



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

MÁSTER EN ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Realizado por: Marta González García

Convocatoria ordinaria de enero 2020

RESUMEN

Las horas extraordinarias constituyen una de las figuras más polémicas del Derecho del Trabajo. Buena prueba de ello la encontramos en las numerosas reformas y modificaciones que ha sufrido su regulación. Gran parte de su régimen jurídico, desde su definición hasta su control, ha sido objeto de numerosas controversias y jurisprudencia. En efecto, el papel de los jueces y tribunales en la delimitación de esta institución ha sido fundamental, debido a la insuficiencia y ambigüedad de su regulación. En el presente trabajo se ofrece una visión sobre qué ha de entenderse por horas extraordinarias, deteniéndonos en el examen de los aspectos más conflictivos y en la reciente entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, en el que se insta la obligatoriedad de un registro con el que controlar la jornada ordinaria de los trabajadores, lo cual supone una mejora en cuanto a la hasta ahora ineficiente mecanismo para la prueba de las horas extraordinarias.

ABSTRACT

The supplementary hours represent one of the most controversial aspects of Labor Law. Good proof of this is that the regulation has undergone numerous reforms and modifications. Much of its legal regime, from its definition to its control, has been the subject of numerous controversies and jurisprudence. In fact, the role of judges and courts in the delimitation of this institution has been fundamental, due to the insufficiency and ambiguity of its regulation. In this work the concept of overtime is analyzed, it emphasizes the most conflictive aspects and the recent entry into force of the Royal Decree-Law 8/2019, from 8 th March. This royal decree law requires the obligation of a registry is established with which to control the ordinary working of the workers which supposes a revolution in the demonstration of overtime.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

| | |
|---------------|--|
| AN | Audiencia Nacional |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| Cit. | De la citada obra |
| DGITSS | Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social |
| ET | Estatuto de los Trabajadores |
| FD | Fundamento de Derecho |
| FH | Fundamento Histórico |
| FJ | Fundamento jurídico |
| Ibídem | Lo mismo |
| LISOS | Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| Pág. | Página |
| Págs. | Páginas |
| RD | Real Decreto |
| Rec. | Recurso de casación |
| SIMAP | Sindicato de Médicos de Asistencia Pública |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSS | Sentencias del Tribunal Supremo |

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 2 |
| 2. DELIMITACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS | 3 |
| 2.1. CONCEPTO | 3 |
| 2.2. CLASES DE HORAS EXTRAORDINARIAS | 9 |
| 3. LÍMITES A LAS HORAS EXTRAORDINARIAS | 11 |
| 3.1. LÍMITES CUANTITATIVOS | 12 |
| 3.2. LÍMITES SUBJETIVOS | 13 |
| 4. ASPECTOS LITIGIOSOS | 16 |
| 4.1. LA VOLUNTARIEDAD DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS | 16 |
| 4.2. PRUEBA Y CONTROL DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS | 20 |
| 5. LA REMUNERACIÓN O COMPENSACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS | 27 |
| 6. CONCLUSIONES | 31 |
| 7. BIBLIOGRAFÍA..... | 35 |

1. INTRODUCCIÓN

Las horas extraordinarias, y su regulación dentro de la jornada laboral, son una institución del Derecho del Trabajo que siempre ha resultado polémica, en el contexto del conflicto de intereses trabajador-empresario que caracteriza a esta rama del ordenamiento. En este campo la normativa ha tenido la difícil tarea de ponderar la necesidad de empresarial de flexibilidad el trabajo para atender a las necesidades de la producción y el interés del trabajador en conciliar su vida personal y profesional. Todo ello sin dejar a un lado el evidente interés de la sociedad en un reparto más equitativo de trabajo.

La limitación de la jornada laboral se considera uno de los grandes logros dentro de la protección al trabajador y un eficaz mecanismo con el que respetar el derecho a la salud reconocido en el artículo 43 de nuestra Constitución, por lo que la limitación en la realización de las horas extraordinarias, entendidas como todas aquellas que se trabajen por encima de la jornada ordinaria o habitual de trabajo, es una cuestión de primer orden que ha sufrido numerosas modificaciones con el paso del tiempo. En efecto, la regulación de la jornada laboral para proteger al trabajador de los efectos nocivos que puede acarrear una duración excesiva de la misma es un ejemplo de la lucha obrera que tuvo uno de sus mayores logros con la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Se trata, no obstante, de una tendencia que arranca en la primera mitad del siglo XIX tanto en España como en la mayoría de los países europeos.

El primer gran exponente en cuanto a la limitación del tiempo de trabajo lo encontramos en la Ley Benot de 24 de julio de 1873, cuyo escaso ámbito subjetivo se vio ampliado con la Ley de 3 de marzo de 1900, aplicable a un mayor número de trabajadores. No será, sin embargo, hasta el Real Decreto de 3 de abril de 1919 cuando se reguló de manera genérica para todos los trabajadores una limitación de la jornada laboral, aunque las regulaciones sectoriales continuaron siendo la nota característica del sistema. En 1931 tuvo lugar en España la promulgación de la Ley sobre Jornada Legal Máxima, la cual estableció que cualquier hora trabajada sobre la jornada habitual (cuyo máximo se situaba en 8 horas diarias o 48 semanales) tenía la consideración de hora extraordinaria, haciendo surgir el derecho a una mejora retributiva y regulando, al mismo tiempo, la figura de las horas recuperables. Papel fundamental jugaron también los Pactos colectivos, los cuales fueron prohibidos durante los años de la Dictadura, época en la cual el Estado monopolizó la capacidad legislativa, sustituyendo dichos pactos por reglamentaciones y ordenanzas laborales, siendo, no obstante,

la Ley republicana de 1931 todavía un referente para todo el marco normativo, como puso de relieve su influencia en la Ley de contrato de trabajo franquista de 1944.

La aprobación de la Constitución en 1978 supuso un gran cambio en el panorama legislativo, pues la negociación colectiva obtuvo una enorme importancia en la regulación de la materia y trajo consigo, en particular el art. 40.2 que reconoce el derecho a un descanso adecuado a través de la limitación de la jornada de trabajo. Asimismo, la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 fue uno de los hitos más importantes en la evolución de la regulación del tiempo de trabajo y las horas extraordinarias, limitadas en la redacción original a dos al día, quince a la semana o cien al año. De igual forma, en cuanto a su retribución, se estableció que, en ningún caso, podía ser inferior al 75% del valor de una hora ordinaria.

A pesar de lo conseguido en épocas pasadas, las horas extraordinarias siguen siendo un tema de plena actualidad con motivo 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, que modificó el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores al establecer la obligación de llevar un registro diario de la jornada laboral de los trabajadores. De esta forma el legislador español se hizo eco tanto de la normativa comunitaria como de diversos pronunciamientos judiciales que avisaban de la necesidad de la medida.

La importancia y la actualidad del tema justifican la necesidad de abordar el estudio de las horas extraordinarias, el cual se llevará a cabo a través del examen de sus puntos más controvertidos, no sin antes hacer un somero repaso a su concepto y regulación. Asimismo, se analizarán las diferentes soluciones jurisprudenciales que se han dado para dar respuesta a las distintas ambigüedades y lagunas normativas existentes, algunas de las cuales han propiciado las recientes reformas. Por último, se examinará la retribución de estas horas extraordinarias con la intención de presentar una visión completa y exacta de esta figura tan importante y polémica.

2. DELIMITACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

2.1. CONCEPTO

Encontrar una definición para la figura de las horas extraordinarias, además de complejo, resulta muy necesario debido a la existencia de regulaciones distintas para cada tipo de hora trabajada. Particularmente, desde un punto de vista retributivo o de voluntariedad en la realización, resulta imprescindible poder diferenciar las horas ordinarias de las

extraordinarias. Tal y como establece el artículo 35.1 del ET, las horas extraordinarias han de entenderse como aquellas que excedan de la jornada ordinaria de trabajo, determinada en virtud de convenio colectivo o de contrato individual de trabajo, pero siempre respetando los límites cuantitativos máximos fijados por el ET, esto es, no siendo posible que la jornada pactada exceda de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. De igual modo, horas extraordinarias son aquellas que superen el límite legal de nueve horas diarias, salvo que el convenio colectivo que resulte de aplicación disponga otra cosa (art. 34.1 ET). Se trata de una herramienta del empresario con la que poder flexibilizar la jornada de trabajo y poder hacer frente a situaciones imprevistas de carácter esporádico. Frente a otros mecanismos empleados en situaciones similares, pero más duraderos (contratos eventuales, jornada irregular o parcial y horas complementarias...), las horas extraordinarias se configuran como una solución ante excesos episódicos no previstos en el trabajo. Su importancia en la práctica se pone de manifiesto en la mucha jurisprudencia y casuística que podemos encontrar al respecto.

Antes de proceder al estudio de las horas extraordinarias, entiendo necesario hacer una breve diferenciación entre éstas y las horas complementarias propias de los trabajadores a tiempo parcial y reguladas en el art. 12.5 ET. Las horas complementarias pueden definirse como aquellas acordadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial. Esta figura tiene su propia regulación y sus propios requisitos entre los que cabe señalar los siguientes:

El empresario solo puede exigir la realización de horas complementarias cuando así se haya pactado expresamente con el trabajador, debiendo constar tal acuerdo necesariamente por escrito. El pacto debe recoger el número de horas complementarias cuya realización puede ser requerida por parte del empresario. En cuanto a la voluntariedad de las mismas, nada se dice sobre el papel de los convenios colectivos, cosa que si se hace en las horas extraordinarias.

Las horas complementarias solo pueden acordarse en el caso de trabajadores con contratos a tiempo parcial con una jornada no inferior a diez horas semanales en cómputo anual.

En cuanto al límite cuantitativo, el número de horas complementarias pactadas no puede exceder del treinta por ciento de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. En este caso nos encontramos con un límite mínimo pues los convenios colectivos pueden establecer otro porcentaje máximo siempre que se encuentre entre citado treinta por ciento y el sesenta por ciento de las horas extraordinarias. A diferencia del límite cuantitativo de las horas extraordinarias, el cual se expresa en horas, en las horas complementarias el legislador ha

optado por fijarlo en porcentajes. Entiendo esta elección bastante acertada teniendo en cuenta la variabilidad en la duración de las jornadas a tiempo parcial.

El trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, siendo posible que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior.

En determinados supuestos el pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración. Ello quiere decir que durante el primer año de acuerdo el trabajador se encuentra obligado a cumplir con las horas complementarias pactadas. Al similar ocurre con las horas extraordinarias, aunque en ellas no existe plazo mínimo.

A pesar de que no exista pacto previo, el empresario puede, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria, cuyo número no podrá superar el quince por ciento, ampliables al treinta por ciento por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. Es importante señalar que la negativa del trabajador a realizar tales horas no puede constituir un comportamiento sancionable.

La realización de horas complementarias debe cumplir los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34.3 y 4, 36.1 y 37.1 ET. En este aspecto no encontramos diferencia alguna con las horas extraordinarias, cuya realización también debe respetar los límites descritos.

Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social. Esta es una de las principales diferencias que encontramos con las horas extraordinarias, las cuales, como veremos más adelante, suelen tener una retribución mayor a las horas ordinarias o pueden compensarse por medio de descansos retribuidos.¹ Y lo que es más importante, las horas extraordinarias no computan para los periodos cotizados, teniendo relevancia solo en la base de cotización por riesgos profesionales, no por riesgos comunes.

Una vez diferenciadas con respecto a las horas complementarias, podemos destacar que, a pesar de que puede parecer un concepto pacífico, lo cierto es que la concreción de qué ha de

¹No obstante, no sería raro que los convenios colectivos estableciesen una retribución mayor para el caso de las horas complementarias. Por lo tanto, la diferencia con las horas extraordinarias radica en que su mayor “coste” aparece ya determinado en la ley, mientras que con respecto a las horas complementarias, el ET guarda silencio.

entenderse por hora extraordinaria ha sido muy controvertida. Buena prueba de ello la encontramos en la numerosa jurisprudencia que existe al respecto.

La primera duda que puede surgir es si deben calificarse como horas extraordinarias sólo las que exceden de la jornada ordinaria legal antes descrita, o también las que, sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo, o contrato de trabajo. Para dar respuesta a ello podemos hacernos eco de la STS 1696/1999, de 18 de diciembre, en la que nuestro Alto Tribunal se decantó por la segunda de las opciones, es decir, por afirmar que horas extraordinarias son aquellas que rebasan la jornada máxima pactada por las partes, sin que necesariamente excedan de la jornada máxima legal contemplada en el art. 34.1 ET. El TS argumentó (FD 4º) su opinión basándose en la interpretación gramatical y finalista del Estatuto de los Trabajadores, *“ya que la idea de horas extraordinarias surge por contraposición a la de trabajo ordinario, u horas ordinarias, y es más lógico referir éstas en concreto a las practicadas en las distintas empresas y sectores de actividad que al módulo legal abstracto establecido con carácter general”*. Asimismo, tal interpretación puede apoyarse en el artículo 12.1 ET, en el cual el legislador utiliza como concepto la jornada convencional o pactada, y no la jornada legal, para definir qué ha de entenderse como trabajo a tiempo parcial. Evidentemente, la jornada establecida en el art. 34.1 ET será la considerada como ordinaria en el caso de que el convenio o el contrato de trabajo no establezcan una de menor duración.

Un segundo escollo a tener en cuenta a la hora de poder perfilar el concepto de horas extraordinarias lo encontramos en relación con la modalidad de distribución del tiempo de trabajo. En efecto, aquellas jornadas laborales que tengan una distribución regular a lo largo de la semana proporcionarán una mayor seguridad jurídica a la hora de poder determinar cuándo el trabajador está realizando una hora extraordinaria. En las jornadas con una distribución irregular, en cambio, la identificación del trabajo extraordinario resulta mucho más complejo. Así pues, en las jornadas de trabajo distribuidas de forma regular, las reglas que han de tenerse en cuenta para poder calificar el trabajo extraordinario son dos²:

La jornada ordinaria será, como ya hemos dicho, la legalmente establecida en el artículo 34 ET, salvo que por convenio o por contrato individual de trabajo se haya concretado una jornada inferior. En el caso de que nada se disponga ni en el contrato ni en el convenio,

²M.DE LA FUENTE LAVIN, *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares, Granada, 2002, págs. 50,51 y 52.

entendiendo que rige el límite semanal máximo de 40 horas semanales, siendo 9 las horas diarias por defecto. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene el empresario de distribuir de forma variable como máximo el 10% de la jornada laboral, pero siempre respetando los descansos mínimos diarios.

En segundo lugar, hemos de determinar el periodo de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo. Por regla general se admite el año natural, pero los convenios colectivos pueden utilizar periodos más cortos de tiempo, lo que facilita la tarea de calificar las horas extraordinarias trabajadas³.

La naturaleza de las jornadas variables, en las que se admite la intensificación del trabajo en determinados momentos (art.34.2 ET), hace que las reglas para calificar las horas extraordinarias varíen sensiblemente.⁴En este caso, los dos factores empleados para poder distinguir la jornada ordinaria de la que no lo es serán, por una parte, la duración máxima de la jornada habitual de trabajo y, por la otra, los parámetros introducidos por los convenios colectivos para programar la distribución irregular del tiempo de trabajo. En efecto, es frecuente encontrarnos con convenios colectivos que a la hora de permitir una distribución irregular de la jornada establezcan una serie de límites ligados, por ejemplo, a la concurrencia de causas productivas, a la necesidad de un preaviso, compensaciones de descanso mayores al tiempo trabajado o el establecimiento de un complemento retributivo.⁵ Por lo tanto, las normas convencionales adquieren un valor fundamental en esta materia, lo que demuestra que en nuestro ordenamiento jurídico no existen unas reglas de aplicación general en lo relativo a las horas extraordinarias en las jornadas de distribución irregular. Del mismo modo cabe señalar que, tal y como veremos más adelante, las horas extraordinarias que se compensen con descanso en el plazo de cuatro meses no computan a efectos del máximo establecido en el ET por lo que, en definitiva, nos encontramos ante una fórmula de distribución irregular de la jornada.

Otra cuestión que resolver por parte de los tribunales y la doctrina ha sido la relativa a perfilar qué ha de entenderse por trabajo efectivo. A este respecto, resulta conveniente acudir a la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la

³*Ibidem.*

⁴En caso de jornada variable (irregular), la hora extraordinaria sería la que excediera de la jornada ordinaria, que incluiría un posible aumento máximo en un año del 10% y una compensación en el siguiente del 10% menos de jornada. Por tanto, sería hora extraordinaria la que excediera sobre del 110% en un año y la que excediera del 90% en el siguiente.

⁵ZUGASTI, I. *La jornada de trabajo irregular*, Madrid, 2014. <https://zugastiabogados.es/la-jornada-de-trabajo-irregular/> Última visita 11 de octubre de 2019.

ordenación del tiempo de trabajo, cuyo artículo 2 define el tiempo de trabajo 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*”. Por lo tanto, a la luz de lo expuesto podrían distinguirse tres requisitos para que podamos entender que existe tiempo de trabajo efectivo:

Que el trabajador permanezca en el puesto de trabajo

Que, además, se encuentre a disposición del empresario

Finalmente, que se encuentre en el ejercicio de su actividad.

Esta definición resulta contradictoria con la presente en el art. 34.5 ET, el cual determina que “*el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*”.⁶ Es decir, en virtud de lo dispuesto en nuestra normativa nacional no es necesario que el trabajador se encuentre en el ejercicio de su actividad, bastando con que permanezca en su puesto de trabajo a disposición del empresario. Esta contradicción fue resuelta por el TJUE en su sentencia de 3 de octubre del 2000 (Asunto C-303/98), en la que se estudiaba una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia con el fin de decidir en el conflicto planteado entre el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) y la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana. En la referida sentencia, el TJUE determinó que para que se entendiese que el empleado se encuentra en su tiempo de trabajo basta con que se den dos de los requisitos expresados en el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, por lo que resulta suficiente con que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo a disposición del empresario, sin que sea necesario que esté realizando de forma efectiva su actividad (F.D 47º).⁷

⁶A este respecto podemos mencionar la STS de 24 de septiembre de 2009 (w\2009\4696), que consideró como horas extraordinarias el tiempo invertido, fuera de la jornada de trabajo, en desplazamientos para recoger los uniformes de trabajo que la empresa pone a disposición de los trabajadores en un lugar diferente del centro de trabajo.

⁷En cuanto a las horas extraordinarias y a la obligación de estar disponible, cabe señalar la STS 10450/1990, de 11 de julio, en la que se estableció una clara “*distinción que debe asignarse a la efectiva realización de un horario laboral, que excede de la jornada legalmente autorizada, respecto a la permanente disponibilidad del trabajador, mediante la asignación, al mismo, de aparatos de radio-escucha que, como es obvio, no le impiden su libertad de acción y movimientos. Es evidente que, así como en el primer caso se produce un efectivo despliegue de actividad laboral fuera de la jornada legalmente establecida que se halla sujeto a muy precisas exigencias de carácter temporal y probatorio, sin embargo, en el segundo caso no se produce, ya, esa real y efectiva prestación de trabajo y la sola continuada disponibilidad laboral debe quedar sometida a un distinto criterio normativo*” (FD2º). Así pues, la doctrina del TS no considera que la obligación de permanecer disponible fuera del centro del trabajo pueda computar como realización de horas extraordinarias.

No obstante, en relación con el tiempo de presencia y de trabajo efectivo no podemos olvidarnos del importante papel que juega la negociación colectiva. En efecto, los convenios colectivos a menudo incluyen su propia regulación al respecto, incluyendo qué supuestos computan o no como tiempo de trabajo efectivo. En todos aquellos ámbitos donde no resulte de aplicación un convenio colectivo con tales extremos regulados resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 34.5 ET y en la Directiva 2003/88/CE⁸.

2.2. CLASES DE HORAS EXTRAORDINARIAS

Una vez perfilada la figura de la hora extraordinaria debemos examinar las distintas clases existentes. Así pues, a la luz de lo dispuesto en el art. 35 ET podemos realizar la siguiente clasificación:

Horas extraordinarias estructurales. Son aquellas que se realizan más allá de la jornada habitual de trabajo y se caracterizan por ser voluntarias, salvo expresión en contrario en el convenio colectivo o contrato de trabajo. Su límite legal es de 80 horas anuales (art. 35.1 y 2 ET)

Horas extraordinarias por fuerza mayor. Aquellas de obligado cumplimiento por parte del trabajador con el fin de reparar o evitar daños o desastres tales como inundaciones etc... Su particularidad radica en el hecho de que no computan a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, aunque deban compensarse como tales (art. 35.3 ET).

Horas extraordinarias de mantenimiento. Aquellas que realiza el trabajador por aumentos puntuales de la producción u otras circunstancias de carácter estructural. Esta clase de horas extraordinarias aparece regulada en el art. 20 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en virtud del cual, la jornada de los trabajadores cuya acción pone en marcha o cierra el trabajo de los demás, siempre que el servicio no pueda realizarse turnándose con otros trabajadores dentro de las horas de la jornada ordinaria, podrá ampliarse por el tiempo estrictamente necesario para ello, en la forma y mediante la compensación que se establezca por acuerdo o pacto, y con respeto en todo caso de los períodos de descanso entre jornadas y semanal previstos en los artículos 34.3 y 37.1 del Estatuto de los Trabajadores.

⁸M. DE LA FUENTE LAVIN, *cit.*, pág....

Si bien es cierto que, en principio, distinguir entre los distintos tipos de horas extraordinarias no parece presentar grandes dificultades, lo cierto es que los tribunales se han visto obligados a diferenciar en numerosas ocasiones entre horas extraordinarias estructurales y las de fuerza mayor.

En cuanto a las primeras, las horas estructurales son aquellas necesarias por imprevistos tales como periodos punta de producción u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate. Estas horas estructurales son de voluntaria realización por parte del trabajador y se caracterizan por las notas de excepcionalidad, y necesidad. En este aspecto resulta interesante hacer mención al art. 1 de la Orden de 1 de marzo de 1983, sobre cotización adicional a la Seguridad Social por horas extraordinarias, en virtud del cual las horas extraordinarias estructurales se encuentran limitadas a aquellos supuestos en los que no puedan ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación previstas legalmente (fundamentalmente el contrato eventual por circunstancias de la producción). Es decir, todo apunta a que el legislador desea que el empleo de este tipo de horas extra sea excepcional, y que no constituya un recurso del empresario para utilizar en exceso a sus trabajadores cuando, en realidad, las necesidades de la empresa requieren de la contratación de gente nueva. Sin embargo, entiendo difícil encontrar encaje entre lo dispuesto en el mencionado artículo y la regulación de las horas extraordinarias contenida en el ET puesto que el art. 35 del mencionado cuerpo legal no hace referencia alguna a tal requisito, centrándose únicamente en los límites objetivos y subjetivos que veremos a continuación

En cuanto a las horas extraordinarias de fuerza mayor o emergencia, el TS, en su sentencia de 13006/1989, de 24 de julio, determinó que se trata de una extensión de la jornada ordinaria de trabajo fundamentada en una situación de urgente necesidad, como lo es prevenir o reparar siniestros o daños extraordinarios (art. 35.3 ET). Estamos, por lo tanto, ante una excepción de emergencia que justifica que *“el exceso de las horas trabajadas en tal caso no se tenga en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias autorizadas, ya que su realización puede imponerse con carácter obligatorio”* (F.D 2º).⁹ La obligatoriedad en su realización ha llevado a la jurisprudencia a estudiar cuáles son sus requisitos, para evitar que, en la práctica, los empresarios traten de hacer pasar por horas de emergencia las que, en realidad, tienen

⁹En este sentido es importante destacar que las horas de emergencia pueden exigirse y realizarse en casos en los que las estructurales están prohibidas (tiempo parcial, trabajo nocturno, etc.).

naturaleza de horas estructurales. Es por ello por lo que se viene permitiendo el establecimiento de horas de emergencia cuando su no realización pudiera causar graves perjuicios y daños a la empresa.¹⁰

Varios son los requisitos para que pueda apreciarse la circunstancia de fuerza mayor que faculta al empresario para exigir la realización de horas extraordinarias de emergencia. En este sentido los Criterios Técnicos seguidos por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante DGITSS) 14/1998, de 12 de marzo de 1998, y 85/2010, de 14 de septiembre de 2010, establecen que la apreciación de las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor exige la presencia de los siguientes extremos:¹¹

Ausencia de culpa y presencia de una diligencia normal en el comportamiento del empresario.

La imprevisibilidad. Este requisito encuentra su fundamento en el art. 1105 CC, en virtud del cual *“nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*.

Inevitabilidad en caso de que el hecho fuese previsible. El concepto de inevitable es relativo y, por lo tanto, ha de interpretarse en cada caso en concreto.

3. LÍMITES A LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

El artículo 40.2 de nuestra Constitución obliga a los poderes públicos a promover la seguridad en el trabajo y a garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral. En un mismo sentido se pronuncian distintas normas de carácter internacional como, por ejemplo, la Recomendación Nº 116 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la reducción de la duración del trabajo, la cual insta a los Estados a limitar la realización de las horas extraordinaria¹². Haciéndose eco de este mandato tanto nacional como supranacional, el artículo 35 del ET establece una serie de límites que pueden clasificarse en dos grandes categorías: límites cuantitativos y límites subjetivos.¹³

¹⁰*Ibidem.*

¹¹ IBERLEY CODEX, “Concepto y regulación de las horas extraordinarias por fuerza mayor” <https://www.iberley.es/temas/concepto-regulacion-horas-extraordinarias-fuerza-mayor-5351> Última visita 26 de septiembre de 2019.

¹² Recomendación de la OIT nº 116, de 6 de junio de 1962, sobre la reducción de la duración del trabajo.

¹³ Estos límites han de entenderse sin perjuicio de posibles mejoras tanto en los convenios colectivos como en los contratos individuales de trabajo.

3.1. LÍMITES CUANTITATIVOS

En relación con el primer grupo, el apartado 2 del artículo 35 marca el número máximo anual de horas extraordinarias en ochenta. Se trata de un máximo bastante restrictivo en comparación con otros países de la Unión Europea donde, en el caso de Suecia, por ejemplo, el legislador permite la realización de hasta doscientas horas extra. Ello ha llevado a que la norma española haya sido objeto de duras críticas por parte de la patronal, alegando que una limitación tan estricta impide que la figura de las horas extraordinarias responda al objeto para el que fueron configuradas¹⁴.

Este límite cuantitativo resulta aplicable solo a aquellos trabajadores cuya jornada ordinaria sea la general dentro de la empresa. En cambio, para los empleados que por modalidad o duración de su contrato realicen una jornada anual inferior a la general, el número máximo de horas extraordinarias ha de reducirse proporcionalmente. Asimismo, no todas las horas extra trabajadas son computables, encontrando en ese mismo apartado dos excepciones:

Las horas de fuerza mayor o emergencia ya estudiadas y recogidas en el art. 35.3 ET.

Las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Con ello se permite flexibilizar la jornada de trabajo por parte del empresario sin necesidad de recurrir al procedimiento regulado en el art. 41 ET relativo a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pues, de este modo, se puede trabajar en momentos que en principio estaban destinados a descansar y, a cambio, descansar en momentos en los que correspondía trabajar. Todo ello sin alterar el número de horas anuales trabajadas.

Por otra parte, llama la atención que el art. 35 establezca un cómputo anual y que no establezca ningún límite cuantitativo en intervalos inferiores al año como podría ser la semana o el día. En este aspecto la regulación contenida en el ET choca con la normativa comunitaria, cuya Directiva 2003/88/CE, en su art. 6, determina que la jornada semanal, incluyendo horas extra, no puede ser superior a cuarenta y ocho horas. Podría pensarse que tal contradicción responde a una incorrecta trasposición de la Directiva, sin embargo, el mencionado art. 6 debe interpretarse a la luz del art. 16 del mismo cuerpo legal donde se establece que los Estados miembro podrán acordar un plazo de referencia no superior a los cuatro meses, por lo que sería posible trabajar en una semana más de cuarenta y ocho horas siempre y cuando el

¹⁴F.J. TRILLO PÁRRAGA *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Bomarzo, Albacete, 2008, págs. 47 y 48.

cómputo dentro de esos cuatro meses no supere el límite¹⁵. Ello significa que si el trabajador realizase las ochenta horas máximas en este plazo de cuatro meses seguiría sin superar el límite impuesto en la Directiva. Esto, evidentemente, solo sirve en el caso de que el trabajador tenga una jornada de trabajo regular, pues, de lo contrario, podrían existir problemas, lo que implica que, en efecto, podría haberse producido una incorrecta trasposición de la norma comunitaria¹⁶.

Cabe destacar que el legislador ha optado por permitir que el Gobierno pueda suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, ya sea con carácter general o para determinados sectores de actividad o territorio, con la finalidad de facilitar el empleo y la colocación de nuevos trabajadores y el reparto de trabajo. Esta posibilidad es un claro reflejo del mandato constitucional del art. 40 ya mencionado, pues permite al gobierno no solo aumentar las posibilidades de obtener empleo, sino la de proteger la salud de los trabajadores ya contratados.

Por último, el segundo límite objetivo a las horas extraordinarias lo encontramos en el art. 47.2 ET, relativo a la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Durante el periodo de reducción de jornada no pueden realizarse horas extra lo cual es totalmente lógico pues no tendría sentido disminuir la jornada laboral del trabajador alegando ciertas causas para, seguidamente, ampliarla mediante el uso de horas extraordinarias. Nos encontramos, por lo tanto, ante otra norma que tiene como finalidad el evitar posibles abusos por parte del empresario

3.2. LÍMITES SUBJETIVOS

En cuanto a los límites subjetivos, o bien prohíben o bien restringen la realización de horas extraordinarias atendiendo a las circunstancias personales del trabajador o de su tipo de trabajo. El primer colectivo afectado por estas limitaciones es el conformado por los **trabajadores menores de edad**, que tienen prohibida la realización de horas extraordinarias, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.3 ET. Cabría preguntarse si, a pesar de todo, pueden

¹⁵Este plazo de referencia puede ampliarse mediante negociación colectiva cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores (art. 17 Directiva 2003/88/CE).

¹⁶M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *Tiempo de Trabajo y Tiempo de Descanso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 157, 158 y 159.

trabajar durante las horas de emergencia. Considero que en este caso la prohibición es total debido a la diferencia existente en la regulación dada por el legislador con otros colectivos de trabajadores a los que también se les prohíbe la realización de horas extraordinarias a excepción de las de emergencia¹⁷. Entiendo, por lo tanto, que si el legislador hubiese querido que el trabajador menor de edad estuviese habilitado para la realización de las horas de emergencia habría establecido la excepción ya vista en otros colectivos. El silencio, en definitiva, ha de interpretarse entendiéndose que la prohibición relativa a los menores de edad es absoluta. Así pues, los otros grupos de trabajadores donde sí se permiten las horas de emergencia son los siguientes:

Los trabajadores con contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 letra f ET). Esta clase de asalariados tienen no solo restringidas las horas extra sino la duración de su jornada habitual, que no podrá ser superior al setenta y cinco por ciento, durante el primer año, o al ochenta y cinco por ciento, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Entiendo que la prohibición de realizar horas extra salvo las de emergencia responde a la finalidad de este tipo de contratos, donde prima, sobre todo, que el trabajador adquiera los conocimientos necesarios para el desempeño de su profesión y, al mismo tiempo, se evitan posibles abusos del empresario.

Los trabajadores a tiempo parcial (art. 12.4. c) ET). Tal y como establece el artículo 12.1 ET, un contrato de trabajo se entiende celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. El hecho de que solamente puedan realizar las horas extraordinarias de emergencia responde a la necesidad de proteger al trabajador frente al uso indiscriminado de este tipo de contratos y a su complementación con horas extra.

Los trabajadores discapacitados que presenten servicios en centros especiales de empleo, al amparo de la correspondiente relación laboral de carácter especial (arts. 2.1.g) ET y 13.a) RD 1368/1985, de 17 de julio). El artículo 49 de nuestra Constitución establece la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, incluyendo la

¹⁷M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *cit.*, pág 151 y 152.

necesidad de prestarles la atención especializada que requieran y ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el texto constitucional otorga a todos los ciudadanos. Este imperativo explica la prohibición en cuanto a la posibilidad de realizar horas extraordinarias. Nos encontramos con un colectivo que, en gran medida, se encuentra protegido de manera similar al de los menores de edad. Sin embargo, a ellos si se les permite de manera expresa la realización de horas de emergencia. Entiendo que esto se debe a que, a pesar de ser un grupo especialmente vulnerable, la protección que requieren no entra en contradicción con la posibilidad de aumentar las horas de trabajo en caso de fuerza mayor o emergencia. Asimismo, cabría preguntarse si esta limitación se acota únicamente al caso de que la persona con discapacidad trabaje en centros especializados de empleo o si, por el contrario, afecta a cualquier trabajo y empresa. Teniendo en cuenta que en el ET no existe ninguna referencia a la jornada laboral ordinaria de los trabajadores con discapacidad, entiendo que se les aplica el régimen general y que, por lo tanto, tienen permitida la realización de horas extraordinarias dentro de los límites legales antes expuestos. La restricción, por lo tanto, se limita a aquellos trabajadores discapacitados que presten servicios en centros especiales de empleo.

Los trabajadores nocturnos son otro de los colectivos que encuentra muy restringida su capacidad de realizar horas extraordinarias, limitándose a ciertos supuestos. En particular debemos detenernos en el estudio del artículo 32 del RD 1561/1985, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, el cual establece una serie de excepciones a la prohibición contenida en el art. 36.1 ET, al permitir que estos trabajadores superen su jornada de trabajo máxima mediante la realización de horas extraordinarias en los siguientes casos:

- En los supuestos de ampliaciones de jornada previstos en el propio Reglamento de jornadas especiales.
- Cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.
- En el trabajo a turnos, en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

Estas excepciones, no obstante, no pueden tener por efecto la superación de una jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un período de referencia de cuatro meses en el caso de ampliaciones de jornada, o de cuatro semanas en los restantes supuestos. Esta última regla se explica teniendo en cuenta que el trabajo en horario nocturno tiene consecuencias perjudiciales para la salud de las personas y es aquí donde se puede apreciar de

manera más clara la intención del legislador de cumplir con el mandato contenido en el art. 40 de la CE antes expuesto. En efecto, este colectivo no puede ver aumentado en exceso la duración de su jornada laboral ni siquiera en el caso de que sea preciso prevenir y reparar siniestros. Incluso en esos supuestos de fuerza mayor el legislador entiende que la salud de los trabajadores está por encima de las necesidades empresariales.

4. ASPECTOS LITIGIOSOS

4.1. LA VOLUNTARIEDAD DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Tal y como establece el apartado cuarto del art. 35 del ET, la realización de las horas extraordinarias ha de ser voluntaria por parte del trabajador, salvo que se haya dispuesto lo contrario en el convenio colectivo que resulte de aplicación o en el contrato de trabajo. También son de obligado cumplimiento las contempladas en el art. 35.3 ET, esto es, las horas necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Estas últimas no se tienen en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, y su realización es exigible al trabajador.

Se entiende, por lo tanto, que en términos generales la voluntariedad individual del trabajador para la realización de horas extraordinarias propuestas por la empresa puede verse excepcionada o matizada en tres supuestos diferentes:

- Cuando así se disponga el convenio colectivo de carácter estatutario.¹⁸
- Cuando así lo decidan las partes en el seno negociación individual de los contratos de trabajo. En ese caso hablamos de horas voluntarias genéricamente pactadas al inicio de la relación laboral, como previsión. Por lo tanto, no han de confundirse con las pactadas entre trabajador y empresario en el momento de su ejecución, aunque esta voluntariedad sucesiva también sería lícita.
- Cuando sea necesario para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

¹⁸En el caso de los convenios extraestatutarios, al no haberse negociado cumpliendo con los requisitos contenidos en el ET, sus disposiciones solo vinculan a los firmantes. En cuanto a los de ámbito inferior, los de empresa, la obligatoriedad a las horas extraordinarias que pudieran incluir, entiendo que vinculan únicamente a los trabajadores de tal empresa.

Dejando a un lado las horas de fuerza mayor, todo parece indicar que el ET está dando a los trabajadores la posibilidad de acordar si deciden obligarse a la realización de horas fuera de su horario habitual de trabajo, ya sea por medio de la negociación colectiva o individual. Se trata, por lo tanto, de una presunción de voluntariedad que tiene su apoyo en la necesidad de respetar lo dispuesto en los artículos 1256 y 1273 de nuestro Código Civil (CC) en virtud de los cuales la validez y del cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (en este caso el empresario). Contratos cuyo objeto no puede ser indeterminado n dejarse al arbitrio del empresario¹⁹.

Así pues, tal y como ya hemos señalado, la intención del legislador es la de otorgar al trabajador la libertad para decidir si desea o no ampliar su jornada laboral. Sin embargo, la negociación colectiva puede eliminar en gran medida tal autonomía individual estableciendo la obligación genérica de realización de las horas extraordinarias para todos los trabajadores. Entiendo que esta posibilidad es contraria a la autonomía de la voluntad que se desprende del art. 35.4 ET y que llegado el caso el trabajador podría negarse a aceptar tales horas extraordinarias siempre que se justifique debidamente. Es decir, el convenio colectivo no puede servir para eliminar de facto la capacidad decisoria del trabajador, si bien es cierto que habrá que justificar de manera clara el motivo que lleva a ir en contra del convenio²⁰. Entiendo que esto solo sería posible en el caso de que la realización de esas horas extra afectase de manera directa o indirecta a sus derechos fundamentales o en circunstancias excepcionales debidamente probadas (problemas familiares, imposibilidad material de realizarlas...). No obstante, más allá de esta circunstancia excepcional, la decisión convencional le vincula de manera plena y su incumplimiento faculta al empresario para sancionar al trabajador.

También puede darse la situación inversa, es decir, encontrarnos ante un convenio colectivo que prohíba todo trabajo extraordinario y, sin embargo, que se celebre un contrato individual donde sí se permita. Aquí nos encontramos ante el problema de determinar qué cláusula prevalece, puesto que, a pesar de la aparente igualdad establecida en el art. 35.4 ET entre ambas fuentes, no podemos olvidar que el convenio colectivo es, con carácter general, una fuente vinculante para el contrato individual de trabajo. En este caso debería imponerse la prevalencia del convenio colectivo, pues, de lo contrario, se vaciaría de contenido y se

¹⁹E. MONREAL BRINGSVAERD, *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Edersa, Madrid, 2000, págs.73 y ss.

²⁰Ibídem, *pág.*

permitiría una vía fácil para el empresario de soslayar lo dispuesto en la negociación colectiva mediante la contratación en masa.²¹

Por otra parte, centrándonos en la figura del contrato de trabajo como vía para la determinación de la obligatoriedad de las horas extraordinarias, si bien en un principio podemos considerar que se trata de un precepto pacífico, la realidad nos lleva a preguntarnos hasta qué punto la opción de eliminar la voluntariedad por medio de un contrato individual de trabajo no va en detrimento de los derechos de los empleados, toda vez que la capacidad de negociación entre empresario y trabajador es totalmente asimétrica. Frente a una aparente igualdad dentro de la negociación colectiva, cuando hablamos de la individual resulta evidente que la decisión de contratar recae en último término en la empresa, que de este modo adquiere una posición de predominio sobre los trabajadores y éstos, a su vez, se pueden ver coaccionados a aceptar la realización de las horas extra con el único deseo de obtener o mantener el puesto de trabajo. Asimismo, no debemos olvidarnos de que la crisis económica actual, con trabajos cada vez más precarios y un alto nivel de desempleo, sitúan al trabajador en una posición de inferioridad a la hora de negociar las condiciones de empleo, llegando a aceptar cualquier cláusula por mera necesidad.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, entiendo realmente necesario preguntarse hasta qué punto las horas extraordinarias son realmente voluntarias y no solo una obligación impuesta por los empresarios de manera unilateral ya sea a la hora de redactar el contrato de trabajo o como una mera orden de la empresa una vez iniciada la relación laboral²².

En cuanto a la posibilidad de establecer la realización obligatoria de las horas extraordinarias en el contrato de trabajo, entiendo que la introducción sistemática de tal cláusula por parte del empresario puede considerarse como un abuso de derecho, el cual puede definirse como aquella actuación que, a pesar de concordar con una facultad o poder otorgado por el ordenamiento jurídico, va en contra de la buena fe. Como ya hemos podido apreciar, el art. 35.4 del ET no recoge la potestad unilateral del empresario de imponer la realización de las horas extra, sino que lo entiende como posibilidad siempre dentro de una negociación justa y equilibrada entre las dos partes implicadas. Desde el momento en el que en la realidad esa negociación tiene un extremo significativamente más fuerte que el otro, nos podemos

²¹F.J. TRILLO PÁRRAGA *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Bomarzo, Albacete, 2008, pags 42 y ss.

²²La exigencia de horas extraordinarias fuera de los casos previstos en la normativa supone una infracción grave contemplada en el artículo 7.5 LISOS, que pueden acarrear una multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros (art. 40 LISOS).

encontrar ante un abuso de derecho que debería ser sancionado en aras a la protección de los trabajadores. En este sentido se ha pronunciado el STSJ GAL 3501/2008, de 23 de julio, declarado que pueden ser nulas las cláusulas tipo de contratos de trabajo que impongan forzosamente la realización de horas extraordinarias en contra del carácter voluntario del convenio colectivo.

Nuestros tribunales se han venido pronunciando en este sentido. Así pues, a falta de una doctrina unificada procedente del Tribunal Supremo, la Sentencia 643/2016, de 11 de octubre, del TSJ de Aragón, declaró la nulidad de la cláusula de obligatoriedad de realización de horas extras introducida con carácter general por la empresa en todos los contratos de trabajo desde una determinada fecha. En dicho pleito el convenio colectivo no preveía la obligatoriedad de realizar horas extras, por lo que estas tenían carácter voluntario. Entendió el tribunal que la *“contratación individual en masa se ha utilizado para modificar en perjuicio de los trabajadores lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable, vulnerando el sistema de negociación colectiva. La autonomía individual no puede ser una vía que permita eludir la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio”*. Es decir, si bien es cierto que el art. 35. 4 ET admite la posibilidad de pactar en contrato de trabajo la obligatoriedad de las horas extraordinarias, ello no permite que el empresario introduzca tal obligación por medio de una cláusula como parte de un contrato que constituya un todo que deba ser aceptado por el trabajador si desea trabajar. En definitiva, no se permite tal exigencia cuando el contrato de trabajo se convierte en un contrato de adhesión pues, de lo contrario, se estaría vaciando de contenido no solo la negociación individual, sino también la colectiva.

Teniendo en cuenta que la realización de las horas extraordinarias recae en última instancia en el trabajador, su negativa a aumentar la jornada laboral de forma excepcional (salvo que así se disponga en el convenio colectivo aplicable o en el contrato de trabajo) no puede ser considerada como indisciplina o desobediencia (art. 54 ET) y, por lo tanto, no legitima al empresario para proceder a una sanción o despido disciplinario.²³

En este orden de cosas, es preciso determinar cuál debe ser el comportamiento del trabajador ante un requerimiento de horas extraordinarias por parte de la empresa. ¿Debe el trabajador

²³En el caso de despido cabría preguntarse si tal sería considerado como nulo o improcedente. A este respecto cabe señalar la Sentencia 4/2017 del Juzgado de lo Social de Sevilla donde se determinó que el despido de un trabajador por negativa ante la realización de las horas extraordinarias era nulo pues traía causa en la lucha del trabajador por los derechos que le son reconocidos en el ordenamiento jurídico.

realizar lo exigido y luego impugnar la decisión empresarial o puede negarse de facto a trabajar esas horas extra? Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento rige el principio *solve et repete*, la jurisprudencia ha venido estableciendo que en el supuesto de que las órdenes empresariales sean ilegales o gravemente perjudiciales para el trabajador, éste puede negarse a obedecerlas. De ello se desprende que el poder de dirección del empresario se encuentra delimitado por el ordenamiento jurídico, no pudiendo sancionar a un trabajador que se niegue a seguir una instrucción que atente contra las leyes. Por lo tanto, salvo que la obligación se hubiese dispuesto en virtud de convenio o del contrato individual de trabajo, el trabajador puede rechazar el cumplimiento de las horas extraordinarias toda vez que tal exigencia puede considerarse ilegal.²⁴

De todo lo expuesto se puede extraer que nos encontramos ante una materia que a pesar de su enorme importancia ha sido dejada en manos de la negociación individual y colectiva por parte del legislador, lo que puede acarrear numerosos problemas tanto interpretativos como de aplicación.

4.2. PRUEBA Y CONTROL DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Probar la realización de las horas extraordinarias ha sido, desde siempre, un punto conflictivo en la materia, debido fundamentalmente a la dificultad que entraña para el trabajador aportar una prueba válida a la hora de exigir el pago de la prestación realizada. En efecto, constante jurisprudencia ha determinado la necesidad de que, en lo referente a horas extraordinarias, quien alegue haberlas realizado debe fijar con precisión sus circunstancias y su número y probar, asimismo, su realización día a día y hora a hora²⁵.

No obstante, tal obligación sería imposible de llevar a cabo sin la existencia de un registro. Es decir, prueba y control van necesariamente unidos. La importancia de este aspecto y la escasa regulación ha dejado en manos de los tribunales dirimir si existía o no la obligación de elaborar un registro de jornada ordinaria que demuestre de manera fehaciente la realización de horas extraordinarias. El camino hasta el 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, que estableció un registro de jornada ordinario, no ha sido pacífico en nuestro país, tal y como muestra la cambiante o discrepante jurisprudencia al respecto.

²⁴F.J. TRILLO PÁRRAGA, *cit.*, pág.69.

²⁵Así lo dispuso el Tribunal Supremo en su sentencia (233/1991) Rde 21 de enero de 1991.

La exigencia de contabilizar la realización de horas extraordinarias nunca ha sido objeto de debate, pues así lo establece de manera clara y directa el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores. La llevanza y actualización del mencionado registro es una obligación que ha recaído en el empresario, quien, en virtud de lo señalado en el mencionado precepto, debe, además, entregar una copia del mismo al trabajador. Asimismo, los representantes de los trabajadores tienen derecho a recibir también una copia con todas las horas extraordinarias realizadas por los empleados, con el fin de que puedan llevar a cabo su tarea de controlar y vigilar el respeto de lo dispuesto en la normativa legal y convencional (DA 3ª RD 1561/1995).

En cuanto al registro exigido en el art. 35 ET, el aspecto que se ha discutido es si debía limitarse a las horas extraordinarias o si, por el contrario, debía incluir también la jornada normal del trabajador, lo que en último término implica la instauración de un registro de jornada diaria efectiva. Ante la falta de una respuesta concreta en el art. 35.5 ET, ha sido la jurisprudencia la que ha interpretado el precepto en uno y otro sentido. Así pues, nos encontramos con pronunciamientos que entienden que la obligación dispuesta en el art. 35.5 ET implica, necesariamente, el establecimiento de una contabilidad de la jornada habitual de trabajo de toda la plantilla, pues, de otro modo, no es posible un seguimiento exacto de las horas extraordinarias realizadas. En ese sentido se expresó la Audiencia Nacional en su sentencia 207/2015, de 4 de diciembre. En efecto, las horas ordinarias y las extraordinarias están inexorablemente conectadas, ya que la única vía existente para poder determinar qué horas entran dentro de una categoría o de la otra es la llevanza de una contabilidad exacta de la jornada realizada por cada trabajador. Esto, sin duda alguna, supone la necesidad de que el empresario establezca un registro de la jornada diaria y ordinaria de toda su plantilla. De igual forma se reiteró nuevamente la AN en su sentencia 25/2016, de 19 de febrero, al señalar que *“si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo [...]”* En efecto, la llevanza de un registro de la jornada diaria es un requisito indispensable para poder realizar un control exhaustivo de las horas extraordinarias.

Sin embargo, la obligación de un registro de jornada ordinaria que estableció con su doctrina la AN necesitaba de un refuerzo por parte de la Inspección de Trabajo. Recaía en los inspectores, por lo tanto, el control en la implantación de estos registros y en la correcta

llevar a cabo la contabilidad horaria. A este respecto entiendo importante examinar la Instrucción 3/2016 de la Inspección de Trabajo sobre el control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias, en virtud de la cual los inspectores de trabajo comenzaron a prestar especial atención al registro de jornada y a la información aportada por la empresa a los representantes de los trabajadores.

La mencionada Instrucción fue novedosa, al exigir el registro de la jornada laboral a pesar de no existir horas extraordinarias. En ese sentido estableció que *“no es aceptable admitir la ausencia de registro por no realizarse horas extraordinarias, por cuanto el registro diario de la jornada es el presupuesto que permite la contabilización de todas las horas que se hagan para deducir luego la existencia de las extraordinarias”*. Del mismo modo exigía que el registro incluyese el horario concreto de cada trabajador sin que se admitiese la presentación de cuadrantes creados con anterioridad a su realización. Se trata, sin duda alguna, del precedente más claro que existió en nuestro ordenamiento antes de la implantación legal del registro de jornada obligatorio.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no tardó en refutar lo determinado por la Audiencia Nacional, alegando que lo establecido en el apartado 5 del artículo 35 ET solo hace referencia a las horas extra y que, por lo tanto, *“la obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende sólo a las horas extraordinarias realizadas, para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad²⁶”*. Es decir, el precepto señalado del ET no establece obligación alguna de implantar un control de la jornada diaria ordinaria de los trabajadores, sino que se limita a exigir un registro de las horas extra para evitar que se excedan los límites legales o convencionales en la realización de éstas. Nuestro Alto Tribunal apoya su tesis en una interpretación tanto literal como lógico sistemática de la norma expuesta. En efecto, señala la STS 246/2017, FJ 2º que *“el deber de registrar la jornada laboral se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias (título del estudiado artículo 35) y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo, lo que es relevante por cuanto el diferente encabezamiento de cada artículo indica que el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas*

²⁶STS 246/2017, de 23 de marzo FJ 2º.

extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34²⁷ que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho [...]”

A la luz de lo expuesto por el Alto Tribunal se hizo necesaria una reforma de la Instrucción 3/2016, la cual se llevó a cabo a través de la Instrucción 1/2017 con la intención de hacerla coincidir con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. La nueva orden, de carácter interno para todos los inspectores de trabajo, contradecía lo dispuesto en la antigua norma en lo siguiente:

- La falta del registro horario de toda la plantilla ya no podía ser considerada como una infracción del orden social.
- Se consideraba aplicable la exigencia de registro horario, por no haber sido afectadas por la nueva doctrina, en sectores como: trabajadores móviles en el transporte por carretera, la marina mercante y sector ferroviario.
- A pesar de todo se mantenía la obligación de registro de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial y horas extraordinarias.

A pesar de lo señalado, resultaba evidente que la existencia de un control de la jornada diaria es un medio de prueba óptimo para el trabajador capaz de facilitar enormemente la tarea de demostrar la realización de las horas extra. El propio Tribunal Supremo en la sentencia mencionada señala lo conveniente de llevar a cabo una reforma legislativa que incluyese la obligación de llevar un registro diario de la jornada laboral de toda la plantilla. Sin embargo, tal exigencia no se desprende del artículo 35.5 ET y, por lo tanto, los tribunales no podían obligar a los empresarios a ello.

Las mencionadas sentencias – tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo – pusieron el foco de atención en lo oportuno de establecer un mecanismo de control efectivo en cuanto a la vigilancia de las horas extraordinarias. No solo para respetar los límites máximos, sino para garantizar su correcta compensación.

De enorme importancia para el tema expuesto es, asimismo, la STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, la cual resolvió una cuestión prejudicial planteada por la AN ante una demanda interpuesta por un sindicato contra Deutsche Bank, con la intención de que dictase

²⁷En artículo 34 del ET es el encargado de regular los extremos relativos a la jornada ordinaria de trabajo. El Tribunal Supremo entiende que la exigencia de un registro de la jornada ordinaria de cada trabajador debería ser incluida, por lo tanto, en este precepto.

una sentencia en la que se declarase la obligación de esta sociedad de establecer, con arreglo al artículo 35.5 ET y a la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, un sistema de registro de la jornada laboral diaria que permita comprobar el cumplimiento de los horarios de trabajo pactados. En la referida cuestión, la Audiencia Nacional expuso sus dudas sobre la conformidad con el Derecho de la Unión (en particular con las Directivas 2003/88 y 89/391 de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo) de la ya estudiada interpretación dada por el Tribunal Supremo al artículo 35, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores.

En particular, se discutió sobre la conformidad de la jurisprudencia y la normativa española con el artículo 6 de la Directiva 89/391, que establece la obligación para los empresarios de adoptar las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios. Asimismo fue objeto de estudio el artículo 6 de la Directiva 2003/88 en virtud del cual los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para que:

Se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales;

La duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.

En el litigio principal la AN indicó que la demandada no había establecido en su seno ningún sistema de registro de la jornada laboral efectiva de su plantilla que permitiera controlar el cumplimiento del horario de trabajo pactado y computar, en su caso, las horas extraordinarias realizadas a pesar de los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que implantara el mencionado sistema de registro de la jornada diaria efectiva. Sin embargo, la posible infracción a la que se enfrentaba la demandada fue dejada sin efecto a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017, a la que ya hemos hecho referencia.

La AN puso en tela de juicio la jurisprudencia marcada por el Alto Tribunal señalando que el Derecho español no podía “*garantizar el cumplimiento efectivo ni de las obligaciones establecidas en la Directiva 2003/88 en lo que atañe a los períodos mínimos de descanso y a*

*la duración máxima del tiempo de trabajo semanal ni de las obligaciones derivadas de la Directiva 89/391 en lo que atañe a los derechos de los representantes de los trabajadores*²⁸”

El TJUE resolvió la cuestión prejudicial señalando que las mencionadas Directivas y los derechos que en ella se consagran se oponen “*a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador*”. La fundamentación del TJUE puede resumirse en lo siguiente:

Sin la implantación de un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador resulta imposible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo. Por lo tanto, ese registro resulta necesario para poder contabilizar el número de horas extraordinarias realizadas. De no existir el sistema de registro el respeto de los derechos de los trabajadores relativos a la limitación de la jornada se vuelve complicada y, en la práctica, se deja al arbitrio del empresario. Así mismo, “*esta dificultad no se ve atenuada en absoluto por la obligación que incumbe a los empresarios en España de establecer [...] un sistema de registro de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores que hayan prestado su consentimiento a este respecto*”²⁹. Es decir, sin el registro se priva al trabajador de una herramienta práctica y necesaria para hacer valer sus derechos en cuanto a duración de jornada.

Declara, al respecto, que “*una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal no puede asegurar [...] el efecto útil de los derechos ex artículo 31.2 CDFUE y Directiva 2003/88.*” (FD 51). Y entiende que “*los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador*”
Correspondiendo a cada Estado la tarea de definir “*los criterios concretos de aplicación de tal sistema, especialmente la forma que este debe revestir, teniendo en cuenta, en su caso, las particularidades propias de cada sector de actividad de que se trate e incluso las especificidades de determinadas empresas, como su tamaño o incluso excepciones*”

²⁸STJUE 14 de mayo de 2019, Asunto 55/18, FH 27.

²⁹ STJUE 14 de mayo 2019, FD 52.

Ello significó que la normativa española vigente hasta el momento y la estudiada jurisprudencia marcada por el TS debía entenderse contraria al derecho comunitario. Lo más importante, sin embargo, es que la sentencia expuesta respaldó el acierto de la reforma legislativa operada por el Real Decreto 8/2019, el cual había entrado en vigor poco antes de que se dictase la STJUE C-55/18.³⁰

En efecto, haciéndose eco de lo dispuesto en los pronunciamientos judiciales nacionales y en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003³¹, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se promulgó el 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 el cual modificó el art. 34 ET al incluir en su nuevo apartado noveno la obligación por parte de la empresa de garantizar el registro diario de la jornada³² con expresión del horario concreto de inicio y finalización de la jornada laboral de cada trabajador debiendo conservarse durante al menos cuatro años y siempre a disposición de los empleados, los representantes de los trabajadores y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.³³ Asimismo, el legislador ha optado por determinar cómo ha de organizarse el registro, dejando esa tarea en manos de la negociación colectiva, de los convenios de empresa o, finalmente, del empresario.

El incumplimiento de esta obligación por parte del empresario se considera una infracción grave en virtud de lo dispuesto en el art. 7.5 LISOS que lleva aparejada una multa en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros (art. 40.1. b) LISOS).

³⁰ En este sentido cabe señalar el importante papel que jugaron las Conclusiones del Abogado General del TJUE, Giovanni Pitruzzella presentadas en audiencia pública el 31 de enero de 2019, en las cuales ya propuso al Tribunal de Justicia que declarase que las empresas tienen la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva pues, sin tal sistema no es posible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias.

³¹ Tal y como establece el Decreto Ley en su Preámbulo, la normativa europea impone «a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios, y se oponen a una normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación». La creación del registro de jornada asegura, por lo tanto, la conformidad de la normativa europea con el ordenamiento europeo.

³² Es importante tener en cuenta que este registro en ningún caso sustituye al registro de horas extraordinarias, de jornada de contratos a tiempo parcial ni al registro de jornadas especiales regulado en el Real Decreto 1591/1995.

³³ No debemos olvidar que la obligación de un registro global de la totalidad de la jornada ya se preveía expresamente para los trabajadores a tiempo parcial (art.12.4.c) ET), y para los trabajadores móviles, de la marina mercante y ferroviarios que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza (arts.10.bis.5 y 18.bis.2 y DA 7ª.9 RD 1561/1995. Por lo tanto, se trata de generalizar un registro que ya venía existiendo para diversos sectores.

Nos encontramos, por lo tanto, ante una reforma legislativa que se acoge a la doctrina establecida por la Audiencia Nacional en las sentencias antes examinadas y que tiene como intención garantizar el cumplimiento de la normativa legal y convencional en cuanto a la duración máxima de la jornada y a la realización de las horas extraordinarias, otorgándole al trabajador una herramienta muy útil para probarlas, ya que la inexistencia de ese registro – más allá de ser una infracción grave – podría operar como una presunción a favor del trabajador. Esta afirmación encontraría su fundamento en una interpretación analógica del art. 12.4 c) del ET el cual señala que *“en caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios”*

A pesar del acierto que supone la exigencia de un registro de jornada ordinaria no podemos dejar a un lado las dificultades que supone en la práctica su implantación. La existencia de múltiples horarios y de diversidad de empresas no encuentra acogida en la nueva norma, la cual impone la obligación de forma uniforme y sin excepciones. Dada la novedad de esta obligación habrá de esperar para poder determinar si se trata de un requisito viable en la práctica y que redunde en beneficio del trabajador

5. LA REMUNERACIÓN O COMPENSACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

En cuanto a la remuneración de las horas extraordinarias hemos de acudir al artículo 35.1 del ET en el cual establece dos posibilidades al respecto. En primer lugar, la norma contempla una compensación dineraria cuya cuantía nunca puede ser inferior al valor de la hora ordinaria. En segundo lugar, admite la posibilidad de optar por una compensación en descanso retribuido por tiempo equivalente. La elección entre una u otra modalidad de retribución ha de aparecer o bien en el convenio colectivo que resulte aplicable o, en su defecto, en el contrato de trabajo individual. En lo que respecta al contrato individual se puede extraer que todo pacto es válido mientras sea acordado bilateralmente, pudiendo establecerse en él, una opción con exclusión expresa de la contraria, o bien, establecer fórmulas subsidiarias entre ambas³⁴. Lo que la normativa no permite, en cambio, es la elección unilateral, ya sea por parte del empresario o del trabajador, siendo siempre necesario

³⁴ M.A GARCÍA RUBIO, “Ampliación de jornada: Horas extraordinarias y horas complementarias”, en A.A.V.V. El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Dir. José María Goerlich Peset, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, págs. 261-262.

un acuerdo de voluntades³⁵. El legislador, no obstante, muestra una clara preferencia en compensar las horas extraordinarias mediante descansos equivalentes, al determinar que, en ausencia de pacto expreso al respecto, se entenderá que la realización de horas extraordinarias ha de compensarse mediante un descanso equivalente dentro de los cuatro meses siguientes³⁶. Tal predilección por el descanso deriva, principalmente, de dos factores. El primero, que esta opción es la que mejor vela por la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, objetivos manifiestos de toda la normativa sobre la jornada laboral. Y, en segundo lugar, que es la que mejor satisface los propósitos de reparto del empleo; pues la compensación de las horas extraordinarias en forma de descansos lleva a que, en realidad, no exista un aumento neto del tiempo trabajado por aquéllos que ya se encontraban contratados a jornada completa en la empresa.

Entrando en el análisis concreto de la retribución pecuniaria el primer aspecto a tener en cuenta es el relativo a la cuantía de la retribución la cual, como ya hemos señalado, nunca puede ser inferior al valor de la hora ordinaria. Esta expresión legal “*en ningún caso*” convierte la norma en un derecho con efecto *ius cogens*, provocando su efecto, en el principio de jerarquía normativa (art.9 de nuestra Constitución) y, en el derecho laboral de norma mínima³⁷. Por tanto se consagra como un mínimo absoluto indisponible tal y como ya señalaba la STS 5925/2013, de 13 de noviembre “*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. 3.5 del ET), y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias (art. 3.1.b) del ET), y exija también (art. 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea 'dentro del respeto a las leyes.*”³⁸. No se trata, evidentemente, de una cuantía fija que deba exigirse en cualquier

³⁵No obstante, cabría plantearse la posibilidad de que el convenio colectivo dejase la opción a una u otra de las partes.

³⁶A este respecto es importante recordar que las horas extraordinarias que se compensen mediante un descanso equivalente en el plazo de cuatro meses no computan a los efectos del límite máximo legal, lo cual puede entenderse como incentivo para que el empresario opte por esta modalidad retributiva.

³⁷J.M. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, M.A LIMÓN LUQUE, M.D REDONDO VALDEÓN, M. SILVIA COTI, *Estatuto de los Trabajadores, comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Lefebvre, Madrid, 2012. pág. 572.

³⁸Como así lo ha entendido también la Sala en las sentencias: 7729/2004, de 28 de noviembre y 7884/2004, de 3 de diciembre, 677/2005, de 7 de febrero, 1572/2005, de 14 de marzo y 5923/2005, 6 de octubre .

circunstancia pues al tratarse de una norma imperativa de mínimos la ley permite, sin embargo, una cuantía retributiva más elevada³⁹.

Como ya hemos podido señalar en epígrafes anteriores, la figura de las horas extraordinarias se encuentra en un frágil equilibrio entre la necesidad del empresario de flexibilidad la jornada laboral para atender a circunstancias puntuales en la producción y la necesidad de distribuir el trabajo en un país con una elevada tasa de desempleo como es España. La fijación actual de su cuantía entiendo que responde a la intención del legislador de desmotivar al trabajador en cuanto al deseo de realizar estas horas extraordinarias, pues si se marcara una compensación muy superior a la hora ordinaria, se estaría realizando un efecto llamada y su aceptación se volvería más atractiva. Por el contrario, situar su retribución por debajo de la hora ordinaria sería una incongruencia y una desprotección para el trabajador⁴⁰.

Una vez visto el límite mínimo que debe respetar la retribución de una hora extraordinaria, debemos determinar con exactitud el valor de éstas. Para encontrar una respuesta es preciso acudir a la STS 2085/2007, de 21 de febrero, en la cual nuestro Alto Tribunal señaló que el valor de la hora extraordinaria corresponde a cada hora ordinaria, haciendo referencia no solo al salario base sino a todos aquellos complementos que deben ser integrados en la estructura salarial, incluidos aquellos que, como las pagas extraordinarias, se devengan en proporción al tiempo trabajado. Por lo tanto, *“el salario ordinario unitario y total constituye la base cuantitativa del correspondiente al de la hora extraordinaria, de modo que dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos se obtiene la realidad de cuál sea el valor de la hora ordinaria.”*⁴¹ De lo dictaminado por el TS se desprende que para obtener el valor de la hora extraordinaria es necesario tener en cuenta no sólo al salario base, sino a todos aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial. Sin embargo, en cuanto a los complementos es necesario distinguir entre los que se perciben siempre, como es el de antigüedad o las pagas extraordinarias que se

³⁹ García RUBIO PAG 379 ha apoyado en las SSTs: 7729/2004, de 28 de noviembre, 8100/2004, de 15 de diciembre, 8385/2004 de 22 de diciembre, 677/2005 de 7 de febrero.

⁴⁰ Sin embargo, en su redacción original el ET del 10 de marzo de 1980 en su art 35.1 pretendía frenar la realización del trabajo extraordinario debido a su alto coste, y para ello establecía que en ningún caso podían ser retribuidas en una cuantía inferior al setenta y cinco por ciento sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria. Con ello se trataba de dar cumplimiento al Convenio I de la OIT, art. 6.2, ratificado por España, que precisaba «la tasa de salario de dichas horas será aumentada, por lo menos, en un veinticinco por ciento con relación al salario normal». Al fin y a la postre se trataba de compensar el mayor esfuerzo del trabajador en ese tiempo de trabajo a mayores, controlar la jornada de trabajo y procurar su reparto así como desincentivar el recurso empresarial a las horas extraordinarias.

⁴¹ En este mismo sentido, se ha pronunciado reiterando la doctrina TS en las sentencias del TS 5733/2010, de 5 de octubre y 6499/2012, de 2 de noviembre.

devengan en proporción al tiempo trabajado, y aquellos otros que dependen del modo de prestación de la prestación laboral como puede ser en circunstancias de penosidad, peligrosidad, nocturnidad, fines de semana... En este caso esta clase de complementos solo se computan cuando se den estas circunstancias para su devengo⁴². Por otra parte, quedan excluidos los complementos extrasalariales, como son el transporte o el vestuario⁴³. Además, pesar de lo dicho hasta ahora, nada impide pactos de retribución global siempre y cuando se respeten los límites del art. 35.1 del ET: la cuantía mínima de retribución y el número máximo de horas 80 horas anuales⁴⁴.

En cuanto a la retribución mediante descansos, el art. 35.1 ET exige que sea por tiempos equivalentes de descanso retribuido, aunque este mínimo puede ser mejorado mediante convenio colectivo o contrato individual. La mejora podrá consistir en un descanso más elevado o en una retribución mixta compuesta por descanso igual o superior, sumado a una cuantía económica, debiendo mantener los efectos previstos en el art.35.2. 2º del ET.

Respecto al plazo en el que el trabajador ha de gozar de su derecho al descanso, el legislador ha establecido que las *“horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”*. No obstante, el plazo propuesto por la norma tiene carácter subsidiario pues las partes son libres de acordar un plazo alternativo que tendrá que respetar en todo caso el plazo máximo de cuatro meses. Tal elección puede realizarse tanto por medio de convenios colectivos como de contratos individuales de trabajo. Hay que tener en cuenta que, en ausencia de pacto, el plazo legal de cuatro meses opera como plazo de caducidad. Ello significa que todas aquellas horas no compensadas en tal plazo computarán a efectos del límite máximo de 80 horas anuales. Siempre que se respeten los tiempos marcados por el acuerdo de voluntades o la ley, corresponde al empresario elegir el momento del disfrute del descanso, en virtud de su poder de organización, siempre y cuando no incurra en abuso de derecho⁴⁵. No obstante, siempre podría pactarse individual o colectivamente la atribución de tal derecho al trabajador, en su caso de manera condicionada.

⁴²I. Moreno González-Aller, *“Cálculo del valor de las horas extraordinarias en empresas de seguridad”* Revista *Doctrinal Aranzadi Social*, n.º.11/2012 parte *Fichas de Jurisprudencia*. apoyado también en la jurisprudencia STSS 2108/2012, de 26 de marzo 2012, 2976/2012 de 24 abril de 2012 y 5232/2013 de 16 octubre.

⁴³ STS 1127/2013, de 27 de febrero, STS 4099/2012, de 21 de mayo.

⁴⁴ STS 408/2013, de 24 de enero.

⁴⁵ F.J. TRILLO PÁRRAGA, *cit.*, pág.pag 54.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA- Tras el estudio realizado en el presente trabajo resulta evidente de las horas extraordinarias son una de las figuras más polémicas de todo el Derecho laboral. Prueba de ello la encontramos en que hasta su definición ha debido ser discutida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. A pesar de su importancia para la sociedad, el legislador español se ha mostrado bastante ambiguo a la hora de regular esta institución, lo que ha provocado importantes lagunas que han tenido que ser subsanadas por la labor de los tribunales. Entiendo que esto es un error, pues la tarea del legislador debe ser la de desarrollar normativa que deje poco lugar a la duda para, de esta forma, evitar todo lo posible una interpretación desigual de una misma norma. Ello me lleva a considerar la necesidad de una reforma del Estatuto de los Trabajadores en el que se corrijan todos los aspectos conflictivos que hemos podido apreciar a lo largo de estas páginas.

SEGUNDA- Otro gran peligro al que el legislador debe hacer frente es al relativo a la jornada semanal extrema, entendida ésta como una acumulación excesiva de horas trabajadas provocada por el empleo tanto de las horas extraordinarias como de la distribución irregular del tiempo de trabajo. En efecto, la posibilidad de que se acumulen las horas extraordinarias legalmente permitidas en un plazo de tiempo reducido puede suponer el sometimiento del trabajador a jornadas de trabajo extenuantes, lo que implica un menoscabo de su salud tanto psíquica como física. En este sentido se evidencia la poca efectividad del límite anual de ochenta horas contenido en el art. 35 ET, siendo necesario incorporar otros límites con periodos más cortos de referencia, ya sea el semanal o el mensual para, así, reducir los riesgos de esta clase de jornada intensiva. Un buen ejemplo de la reforma que debería operarse en nuestra legislación lo encontramos, como ya hemos visto, en la Directiva 2003/88/CE en virtud de la cual la jornada laboral máxima incluyendo las horas extraordinarias no puede superar de cuarenta y ocho horas. El Estatuto de los Trabajadores, en cambio, hace un tratamiento diferenciado de horas ordinarias y extraordinarias lo cual, entiendo, debe considerarse un error en la trasposición de la norma comunitaria ya que, a pesar de los descansos obligatorios establecidos en el ET, la conjunción de horas extraordinarias y distribución irregular del tiempo de trabajo permitiría sobrepasar el límite semanal impuesto en la Directiva.

TERCERA- Otra de las carencias del régimen jurídico de las horas extraordinarias es el relativo a su control. El seguimiento en la llevanza de esta clase de horas siempre ha sido deficiente en nuestro país, obligando a los trabajadores a probar su realización cuando el empresario no tenía por qué guardar un registro de las éstas. Ello suponía un grave obstáculo en cuanto a la prueba y colocaba al trabajador en una clara situación de debilidad frente a la empresa a pesar de las presunciones de construcción jurisprudencial que trataban de aminorar el perjuicio para el empleado. Afortunadamente, esta problemática se matizó ligeramente con la entrada en vigor del RDL 8/2019, la cual estableció la obligación empresarial de llevar un registro diario de la jornada ordinaria de los trabajadores, incluyendo necesariamente las horas extraordinarias. Ha sido un gran paso en la protección del trabajador frente a los posibles abusos del empresario, pero considero que se trata de una medida que debe conjugarse con una mayor presencia de la Inspección de Trabajo en los centros de trabajo. En efecto, las obligaciones no son efectivas mientras no se establezca un control serio y exhaustivo en relación a su cumplimiento. Sin un sistema de vigilancia coherente y completo, las obligaciones legales no dejan de ser, en realidad, meras obligaciones naturales.

CUARTA- Más allá de su control y seguimiento, el mayor problema al que se enfrentan los trabajadores en cuanto a la realización de las horas extraordinarias lo encontramos en relación a su voluntariedad y su negociación en los contratos de trabajo. Como ya hemos podido estudiar anteriormente, las horas extraordinarias son de voluntaria aceptación por parte del trabajador salvo que éstas vengan impuestas en el convenio colectivo aplicable o en el contrato de trabajo. Dejando a un lado la negociación colectiva, considero que el legislador debería entrar a regular con mayor detalle la posibilidad de acordar la realización de horas extraordinarias en el contrato individual de trabajo y que nos encontramos ante un tipo de contrato asimétrico, es decir, en el que una de las partes es visiblemente más poderosa que la otra. En efecto, el trabajador puede verse obligado a aceptar la realización de unas horas extraordinarias dentro de un contrato en el que no ha tenido poder alguno de negociación, lo que se convierte en una imposición indirecta de las mismas. Ya hemos comprobado cómo los tribunales han declarado la nulidad de este tipo de cláusulas en contratos de trabajo ofrecidos de forma genérica a toda la plantilla – lo que los convertía en verdaderos contratos de adhesión – pero considero que la acción judicial no es suficiente para garantizar la seguridad jurídica y que debe incluirse en el ET una regulación al respecto para evitar que la necesidad del trabajo le obligue a aceptar unas horas extraordinarias que, en realidad, no desea.

QUINTA- En relación con lo expuesto en el apartado anterior, entiendo necesario reflexionar sobre el papel que juegan los convenios colectivos en lo referente a la obligatoriedad de realizar horas extraordinarias. Si bien es de sobra conocida la eficacia que presentan en la práctica, considero que vincular al trabajador inexorablemente a lo dispuesto en él no es del todo oportuno. La realización de horas extraordinarias supone un aumento anormal de las horas de trabajo y, por lo tanto, afecta negativamente a la conciliación familiar y personal de los trabajadores. Ello hace necesario que el ET incluya una serie de supuestos (cuidado de hijos, número de descendientes, incompatibilidad horaria...) que exoneren al trabajador de realizar las horas extraordinarias pactadas en el convenio colectivo. Un convenio en el que a menudo no ha participado, ni siquiera indirectamente, al no formar parte de la plantilla de la empresa durante la negociación de éste. Es habitual que los convenios incorporen cláusulas al respecto, pero para evitar una regulación heterogénea sobre un asunto tan importante en lo relativo a la conciliación laboral y familiar, estimo necesaria una reforma legislativa que afecte a todos los trabajadores y les permita excusarse en la realización de horas extraordinarias cuando se den los supuestos antes descritos.

SEXTA- Otra reforma legislativa necesaria es la inclusión de requisitos para que el empresario pueda solicitar la realización de horas extraordinarias. A este respecto entiendo muy oportuna la regulación llevada a cabo por el artículo 1 de la Orden de 1 de marzo de 1983 sobre cotización adicional a la Seguridad Social por horas extraordinarias el cual exigía que el trabajo realizado por las horas extraordinarias no pudiera ser cubierto por la utilización de las distintas modalidades de contratación previstas legalmente. No debemos olvidar que la utilización de las horas extraordinarias supone utilizar a trabajadores ya contratados para tareas que, en realidad, podrían realizar otros trabajadores lo que afecta negativamente a la tasa de empleo dentro de nuestro país. Nuestro legislador es consciente de ello. Buena prueba de ello la encontramos en el art. 35 del ET donde se habilita al Gobierno para reducir el número máximo de horas extraordinarias o eliminarlas por completo para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en situación de desempleo. Por ello considero que la regulación contenida en la mencionada Ordenes tan adecuada ya que exige que, antes de nada, el empresario trate de acudir a otras modalidades de contratación y solo cuando éstas no sean necesarias, podrá hacer uso de las horas extraordinarias. La vigencia y exigencia de la Ordenanza no está clara y, por lo tanto, entiendo adecuado que se incorpore tal requisito al ET

y que vaya acompañado de un verdadero sistema de control. Solo de esta forma se relegará el uso de las horas extraordinarias a las situaciones más inesperadas de aumento de la producción, circunstancia para la que, en mi opinión, se creo está figura. Así se matizará el uso indiscriminado y habitual de esta clase de jornada y se convertirá, como su nombre indica, en una herramienta extraordinaria.

SÉPTIMA- Por último, cabría hablar de la remuneración de las horas extraordinarias. Si bien entiendo la finalidad perseguida por el legislador al establecer una compensación monetaria, como mínimo, igual al de la hora ordinaria, entiendo que la regulación contenida en el texto original del ET era mucho más certero y respetuoso con las distintas normativas internacionales existentes al respecto. En efecto, situar el “precio” de la hora extraordinaria en un 75% superior al de la hora ordinaria era un incentivo para que el empresario optase por acudir a otras modalidades de contratación. Ciertamente animaba a los trabajadores a aceptar las horas propuestas, pero no es menos cierto que con una remuneración tan elevada, el empresario se vería poco propenso a proponerlas, optando por contratar a nuevos trabajadores. Entiendo, por lo tanto, que el antiguo art. 35 ET era más efectivo en cuanto a la promoción del nuevo empleo y que debería ser un aspecto a estudiar por parte del legislador a pesar de la oposición que, seguramente, encontrará por parte de la Patronal.

OCTAVA- En definitiva, tras el estudio llevado a cabo en las anteriores páginas, se puede apreciar la necesidad de una regulación más completa y meticulosa en relación a las horas extraordinarias. Entiendo que la vaguedad a la hora de normativizar se debe, en gran medida, a la necesidad de acoger y servir de regulación a una realidad social tan cambiante como es el mundo laboral, pero en este caso unas leyes exiguas van en detrimento de la protección de los trabajadores lo cual debe ser subsanado para evitar que tengan que ser los tribunales los que, en interpretación de la ley, hagan el verdadero trabajo del legislador.

7. BIBLIOGRAFÍA

- C.L ALFONSO MELLADO, “Las horas extraordinarias”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Bomazo, Albacete, 2007.
- M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *Tiempo de Trabajo y Tiempo de Descanso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- M. BASTERRA Hernández ”El registro de la jornada diaria y el control de las horas extraordinarias: un análisis de la situación tras la STS de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016)”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº. 8, 2017.
- M. DE LA FUENTE LAVIN, *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares, Granada, 2002..
- M.A GARCÍA RUBIO, “Ampliación de jornada: Horas extraordinarias y horas complementarias”, en A.A.V.V. (dir. J.M. GOERLICH PESET), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid , 2008.
- M.A GARCÍA RUBIO, “Artículo 35”, en, A.A.V.V., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2a edición, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- M. IGLESIAS CABERO, M.L ARASTEY SAHÚN, N. CORTE HEREDERO, *Estatuto de los Trabajadores: cimentarios, concordancias, jurisprudencia, e índice analítico*, Colex, Madrid, 2018.
- F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el Real Decreto-Ley 2001/1986, de 14 de marzo”, *Revista de Trabajo*, nº 86, 1987.
- M. MIÑARRO YANINI, “Más allá de las horas extras: la obligatoriedad del registro de la jornada diaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 432, 2019.
- E. MONREAL BRINGSVAERD, *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Edersa, Madrid, 2000.
- R. POQUET CATALÁ, “Obligación de registro del artículo 35.5 ET, ¿cierre del debate?”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº. 9, 2017.
- R. ROQUETA BUJ, “La jornada de trabajo y su determinación”, en A.A.V.V., *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

- R. ROQUETA BUJ, “El artículo 34”, en A.A.V.V., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2a edición, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- J.M. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, M.A LIMÓN LUQUE, M.D REDONDO VALDEÓN y M. SILVIA COTI, *Estatuto de los Trabajadores, comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Lefebvre, Madrid, 2012.
- F.J. TRILLO PÁRRAGA *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Bomarzo, Albacete, 2008.