

La prueba de las horas extraordinarias: ¿una sentencia gatopardista (o lampedusiana)?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 290/2023, de 28 de marzo**

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Huelva (España)

juan.gorelli@dam.uhu.es | <https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

Extracto

La sentencia comentada reitera uno de los problemas tradicionales del derecho del trabajo: la prueba de la realización de las horas extraordinarias. Dicho problema se agudiza con la introducción de la jornada irregular en nuestro sistema productivo; si bien pretende resolverse con el registro diario de jornada. La cuestión que se plantea en esta sentencia es, justamente, el problema de la ausencia de registro por parte de la empresa.

Palabras clave: tiempo de trabajo; horas extraordinarias; registro diario de la jornada de trabajo; registro de las horas extraordinarias; prueba.

Recibido: 19-06-2023 / Aceptado: 22-06-2023 / Publicado (en avance *online*): 13-07-2023

Cómo citar: Gorelli Hernández, J. (2023). La prueba de las horas extraordinarias: ¿una sentencia gatopardista (o lampedusiana)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 290/2023, de 28 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 193-204. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19233>

The overtime test: a gatopardist (or lampedusian) ruling?

Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice
of Murcia 290/2023, of 28 March

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Huelva (España)

juan.gorelli@dam.uhu.es | <https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

Abstract

The commented judgment reiterates one of the traditional problems of labor law: the proof of overtime. Said problem worsens with the introduction of the irregular working day in our productive system; although it intends to be resolved with the daily record of the working day. The question raised in this judgment is precisely the problem of the company's lack of registration.

Keywords: working time; overtime; daily record of the working day; record of overtime; proof.

Received: 19-06-2023 / Accepted: 22-06-2023 / Published (online preview): 13-07-2023

Citation: Gorelli Hernández, J. (2023). The overtime test: a gatopardist (or lampedusian) ruling? Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Murcia 290/2023, of 28 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 193-204. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19233>

1. Marco regulador

Analizamos en este comentario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2023](#)), sobre reclamación de diferentes partidas salariales. Concretamente, por lo que nos interesa, se reclama el abono de cuantías por la realización de horas extraordinarias, surgiendo el tradicional problema de la prueba de la realización de dicho exceso de jornada.

Teniendo en cuenta lo anterior, las reglas fundamentales sobre dicha cuestión se encuentran, de un lado, en el [artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), regulador de las horas extraordinarias; si bien en materia de prueba de la realización de las mismas es trascendental tener en cuenta lo dispuesto por el [artículo 34.9 del ET](#), sobre el registro diario de la jornada de trabajo. La necesidad de probar las horas extraordinarias siempre ha tenido especial interés, pero sobre todo comienza a ser realmente trascendental cuando por la evolución de los sistemas productivos y la flexibilización del tiempo de trabajo se impone la realización de jornadas irregulares; perdiendo así la referencia de una jornada estable que facilitaba un hito seguro del que deducir la realización de horas extraordinarias.

Nuestro ordenamiento había establecido una regla dirigida a facilitar la prueba de la realización de las horas extraordinarias: el registro de tales horas extraordinarias. Este se encuentra regulado en el [artículo 35.5 del ET](#), a tenor del cual, a los efectos de computar las horas extraordinarias, «la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones», debiendo entregarse una copia a cada trabajador. Este precepto supone una importante evolución respecto de la regla original del artículo 35.5 del ET de 1980, pues dicho precepto establecía que «[l]a realización de horas extraordinarias se registrará día a día». Basta una mera comparación de los dos preceptos para constatar que, mientras la versión inicial establecía el registro de las horas extraordinarias, en la regulación hoy vigente se establece literalmente el registro de la jornada. Es relevante destacar que esta regulación se incorpora con la reforma de 1994; es decir, con la introducción de los mecanismos de flexibilización del tiempo de trabajo.

Pese a la literalidad de la redacción hoy vigente, la jurisprudencia no estimó que era obligatorio registrar la jornada de cada trabajador, sino que el registro se limitaba exclusivamente a las horas extraordinarias y solo era necesario cuando se realizaban dichas horas, por lo que, no realizándose las mismas, no hay nada que registrar. De esta manera, bastaba con negar la realización de horas extraordinarias para eliminar la obligación de registro. Además, la interpretación judicial sobre la problemática de las horas extraordinarias suponía hacer recaer sobre el trabajador la carga de la prueba de la realización de todas y cada

una de las horas extraordinarias reclamadas, como consecuencia de la aplicación estricta de las reglas de carga de la prueba del [artículo 217.2 de la Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#). En la práctica, las dos interpretaciones (no obligatoriedad del registro de jornada y hacer recaer sobre el demandante la carga de la prueba) suponían prolongar la absoluta debilidad probatoria en caso de reclamaciones por la realización de horas extraordinarias.

Frente a este planteamiento reaccionó la Audiencia Nacional (AN), que en diversos pronunciamientos (Sentencias de [4 de diciembre de 2015, proc. 301/2015](#); [19 de febrero de 2016, proc. 383/2015](#), y [6 de mayo de 2016, proc. 59/2016](#)) estimó que el control de las horas extraordinarias requería de un registro diario de la jornada. El núcleo esencial del razonamiento era, justamente, las dificultades probatorias de la persona trabajadora. Así, se afirmaba por la primera de las sentencias que acabamos de citar que:

[...] si la razón de ser de este precepto es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. Si no fuera así, 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 [...].

Sin embargo, el Tribunal Supremo (TS) se pronunció en contra de este planteamiento (Sentencias de [23 de marzo de 2017, rec. 81/2016](#); [20 de abril de 2017, rec. 116/2016](#), y [20 de diciembre de 2017, rec. 206/2016](#)), reiterando que no existía obligación de mantener el registro si no se realizaban horas extraordinarias. Por lo tanto, se insistía en hacer recaer la plena carga de la prueba sobre la persona trabajadora y la posibilidad de obviar el registro de horas extraordinarias por la vía de negar su realización y, consecuentemente, no abonarlas. Se mantenían, así, las dificultades probatorias. No obstante, se admitía, al menos que «de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias»; literalidad que podemos encontrar en las tres sentencias mencionadas y que evidencian cómo el núcleo central de la cuestión era la prueba de la realización de horas extraordinarias. En todo caso, cabe señalar que la primera de las sentencias fue bastante discutida, dando lugar hasta tres votos particulares distintos. Esta doctrina fue seguida por la jurisprudencia «menor»; así, como ejemplo, las SSTSJ de [Castilla y León de 13 de abril de 2018 \(rec. 179/2018\)](#) y de [Valencia de 3 de mayo de 2018 \(rec. 910/2018\)](#).

El recorrido judicial de la cuestión no acabó aquí, pues se planteó una nueva demanda de conflicto colectivo ante la AN, en la que se solicitaba la formulación de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa a si debía entenderse que nuestro país había adoptado, a través de los artículos [34](#) y [35](#) del ET y la interpretación del TS, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los límites a la duración de la jornada de la [Directiva 2003/88/CE](#), y si la normativa europea se oponía a lo dispuesto por

tales artículos 34 y 35 del ET al no exigirse, tal como se deriva de la jurisprudencia del TS, un sistema de registro de la jornada efectiva de trabajo. La respuesta del TJUE se produce a través de la [Sentencia de 14 de mayo de 2019, asunto Deutsche Bank, SAE, C-55/18](#), cuyo planteamiento es contrario a la doctrina afirmada por el TS, estimando que es imprescindible para el respeto a los derechos en materia de jornada máxima y de descanso regulados en la [Directiva 2003/88](#) y a los derechos en materia de salud laboral regulados por la [Directiva 89/391](#) el establecimiento de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Esta sentencia utilizaba diferentes argumentos (la existencia en el ordenamiento comunitario de derechos fundamentales a la limitación de la jornada y al descanso y la necesidad de que los ordenamientos nacionales respeten tales derechos, la consideración del trabajador como contratante débil supone la exigencia de establecer un sistema que facilite el cómputo diario de la jornada); pero, sobre todo, los razonamientos fundamentales versaron sobre la prueba de la realización de las horas extraordinarias. Sobre esta cuestión, la sentencia del TJUE afirma que el registro de horas extraordinarias del [artículo 35.5 del ET](#) es insuficiente, pues no permite realmente conocer las horas extraordinarias realizadas y si se han respetado los derechos a una limitación de la jornada y a los descansos; y, de otro lado, que la posibilidad de acudir a otros medios de prueba de la jornada realizada son insuficientes, pues no facilitan un resultado objetivo y fiable del número de horas de trabajo diario y semanal realizadas por el trabajador; además, la propia debilidad de la persona trabajadora dificulta la principal prueba que puede plantear, la testifical de otros compañeros.

La consecuencia de esta jurisprudencia del TJUE fue la modificación del [artículo 34 del ET](#), al que se añadió un nuevo apartado 9.º por el que se impone la obligación empresarial de registrar la jornada diaria, que incluye el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de cada persona trabajadora; registro que debe ser documentado y ha de estar a disposición de los trabajadores y sus representantes, y que debe ser conservado por el empresario por un periodo de 4 años. Es evidente la proyección procesal del registro, pues supone, en línea con los razonamientos de la sentencia del TJUE y de la propia reflexión *de lege ferenda* de la jurisprudencia del TS, introducir un importante elemento que facilita la carga probatoria en las reclamaciones sobre horas extraordinarias. Teniendo en cuenta que la reclamación del trabajador se refiere a horas extraordinarias realizadas entre junio y septiembre de 2019, en ese momento el registro diario de la jornada ya estaba vigente (se aprueba por [RDL 8/2019, de 8 de marzo](#) –BOE de 12 de marzo– y la norma sobre registro entró en vigor el 12 de junio de 2019 a tenor de su [disp. final sexta](#)), resultando, por tanto, de aplicación.

2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia comentada](#) resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador ante una sentencia de instancia en materia de reclamación de cantidad. Este trabajador

prestó servicios para la empresa, a través de contrato indefinido de modalidad fijo-discontinuo, entre el 26 de junio de 2019 y el 3 de agosto del mismo año. Concretamente se reclamaba el abono de ciertos salarios (2 días de agosto y parte proporcional de vacaciones, así como horas extraordinarias –100,10 horas extraordinarias–). La sentencia de instancia resolvió la cuestión estimando parcialmente la demanda, al entender que debía abonarse lo reclamado por los 2 días de agosto y la parte proporcional de vacaciones, pero no así con las horas extraordinarias reclamadas.

El recurso de suplicación se presentó por el trabajador con el objeto de revisar los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales ([art. 193 b\) Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–) y, con base en la infracción del derecho aplicado ([art. 193 c\) LRJS](#)), obtener la retribución por las horas extraordinarias realizadas.

La sala resuelve las dos cuestiones. En cuanto a esta primera cuestión, entiende la sala que no puede prosperar la revisión de los hechos propuesta por el recurrente. Para ello se basa en una interpretación largamente reiterada por la jurisprudencia nacional. De hecho, trae a colación la Sentencia del TS ([STS de 16 de octubre de 2018 \(rec. 1766/2016\)](#)), que reitera cómo el recurso de suplicación tiene carácter extraordinario, de manera que la facultad de revisar las pruebas por la sala está seriamente limitada, de forma que solo es posible cuando a la vista de las pruebas documentales y periciales se constata el error del juzgador de instancia. Ello solo es factible cuando el error es evidente y resulta de la propia prueba aportada y siempre que la prueba sobre la que se base la revisión tenga un carácter decisivo o trascendente desde la perspectiva probatoria. En este sentido, la sentencia del TSJ considera que el magistrado de instancia cumplió suficientemente con lo dispuesto por el [artículo 97.2 de la LRJS](#) en la construcción de su sentencia, dando por probados hechos esenciales para la sentencia, producto, todo ello, de un examen racional y crítico. En definitiva, el recurrente no acredita el error relevante de apreciación por el magistrado de instancia de las pruebas aportadas y, en consecuencia, la sala no puede sustituir el criterio fijado en la sentencia de instancia.

Como vemos, no estamos sino ante una interpretación «tradicional» de cuál puede ser el alcance del recurso de suplicación; sin que, en principio, haya elemento alguno en la sentencia del TSJ que sea reprochable. Ahora bien, la última de las afirmaciones que realiza la sentencia del TSJ nos conduce directamente al núcleo central de este comentario: como hemos señalado, no se aprecia error en la valoración de las pruebas y hechos probados; pero ello está en directa conexión con la ausencia total de registro diario de jornada. Dicho de otra manera, difícilmente puede sustentarse el recurso sin base probatoria aportada por la empresa en forma del registro de jornada.

A partir de ahí, la sentencia analiza el segundo motivo del recurso, el que realmente nos interesa a nosotros. Dejando de lado la alegación del recurrente relativa al hecho de que el magistrado de instancia permitió la intromisión del letrado de la parte demandada durante el interrogatorio de la empresa, la sentencia se centra en la falta de prueba de la realización

de las horas extraordinarias por parte del recurrente. La sentencia de suplicación reitera la conclusión de la sentencia de instancia, considerando que el recurrente estaba ayuno de prueba sobre esta cuestión.

La conclusión de ambas sentencias (instancia y suplicación) sobre la carencia de prueba se basó en dos elementos: en primer lugar, que no se aportaba por la empresa el registro horario, sin que dicha falta de aportación del mismo por la empresa «pueda provocar sin más, que se hubiesen realizado las horas extraordinarias» (tal como señala literalmente la [STSJ de Murcia](#)).

En segundo lugar, no se considera como hecho probado por la instancia y, consecuentemente, tampoco por el TSJ de Murcia, por el hecho de que:

[...] ni se ha clarificado su valor, ni tampoco se especifica cuándo se realizaron, y su acreditación corresponde a la parte que pretende su reclamación, sin que, como se ha dicho, de la circunstancia de que no se llevaba registro del horario de jornada, pueda extraerse sin más que las horas extraordinarias fuesen realizadas (FJ 3.º [STSJ de Murcia](#) que comentamos).

En definitiva, que la carga de la prueba ha de soportarla el demandante/recurrente, incluso aun cuando se haya requerido la aportación del registro horario, que es obligatorio, y la empresa no lo aporte, pues no cumplía con tal obligación.

3. Posición judicial

La posición de la [sentencia comentada](#) sobre la cuestión de la prueba de las horas extraordinarias y el registro diario de jornada es la siguiente: las horas extraordinarias reclamadas no están constatadas por la prueba aportada por el trabajador/demandante y recurrente, pues ni se ha clarificado su valor, ni se especifica cuándo se realizaron, pues la acreditación de las mismas corresponde al trabajador que las reclama, sin que del hecho de que la empresa no contara con registro de la jornada diaria pueda derivarse sin más que tales horas extraordinarias se realizaron. En definitiva, lo que plantea la sentencia es que aun cuando el empresario tiene obligación de llevar el registro, si el trabajador reclama las horas extraordinarias, seguirá siendo él quien tenga toda la carga de la prueba; sin que la ausencia de registro horario (por incumplimiento del empresario) tenga ninguna incidencia en la reclamación y en la prueba de la realización de las horas reclamadas.

Este planteamiento no parece sino una continuidad de la doctrina judicial «tradicional» en esta materia. De esta manera, la [sentencia comentada](#) no tiene en cuenta, desde la perspectiva probatoria de las horas extraordinarias, ni la existencia de una obligación de registro, ni los efectos de su total incumplimiento. Recordemos que esta obligación surge,

como hemos indicado *supra*, como consecuencia de la necesidad de facilitar la prueba de la realización de las horas extraordinarias, tal como lo evidencian las señaladas sentencias de la AN, las consideraciones *de lege ferenda* de la jurisprudencia del TS y la propia sentencia del TJUE. Por lo tanto, la [sentencia analizada](#) deja totalmente de lado esta cuestión, sin ni tan siquiera reflexionar mínimamente sobre las posibles consecuencias probatorias del comportamiento empresarial; liquidando la cuestión con una sola línea en la sentencia: del hecho de incumplir la obligación de llevar un registro de jornada diaria no puede «extraerse sin más que las horas extraordinarias fuesen realizadas». De ahí el título de este «diálogo» y la consideración de que estamos ante una sentencia «gatopardista» (como resumen de la extraordinaria [novela de Giuseppe Tomasi di Lampedusa](#), bien podemos decir que para esta sentencia se ha cambiado todo para que nada cambie).

En líneas generales podemos indicar que esta interpretación pasa por las siguientes premisas que podemos detectar en la jurisprudencia:

- El criterio largamente consolidado de la jurisprudencia nacional ha sido el de estimar que la acreditación de las horas extraordinarias corresponde a la persona trabajadora, quien deberá probar su realización, hora a hora y día a día; sin que pueda ser «sustituible la justicia por la benevolencia». Podemos ver al respecto un amplio conjunto de sentencias (*vid.*, como ejemplos, las SSTS de 9 de diciembre de 2002, rec. 5325/1999, y 7 de noviembre de 1994, rec. 365/1993). Reiteramos así la literalidad de la [STS de 11 de junio de 1993 \(rec. 660/1992\)](#):

[...] corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización, del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado (FJ 4.º).

- La falta de registro de la jornada no justifica por sí sola la realización de las horas extraordinarias, por lo que, teniendo la persona trabajadora la carga de la prueba, basta que el empresario niegue dicha realización ([STSJ de Andalucía de 26 de mayo de 2022, rec. 2605/2020](#)).
- La prueba que recae sobre el trabajador se interpreta de manera estricta, de modo que no se otorga valor probatorio alguno a partes de trabajo o notas que haya elaborado el propio trabajador ([STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2003, rec. 2335/2001](#)). Ello supone la necesidad de que los trabajadores exijan al empresario el cumplimiento de su obligación de registrar las horas extraordinarias cada vez que se realiza una de ellas. La comunicación podría tener valor probatorio, ahora bien, en un mercado de trabajo en el que el exceso de mano de obra es evidente y la carencia de puestos de trabajo manifiesta, ¿quién puede permitirse el lujo de exigir al

empresario? Es posible encontrar sentencias que sí dan valor probatorio a las hojas de control y los cuadrantes, pero si son elaborados por el empresario; especialmente cuando ante tales pruebas la empresa no realiza intento alguno de introducir prueba para desacreditar dicha documental (*vid.* [STSJ de Andalucía de 11 de junio de 2002, rec. 707/2002](#)).

- En el mismo sentido que el punto anterior, se plantea la posibilidad en la actividad de transporte de sustituir el registro por un tacógrafo. El diagrama resultante en forma de disco es un documento válido a los efectos de demostrar cualquier aspecto relativo al tiempo de trabajo. Ahora bien, dicho disco debe ser informado por un perito, de manera que aquellos informes incompletos que puedan aportarse no tendrán efecto alguno probatorio de la realización de las horas extraordinarias (*vid.*, entre muchas, la [STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2022, rec. 6059/2021](#)).
- Sin embargo, el anterior planteamiento por el que se exige una rígida carga de la prueba a las personas trabajadoras demandantes tiene una situación que se configura como excepción a dicha rigidez. Me refiero a los supuestos en los que se trata de una jornada habitual extraordinaria, supuestos en los que será el empresario, y no el trabajador, quien debe acreditar la inexistencia de horas extraordinarias. En este sentido podemos encontrar reiteradas manifestaciones judiciales (*vid.*, por ejemplo, las SSTSJ de [Valencia de 12 de julio de 2022, rec. 634/2022](#); [Asturias de 7 de diciembre de 2021, rec. 2366/2021](#); [Extremadura de 13 de febrero de 2012, rec. 543/2011](#); [Galicia de 19 de diciembre de 2003, rec. 2335/2001](#); [Andalucía de 11 de junio de 2002, rec. 707/2002](#); [Valencia de 13 de septiembre de 2001, rec. 185/1999](#); [Andalucía de 25 de enero de 2000, rec. 1358/1999](#)). La conclusión es, pues, evidente: la rigidez probatoria que se exige a la persona trabajadora se refiere a las horas extraordinarias puramente ocasionales. Podemos citar la literalidad de la [STSJ de Andalucía de 4 de junio de 2020 \(rec. 2260/2019\)](#), que reitera la del [TSJ de Madrid de 12 de marzo de 2010 \(rec. 4184/2009\)](#):

Cuando, con carácter permanente y habitual, no ocasional, se desarrolla una jornada por encima de la legal o convencionalmente establecida, una reiterada doctrina judicial tiene dicho que entonces la rigurosa prueba de las horas extras por el actor hora a hora y día a día cede para que sea la empresa la que demuestre la inexistencia de las mismas (FJ 3.º).

Como vemos, pues, salvo excepciones, la carga de la prueba es bastante estricta y recae sobre el trabajador demandante. Esa ha sido la posición tradicional. La cuestión ahora es determinar si una vez introducida la obligación del registro diario de jornada, que tiene como evidente finalidad facilitar la carga probatoria de la persona trabajadora en las reclamaciones sobre tiempo de trabajo y específicamente sobre horas extraordinarias, tiene repercusión probatoria el incumplimiento empresarial de dicha obligación, que, lógicamente, repercute negativamente sobre el trabajador. A esta cuestión le dedicamos el siguiente epígrafe.

4. Comentario crítico

La doctrina que afirma la [sentencia comentada](#) viene a decir que la introducción de la obligación empresarial de registrar diariamente la jornada, si se incumple, en nada modifica la doctrina tradicional en materia de prueba de horas extraordinarias: el trabajador sigue teniendo la plena carga de la prueba. Ciertamente no estamos ante una sentencia solitaria, ni mucho menos. Al contrario, podemos señalar cómo desde la introducción del [artículo 34.9 del ET](#) en 2019 no han dejado de producirse sentencias que de una u otra manera reivindican la doctrina tradicional en la materia, pese al incumplimiento empresarial de la obligación de registro:

- [STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2022 \(rec. 113/2021\)](#): para aplicar la doctrina de las presunciones judiciales ([art. 386.1 LEC](#)) es necesario tanto la plena prueba del hecho básico como el enlace lógico con el hecho presunto; y la ausencia de registro no supone que exista dicho enlace, preciso y directo, a tenor del que se concluye la realización de exceso de jornada.
- [SSTSJ de Valencia de 18 de enero de 2022 \(rec. 1375/2021\)](#) y de [21 de abril de 2020 \(rec. 743/2019\)](#); también [Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Gijón de 13 de octubre de 2021 \(proc. 88/2021\)](#): no es posible presumir, al amparo del principio de facilidad probatoria ([art. 217.7 LEC](#)), la realización de horas extraordinarias ante el incumplimiento de la obligación de registro.
- [SSTSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2021 \(rec. 922/2021\)](#); [Valencia de 12 de abril de 2022 \(rec. 4005/2021\)](#); [Asturias de 7 de diciembre de 2021 \(rec. 2366/2021\)](#): el [artículo 34.9 del ET](#) no establece una presunción de realización de horas extraordinarias en caso de incumplimiento de la obligación de registro, no siendo equiparable dicho precepto a lo afirmado en materia de contrato a tiempo parcial, donde, pese a las similitudes normativas, sí se establece que ante el incumplimiento empresarial se presume celebrado el contrato a jornada completa. Si el legislador hubiese querido establecer una presunción, debería haberlo hecho de manera expresa.
- [SSTSJ de Madrid de 31 de enero de 2022 \(rec. 754/2021\)](#) y de [Asturias de 28 de septiembre de 2021 \(rec. 1749/2021\)](#): el [artículo 34.9 del ET](#) no establece una presunción *iuris tantum* a favor del trabajador de realización de jornada extraordinaria en caso de incumplimiento de la obligación de registro. Para que se produzca tal alteración de la carga probatoria sería necesario, cuanto menos, la introducción de indicios de que el trabajador pudiera haber realizado un exceso de jornada. El incumplimiento empresarial no es indicio suficiente.
- [SSTSJ de Madrid de 16 de febrero de 2022 \(rec. 998/2021\)](#) y de [Canarias de 29 de octubre de 2019 \(rec. 233/2019\)](#): la *ficta documentatio*, al igual que la *ficta confessio*, es una facultad que tiene atribuida el juez de instancia, por lo que hay

que estar a su arbitrio y discrecionalidad. De esta manera, si llega a la conclusión, con base en las pruebas obrantes, de la no realización de horas extraordinarias, la falta de aportación por la empresa del registro diario de jornada no tiene que entenderse como prueba de la realización del exceso de jornada.

Sin embargo, frente a estos planteamientos no debemos olvidar cuál fue el sentido de la reforma, cuál fue la doctrina sentada por el TJUE, e incluso la lógica afirmada, *de lege ferenda*, por el TS en sus sentencias de 2017: la necesidad de facilitar la carga probatoria del trabajador, pues de lo contrario se llegaría a la ilógica conclusión de que el contratante débil estaría en manos del empresario que podría abusar de la realización de horas extraordinarias por la paradójica vía de incumplir una obligación impuesta por la ley. No cabe sino estimar que la doctrina afirmada por la [STSJ de Murcia](#) que comentamos, al igual que las sentencias que acabamos de señalar, son absolutamente criticables, pues ponen de manifiesto una actitud obstinada de tales órganos judiciales, pues en todas esas sentencias la empresa incumplió su obligación en materia de registro de jornada. En virtud de estos planteamientos resultaría que no se ha avanzado nada en absoluto pese a la reforma del [artículo 34.9 del ET](#) y a su clara justificación; más aún, se estaría actuando en contra de lo afirmado por la [Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019](#) y, por tanto, se estaría incumpliendo lo dispuesto por la [Directiva 2003/88/CE](#) (en similar sentido puede verse la [STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2021, rec. 626/2021](#)).

De hecho, podemos señalar cómo mucho antes de la reforma del [artículo 34.9 del ET](#) ya existían manifestaciones en la doctrina jurisprudencial «menor», favorables a una interpretación mucho más flexible en materia de carga de la prueba en caso de horas extraordinarias. Así, podemos encontrar sentencias que se basan en el principio de disponibilidad y facilidad probatoria consagrado en el [artículo 217.7 de la LEC](#), por lo que desatendida la obligación de registro por el empresario, «no cabe ahora depositar sobre el trabajador las consecuencias perniciosas derivadas de dicho incumplimiento [...] recordando la doctrina jurisprudencial que dicho registro es el mecanismo legal idóneo de acreditación de la jornada» (así lo afirmaba prematuramente la [STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2016, rec. 1242/2016](#)). También acudiendo al principio de facilidad probatoria, y recordando la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional ([Sentencia 7/1994, de 17 de enero](#)), la [STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 2007 \(rec. 805/2006\)](#). Otra que podemos señalar en esta dirección es la [STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2007 \(rec. 7572/2006\)](#). Incluso es posible encontrar resoluciones favorables a entender aplicable la doctrina de la *facta confessio*, tal como ocurre con la [STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2008 \(rec. 606/2008\)](#).

Como es lógico, este planteamiento se ha fortalecido en la doctrina de la jurisprudencia «menor» tras la introducción del apartado 9.º del [artículo 34 del ET](#) y la doctrina del TJUE, estimando que el incumplimiento empresarial de la obligación de registro sí debe tener consecuencias en forma de una mayor facilidad para el traslado de la carga probatoria en estos casos (así, las SSTSJ de Madrid de [14 de octubre de 2022, rec. 378/2022](#), y de [7 de septiembre de 2022, rec. 515/2022](#)). Por lo tanto, la carga de acreditar la jornada diaria, en

aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, se desplaza a la empresa demandada (STSJ de La Rioja de 22 de octubre de 2020, rec. 76/2020). Se afirma así que tras la introducción del registro horario:

[...] ya no puede atribuirse al trabajador demandante la carga de la prueba en el sentido y con el alcance tradicionales, sino que afirmada por este la existencia de horas extras con mención de su distribución e importe, su comprobación deberá derivarse ineludiblemente del examen del registro horario, cuya creación, conservación y aportación en el acto del juicio corresponde al empresario (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de junio de 2022, rec. 737/2022; 13 de enero de 2023, rec. 1988/2022; y 13 de mayo de 2022, rec. 370/2022).

En consecuencia con lo anterior, afirmada por la persona trabajadora la realización de horas extraordinarias, el empresario, obligado a llevar un registro diario de la jornada, podrá demostrar la no realización de tales excesos de jornada, por lo que, si no aporta dicha prueba, las consecuencias negativas debe soportarlas el empresario que incumple su obligación registral (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 13 de enero de 2023, rec. 1988/2022; del País Vasco de 28 de abril de 2022, rec. 512/2022; Valencia de 28 de septiembre de 2021, rec. 87/2021). Incluso en alguna ocasión llega a afirmarse que, como consecuencia de los cambios normativos y la jurisprudencia comunitaria, estaríamos ante «una especie de inversión de la carga probatoria en relación con la facilidad probatoria exquisita» (STSJ del País Vasco de 12 de julio de 2022, rec. 793/2022); o se afirma directamente que la no aportación de la empresa del registro requerido como prueba por el trabajador genera una inversión de la carga de la prueba (STSJ de Baleares de 27 de mayo de 2022, rec. 621/2021).

De igual manera, el incumplimiento de la obligación de registro de la jornada hace que se facilite la aplicación de la doctrina de la *ficta confessio* a la que aludimos anteriormente, tal como ha defendido alguna resolución judicial (*vid.* STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2021, rec. 144/2021).

En definitiva, hay dos planteamientos muy diferentes, por lo que llegará el momento en que el TS deba pronunciarse sobre esta cuestión. Desde nuestro punto de vista, como bien habrán podido deducir de la lectura de este comentario, somos favorables a la segunda de las interpretaciones que hemos expuesto en este último epígrafe, por lo que no podemos sino valorar muy críticamente la doctrina de la STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2023.