

**DE NUEVO SOBRE EL CONTROL DE LAS HORAS  
EXTRAORDINARIAS, PERO EN LA MODALIDAD DE  
TELETRABAJO**

*STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015*

RAQUEL POQUET CATALÁ

**SUPUESTO DE HECHO:** El trabajador presta servicios como corredor de plaza. Se alegan diferentes motivos, siendo el que a estos efectos interesa, el no abono de las horas extraordinarias. El trabajador realiza una jornada de trabajo de duración indeterminada que supera la duración máxima establecida legal y convencionalmente, pues su horario es de 8.00 h a 22.00 o 23.00 h con una hora para la comida, siendo una parte de esta jornada en la oficina y otra en casa en la modalidad de teletrabajo.

Se condena a la empresa al abono de las horas extraordinarias.

Asimismo, la Inspección de Trabajo y Seguridad social levantó acta de infracción por inexistencia de jornada laboral establecida para los trabajadores, sin que existiera en el centro de trabajo calendario ni horario de trabajo, realizando los trabajadores jornadas de trabajo que superan la duración máxima.

**RESUMEN:** Se resuelve el conflicto laboral en relación al concepto de horas extraordinarias cuando el trabajador realiza una parte de su trabajo en su domicilio en la modalidad de teletrabajo.

La empresa alega, en relación con el abono de las horas extraordinarias efectuadas en modalidad de teletrabajo, que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad y no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión del trabajador, que no puede repercutir económicamente sobre la empresa exigiendo su pago.

El Tribunal rechaza el argumento en base a que el tiempo de trabajo en el domicilio es también tiempo de trabajo de la misma forma que el realizado fuera del mismo, que el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que es quien debe registrar la jornada del trabajador, y que el respeto de los lími-

tes de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud, lo cual es responsabilidad del empresario, de tal forma que únicamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TELETRABAJO
  - 2.1. Concepto
  - 2.2. Notas configuradoras
    - 2.2.1. La localización
    - 2.2.2. Nuevas tecnologías
    - 2.2.3. Cambio en la organización del trabajo
3. Horas extraordinarias
  - 3.1. Concepto
  - 3.2. Obligación documental e informativa en materia de horas extraordinarias
4. CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos del reparto del tiempo de trabajo es la reducción de las horas extraordinarias. Sin embargo, su utilización ha sido buscada tanto por las empresas como por los trabajadores. Para los trabajadores viene a suponer un sistema de ingresos adicionales, y para las empresas un medio de absorber las elasticidades de la demanda sin recurrir a contrataciones eventuales.

El problema planteado con las horas extraordinarias surge cuando la empresa no procede a su abono, pues son muchas las horas extraordinarias que realizan los trabajadores y no son retribuidas por parte de las empresas. Curiosamente, en los momentos actuales, debido a la crisis económica, se ha producido una reducción de las horas extras, modificándose también la composición de las horas extra trabajadas, pasando la mayor parte de ellas de estar abonadas a dejar de serlo. De hecho, entre 2008 y 2015 la reducción de las horas extra se ha concentrado en las horas extra retribuidas, mientras que las no abonadas apenas han disminuido en términos absolutos. Es decir, se han precarizado las condiciones de trabajo de aquellos que mantenían su empleo o accedían a uno nuevo.

Concretamente, según el informe de CCOO sobre las horas extraordinarias de la EPA<sup>1</sup> en 2008, al inicio de la crisis, trabajaban en España 16,9 millones de asalariados, que hacían 9,4 millones de horas extras a la semana. De estas, 5,7 millones de horas eran pagadas (el 61%) y 3,7 millones de horas no retribuidas (el 39%). Durante la recesión, especialmente en 2009, 2010 y 2012, se produjo un drástico descenso de las horas extras realizadas. Concretamente, una bajada del 45% entre el máximo de 2008 (9,4 millones de horas) y el mínimo de 2012 (5,2 millones). A partir de ese mínimo las horas extra han vuelto a repuntar, bastante antes de que lo hiciera el empleo. En 2015, con 14,8 millones de asalariados (2,1 millones menos que en 2008) las horas extra trabajadas se han situado en 6,3 millones a la semana (un 33% menos que en 2008). Ahora la mayoría son no retribuidas (3,5 millones, el 56%) y la minoría abonadas (2,8 millones, el 44%). Las horas extra retribuidas se desplomaron al comienzo de la crisis, bajando un 59%, de 5,7 millones de horas semanales (2008) a 2,3 millones en 2012. Por su parte, las horas extras no pagadas han sufrido un descenso mucho menor. Así en 2015 el número de horas extra no pagadas es de 3,5 millones, muy similar al de 2008, a pesar de que ahora hay 2,1 millones menos de asalariados.

La evolución de las horas extra no retribuidas muestra un aumento de la explotación laboral durante la crisis, que se ha consolidado en el inicio de la recuperación económica. La crisis provocó un fuerte recorte de las horas extra pagadas, ligado al ajuste del empleo, pero no de las no abonadas que seguían realizando los que mantenían su empleo.

No cabe duda que las horas extra abonadas y las no retribuidas son dos realidades presentes en nuestro mercado laboral, y es muy complejo controlar las horas extra realizadas en orden a exigir su abono así como la no superación de los límites legales y convencionales. Sólo si el empresario cumple de forma contundente con la obligación legal del art. 35.5 ET de registrar de forma diaria la jornada de trabajo con el fin de poder totalizar así también las horas extraordinarias, los trabajadores contarán con medios de prueba irrefutables para poder hacer valer su derecho al percibo del abono correspondiente por las horas extraordinarias realizadas. Ello, además, tiene especial importancia cuando en el trabajo se combina la modalidad de teletrabajo o a domicilio con el presencial, pues debe instaurarse un sistema de control específico para aquella modalidad de trabajo, cuestión que se debate en la sentencia comentada.

1. Recuperado el día 25 de julio de 2016 de <http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/0/o75399.pdf>

## 2. TELETRABAJO

Es con la reforma operada por el RDL 3/2012<sup>2</sup>, cuando se regula por primera vez la figura del teletrabajo o, también denominado “*trabajo a distancia*”<sup>3</sup>, aunque ya el II Acuerdo para la Negociación Colectiva<sup>4</sup> lo había incluido entre una de sus medidas para permitir un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, como una de las “*formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías*”, y estableciendo algunos criterios orientadores en la negociación, como son, el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para el empresario, la igualdad de derechos de los teletrabajadores con respecto a los trabajadores presenciales, o la importancia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos laborales o la formación de los teletrabajadores.

Así el teletrabajo es regulado como “*una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar*”<sup>5</sup>.

### 2.1. Concepto

Existen múltiples definiciones del teletrabajo, siendo una de las más completas la que entiende que el teletrabajo “es cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional utilizando tecnologías informáticas y/o de telecomunicaciones”<sup>6</sup>. De ahí que quepa entender que el teletrabajo puede entenderse como una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso

2. De 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

3. Rúbrica del actual art. 13 ET, introducida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero.

4. Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014.

5. RDL 3/2012, de 10 de febrero.

6. BLANPLAIN, R., *The legal and contractual situation of teleworkers in the Member States of the European Union*. Dublín: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1995. p. 8.

intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación<sup>7</sup>, es decir, aquella actividad laboral prestada total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de las nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones<sup>8</sup>. En palabras del propio Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo<sup>9</sup> es definido como “una forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza la tecnología de la información, en el contexto de un contrato o relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados”. En definitiva, se trata de “una forma flexible de organización que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el trabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa”<sup>10</sup>, esto es, es “toda actividad laboral prestada desde un lugar distinto al centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio de un videoterminal informático conectado telemáticamente con la estación informática central de la empresa o con una estación satélite perteneciente o vinculada a la misma”<sup>11</sup>.

Por tanto, el teletrabajo es, por un lado, un trabajo realizado lejos del centro de trabajo, esto es, a distancia del empresario o cliente a quien va destinado, de modo que quien contrata el trabajo no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo. Pero, por otro lado, es trabajo a distancia usando las técnicas informáticas y/o de telecomunicación, siendo ello una condición sine qua non del mismo.

## 2.2. Notas configuradoras

Teniendo presente las anteriores definiciones y el hecho de que el teletrabajo debe prestarlo necesariamente una persona física, las notas que lo caracterizan

7. THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico laboral*. Madrid: CES, 2000. p. 32.

8. SEMPERE NAVARRO, A. V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*. Pamplona: Aranzadi, 2002. p. 113.

9. Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, de 16 de julio de 2002.

10. Asociación Catalana de Teletrabajo, en [www.telecat.net](http://www.telecat.net).

11. SELLAS Y BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Elcano: Aranzadi, 2001. p. 36.

son básicamente tres<sup>12</sup>, las cuales, además, deben darse simultáneamente<sup>13</sup> para poder hablar de teletrabajo. La primera es la localización, por cuanto el espacio físico en el que se desarrolla la actividad laboral se encuentra fuera de la empresa. En segundo lugar, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En tercer lugar, es preciso que se produzca un cambio en la organización y realización del trabajo.

### 2.2.1. La localización

En cuanto al lugar de prestación de servicios como elemento configurador, éste se sitúa fuera de la empresa. Por ello, se podría afirmar que el trabajo es realizado lejos de donde es esperado el resultado, a distancia del empresario o del cliente que lo ha contratado. El trabajador ya no realiza pues sus tareas en los centros habituales de la empresa, sino que ese lugar de trabajo existe y varía según el tipo de trabajo que se desarrolle, pero ya no es dispuesto, con carácter general, por el empresario.

Por otra parte, existen importantes controversias a la hora de determinar dónde se debe realizar la prestación de servicios, equiparándose incluso, con el trabajo a domicilio. Pero no siempre se presta el servicio en el domicilio del trabajador siendo posible que se preste en otros lugares como domicilios de otras personas, familiares o clientes, o en otros lugares, elegidos por una de las partes o acordado entre ambas<sup>14</sup>. Por tanto, no se trata de un contrato de trabajo a domicilio.

### 2.2.2. Nuevas tecnologías

La segunda nota característica es la referida a los medios utilizados para ejecutar la prestación laboral, no siendo válido cualquier instrumento, sino que se requiere la utilización de sistemas informáticos y de comunicación avanzados (teléfonos móviles, ordenadores, faxes, correo electrónico o internet). Partiendo de esta premisa se puede afirmar que el teletrabajador es un trabajador cualificado, o al menos, adaptado a las nuevas tecnologías. Es este elemento configurador el que puede haber hecho que se aparte definitivamente del contrato a domicilio clásico, pues a diferencia de éste, el teletrabajador realiza labores especializadas, de creación e innovación, lo que supone, una mayor preparación de aquél que realiza las tareas.

12. THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico... op. cit.* p. 25-26.

13. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTSS, 2000. p. 761.

14. THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico... op. cit.* p. 34.

Sin embargo, hay que puntualizar que no todos los trabajadores que utilizan estos medios avanzados son teletrabajadores, sino que es necesario que el uso de los instrumentos tenga una cierta intensidad. Si se realiza un análisis de las definiciones señaladas anteriormente sobre el teletrabajo, ninguna de ellas cuantifica con qué intensidad deben utilizarse estos medios. Pero, de todas ellas se desprende que se deben emplear de forma continua, sin quedar incluidas aquellas prestaciones de servicios en las que la utilización de estos medios tiene un carácter accesorio. En esta línea de argumentación, algunos autores van más allá y se aboga por la flexibilidad, no exigiendo un uso exhaustivo de estos medios para llevar a cabo la prestación de servicios, bastando que se produjese un empleo continuo y habitual de los mismos<sup>15</sup>.

### 2.2.3. Cambio en la organización del trabajo

Es obvio que en esta nueva forma de prestación del trabajo las fronteras entre una relación laboral y un arrendamiento de servicios no son tan claras, pues como se examinará a continuación, se pone en duda, muchas veces, la existencia de las notas configuradoras del contrato de trabajo, especialmente, la dependencia y la subordinación del trabajador.

Es cierto que el teletrabajador en su prestación de servicios va acompañado de una cierta independencia a la hora de organizar su trabajo. Así en cuanto al tiempo de trabajo no se ve sometido a un horario, o al menos, no tan rígido como el que presta sus servicios de forma presencial, de manera que el teletrabajador puede determinar cuáles son las horas que dedica al trabajo y cuáles al ocio, aunque no hay que olvidar que está la posibilidad de que pase todo lo contrario, es decir, que, en determinados casos, en situaciones de acumulación de trabajo, sobrepase la jornada laboral, como ocurre en el caso analizado por la sentencia. De ahí que se haya propuesto el establecimiento de unos mecanismos de control a través de los programas informáticos que permitan conocer el tiempo real de prestación de servicios, y así, determinar el cumplimiento de las jornadas máximas y el disfrute de los descansos<sup>16</sup>. Para que ello se produzca es necesario que exista comunicación con el empresario. De ahí la importancia que juegan los medios informáticos, a través de los cuales el trabajador puede ponerse en contacto con la empresa y recibir de ésta órdenes e instrucciones. Por tanto, el ordenador del teletrabajador, al estar conectado con la empresa, permite no sólo

15. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, ponencia temática, en *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Zaragoza, mayo 1999.

16. GARCÍA NINET, I., “Contrato de trabajo a domicilio”, en AA.VV., *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, Tomo III, 1985. p. 487.

la realización del trabajo, sino también el control de la actividad del trabajador, control que se concreta en el ejercicio de los poderes empresariales. Así, la comunicación interactiva trabajador/empresario potencia, por ello, el que se esté ante un teletrabajo por cuenta ajena, sometido a las órdenes y directrices del empresario<sup>17</sup>.

De esta forma, el teletrabajo supone una nueva forma de organización y de ejecución de la prestación de trabajo, donde se deben buscar nuevos indicios de subordinación que respondan a estas nuevas tecnologías. En esta línea se pronuncia también el TS al señalar que “en el actual sistema de producción, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso”<sup>18</sup>. Por tanto, en relación a la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo se señala que no se tiene que exigir una dependencia absoluta del trabajador frente al empresario, sino que cabe una cierta autonomía a la hora de organizar su trabajo, bastando pues con que el sujeto esté incluido dentro de un ámbito organicista y rector de la persona para la que realice la actividad<sup>19</sup>.

### 3. HORAS EXTRAORDINARIAS

#### 3.1. Concepto

Según el art. 35 ET es hora extraordinaria cualquiera que se realice sobre la duración de la jornada ordinaria de trabajo, remitiéndose al respecto a las reglas sobre esta materia contenidas en el art. 34. De este concepto, se deduce que para que sea una hora extraordinaria debe ser una “*hora de trabajo*” y que supere la “*duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo*”.

En relación al primer requisito, cabe indicar que se debe diferenciar la hora de trabajo de otros períodos en los que el trabajador puede estar a disposición del empleador pero sin prestación efectiva de servicios, como la referencia del art. 34.5 ET en el sentido de que el tiempo de trabajo se computará de modo que

17. SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores, 1997. p. 59.

18. STS de 8 de octubre de 1992, rec. núm. 2754/1991.

19. STS de 22 de octubre de 1983.

tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Así, cabe indicar que no son horas de trabajo a este efecto los períodos de espera o permanencia que en la relación laboral ordinaria están reguladas en ciertas actividades sectoriales y en algunas relaciones laborales especiales que contemplan períodos de disponibilidad, permanencia y similares pero a los que no se reconoce la condición de tiempo efectivo de trabajo<sup>20</sup>.

Por tanto, cabe entender que a efectos de considerar como horas extraordinaria son aquellas horas que implican prestación efectiva de servicios o permanencia en el centro de trabajo a disposición del empleador y en su caso algunos desplazamientos entre el centro de trabajo y el lugar de realización de un concreto servicio.

En relación al segundo requisito, esto es, que se supere la jornada ordinaria de trabajo, se debe atender a las reglas que delimitan la jornada ordinaria contenidas en el art. 34 ET, el cual se remite, en primer lugar, al convenio colectivo o contrato de trabajo, y a su vez establece que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Y ello nos conduce al problema planteado en esta situación en relación con el cómputo de las horas extraordinarias en los casos en que se preste el trabajo en la modalidad de teletrabajo o a distancia, pues, en estos casos, el control empresarial es más difícil de realizar.

### **3.2. Obligación documental e informativa en materia de horas extraordinarias**

El art. 35.5 ET obliga al empresario a registrar día a día la jornada de cada trabajador “a efectos del cómputo de horas extraordinarias”, a totalizar la misma “en el periodo fijado para el abono de las retribuciones”, y a entregar copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

Junto a este instrumento de control individual se configura otro de índole colectivo en la disposición adicional tercera del RD 1561/1995<sup>21</sup> donde se establece el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto “copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del art. 35 del Estatuto de los Trabajadores”.

20. ALFONSO MELLADO, C.L.; GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 61

21. De 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Como se observa aparecen dos documentos. Por un lado, la información que se entregará al trabajador que será en el recibo de salarios correspondiente, y por otro lado, a nivel colectivo, copia de los resúmenes, que no podrá ser el recibo de salarios en cuanto contiene datos que pueden afectar a la intimidad del trabajador, por lo que deberán ser unos resúmenes específicos para los representantes de los trabajadores. No obstante, en puridad, ese documento que se entrega a los representantes no debería ser diferente al entregado a los trabajadores, puesto que la citada disposición adicional hace referencia a “copia” de los resúmenes, de tal forma, que lo que se entrega al trabajador es lo que también debería darse a los representantes de los trabajadores.

Por tanto, el trabajo prestado mediante horas extraordinarias, aunque es difícil fiscalizarlo en la práctica, y respecto de cuya existencia la doctrina judicial ha exigido siempre la estricta demostración, está sujeto a diversos controles. Por un lado, el empresario, ha de registrar día a día la realización de tales horas y totalizarlas en el período fijado para el abono de salarios, que es un mes como máximo. En segundo lugar, una copia de ese resumen debe entregarse al trabajador en el momento de la liquidación y pago del salario. Por último, de modo complementario la empresa debe entregar una copia resumen a los representantes de los trabajadores de forma mensual.

El mandato del art. 35.5 ET de entregar al trabajador dicho registro tiene como objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental que facilite la acreditación de la realización de horas extraordinarias<sup>22</sup>. Así, el trabajador es el primer y principal destinatario de la obligación empresarial de registrar la jornada de sus trabajadores entregándole copia del resumen en el recibo correspondiente. Si la razón de ser del art. 35.5 ET, como se ha señalado, es procurar al trabajador un medio de prueba documental, parece evidente que el registro de la jornada es la herramienta para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias, pues de otro modo se vaciaría de contenido la institución y sus fines, ya que sin el registro diario de la jornada de trabajo, devendría imposible controlar la realización de horas extraordinarias. Ello lleva a concluir que en la copia resumen de dicho precepto no se tienen que registrar las horas extraordinarias, puesto que una jornada diaria puede prolongarse sin que se produzcan horas extraordinarias, que sólo concurren cuando se supere, en cómputo anual, la jornada de cuarenta horas semanales, sino registrar día a día la jornada realizada, que es el único medio para verificar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria legal o convencionalmente establecidos.

22. SSTS de 24 de abril de 2006, rec. núm. 147/2005; de 11 de diciembre de 2003, rec. núm. 63/2003; de 11 de marzo de 1999, rec. núm. 3301/19980

Además, el registro diario de jornada es el único medio que permite conocer a cada trabajador todas las incidencias acaecidas en relación con su jornada de trabajo, de modo que se garantiza que el trabajador no queda desprotegido respecto al puntual conocimiento de su jornada diaria de trabajo, porque, la misma, con todas sus incidencias, queda reflejada mediante un sistema generalmente informático.

No es la primera vez que la doctrina judicial se pronuncia sobre esta obligatoriedad de registro de las horas extraordinarias, pues recientemente ha hecho hincapié en la obligación de la empresa de “establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995”<sup>23</sup>. Cabe indicar que esta obligación sólo lo es en relación a la realización de horas extraordinarias, no de la no realización de las mismas, pues la empresa no tiene obligación legal ni convencional de emitir una información mensual personalizada e individualizada acerca de las horas extraordinarias no realizadas por cada empleado de la plantilla y remitirla a los representantes de los trabajadores que en cada caso proceda, distinguiéndose entre los supuestos en los que existen o no existen tales horas extraordinarias como realizadas, de manera tal que dicha obligación empresarial debe ser cumplida sólo en el caso de que algún o algunos trabajadores las hayan prestado, pero no en el caso de que ninguno de ellos las haya llevado a cabo, supuesto en el cual no tiene por qué emitir ni remitir una información de “cero horas extraordinarias”, ni genérica, ni individualizada<sup>24</sup>. Así lo señala también nuestro alto tribunal<sup>25</sup> al indicar que el art. 35.5 ET “lo único que obliga es a registrar la jornada de cada trabajador día a día y a entregar copia del resumen al trabajador, pero no a sus representantes” y que no se incumple la obligación de información sobre horas extraordinarias cuando éstas no se realizan<sup>26</sup>.

Por tanto, el registro diario de jornada, y no el de horas extraordinarias, es el instrumento para controlar los excesos de jornada y su negación coloca a los

23. SAN de 4 de diciembre de 2015, proc. núm. 301/2015. En el mismo sentido, SSAN de 6 de mayo de 2015, proc. núm. 59/2016; de 19 de febrero de 2016, proc. núm. 383/2015.

24. SAN de 12 de julio de 2005, proc. núm. 39/2005.

25. STS de 11 de diciembre de 2003, rec. núm. 63/2003.

26. STS de 3 de junio de 1989.

trabajadores en situación de indefensión. Si se instaurase el sistema de registro de la jornada únicamente cuando se realizasen horas extraordinarias se provocaría un círculo vicioso, de tal forma que el registro previsto del art. 35.5. ET, aunque sea un medio de prueba para acreditar las horas extraordinarias y asegurar su control, éste debe realizarse a través del control diario de la jornada y no únicamente de cuando se realicen horas extraordinarias. Además, como se ha indicado, si no se establece un registro de la jornada no se puede controlar si se superan o no los límites de la misma.

El TSJ<sup>27</sup> señala que en el teletrabajo, como es lógico, el tiempo de trabajo es exactamente el mismo que el realizado en la modalidad presencial en la empresa. Además, tal y como se ha indicado, el empresario debe controlar el tiempo de trabajo registrando día a día la jornada y totalizándola en el período fijado para el abono de las retribuciones, esto es, mensualmente. Por último, el TSJ diferencia en el caso del trabajo a distancia según se pacten unas pautas sobre el tiempo de trabajo y unos instrumentos de declaración y control, de tal forma que en el caso de que ello se pacte con el trabajador, sería admisible que aquel trabajador que incumpliese dichas pautas omitiendo los instrumentos de control no pudiera reclamar el pago de las correspondientes horas extraordinarias, pero en el caso, como es el analizado por la sentencia, de que no se hayan establecido dichas pautas y reglas de control el empresario, deberá inexcusablemente retribuir las horas extraordinarias, pues de lo contrario, se estaría creando un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia.

#### 4. CONCLUSIÓN

A mi parecer, creo que en este caso, el tribunal superior de justicia aunque a priori pudiera parecer que se excede en su pronunciamiento a favor del trabajador, en el sentido de que si no existe un instrumento de control y de registro no se puede de ninguna forma acreditar la prueba de la realización de las horas extraordinarias, y dejar su cómputo al trabajador sin más prueba que su única palabra, supone extralimitarse en lo que sería la lógica normal de la relación laboral, si se analiza con detalle el pronunciamiento no es ello así.

De hecho, si tenemos en cuenta que, tal y como declara el tribunal superior de justicia, la jornada ordinaria de trabajo es la misma en la modalidad de teletrabajo que en la modalidad ordinaria o presencial, cabe recordar, por un lado, la doctrina

27. STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015.

jurisprudencial<sup>28</sup> que tiene declarado que es el trabajador el que debe exigir al empresario esta obligación del mismo de registrar la jornada de trabajo, pues en caso contrario, no tendría prueba alguna para poder reclamar su abono. Es decir, existe un uniforme y consolidado criterio judicial respecto del acrecimiento de las horas extraordinarias, de tal forma que se ha de exigir cumplida prueba de su realización, hora a hora y día a día, no pudiendo ser “sustituible la justicia por la benevolencia siendo al reclamante al que incumbe la carga de la prueba”<sup>29</sup> y sin que, a tales efectos, pueda otorgarse suficiente valor probatorio a los partes de trabajo o notas elaboradas por los propios trabajadores<sup>30</sup>, quienes deben exigir del empresario que cumpla con la obligación que le impone el art. 35.5 ET para afrontar una hipotética reclamación. Ello sí, según la doctrina judicial<sup>31</sup>, esta prueba rigurosa únicamente tiene lugar en el marco de las que sean ocasionales, no cuando su realización se corresponde con una jornada habitual extraordinaria, como es el supuesto analizado en esta sentencia, caso en el cual debe ser el empresario quien acredite la inexistencia de jornada extraordinaria.

Asimismo, lo indica nuestro alto tribunal<sup>32</sup>, el cual en relación con la prueba de las horas extraordinarias, si bien, en principio, la prueba de la realización de las mismas recae sobre el que las afirma o reclama y han de referirse día a día y, en su caso, hora a hora, es igualmente cierto que cuando la jornada llevada a cabo por el trabajador es uniforme y superior a la establecida como ordinaria, basta con acreditar dicha circunstancia para colegir también la habitualidad de la jornada extraordinaria. Además, la doctrina<sup>33</sup> ha señalado que los documentos privados que pueda aportar el propio trabajador, esto es, sus hojas de control individuales, deben ser aceptadas y darles valor probatorio en el caso de que la empresa no aporte nada, pues, en primer lugar, las empresas han de disponer de un método de registro de la jornada diaria que cada trabajador realiza; en segundo lugar, han de totalizar la jornada efectuada por cada uno de éstos en función del período que se toma en cuenta para el abono de sus retribuciones; y finalmente, han de entregarles copia del resumen elaborado con esa periodicidad.

28. SSTS de 20 de enero de 1968; de 8 de febrero de 1989; de 31 de enero de 1990; de 26 de septiembre de 1990, rec. núm. 223/1990; de 21 de enero de 1991, rec. núm. 638/1990; de 23 de abril de 1991, rec. núm. 826/1990; de 11 de junio de 1993, rec. núm. 660/1992.

29. STS de 20 de enero de 1968.

30. STS de 29 de noviembre de 1986.

31. SSTSJ Cataluña, de 27 de octubre de 2000, rec. núm. 4838/2000; Comunidad Valenciana, de 13 de septiembre de 2001, rec. núm. 185/1999; Cataluña, de 6 de abril de 2001, rec. núm. 7638/2000.

32. SSTS de 3 de febrero de 1990; de 10 de abril de 1990; de 10 de mayo de 1990; de 22 de diciembre de 1992, rec. núm. 40/1992.

33. STS de 30 de septiembre de 1985.

Por tanto, si la empresa ha incumplido esta obligación, o al menos no prueba que la haya efectuado, consecuentemente, cobra especial valor la prueba presentada por el trabajador, para dar por probada la jornada laboral realizada por el mismo y el horario correspondiente<sup>34</sup>. En definitiva, el art. 35.5. ET impone a la empresa la obligación de registrar día a día la realización de horas extraordinarias, que se totalizarán, de cuyo resumen semanal deberá entregar copia al trabajador. En el caso de que la empresa incumpla dicha obligación legal y no pacte con el trabajador ningún protocolo al respecto, debe entenderse que la carga de probar las horas extraordinarias no es utilizable como un medio de defensa protector de la actitud meramente pasiva de la empresa. En este sentido, la carga de la prueba de haber efectuado horas de trabajo efectivo sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, pesa sobre el trabajador como se ha indicado, pero al ser obligación de la empresa, cuando se realizan horas extras, y probando que se realizan, llevar registro de las horas día a día, totalizándose el cómputo con entrega al trabajador de copia del resumen anual<sup>35</sup>, es por lo que, dominando esta acreditación obligada al empresario, que no es factible conseguir al trabajador, ni está próxima a sus medios, y no aportándola como prueba que desvirtúe las reclamaciones en juicio, ante una jornada uniforme superior a la ordinaria (que suponen una habitualidad de la jornada extraordinaria), se grava al incumplidor (el empresario), con las consecuencias de la ausencia de prueba del número concreto de horas, de los días en que se prestaron y de su naturaleza en el sentido de condenarle por las reclamadas<sup>36</sup>.

34. Asimismo, lo estimó también la STSJ Castilla-La Mancha, de 26 de mayo de 1998, que literalmente expone: “A) Dado que en todo su discurso argumentativo de la empresa late un mismo sentir, cual es que las pruebas traídas al proceso por el trabajador eran insuficientes para acreditar la realización de las horas extraordinarias apreciadas en la instancia, parece necesario poner de manifiesto alguno de los principios constitucionales que rigen en materia probatoria. Según se pronunció el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 7/1994, de 17 enero: «Cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución Española) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarles indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa. Sin que los obstáculos o dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza”.

35. STS de 21 de enero de 1991, rec. núm. 63/1990.

36. STSJ Cataluña, de 3 de octubre de 2008, rec. núm. 8892/2007.

Si bien, en un primer momento, la jurisprudencia entendió que la acreditación de la realización de las horas extras debía de realizarse de un modo particularizado “día a día y hora a hora”, con posterioridad la aplicación de la carga de la prueba ha evolucionado en el sentido de que puede acreditarse la realización habitual de una superior jornada a la ordinaria de modo constante y reiterado en el tiempo. Así pues, la doctrina jurisprudencial tradicional que venía declarando que no era suficiente la mera manifestación de haber trabajado determinadas horas extraordinarias, sino que se exigía prueba de su realización, ha sido superada y matizada, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 ET, declarando que “es el empresario quien tiene la facultad y deber de controlar la realización de las horas extraordinarias por el trabajador registrándolas día a día y entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente lo que, en buena lógica y con deductivo razonar, cuando no consta que el empleador haya cumplido con tal deber pueda implicar ni hacer recaer sobre el empleado el deber de tal acreditación”<sup>37</sup>, considerándose entonces que la realización de una jornada superior de modo constante y reiterado en el tiempo, no precisa la prueba de hora a hora y día a día, sino que la prueba se contrae a justificar la existencia de esa superior jornada. En otras palabras, cabe indicar que “si bien es verdad que frente a la norma general de necesidad de probar por parte de quien la invoque en su favor la realización de horas extraordinarias, la doctrina del Tribunal Supremo sustentada entre otras coincidentes sentencias que el escrito de formalización del Recurso refiere y las de 3 de febrero, 20 de abril, 10 de mayo y 22 de diciembre de 1992 y 26 de junio de 1995, que cuando la jornada laboral llevada a cabo por el trabajador es uniforme y supera la establecida como ordinaria basta con acreditar esta circunstancia para demostrar también la habitualidad en la realización del exceso como horas extraordinarias, es claro que la aplicabilidad de tal doctrina supone y presupone la acreditada constatación o probada realidad de una jornada laboral habitual o continuamente llevada a cabo por encima o con exceso de la establecida como propia u ordinaria”<sup>38</sup>.

La obligación de llevar un registro de la jornada laboral es una obligación formal que se impone a la empresa, la cual ha de registrar la jornada de cada día y de cada trabajador, sea ordinaria o extraordinaria, aunque con específica mención de las horas extraordinarias, y con el deber añadido de totalizar unas y otras. En el caso aquí debatido, es claro que la empresa no ha cumplido esa obligación legal, por lo que es clara la improcedencia de su actuar.

37. STS de 23 de enero de 2001.

38. Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, proc. núm. 426/2013 que recuerda su anterior sentencia de 3 de mayo de 2000.

Por consiguiente, el incumplimiento por el empresario de su obligación de registro no puede repercutir en su beneficio y, además, se erige en un elemento trascendental que ha de tomarse en consideración por parte del órgano judicial a la hora de repartir la carga de la prueba respecto de las horas trabajadas. La actividad probatoria de la empresa es exigible además de por aplicación del citado precepto, por el hecho de que es quien mejor dispone de los datos y elementos de convicción necesarios para determinar las jornadas efectuadas y sus posibles excesos. A tal efecto, el artículo 217.6 de la LEC dispone que el juzgador debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Por todo ello, si de manera injustificada la empresa deja de aportar al proceso los registros diarios de la jornada del trabajador o no los ha realizado, habrán de tenerse por ciertas las horas que el trabajador alegue como trabajadas, mientras que si el empresario presenta tales registros, los datos resultantes de los mismos habrán de ser tenidos por ciertos, salvo que se acredite que no es así. Esto no supone una inversión del onus probandi, pues han de valorarse las dificultades probatorias que tiene siempre el trabajador para acreditar el número exacto de horas trabajadas<sup>39</sup>.

En suma, cuando se acredite que el trabajador realiza una determinada jornada uniforme por encima de la ordinaria, no será preciso que el mismo presente una prueba completa de todas y cada una de las horas trabajadas, como ocurriría si el registro de jornada se llevase por parte del empleador, en cuyo caso sí sería preciso que las horas trabajadas fuera del mismo fuesen acreditadas por quien alega su existencia.

39. STSJ Comunidad Valenciana, de 13 de mayo de 2010, rec. núm. 2409/2009.