



# ARTÍCULOS

## PRUEBA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: EL REGISTRO DE LA JORNADA

**FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Magistrado de la sala de lo social del  
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

### 0. MARCO DE APROXIMACIÓN

Pretendemos presentar ciertos criterios de aplicación del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, respecto a las horas extraordinarias y su prueba en el proceso laboral.

Partimos de unos datos preocupantes. Según el Instituto Nacional de Estadística en el cuarto trimestre de 2019 se realizaron 6005600 de horas extraordinarias por semana. De ellas figuran como no pagadas: 2520700. En este periodo el número de parados en España era de 3191900.

Esta es una realidad que nos oferta una pequeña dimensión de la trascendencia de las horas extraordinarias en la esfera macro-laboral y en la micro-particular de cada trabajador. Tiempo de trabajo versus ocio; tiempo remunerado versus gratuito; competencia leal versus desleal; paro versus excesos de jornadas.

En contra de quienes creen que la jornada de trabajo o las horas extras son un problema de producción y que atañe a la empresa exclusivamente, como diseñadora de la actividad, intentaremos dotarle al tema de un nuevo significado que sea comprensivo de la reforma del control de la jornada de trabajo que se ha operado en nuestro ordenamiento.

### 1. MARCO REFERENCIAL

El Real Decreto-Ley (RD-L) 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, en su artículo 10 modificó el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET), estableciendo la obligatoriedad de los empresarios de garantizar el registro diario de la jornada de trabajo de los empleados, incluyendo el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo.

Dice el nuevo art. 34.9 del ET: “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo...Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada...La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

Esta medida venía motivada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2019, C-55/18, en la que resolviendo una cuestión prejudicial suscitada por la Audiencia Nacional se señalaba, sintéticamente, que el Estado debía garantizar los medios eficaces de control de la jornada de trabajo, en cuanto que ello es una medida adecuada para la protección de la seguridad del trabajador respecto a su tiempo de trabajo.

A su vez, la cuestión planteada se suscitó por la posible colisión de la normativa comunitaria con la doctrina “consolidada” del Tribunal Supremo que había fijado que las empresas no tenían obligación de llevar un registro de jornada de los trabajadores, en cuanto que solo se imponía a aquellas el registro de las horas extraordinarias pero no el de la jornada ordinaria<sup>1</sup>.

## **2. MARCO EMPÍRICO: HORAS EXTRAORDINARIAS**

Con independencia de otras implicaciones, lo cierto es que la implantación de la medida del registro de jornada del RD-L 8/2019 viene muy tintada por la pretensión del control de las horas extraordinarias. La misma Exposición de Motivos de esta norma lo indica al decir que una forma de precarización del empleo es la realización de horas extraordinarias y que contra ello es contra lo que se pretende luchar, erradicando con el nuevo registro prácticas empresariales irregulares.

Las horas extraordinarias se regulan en el art. 35 del ET, y su nº 5 establece, y establecía, que “... a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente...”

Cabría preguntarnos ¿qué ha cambiado con la nueva norma respecto a lo anterior en cuanto a las horas extraordinarias, pues para estas ya existía un registro?, o ¿qué significa la modificación del art. 34. 9 del ET para la materia de las horas extraordinarias?

---

<sup>1</sup> TS 23-3-2016, recurso 81/2016; TS 20-4-2018, recurso 116/2016; TS 20-12-2018, recurso 206/2016.

### 3. MARCO PROCESAL: PRUEBA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

El art. 35, 5 del ET al exigir el registro de horas al empresario establece una norma clara. Si el empleador registra las horas extras serán las que constan en el registro las que se tienen por realizadas y son las que se deberán abonar. Si el trabajador no se muestra conforme con las que se han registrado deberá probar que las realizadas y documentadas no coinciden. Dependerá del éxito de su prueba la estimación de su pretensión.

Pero el tema no era antes tan sencillo, y no lo era porque la realidad mostraba que ese registro no se llevaba en muchas ocasiones, con lo cual los criterios de carga probatoria aplicables para la prueba de las horas extras se desenvolvían entre, o bien, partiendo de la base de que la empresa había incumplido su obligación de registro de horas, se le imputaba a ella la carga de probar que las horas reclamadas por el trabajador no se habían efectuado; o bien, al margen del incumplimiento empresarial, gravando al operario con la prueba de que había realizado las horas que instaba en el proceso.

En la práctica de los tribunales la acreditación de las horas extraordinarias se regía por el principio de que actori incumbit onus probando, o lo que es lo mismo: al demandante le compete probar lo que pretende, en nuestro caso la realización de las horas extraordinarias.

La doctrina del TS respecto a la probanza de las horas extraordinarias era la siguiente: Sentencia del TS de 21 enero 1991. RJ 1991\67: "... en materia de horas extraordinarias, quien pretende haberlas realizado debe fijar con toda precisión sus circunstancias y número, y probar, a su vez, su realización «día a día y hora a hora» - incluso el artículo 35 n.º 5 del Estatuto, sin duda en garantía de las dos partes de la relación laboral, y aunque, naturalmente, no como prueba única, exige que la realización de horas extraordinarias se registre día a día, totalizándose, semanalmente, con entrega al trabajador de copia del resumen semanal-..."

Y, otro ejemplo, Sentencia del mismo TS de 11 junio 1993. RJ 1993\4665, Recurso de casación por infracción de ley núm. 660/1992: "...corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización, del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado..."

Aunque la previsión legal del art. 35-5 ET parece clara, y es al empresario al que corresponde registrar las horas extras, los órganos judiciales exigían el que fuese el trabajador el que probase hora a hora las que había realizado. Si no se cumplía esta exigencia la pretensión de las horas extraordinarias era desestimada.

Podía pensarse que como el legislador imponía al empleador el registro de las horas extraordinarias si este no existía podían tenerse por probadas las que se reclamaban. Sin embargo, no era este el criterio seguido, porque en la realidad judicial no existía una inversión de la carga probatoria y se mantenía el principio del onus probandi por parte del demandante.

La situación real era, por tanto, la necesaria prueba por el trabajador de las horas extras realizadas. Ello suponía en muchos casos una gran dificultad. ¿Cómo probar el exceso de jornada en centros laborales pequeños, cómo obtener pruebas testificales? A la reserva normal del trabajador a enfrentarse con su empresario se unía la ilusoria posibilidad de probar lo que pretendía.

En fin, que las horas extraordinarias producían varios efectos perversos: se incrementaba la jornada, se restaba tiempo del trabajador, carecían del carácter voluntario propio de las mismas, no se abonaban en muchos casos o se pagaban mal y, además, había poco o nada que hacer para que si no se pagaban se lograra su abono.

#### **4. MARCO DE RETORNO: NUEVA NORMATIVA**

La reforma del art. 34, 9 del ET al imponer el registro de jornada incide en la obligación de la empresa de marcar los tiempos reales que ha realizado el trabajador, en toda la extensión de la jornada que ha realizado, tanto ordinaria como extraordinaria. Al remarcarse esta obligatoriedad, sancionada administrativamente en caso de incumplimiento<sup>2</sup>, los perímetros temporales de la jornada del trabajador están teóricamente definidos para ambas partes del contrato.

La nueva norma implica que es la empresa la que debe aportar y exhibir la jornada realizada. Si no lo hace habrá que tener por probada la realización de la jornada y de las horas que ahora pretenda el trabajador.

La consecuencia la vemos clara: antes el trabajador tenía que probar las horas extras, ahora es el empresario el que debe acreditar que no son ciertas las que pide.

El debate judicial respecto a la prueba de las horas extraordinarias en la actualidad se enmarcaría en los siguientes términos:

-si la empresa lleva el registro de jornada: en este caso habrá que presumir que la jornada realizada por el trabajador es la que documentalmente consta. No solo por el principio de buena fe y confianza en la veracidad del cumplimiento de las obligaciones, sino también porque, dejando al margen la negociación colectiva a la que remite el art. 34,9 ET, los representantes de los trabajadores tienen acceso al registro de jornada garantizando con su intervención la realidad y control de sus datos.

Si el trabajador no se muestra conforme con la jornada que refleja el registro empresarial en orden a las horas extraordinarias que ha realizado, entonces deberá probar las horas de más que pretende se tengan por realizadas. La carga probatoria le incumbe a él, y se enfrenta con los problemas y dificultades que ya hemos enunciado a la hora de probar su reclamación.

-si la empresa incumple su obligación de llevar el registro de jornada: el panorama aquí cambia radicalmente. La empresa debe probar que lo pedido por el trabajador no se ajusta a la realidad. El incumplimiento de confeccionar el registro de la jornada crea

---

<sup>2</sup> El RD-L 8/2019, ha modificado el art. 7.5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto.

una situación de transgresión de los derechos del trabajador que motiva el que el incumplidor sea responsable de ello. En estos supuestos la demanda del trabajador deberá prosperar por la inactividad empresarial en el cumplimiento de sus obligaciones; se tendrán por probadas las horas que reclama.

Ahora bien, la empresa siempre puede probar la real jornada realizada por el trabajador por medios documentales como son las fichas o los partes de trabajo, u otras pruebas como la testifical. Pero la aplicación del onus probandi debe partir de que quien genera la confusión no puede quedar a la postre beneficiado por ella (ex art. 1256 Código Civil).

## **5. MARCO DE REPROCHE**

Indudablemente si el empresario incumple su obligación de abonar las horas extras, o las impone obviando su carácter voluntario, al menos en las denominadas estructurales, o dificulta su control, es él el único responsable de la transgresión de las obligaciones del contrato de trabajo.

Partimos de esta premisa. Es inexcusable que en la empresa existan zonas sin ley. Pero el que haya tenido que intervenir el legislador para regular una materia como la que examinamos ahora no deja de ser un fracaso de parte de los operadores sociales. Las relaciones laborales se rigen por un principio de autonomía importante y por integrar en sus fuentes productivas a actores significativos como son los sindicatos y, en particular, los representantes de los trabajadores, y junto a ellos a los jueces, que son los partícipes de la institucionalización del conflicto social.

Si, por un lado, hay que reconocer que ha sido la inquietud de los sindicatos por el control de la jornada de trabajo la que ha motivada la coyuntura actual (veamos sus demandas y la misma cuestión prejudicial planteada y a la que ya hemos aludido), por otro, no podemos dejar de destacar que respecto a las horas extras su intervención en el control, al menos teóricamente, podía haberse planteado en términos más beligerantes y fiscalizadores en el marco de las mismas empresas o en el ciclo de la negociación.

Tampoco de nuestra censura se escapan los órganos judiciales. Los criterios aplicativos del principio de carga probatoria respecto a las horas extras son desconocedores de la realidad laboral.

Se omiten en el entorno judicial del contrato de trabajo varios puntos:

1º. La dificultad de contar con medios eficaces de prueba por parte del trabajador es una realidad de la que debe partir toda valoración de la prueba en el ámbito social. La reticencia de los trabajadores a comparecer como testigos y la rígida valoración que se hace de la prueba testifical que se practica en los tribunales son impedimentos para probar las horas extraordinarias.

2º. El devenir en la relación laboral suele implicar que no exista por el mismo trabajador un control exacto de la jornada que realiza.

3º. El quietismo general del trabajador para evitar el conflicto es un prius del que debe partirse para enjuiciar todo proceso laboral. Los perjuicios que le pueden derivar al demandante suelen provocar una prevención a demandar.

4º. La inercia judicial de exigir la acreditación hora por hora de las horas extraordinarias y su prueba minuciosa, sin género de dudas, es una praxis perversa. Es contraria, y ya lo era antes, a la obligación empresarial de computar y registrar las horas extras y de reflejarla en el recibo salarial correspondiente.

¿Qué fundamento tenía la rigidez de la carga probatoria exigida al trabajador, qué papel estaban jugando los jueces en su función de integración de las fuentes del derecho laboral?

## **6. MARCO DE CONCLUSIONES**

La nueva norma del RD-L ha intentado incidir sobre una realidad asimétrica de la relación laboral como es el control de la jornada laboral en general, y en concreto el control veraz de las horas extraordinarias.

Desde ahora, y esta ha sido la finalidad del RD-L 8/2019, la prueba de las horas extraordinarias debe provenir del registro de jornada.

Si el trabajador impugna el registro de jornada deberá probar el trabajo que ha realizado realmente.

Si no existe el registro será el empleador el que debe acreditar que no se han realizado las horas extras que se reclaman.

## **EPILOGO: ALGO MÁS**

### **7. MARCO FENOMENOLÓGICO**

Una de las características del mundo moderno es la industrialización. Esta supuso una migración generalizada del campo a la ciudad.

El paso del entorno rural al urbano implicó una pluralidad de consecuencias. A parte de las personales (magna civitas, magna solitudo) una de ellas fue que el factor tiempo comenzó a instalarse en sociedad. El devenir temporal sin rangos definidos que existía en el campo era inapropiado para la producción industrial, que requería unos procesos pautados y una disciplina horaria con turnos marcados. El tiempo de descanso y la acomodación del ámbito de reproducción con el de producción derivó, al final, con un ajuste de aquel a este.

El hogar, la persona, terminó por ajustarse a los ritmos que el trabajo imponía. La socialización de estas pautas finalizó con la asunción social de que la vida giraba en torno a las necesidades de la empresa.

Pero, todo lo convencional es susceptible de ser variado; los fenómenos conductitas pueden ser invertidos. Y, hoy, el tiempo se contempla como un valor de la persona. El

ámbito tradicionalmente denominado, con escasa fortuna, de reproducción se ha configurado como un aspecto relevante y exclusivo del hombre. El trabajo se contempla como un medio de la persona, NO como un fin en sí mismo. Ello ha supuesto que la jornada de trabajo y su extensión sean importante para el patrimonio del trabajador, y no solo en su aspecto económico.

El tiempo de trabajo se roba de otras actividades, y su precio, más allá del tiempo pactado de trabajo, tiene un valor significativo. Los mismos ritmos de la vida moderna imponen una celeridad y ajuste tal que cualquier distorsión repercute no solo en las actividades sino en el mismo equilibrio de la persona.

El fenómeno actual ya no reside tanto en que se abonen los excesos de jornada, sino más bien en la misma voluntariedad de hacer una prolongación de jornada.

El trabajo se contempla en nuestras sociedades como un instrumento de acceder a los bienes y servicios, pero jurídicamente es un derecho. Como tal su ejercicio se concibe como estable y seguro. La precariedad en el empleo es un lastre, una distorsión del derecho al trabajo. Las horas extras sin control es una manifestación del subempleo y, todavía, una competencia desleal perjudicial a la libertad de mercado.

La responsabilidad corporativa es la implicación de las empresas en la sociedad. Se pretende con ella preservar los derechos sociales.

Para el que le interese en la página de Deutsche Bank, empresa en la que se originó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 14-5-2019, C-55/18, aparece lo siguiente: “Deutsche Bank centra su modelo de responsabilidad corporativa y se enfoca en asegurar la viabilidad a través de tres dimensiones de sostenibilidad para crear valor económico, medioambiental y social. Su objetivo es establecer la dirección de una estrategia de negocio orientada al futuro que equilibre el éxito económico con la responsabilidad social y medioambiental, todo en línea con las expectativas de nuestros públicos... En España, el plan estratégico de Responsabilidad Social Corporativa se puso en marcha en el año 2006 con el objetivo de actuar como un ciudadano corporativo responsable en nuestra comunidad. Se siguen cuatro ejes estratégicos de actuación: Educación (Born to be), Emprendimiento social (Made for good), Desarrollo de la comunidad (In the community) y Voluntariado corporativo (Plus You).”

