de pacto individual que establezca otra fórmula y otro concepto distinto de retribución de la hora ordinaria de trabajo. Se concluye, pues, que el artículo 6 del DOS es una norma dispositiva que puede ser modificada incluso en peor por las vías e instrumentos tantas veces citados.

Contra esta argumentación cabe afirmar lo siguiente: *a)* que por esta vía se vacía de contenido la afirmación de que es de derecho necesario el que la base de cálculo esté constituida por el valor de la hora ordinaria de trabajo. Afirmar esto para luego concluir que la norma concede una amplia libertad interpretativa acerca de cuáles conceptos deben integrar dicha base es lo mismo que decir lisa y llanamente que la base de cálculo podrá fijarse arbitrariamente, coincida o no con el valor de la hora ordinaria de trabajo. Se estaría eliminando con ello parte del carácter de norma de derecho necesario del artículo 35.1 del ET; *b)* se parte de la base de que el concepto de valor de la hora ordinaria de trabajo es no un concepto jurídico-indeterminado que debe precisarse interpretativamente, pero al cual sólo cabe dar un contenido específico, concreto y unívoco, sino más bien una laguna en la normativa del tema que puede cubrirse de forma diferente, con diverso contenido y por distintas vías sin limitación conceptual ni normativa alguna; *c)* sobraría, por tanto, la referencia del artículo 35.1 del ET al valor de la hora ordinaria de trabajo. Bastaría con que indicase que el incremento sobre una base arbitrariamente fijada deberá ser cuando menos del 75 por 100. Este es, a mi juicio, el resultado a que conduce la interpretación anterior y que debe ser rechazada por contradecir lo establecido de forma tajante en el artículo 35.1 del ET.

Entiendo, por el contrario, que el ET es norma de derecho necesario relativo no sólo cuando se refiere al porcentaje de incremento sobre el valor de las horas ordinarias de trabajo, sino también cuando habla de ese mismo valor de la hora ordinaria. Considero, por tanto, que dicho carácter de norma de derecho necesario se extiende a lo establecido en el artículo 6 del DOS y que, por consiguiente, la fórmula en él recogida es asimismo de derecho necesario, no dispositiva, debiendo entenderse el inciso problemático que se intenta interpretar en el sentido de que sólo son posibles regulaciones o pactos diferentes en la medida en que mejoren lo establecido en dicho artículo. A esta conclusión conducen determinados argumentos que a continuación se exponen.

En primer lugar, el concepto de valor de la hora ordinaria de trabajo a que se refiere el artículo 35.1 del ET no es un concepto multívoco. Su contenido viene dado por el artículo 6 del DOS. Porque hay que distinguir entre el concepto de retribución por la hora ordinaria de trabajo y el de módulo de cálculo

sobre el que aplicar el porcentaje de incremento de las horas extraordinarias. Dicho de otro modo, el artículo 6 del DOS sirve, en primer lugar, para interpretar la referencia al valor de la hora ordinaria de trabajo del artículo 35.1 del ET. Dicho valor, recogiendo la tendencia expresada a lo largo de las sucesivas normas sobre el tema, es el equivalente, salvo excepciones discutibles como antes se ha apuntado recogidas en el propio artículo 6 del DOS, a la totalidad de las percepciones salariales del trabajador, y si bien el módulo de cálculo del valor de la hora extraordinaria de trabajo es modificable, no lo es en absoluto porque no lo permite ni el propio artículo 6 ni, lo que es más importante, la realidad de una retribución realmente percibida, el valor de la hora ordinaria de trabajo. Todo ello si queremos que las palabras sigan conservando su sentido habitual. Si así no fuera, resultaría que el módulo de cálculo aplicable no sería el equivalente al valor de la hora ordinaria de trabajo, noción con la que podría no tener relación alguna, con lo que se estaría vulnerando el artículo 35.1 del ET. Quiero decir que el artículo 6 del DOS tanto sirve para determinar sin más el valor de las horas ordinarias de trabajo como a la vez, pero distintamente, el módulo de cálculo del valor de las horas extraordinarias, pero sin que el pacto o la disposición específica de reglamentación u ordenanza afecte, pueda afectar más que a este segundo punto. Por tanto, si, como se ha dicho, la retribución de las horas extraordinarias a tenor del ET debe ser necesariamente superior a la de la hora ordinaria y además superior cuando menos en un determinado porcentaje, no cabe concluir que uno es el valor de la hora ordinaria a los efectos de la valoración de la hora extra y otro el valor de esa misma hora ordinaria por sí misma considerada. Ambos conceptos deben coincidir, siendo el segundo el que condiciona al primero. La no coincidencia sólo es aceptable en la medida en que resulta más favorable para el trabajador. Un dato a favor de esta interpretación viene proporcionado por los propios autores y por la jurisprudencia (21) cuando afirman la posibilidad de un tratamiento menos favorable que el contenido en el artículo 6 del DOS sobre la base de que el mismo viene compensado por otras mejoras contenidas sobre todo en los convenios colectivos que regulen esta cuestión. No vamos a tratar ahora aquí el tema de la compensación, sólo indicar que, si se afirma la posibilidad de compensar, se está partiendo de dos tratamientos diferentes, uno más favorable que otro. Si la comparación es posible es que pueden existir dos nociones diversas del valor de la hora ordinaria de trabajo: una la legal, otra la convencional. Si esto es así, quiere decir que cabe siempre la determinación de un valor hora ordinaria de trabajo sobre la base obviamente del DOS y en relación con las retribuciones efectivamente percibidas por el trabajador. Luego la referencia del ET a dicho valor no es tan ambigua, no permite una tan grande libertad interpretativa porque, si así fuere, no podría establecerse comparaciones sobre la

(21) En este sentido, GARCÍA NINET, *ob. cit.*, pág. 24 y las sentencias del TCT de 23 de enero de 1978 (Rep. Ar. 329) y de 1 de febrero de 1979 (Rep. Ar. 1.351).

base de que el valor hora ordinaria, el único, sería el establecido en la norma de la que paradójicamente se declara contiene un tratamiento más desfavorable.

En segundo lugar, si el porcentaje del 75 por 100 de incremento sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo es una norma de derecho necesario, resulta incongruente, por no decir sofisticado, entender que la base sobre la que aplicar dicho porcentaje puede ser arbitrariamente establecida. Incluso a una persona tan ignara en cuestiones matemáticas como el que esto escribe se le ocurre que, si lo que se pretende es un incremento de la retribución, un encarecimiento de las horas extraordinarias sobre la correspondiente a la hora ordinaria de trabajo, lo fundamental no es la cuantía del porcentaje de incremento, sino, sobre todo, la base sobre la que aplicarlo. Porque puede suceder que, incluso respetando escrupulosamente el porcentaje de incremento, la elección de una base de cálculo desmesuradamente reducida dé como resultado una retribución de la hora extraordinaria incluso inferior al valor de la hora ordinaria, que, como antes se ha señalado, viene determinado como valor en sí mismo por el artículo 6 del DOS. Aceptar la tesis que se critica conduciría, a mi juicio, tanto a vulnerar en concreto lo dispuesto en el artículo 35.1 del ET como burlar la intención del legislador de conferir a las horas extraordinarias un carácter de excepcionalidad en lo que se refiere a la posibilidad de su realización y a la retribución de las mismas. Con ello además, el artículo 35 perdería el carácter limitativo que anteriormente se ha subrayado.

En tercer lugar, y por último, una simple interpretación contextual del artículo 6 del DOS conduce también a la conclusión de que el posible pacto o disposición específica en contrario sólo puede ser más favorable para el trabajador. En efecto, en el propio artículo 6, párrafo segundo, y en el artículo 9 del DOS se encuentran expresiones similares a la aquí analizada. En el primer caso se dice que «las retribuciones relativas al trabajo por unidad de obra y los complementos por calidad o cantidad de trabajo se aplicarán sin variación, salvo pacto en contrario, tanto a la actividad laboral realizada en jornada normal como a la efectuada en horas extraordinarias...», no pudiendo obviamente interpretarse que el artículo 6, segundo párrafo, quiera decir que el pacto en contrario pueda establecer una retribución por unidad de obra o un complemento por calidad o cantidad de trabajo menos beneficioso durante las horas extraordinarias que respecto al trabajo realizado durante las horas ordinarias del mismo. Ello sería una incongruencia dadas las características del trabajo realizado durante tales horas extraordinarias. Lo mismo cabe decir respecto al artículo 9 cuando indica que «se entenderá, salvo pacto en contrario, que los salarios determinados por tiempo fijo (...) correspondan a la jornada normal completa de trabajo y al rendimiento mínimo, fijado o habitual, exigible en la actividad de que se trate». Dicho pacto podrá establecer que tales salarios correspondan a un tiempo inferior o a un rendimiento también inferior, con lo que el tratamiento a través de dicho pacto sería más favorable, pero no considerar que el salario a tiempo corresponde, por ejemplo, a una jornada superior a la normal o a un

rendimiento superior al mínimo exigible, entre otras razones, respecto a esto último, porque así lo prohíbe el artículo 12 del mismo DOS.

En conclusión, por tanto, tanto el artículo 35.1 como el artículo 6 del DOS, en lo que hace al valor hora ordinaria como en lo que se refiere al porcentaje de incremento sobre dicho valor hora son normas de derecho necesario que sólo pueden ser modificadas *in melius*, pero nunca en un sentido menos beneficioso para el trabajador.

9. Prescindamos no obstante a efectos puramente hipotéticos y especulativos de la conclusión anterior y aceptemos que el artículo 6 del DOS es una norma de derecho dispositivo, modificable en cualquier sentido tanto por la acción de las reglamentaciones u ordenanzas como de los pactos individuales o colectivos. Es preciso, por tanto, analizar cada una de estas vías de modificación *in peius* del artículo 6 del DOS.

Empecemos por el pacto individual respecto a la retribución de las horas extraordinarias. Bastaría recordar a estos efectos el artículo 3, uno, c), del ET ya citado, que prohíbe expresamente que «en ningún caso» la voluntad de las partes pueda establecer en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos. No cabe, por tanto, que dicho pacto en contrario sea menos beneficioso para el trabajador, luego a estos efectos no cabe mantener el carácter dispositivo del artículo 6 del DOS (22). Bastaría con ello para considerar inaceptable la tesis hasta aquí criticada porque no puede darse a un mismo inciso de un precepto normativo interpretaciones diferentes. Si se entiende que el artículo 6 del DOS es norma dispositiva lo será a todos los efectos y en relación a todos los instrumentos o vías de derogación en peor que allí se contemplan. Afirmar esta posibilidad sólo para unas y excluirla para otras es una manipulación de un texto legal que obviamente exige una interpretación unitaria.

Pero no es sólo el pacto individual el que no puede establecer peores condiciones que las establecidas en el artículo 6 del DOS. Tampoco las Reglamentaciones u Ordenanzas de trabajo pueden hacerlo si se quiere tener en consideración lo establecido en el artículo 3, dos, del propio ET. Se dice allí que «las disposiciones legales y reglamentarias (donde están obviamente incluidas las Reglamentaciones y Ordenanzas) se aplicarán con sujeción estricta a los principios de jerarquía normativa», añadiéndose además que «las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar». Por tanto, las Reglamentaciones de trabajo y las Ordenanzas, en los supuestos marginales en que se dicten, no podrán ni siquiera modificar, lo que es dudoso dado el principio de norma mínima, pero sí ciertamente

(22) En este sentido, ALONSO OLEA, cuando afirma que el pacto a que se refiere el artículo 6 del DOS hay que entenderlo referido a colectivo, «salvo individual más favorable para el trabajador», *ob. cit.*, pág. 169.

no podrán regular en peor lo establecido en las normas de rango superior, esto es y en el caso que nos ocupa, en el DOS.

La única vía posible, por tanto, es la referente a los convenios colectivos. Haciendo caso omiso, lo que es mucho, a las objeciones sucesivas hasta aquí planteadas, podría pensarse que, efectivamente, los convenios colectivos podrán regular condiciones de trabajo peores respecto a las establecidas en las normas legales —entendidas en sentido amplio— siempre que el resultado global sea más favorable para el trabajador. Ello supone, de un lado, ignorar el que Lyon Caen (23), califica de verdadero único principio de orden público laboral, esto es, el de norma mínima, por el cual las normas de rango inferior deberán observar lo establecido en normas de rango superior que funcionan en su globalidad como mínimos de tratamiento; de otro, y sobre todo, estimar que la comparación es posible entre cualquier tipo de normas, lo que es bastante discutible, por cuanto es necesario una cierta homogeneidad de contenido y la posibilidad técnica de la comparación misma, lo que es discutible suceda con el DOS respecto a las normas profesionales colectivas (24). La única posibilidad de compensación, a mi juicio, por utilización del instituto de la norma más favorable es la que puede producirse entre normas del mismo rango de contenido homogéneo —dos convenios colectivos concurrentes, por ejemplo— y siempre que ambos contengan tratamientos más favorables que los establecidos en las normas de rango superior, lo que conformaría una situación cualitativamente distinta a la contemplada en la sentencia que aquí se ha comentado.

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
Universidad de Sevilla

(23) «Negociation collective et legislation d'ordre public», en *Droit Social*, 1973, núm. 2, págs. 100 y sigs.: «... l'utilisation claire, non équivoque, de l'ordre public, ne se retrouve dans le Droit positif que s'il s'agit de protéger le salarié contre une renonciation dont il ne mesure pas la portée; toute restriction conventionnelle à ses droits est exclue, nulle d'une nullité absolue. Mais c'est alors la fonction indiscutée de l'ordre public social...», añadiendo que «... en réalité les lois sociales sont toutes impératives, mais aux unes on peut déroger *in melius*; aux autres il est prétendu qu'on ne peut déroger du tout...».

(24) Esto es lo que afirma la sentencia de 30 de marzo de 1979 (Rep. Ar. 2.040) cuando establece la imposibilidad de comparación entre un convenio colectivo y la LRL «... toda vez que conforme tiene declarado esta Sala —sentencia del TCT de 15 de noviembre de 1977 (R. 5.578)—, la concurrencia de normas a que se refiere dicho artículo (el 4 de la LRL) hace mención a las que contengan regulación de condiciones similares cuya compensación sea posible, lo que no sucede con la repetida Ley de Relaciones Laborales, que por constituir un cuerpo normativo innovador y modificativo de la legislación laboral existente con proyección de permanencia carece de condiciones cuantificables económicamente, lo que imposibilita su comparación con el convenio de que se trata en lo que se refiere a valoración de condiciones económicas...». Los mismos argumentos pueden utilizarse a la hora de intentar para rechazarla la comparación entre lo establecido en un convenio colectivo y lo regulado por el Decreto de Ordenación del Salario.

