



INSTRUCCIÓN 3 /2016 SOBRE INTENSIFICACIÓN DEL CONTROL EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO Y DE HORAS EXTRAORDINARIAS

De entre los elementos configuradores del Derecho del Trabajo, las reglas sobre limitación de la jornada laboral se alzan, quizá, como las más trascendentes para evitar el abuso a que conducía el libre juego de la autonomía individual en la fijación de las condiciones de trabajo.

Estas reglas se aglutinan, como se sabe, en torno al establecimiento legal de una jornada máxima de trabajo, que cristalizó en los ordenamientos europeos con el logro histórico de la jornada diaria de ocho horas. Este significativo avance quedó firmemente consolidado por la indisponibilidad para el trabajador de estas reglas sobre jornada máxima y, de manera especial, por la existencia de órganos públicos de control y vigilancia de las mismas, como es la Inspección de Trabajo.

Por otra parte, los ordenamientos laborales del entorno europeo, también el español, se han dotado, desde hace mucho tiempo atrás, de abundantes normas sobre flexibilidad horaria, por mor de la adaptabilidad de las empresas a las necesidades de la producción y del mercado (distribución irregular de la jornada, jornada a turnos, ampliaciones de jornada, horas extraordinarias, etc.). La negociación colectiva tampoco ha sido ajena a este tipo de regulaciones, al entender los interlocutores sociales, con buen criterio, la necesidad de conjugar los derechos de los trabajadores con la productividad y la competitividad empresarial. Pero esta flexibilidad no se ha confundido ni puede confundirse con la relajación, mucho menos con la abrogación, de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias. Antes bien, la flexibilidad horaria justifica el refuerzo en el cumplimiento de estas normas, muy particularmente las normas sobre registro de la jornada de trabajo diaria, dada la indefinición previa de los periodos temporales de ejecución de la prestación laboral cuando se introducen criterios de flexibilidad horaria.

El trabajo prestado durante un tiempo y el tiempo que dura la prestación de ese trabajo son elementos indisolubles de la obligación del trabajador en el contrato de trabajo y la contraprestación empresarial -el salario- ha de ser siempre cuantitativamente proporcional a aquella. Por eso, por mucho que puedan variar las formas o modos en que se demande por el empresario la ejecución de la jornada laboral, el obvio y necesario equilibrio entre la prestación laboral y la empresarial en el contrato de trabajo, requiere siempre el respeto a las normas sobre la jornada de trabajo y la jornada máxima, sobre las que se asientan desde antaño las modernas relaciones de trabajo.

No es admisible que, con la invocación de la flexibilidad horaria que brindan las normas laborales, puedan perjudicarse los derechos de los trabajadores y se altere el



mencionado equilibrio contractual mediante la prolongación indebida de la jornada laboral, mucho menos cuando estas prolongaciones se efectúan sin la necesaria y debida compensación en tiempo de descanso retribuido o en dinero.

Junto a estas razones, suficientemente poderosas de por sí, vienen a fortalecer este planteamiento exigencias relacionadas con la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo retribuido: El tiempo que el trabajador pasa de más en su trabajo es tiempo que deja de dedicar a su familia o a su vida propia, lo que produce consecuencias negativas en la vida de las personas, tanto en su faceta individual como en la colectiva, familiar o social.

Finalmente no puede dejar de señalarse que la creación de empleo y la consiguiente disminución del desempleo se compadecen mal con la realización por los trabajadores ocupados de horas extraordinarias de manera irregular, como sucede cuando estas horas no se declaran o cuando se hacen por encima de los límites permitidos.

La vigilancia y control de las reglas y límites sobre jornada máxima y horas extraordinarias es tarea esencial de la Inspección y seguramente una de las razones principales de su creación. Esta labor, hoy día, sigue revistiendo importancia capital, por las razones antes apuntadas.

Por ello, además de las actuaciones que se vienen llevando a cabo con carácter habitual en el ejercicio ordinario de la actividad inspectora, esta Dirección General estima procedente intensificar el control del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo, en particular el respeto a las reglas sobre jornada máxima y horas extraordinarias, así como su correcta compensación y cotización, en su caso, incidiendo para ello en los sectores en los que se constata un mayor volumen de las mismas o una previsible mayor existencia de la realización de horas extras no abonadas.

Para la determinación de dichos sectores se ha partido de los datos que periódicamente se facilitan en la Encuesta de Población Activa (EPA) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística.

El análisis de la EPA correspondiente al año 2015 revela que el mayor volumen de horas extraordinarias se ha realizado en las ramas de actividad correspondientes a los epígrafes K (Banca), C (Industria manufacturera), G (Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas) y Q (Actividades sanitarias y de servicios sociales) de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas. Junto a ellos se encuentra el epígrafe I (Hostelería) que, por ser objeto ya de múltiples controles en virtud de otras campañas, no se incluye en la presente, sin perjuicio de que en el seno de aquéllas se lleven también a cabo las actuaciones necesarias para la verificación del cumplimiento de la normativa en materia de horas extraordinarias.



Por otro lado, debe incluirse igualmente en las actuaciones de control de la presente campaña, el sector correspondiente al epígrafe K (Actividades financieras y de seguros), por constatarse, según la citada EPA que, realizándose un volumen considerable de horas extraordinarias, es además una de las ramas de actividad donde se concentra un mayor volumen de las no pagadas.

Del mismo modo, se quiere hacer hincapié en las empresas de menos de 50 trabajadores, siendo las que ocupan el mayor porcentaje del tejido productivo empresarial de nuestro país.

Por lo expuesto, esta Dirección General, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en ejercicio de las competencias reconocidas en el artículo 47.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000 de 4 de febrero, a propuesta de la Subdirección General para la Coordinación en materia de Relaciones Laborales, Prevención de Riesgos Laborales y Medidas de Igualdad, dicta las siguientes

INSTRUCCIONES

PRIMERA: La presente Instrucción tiene por objeto la adecuada planificación y ordenación de la actividad que, a partir del año 2016 y dentro del programa de tiempo de trabajo, se llevará a cabo en relación con el control de la realización de horas extraordinarias.

Para ello y mediante la presente Instrucción se crea dentro del citado programa una campaña específica en la materia que, dada su relevancia dentro del mismo, absorberá una parte importante de la actividad de aquél. A tales efectos, en el Anexo I se recoge el número de Órdenes de Servicio a realizar por cada provincia en la misma para el año 2016. Para los sucesivos años se estará a lo recogido en el correspondiente Plan Integrado de Objetivos.

SEGUNDA: El objetivo de la campaña es la intensificación del control en determinados sectores del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo en general y en particular la realización de horas extraordinarias, verificando la no superación del máximo legal así como la adecuada remuneración y cotización de aquéllas. Asimismo, se prestará atención a la llevanza del registro de jornada y a los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la materia.

A tales efectos, en el Anexo II se acompañan una serie de criterios a tener en cuenta para el desarrollo de la actuación inspectora. Dichos criterios, además de en la



cumplimentación de las Órdenes asociadas a la presente campaña, serán de aplicación en la realización de las campañas en el sector de la hostelería, cuando las actuaciones sean llevadas a cabo por Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

Las actuaciones que se desarrollen en cumplimiento de esta Instrucción se refieren, lógicamente, a los contratos de trabajo a jornada completa. Las comprobaciones sobre tiempo de trabajo respecto a los contratos a tiempo parcial se atenderán a la Instrucción 1/2015, sobre intensificación del control de la contratación a tiempo parcial.

TERCERA: La selección de empresas se llevará a cabo por las correspondientes Jefaturas de Inspección Provincial entre aquéllas que tengan centros de trabajo en dicho ámbito, tomando como base para ello los dos criterios siguientes.

El primero de ellos vendrá referido al número de trabajadores de la empresa, debiendo seleccionar aquéllas que tengan entre cuatro y cincuenta.

El segundo de los criterios para la selección se referirá a la rama de actividad a que dichas empresas pertenezcan, atendiendo a la sección o división en que se encuentren insertas en virtud de su código CNAE.

A tales efectos, se seleccionarán empresas pertenecientes a las siguientes secciones o divisiones:

- Sección C (Industria manufacturera): Dentro de ésta se seleccionarán únicamente empresas que pertenezcan a la división 10 (Industria de la alimentación), 13 (Industria textil), 14 (Confección de prendas de vestir), 15 (Industria del cuero y del calzado), 18 (Artes gráficas y reproducción de soportes grabados: impresión, encuadernación) y 31 (Fabricación de muebles)
- Sección G (Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas)
- Sección K (Actividades financieras y de seguros). Dentro de esta se seleccionarán exclusivamente las empresas que pertenezcan a la sección 64 (Servicios financieros, excepto seguros y fondos de pensiones)
- Sección Q (Actividades sanitarias y de servicios sociales).

Del total de Órdenes de Servicio asignadas, al menos un 20% deberá llevarse a cabo en empresas pertenecientes a la sección K, otro 20% en las pertenecientes a la sección C, otro 20% en las pertenecientes a la sección G y otro 20 % a las de la sección Q. Dentro de cada una de las secciones y respetando los citados porcentajes, se procurará a su vez una adecuada ponderación en la distribución de



las Órdenes de Servicio entre las divisiones que componen aquéllas o, en el caso de la Sección C, entre las seleccionadas más arriba.

Del mismo modo, y a juicio de la correspondiente Jefatura, un 10% del total de Órdenes de Servicio asignadas podrá cumplimentarse mediante la actuación en empresas pertenecientes a secciones o divisiones distintas de las arriba establecidas, en atención a las peculiaridades propias de las relaciones laborales de la provincia en cuestión y de los sectores con mayor actividad y posible mayor incidencia en la realización de horas extraordinarias.

Los criterios de selección de empresas enumerados podrán ser objeto de revisión por parte de la Subdirección General para la Coordinación en materia de Relaciones Laborales, Prevención de Riesgos Laborales y Medidas de Igualdad que, en su caso, procederá a realizar las variaciones necesarias en los mismos a fin de garantizar una mayor efectividad en la actuación inspectora.

CUARTA: Programación y ejecución de las actuaciones inspectoras.

- Las empresas que tengan centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas se seleccionarán por la Dirección General. Los jefes de Inspección, bajo la coordinación en su caso de los Directores Territoriales, seleccionarán los centros de trabajo a visitar de estas empresas en cada provincia.
- Las actuaciones en las empresas que tengan varios centros de trabajo en la misma provincia han de realizarse de manera unificada por un inspector o grupo de inspectores coordinado por uno de los actuantes. Se procurará que las visitas a los centros de trabajo se realicen en un breve espacio temporal y que las actuaciones posteriores de comprobación en las oficinas de Inspección se hagan de manera unificada. Igualmente el resultado de la actuación ha de ser global. En caso de extenderse actas de infracción o de liquidación de cuotas a la Seguridad Social se acumularán todas las infracciones que se constaten en la totalidad de los centros de trabajo de la empresa en la provincia, según materias, conforme a lo señalado en el artículo 16 del Reglamento general para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. A estos efectos, se apreciará una infracción por cada uno de los centros de trabajo con trabajadores afectados por la infracción.

QUINTA: En aquellos casos en que, una vez finalizada la actuación inspectora llevada a cabo con una empresa, se haya constatado la existencia de incumplimiento a la normativa tiempo de trabajo y horas extraordinarias, a juicio de los respectivos Jefes de Inspección Provincial la misma podrá ser objeto de nueva actuación en un momento posterior o de nueva inclusión en la campaña del ejercicio siguiente a fin de comprobar que no incurre en reiteración de los comportamientos infractores.



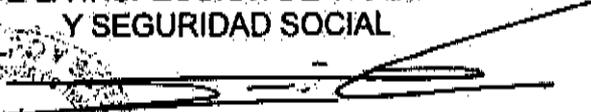
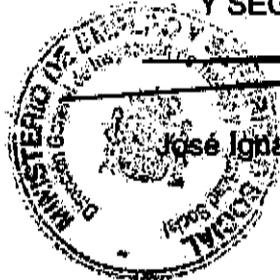
De manera especial, si la actuación inspectora hubiera finalizado mediante la extensión de acta de infracción por ausencia de la adecuada llevanza del registro diario de jornada y la formulación del correspondiente requerimiento para su futuro cumplimiento, dicha empresa deberá ser necesariamente objeto de nueva actuación inspectora a más tardar en la campaña correspondiente al ejercicio siguiente, a fin de comprobar que la empresa cumple adecuadamente con la obligación aludida y con el resto de la normativa en la materia.

SEXTA: A las órdenes de servicio correspondientes a esta campaña se les asignará el campo de campaña NT0046 y se vincularán a la clave de actuación 12T.

SEPTIMA: En el ámbito de las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco, los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, estudiarán, a través de los órganos de coordinación establecidos –Comisión Ejecutiva en Cataluña y Dirección Operativa en el País Vasco- la oportunidad de incluir las actuaciones inspectoras a que se refiere la presente Instrucción en un plan común de inspección, estableciéndose para ello los criterios de actuación inspectora, de coordinación y colaboración, que se estimen necesarios para su adecuada ejecución.

Mientras no se aprueben en esos territorios por los órganos de cooperación bilateral un plan común de Inspección, las Direcciones Territoriales y las Jefaturas de Inspección no podrán planificar inspecciones en el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de poder realizar las actuaciones de comprobación que, en materia de Empleo Irregular y Seguridad Social, corresponden a la Administración General del Estado, de acuerdo con los criterios establecidos en estas instrucciones, debiendo quedar garantizado el principio de unidad de función y actuación inspectora.

EL DIRECTOR GENERAL AUTORIDAD CENTRAL
DE LA INSPECCION DE TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL

José Ignacio Sacristán Enciso

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTOR ESPECIAL, DIRECTOR DE LA ESCUELA,
DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL.



ANEXO I
PLANIFICACIÓN DE OBJETIVOS O.S. CAMPAÑA NT0046

Almería	100
Cádiz	175
Córdoba	104
Granada	126
Huelva	107
Jaén	70
Málaga	151
Sevilla	200
Huesca	43
Teruel	27
Zaragoza	212
Las Palmas	150
Tenerife	140
Albacete	97
C.Real	92
Cuenca	63
Guadalajara	72
Toledo	107
Ávila	30
Burgos	82
León	95
Palencia	50
Salamanca	65
Segovia	32
Soria	30



Valladolid	115
Zamora	40
Barcelona	
Tarragona	
Lerida	
Gerona	
Alicante	250
Castellón	112
Valencia	480
Badajoz	58
Cáceres	86
Coruña	120
Lugo	10
Orense	37
Pontevedra	123
Alava	
Vizcaya	
Gulpuzcoa	

[Handwritten signature]



ANEXO II.- CRITERIOS DE ACTUACIÓN INSPECTORA EN EL CONTROL DE LA NORMATIVA SOBRE TIEMPO DE TRABAJO Y HORAS EXTRAORDINARIAS

1) Visita de inspección

A) Cuestiones generales:

Por el propio objeto de la actuación inspectora se considera imprescindible que las comprobaciones en materia de control y vigilancia de la legislación sobre tiempo de trabajo se realicen mediante visita de inspección a los centros de trabajo.

De manera específica, y sin carácter exhaustivo, se recabará información durante la visita de inspección sobre los siguientes elementos:

- Actividad de la empresa y horario de funcionamiento de la misma.
- Plantilla, tipos de contratos, puestos de trabajo existentes, turnos asignados, descansos (diarios, entre jornadas y semanal), así como festivos trabajados. Se debe tener en consideración la necesidad de un número equivalente de empleados y categorías para atender distintos turnos, salvo que se justifiquen diferencias por turnos o días de trabajo, en cuyo caso se estará al proceso productivo y a lo indicado por empresa y trabajadores.
- Existencia de pacto o decisión unilateral de distribución irregular de la jornada, y sus preavisos. De disponerse en el centro de trabajo, deberá revisarse, y tomar copia de ser posible.
- Realización de horas extraordinarias. Se preguntará por el número de las mismas, su habitualidad, las razones que justifican su realización, su compensación y forma en que se lleva a cabo o su abono y en qué cuantía.
- Existencia en el centro de cuadrantes de trabajo comprensivos de la planificación realizada por la empresa para un periodo determinado. En ese caso, revisar los mismos y tomar copia de ser posible.
- Registro de jornada, en cumplimiento del artículo 35.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante ET). En relación con el mismo, deberán tenerse en cuenta los siguientes extremos:



- **El registro de jornada diaria es obligatorio, se realicen o no horas extraordinarias.** 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.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 19 de diciembre de 2002

"Si bien es cierto que el art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores exige que la jornada de cada trabajador se registre día a día, a efectos del cómputo de horas extraordinarias, dicho control sólo es posible mediante el registro de la jornada, se realicen o no horas extraordinarias (...) siendo evidente que la falta de registro impide todo control. Por lo anteriormente expuesto, el registro de la jornada es esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un mero incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornadas de trabajo, que priva a los trabajadores del medio habilitado por el Estatuto de los Trabajadores para la oportuna comprobación y prueba de la jornada efectiva (...)"

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 de noviembre de 2006:

"Ante el hecho de que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores establezca que "a efectos del cómputo de horas extraordinarias..." no se puede concluir que solamente cuando éstas existan haya que hacer constar las ordinarias y ello porque según la tesis de la parte nunca podían computarse aquellas toda vez que para determinar su existencia es obvio que es preciso computar las horas ordinarias (...)". Asimismo, continúa exponiendo que la finalidad de la norma es *"el que los trabajadores puedan conocer la totalidad de las horas trabajadas a fin de poder determinar si el cómputo total así como el concepto aplicado, ordinarias y extraordinarias, es ajustado a la realidad del trabajo realizado así como a los límites legales"*.

- Sentencia de la Audiencia Nacional en Sentencia de fecha 4/12/2015 (proc.301/2015) ha resuelto la presunta paradoja que se cernía sobre la interpretación del mencionado artículo 35.5 ET, esto es, despejar si el presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias es la existencia previa del registro diario de jornada, regulado en el artículo 35.5 ET, o si dicho registro será únicamente exigible cuando se realicen horas extraordinarias, como señalaba alguna sentencia de TSJ. Pues bien, la Audiencia Nacional se inclina claramente por la primera opción, razonando al respecto que *"sí no*



fuera así, si el registro diario de 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 que en (...) es de 1680 horas en cómputo anual (...), siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada sea imposible controlar la realización de horas extras”.

Es interesante señalar que la propia Sentencia continúa diciendo lo siguiente: *“Avala lo expuesto, los informes de la Inspección de Trabajo (...) que permiten concluir inequívocamente que los inspectores de Trabajo no pueden controlar si se superan o no los límites de la jornada ordinaria, si no existe el registro de la jornada diaria regulado en el artículo 35.5 ET (...). En efecto, los resúmenes diarios, referidos en el artículo 35.5 ET no tienen que reflejar horas extraordinarias, puesto que una jornada diaria puede prolongarse sin que se produzcan horas extraordinarias, que solo concurrirán cuando se supere, en cómputo anual, la jornada de cuarenta horas semanales, sino reflejar día a día la jornada realizada, que es el único medio para constatar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria”.* En idéntico sentido se ha pronunciado la AN en Sentencia de 19 febrero de 2016 (Procedimiento 383/2015).

- o La Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social recientemente también se ha aludido a la obligatoriedad del registro diario de la jornada como presupuesto, y no como consecuencia, de la existencia de horas extraordinarias. En Informes de fechas 31/7/2014 y 1/3/2016, la DGE indica lo siguiente: *“para saber, para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, es preciso conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas. Quizá podría decirse que si las horas extraordinarias son voluntarias para el trabajador, salvo lo pactado, será conocida su realización de antemano y a partir de ese momento podría comenzar el cómputo. Sin embargo eso no es suficiente. Primero, como hemos dicho, porque las horas extraordinarias son la diferencia entre el total de horas trabajadas en un cierto período y el número de horas ordinarias de ese mismo período; segundo, porque esa jornada ordinaria puede ser distribuida irregularmente a lo largo del año (art. 34.2 TRET); y, tercero, porque incluso horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria no tendrán que ser contadas como tales, si se han compensado con descanso (art. 35.2 TRET).”*

- **El registro de la jornada deberá ser diario e incluir el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador, con el fin de determinar las horas realmente realizadas cada día por cada uno de ellos, no siendo**



aceptable para la acreditación de su cumplimiento la exhibición del horario general de aplicación en la empresa o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues éstos se formulan "ex ante" y determinarán la previsión de trabajo para dicho periodo pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo, que sólo se conocerán "ex post" como consecuencia de la llevanza del registro de jornada. Sólo mediante éste último se podrá determinar la realización de horas por encima de la jornada ordinaria de trabajo, legal o pactada, que serán las que tengan la condición de extraordinarias.

- **La comprobación de la existencia del registro debe poder realizarse en el centro de trabajo,** lo que evita la posibilidad de la creación posterior, manipulación o alteración de los registros.
- Los modelos o tipos de registro que utilice la empresa serán los que la propia empresa elija libremente, dado que la Ley nada dice sobre este particular. No obstante debe ser un sistema de registro que garantice la fiabilidad y la invariabilidad de los datos. En aquellos casos en que por la empresa o los trabajadores se manifieste la llevanza del registro por medios electrónicos o informáticos tales como un sistema de fichaje por medio de tarjeta magnética o similar, huella dactilar o mediante ordenador, se podrá requerir en la visita la impresión de los registros correspondientes al año en curso o al periodo que se considere.
- Si el registro se llevara mediante medios manuales tales como la firma del trabajador en soporte papel, se solicitará copia del mismo. De no disponerse de medios para su copia, pueden tomarse notas, o muestras mediante fotografías, así como, de considerarse oportuno en base a las incongruencias observadas entre el registro de jornada, y la jornada u horario declarado, tomar el original del registro de jornada como medida cautelar regulada el artículo 13.4 de la Ley 23/2015, de 21 de Julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Resumen de la jornada realizada por los trabajadores, totalizada en el periodo fijado para el abono de las retribuciones. Se preguntará por la elaboración de los correspondientes resúmenes y su entrega a los trabajadores en los términos previstos en el artículo 35.5 ET. De disponerse en el centro de trabajo, se revisarán los correspondientes al periodo que se considere y se tomará copia de ser posible.

B) La entrevista con los trabajadores y, en su caso, con sus representantes legales.



Estas entrevistas revisten, como es claro, particular interés para la comprobación de los hechos. En las mismas deben tenerse en cuenta por los actuantes las siguientes indicaciones generales:

- La entrevista con los trabajadores debe hacerse con carácter general de modo reservado, sin la presencia de representantes o encargados de la empresa.
- Se deberá prestar especial atención a las declaraciones espontáneas que realicen los trabajadores en relación con cuestiones tales como el horario habitual de trabajo; el registro diario de su jornada, la posible realización de horas extraordinarias; si estas son objeto de compensación o abono en dinero, o si por el contrario, no existe ni lo uno ni lo otro; su constancia en los recibos mensuales de salarios o la entrega de las correspondientes copias de los resúmenes de jornada.
- Al efecto de recabar información directamente de los trabajadores que prestan servicios en el centro visitado, así como, en caso de existir y estar presentes, de sus representantes legales, y permitir su contraste con el resto de datos obtenidos, se entrevistará a los trabajadores. Como cuestión previa hay que indicar que, como buena práctica, podrían iniciarse las entrevistas sin solicitar la identificación al entrevistado, pues dada la naturaleza de las comprobaciones, preguntarle al trabajador en primer lugar su nombre no parece lo más acertado. Es preferible dejar esto para lo último y empezar primero interesándose con otras preguntas como podrían ser entre otras:
 - Puesto de trabajo ocupado.
 - Funciones realizadas, con especial mención a la determinación de aquéllas que son preparatorias a la apertura o posteriores al cierre.
 - Turno de trabajo asignado y horario, con determinación de hora de entrada y salida (no siendo suficiente la mención al número de horas diarias sin mayor concreción), descanso diario para comer, descanso entre jornadas y semanal.
 - Posible existencia de distribución irregular de jornada y modo de organización de la misma.
 - Sistema de registro de jornada implantado en la empresa y manifestación de si es utilizado diariamente tanto a la entrada como la salida. En caso de que los registros se llevaran por medios electrónicos o informáticos, se preguntará igualmente si el trabajador tiene acceso a los referidos a su persona, a fin de poder solicitar la impresión o visualización de los mismos y permitir su cotejo con los que entregue el empresario.



- o Realización de horas extraordinarias. Se preguntará por cuestiones tales como la posible prolongación de jornada una vez finalizado su turno, su habitualidad, la justificación dada por el empresario para su realización (a fin de evitar la consideración de horas extraordinarias por fuerza mayor respecto de aquéllas que no tienen tal carácter), su compensación mediante descansos y el plazo en que ello se produce o su abono.
- o Salario percibido y forma de pago del mismo. En caso de que los trabajadores manifiesten realizar horas extraordinarias, indicación de si éstas son abonadas y en qué cuantía, con independencia de que se hagan o no constar en la nómina. De hacerse constar en la misma, se preguntará bajo qué concepto.
- o Entrega o no por el empresario, en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, del resumen de la jornada llevada a cabo, con indicación de las horas extraordinarias realizadas. Se preguntará la forma de entrega. Si ésta fuera mediante puesta a disposición del trabajador en una red interna, se podrá solicitar de los mismos el acceso a aquélla a fin de comprobar u obtener copia de los correspondientes al periodo que se considere.
- o Entrega a los representantes legales de los trabajadores de copia de los resúmenes de jornada, en los términos previstos en la disposición adicional tercera.b) del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

C) Formalización de citación de comparecencia con aportación de documentación

A la finalización de la visita, se cumplimentará citación para comparecencia del empresario con aportación, entre otra, de la documentación siguiente, debiendo fijarse aquélla en una fecha lo más cercana posible para evitar su posible alteración:

- Listado de trabajadores, puestos de trabajo y horario o turnos realizados por cada uno de ellos.
- Contratos de trabajo y sus anexos y novaciones.
- En caso de existir, acuerdos de distribución irregular de la jornada y preaviso de su realización.
- Registros de jornada de los trabajadores correspondientes al periodo que se considere.



- Resumen de la jornada realizada por los trabajadores, totalizada en el periodo fijado para el abono de las retribuciones (normalmente mensual) y justificación de la entrega de copia a los mismos.
- Derivada de la documentación anterior se solicitará, respecto del periodo que se considere, resumen global de las horas extraordinarias realizadas, desglosadas por trabajador.
- En caso de existencia de representación legal de los trabajadores, justificante de la entrega a los mismos de copia de los resúmenes de jornada, en los términos previstos en la disposición adicional tercera.b) del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.
- Recibos de salarios, y justificante de pago de los mismos.

2) Fase de comprobación documental

A la vista de la documentación aportada por la empresa, así como la obtenida en la visita de Inspección, se comprobarán los siguientes extremos:

a) Contrato de trabajo

Se analizarán los contratos de los diferentes trabajadores. En ellos se prestará especial atención, en caso de ausencia de previsión convencional al respecto, a la posible existencia de pacto para la realización de horas extraordinarias o acerca de su compensación o abono y los términos en que ello deba producirse. Igualmente, se comprobará si se trata de modalidad contractual en virtud de la cual queda prohibida la realización de horas extraordinarias, salvo fuerza mayor, como los contratos a tiempo parcial o para la formación y el aprendizaje.

b) Registro de jornada y resumen de la misma y de las horas extraordinarias realizadas

Se deberá revisar el registro de jornada de los trabajadores y los correspondientes resúmenes y cotejarlos con las comprobaciones y los datos que se hubieran podido obtener en la visita, con el fin de determinar la posible realización de horas extraordinarias superando los máximos legalmente permitidos.

Para ello deberá tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 35.1 ET, "tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior".



De acuerdo con ello, para poder calificar una hora como extraordinaria debe atenderse a la jornada fijada legal, convencional o contractualmente, siendo así que sólo tendrá dicha calificación la que supere esa concreta jornada de aplicación. Asimismo, en caso de distribución irregular de la jornada a lo largo del año, variará el número de horas cuya superación en una semana, mes o periodo determinado llevará aparejada la consideración de ese exceso como horas extraordinarias, pues dicho incremento de jornada en momentos puntuales se podrá ver compensado con una reducción de la misma en periodos posteriores en virtud precisamente de esa distribución irregular. Debe recordarse que, en defecto de previsión convencional o acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario podrá distribuir irregularmente el 10% de la jornada.

De conformidad con lo previsto en el apartado 2 del citado artículo, el número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo los casos de fuerza mayor. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

A los efectos del límite previsto, no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

En relación con esto, deberá tenerse en cuenta la duración pactada o prevista en los contratos temporales celebrados, no siendo admisible la superación del límite máximo de horas extraordinarias, amparándose la empresa en una eventual compensación posterior, cuando ésta no pudiera ser posible a causa de la citada duración.

c) Nóminas y conceptos retributivos

Se analizarán los distintos conceptos retributivos y su inclusión en la base de cotización, con atención a la remuneración correspondiente a las horas extraordinarias. Se comprobará, en caso de obligatoriedad en el pago de las mismas por venir así fijado en convenio colectivo o pactado en contrato individual, la efectiva remuneración de todas las realizadas en la cuantía fijada, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria.

Del mismo modo, se prestará especial atención y se solicitará justificación de la razón de su abono, respecto de aquellos conceptos retributivos no previstos en convenio y que puedan enmascarar la remuneración de horas extraordinarias no computadas ni declaradas como tales.

Igualmente se prestará atención a la posible existencia de horas extraordinarias calificadas como de fuerza mayor, que pudieran pretender dar cobertura a las



realizadas realmente sin tener tal carácter. A tales efectos, se tendrá en cuenta lo previsto en el Criterio Técnico 85/2010, sobre horas extraordinarias por fuerza mayor.

En aquellos casos en que, como consecuencia de las manifestaciones de los trabajadores o de cualquier información o documentación obtenida en el transcurso de la actuación inspectora, se tuvieran sospechas fundadas del pago de cantidades que obedezcan a la realización de horas extraordinarias por vía de transferencia bancaria, que no se hagan constar en la nómina y, por tanto, respecto de las que no se haya llevado a cabo la correspondiente cotización, se podrá proceder, previo requerimiento al sujeto responsable para la presentación de la documentación pertinente, a formular requerimiento de información a las entidades financieras en las que la empresa tenga cuentas abiertas, con el fin de identificar los pagos a los trabajadores llevados a cabo por ésta. Dicho requerimiento se formulará previa autorización de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o, en su caso, del correspondiente Jefe de la Inspección Provincial, conforme a lo previsto en el artículo 7.1.5º del Real Decreto 138/2000, debiendo cumplimentarse en los términos previstos en el mismo.

3) Conclusión de la actuación inspectora. Resultados.

- a) En caso de detectarse la superación del límite máximo anual de horas extraordinarias, establecido en 80 horas, presupuesto el hecho de que la empresa ha cumplido con las obligaciones de registro y declaración de dichas horas extraordinarias.

En el plano laboral, procederá la extensión de acta de infracción por dicha superación, considerando la existencia de la infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS (*"La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores"*). Dado que el límite de ochenta horas es anual procederá considerar la existencia de una infracción por cada año.

- b) Supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de registro y declaración de horas extraordinarias.

- En caso de ausencia de registro de jornada diaria artículo 35.5 ET.

En aquellos casos en que la empresa no lleve adecuadamente el registro de la jornada de sus trabajadores, las actuaciones procedentes serán las siguientes:

- Requerimiento para el cumplimiento de la citada obligación.



- o Extensión de acta de infracción, considerando la existencia de la infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS (*"La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores"*).

Ello es así por cuanto la adecuada llevanza del registro de jornada y la entrega a los trabajadores de los correspondientes resúmenes constituyen el medio habilitado por el Estatuto de los Trabajadores para la oportuna comprobación y prueba de la jornada efectiva realizada por aquéllos, así como el medio de poder verificar la adecuación a la legalidad de la actuación de la empresa por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De este modo, el registro tiene un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornadas de trabajo.

Debe hacerse hincapié en que la conclusión de la actuación inspectora únicamente mediante la extensión de acta de infracción por ausencia de registro, además del correspondiente requerimiento, deberá adoptarse en último término y ante la imposibilidad de poder acreditar, en virtud de las comprobaciones llevadas a cabo o en base al conjunto de indicios obtenidos, la concurrencia de alguno de los otros supuestos recogidos anteriormente.

En estos casos, deberá hacerse constar en el acta de infracción que se extienda la totalidad de hechos que hayan sido comprobados, con independencia de que no tengan relevancia a los estrictos efectos del incumplimiento de la falta de registro, a fin de que consten en documento público y puedan ser susceptibles de valoración y posible apreciación en las actuaciones que se lleven a cabo con posterioridad. Entre otras cuestiones, se harán constar, de haberse producido, circunstancias como la comprobación de la presencia de trabajadores en el centro objeto de visita fuera del horario de trabajo fijado, las declaraciones espontáneas de aquéllos que hayan manifestado la realización habitual de jornadas superiores a las legales o pactadas y, en general, cuantos datos se hayan podido recabar en relación con la posible realización de horas extraordinarias.

Igualmente, deberá precisarse en el acta de infracción el periodo de tiempo que abarca el incumplimiento de la obligación de registro de la jornada que se imputa a la empresa, así como los trabajadores a que se refiere. Esto reviste especial importancia de cara a la posterior actuación que, conforme a lo previsto en la Instrucción Quinta, deberá llevarse a cabo nuevamente en aquellas empresas en las que la inicial actuación inspectora hubiera finalizado



mediante la extensión de acta de infracción por ausencia de la adecuada llevanza del registro diario de jornada y la formulación del correspondiente requerimiento. En esta ulterior actuación se volverá a verificar el cumplimiento de dicha obligación y de las restantes en la materia, siguiendo para ello los criterios recogidos en el presente Anexo. En caso de reiteración en la no llevanza del registro será procedente la extensión de nueva acta de infracción, esta vez referida a aquellos periodos posteriores a los contenidos en el acta inicial y respecto de los trabajadores que ello se produzca.

De este modo, no podría apreciarse en ese caso la existencia de igualdad de sujeto, hecho y fundamento que impediría, de concurrir todos ellos, la extensión de nueva acta de infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.4 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social.

➤ En caso de detectarse la realización de horas extraordinarias no declaradas.

- En caso de que, junto con la ausencia de registro de jornada diaria de acuerdo con el artículo 35.5 ET, se apreciara la existencia de prolongaciones de jornada u otros datos indicativos de la aparición de horas extraordinarias, se apreciará, con independencia de la infracción a que se refiere el párrafo precedente, infracción tipificada en el artículo 7.5 LISOS por superación de la jornada máxima de trabajo. Esta infracción deberá abarcar el periodo de un año natural por cuanto la obligación sustantiva del artículo 34.1 ET va referido a la jornada máxima en cómputo anual. Si existieran varios centros de trabajo de la misma empresa se apreciará una infracción por cada centro de trabajo con trabajadores afectados por la infracción.
- Si a pesar del no registro de la jornada diaria, las horas extras se pueden cuantificar por algún otro mecanismo se especificará este.
- En el caso de que haya sido posible por cualquier medio cuantificar las horas extraordinarias no declaradas ni registradas y no quedara acreditado el abono de las mismas ni su compensación como tiempo de descanso retribuido, se apreciará, además de las dos infracciones anteriores, infracción por impago de salarios, considerando a juicio del actuante en función de la entidad del impago, alternativamente, la existencia de la infracción muy grave del artículo 8.1 de la LISOS ("El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido") o de la grave del artículo 7.10 de la LISOS ("Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los



Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente”).

- o En estos casos, se incluirán en el acta los perjuicios económicos sufridos por el trabajador, debiendo consignarlos con los requisitos exigidos para la validez de las demandas, a los efectos de proceder conforme al artículo 148.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.
- o Si se constatará el abono de las cantidades correspondientes a las horas extraordinarias de manera irregular, sin hacerlo constar en la nómina, procederá la extensión de acta de infracción, considerando la existencia de la infracción grave prevista en el artículo 7.3 de la LISOS (“No consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador”).
- o En materia de **Seguridad Social** procederá la liquidación respecto de todas aquellas cantidades abonadas a los trabajadores que se deduzca corresponden a retribución por horas extraordinarias y que no hayan sido cotizadas a la Seguridad Social y oportunamente incluidas en las respectivas bases de cotización. También se incluirán las cantidades no abonadas, siempre y cuando hayan podido cuantificarse y se encuentren recogidas en el acta de infracción como perjuicios económicos a los trabajadores.

✓ En caso de comprobarse que la remuneración correspondiente a horas extraordinarias se enmascara en conceptos salariales diferentes

Si se constatará la realización de horas extraordinarias cuyo abono y correspondiente cotización se lleve a cabo mediante su inclusión en otro tipo de complementos salariales, que hubieran sido incluidos en la base de cotización a la Seguridad Social de contingencias comunes, procederá efectuar la correspondiente comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social a fin de que por ésta se imputaran adecuadamente las cuotas satisfechas a las distintas contingencias. En su caso se extenderá acta de liquidación o requerimiento de pago de cuotas por la falta de cotización adicional de las horas extraordinarias derivadas de la aplicación del tope de cotización en contingencias comunes dado que en estos casos se puede apreciar una minoración de las cuotas que habría correspondido ingresar si se hubiera llevado a cabo correctamente la cotización adicional debida por dichas horas.

Excepcionalmente deberá analizarse por el actuante la posibilidad de extender de acta de infracción a la empresa por la comisión de la infracción muy grave



prevista en el artículo 23.1 e) de la LISOS (Incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones”), pero ello únicamente cuando se haya materializado de facto el aumento indebido de prestaciones.

➤ En caso de no comunicación a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias realizadas.

En caso de que se compruebe la falta de comunicación a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias realizadas, cualquiera que sea su forma de compensación, mediante la entrega a aquellos de copia de los resúmenes de jornada, se procederá, a juicio del actuante en función de las circunstancias concurrentes, a la extensión de acta de infracción por incumplimiento del derecho de información de los citados representantes, considerando la existencia de la infracción grave del artículo 7.7 de la LISOS (“La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos”). Esta actuación únicamente procederá previa denuncia de dichos representantes de los trabajadores. A falta de denuncia se podrá advertir o requerir al sujeto responsable de acuerdo con el artículo 22.1 de la Ley 23/2015, de 22 de julio.