



54/0003558/10

DIRECCION GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL Registro Salida

SUBSECRETARIA

Fecha: 14/10/2010 Hora: 09:24:55

SUBSECRETARIA

DIRECCION GENERAL DE LA INSPECCION DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIO TECNICO Nº 85/2010 SOBRE HORAS EXTRAORDINARIAS POR FUERZA MAYOR.

Con motivo de las actuaciones de control sobre cotización a la Seguridad Social, se ha comprobado por algunas Inspecciones Provinciales que en algunas empresas (en especial del sector eléctrico) es muy elevado el número de horas extraordinarias que son calificadas como de fuerza mayor, cuando en la práctica, tales horas, por su propia naturaleza, deberían producirse de forma excepcional.

La cuestión de las horas extraordinarias por fuerza mayor fue ya analizada en el Criterio Técnico nº 14/1998, de 12 de marzo, pero, teniendo en cuenta la repercusión económica por su cotización reducida, es preciso volver a su consideración para que, depurado su verdadero concepto, se puedan evitar desviaciones que se traducen en fraude en la cotización a la Seguridad Social. En los sucesivos Reales Decretos u Ordenes TIN por las que se desarrollan anualmente las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, se vienen estableciendo reglas relativas a la cotización adicional por horas extraordinarias. Su redacción año tras año es la siguiente: "La remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias queda sujeta a una cotización adicional, que no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones. La cotización adicional por las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se efectuará aplicando el tipo del 14,00 por 100, del que el 12,00 por 100 será a cargo de la empresa y el 2,00 por 100 a cargo del trabajador. La cotización adicional por las horas extraordinarias que no tengan la consideración referida en el párrafo anterior se efectuará aplicando el tipo del 28,30 por 100, del que el 23,60 por 100 será a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador".





De esta manera, es de la mayor importancia, distinguir a efectos de cotización en la seguridad social, si las horas extraordinarias realizadas son incardinables o no en el concepto de fuerza mayor. En el primer supuesto procederá su cotización por el tipo reducido y, de no serlo, por el tipo general. Consecuentemente, la cotización indebida por el tipo reducido dará lugar a la extensión de actas de liquidación de cuotas por diferencias.

Igualmente es preciso incorporar las respuestas dadas a consultas concretas, efectuadas por determinadas Inspecciones Provinciales que siguen teniendo vigencia, por lo que resulta conveniente la divulgación de las más significativas a través de este Criterio Técnico.

En consecuencia, a propuesta de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica, esta Dirección General, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en aplicación de lo dispuesto en el artº 18.3.7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, dicta el presente



CRITERIO TECNICO

I- CONCEPTO DE HORA EXTRAORDINARIA POR FUERZA MAYOR

El artº 35.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el R. D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (en adelante TRLET) establece que "no se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias."

Es de señalar, por lo tanto, que no toda hora trabajada para prevenir o reparar los daños extraordinarios y urgentes se compensa como hora extraordinaria, sino solamente las que excedan de la jornada ordinaria laboral. Por su misma naturaleza es lógico que no estén sujetas a los límites de la jornada ordinaria o de las horas extraordinarias.

El término "horas extraordinarias por fuerza mayor" no aparece en ese precepto, pero así es mencionado en los sucesivos Reales Decretos u Ordenes de Cotización anuales, bien para englobarlas en la cotización reducida con la estructurales, o bien - desde 1998 - para distinguirlas del resto de las horas extraordinarias a efectos de la misma cotización reducida.

Sin embargo, el concepto de "fuerza mayor" se recogía en el artº 76 de la derogada Ley de Contrato de Trabajo al decir que los contratos de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes: "6ª Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las causas siguientes: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no hayan podido evitar". Se introdujo así en la legislación laboral, transmitiendo casi literalmente, no sólo la casuística, sino también el concepto de fuerza mayor del Código Civil (en adelante CC), como suceso imposible de prever o que, previsto, fuera imposible de evitar. La Jurisprudencia viene considerando que el concepto de fuerza mayor es teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, de ahí la importancia de la enumeración casuística para identificar las situaciones más frecuentes.



El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, no contiene una definición de "horas extraordinarias por causa de fuerza mayor", si bien su artº. 115.4.a, hace mención a la fuerza mayor, como causa de exclusión de la consideración de un accidente como laboral. Se refiere a la "fuerza mayor extraña al trabajo", entendiendo por tal, "la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente."

El artº 1.105 CC, al tratar de la naturaleza y efectos de las obligaciones establece: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". Y en el artº 1575 CC, se dice: "...entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever". En el mismo CC se menciona otra causa calificada de fuerza mayor, en el artº 1784: el robo a mano armada.

Nos encontramos, evidentemente, ante una enumeración de causas, abierta a otras que puedan surgir. Así se ha considerado como fuerza mayor - y muy frecuentemente en materia laboral como causa de extinción del contrato de trabajo - la imposibilidad sobrevenida por la actuación administrativa (p.ejº la revocación de una concesión administrativa, la expropiación del lugar de trabajo...), lo que en términos clásicos se denomina como "factum principis"; pero entendemos que estos supuestos muy difícilmente pueden provocar trabajos en horas extraordinarias, pues existe por lo general una previsibilidad a causa del necesario expediente administrativo.

Uno de los problemas con que se encuentra la doctrina civilista es la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, ya que el mismo CC no es muy preciso en su terminología. Resumiendo el criterio más generalizado entre la doctrina y la jurisprudencia, tiende a identificar ambas figuras, aunque se reserve a veces la denominación de fuerza mayor para los supuestos de mayor gravedad, a lo más se puede efectuar alguna distinción - de límites imprecisos - al determinar que caso fortuito es el que no se puede prevenir usando una diligencia normal, y fuerza mayor es la causa inevitable aunque se hubiera previsto con especial diligencia.



Esta Dirección General, en contestación a una consulta en 1998 precisó lo siguiente: "De acuerdo con la STS 8-2-60 y STCT 17-5-62, el conjunto de causas de fuerza mayor que se mencionan en los preceptos es meramente enunciativa y no exhaustiva, además de muy amplia, pudiendo abarcar la acción de fuerzas naturales, los casos fortuitos y la acción imprevista de terceros; lo esencial es que la causa sea imprevista o que, prevista, sea inevitable. Pero una vez acaecida la causa, o en su caso prevista racionalmente, si las consecuencias del evento produce unos daños que no son ni extraordinarios ni urgentes, en el sentido que la reparación o prevención pueden hacerse sin problemas en horas de trabajo ordinarias, no nos encontraríamos ante ese tipo de horas extraordinarias motivadas por causas de fuerza mayor. Siendo muy diversas las posibles circunstancias es prácticamente imposible delimitar con nitidez una u otra situación en abstracto, correspondiendo al Inspector o Subinspector actuante la valoración una vez ponderadas las diversas circunstancias en relación con los criterios expuestos".

El Criterio Técnico 14/1998, de 12-3-98, establece que la apreciación de las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor exige la consideración de una serie de requisitos suficientes, bien definidos por el ordenamiento, tales como:

- La inimputabilidad, esto es, que el hecho que genera la fuerza mayor sea independiente de la voluntad del empresario (ausencia de culpa y presencia de una diligencia normal en el comportamiento del empresario).
- La imprevisibilidad (artº 1105 CC) que según la doctrina civilista ha de interpretarse normalmente y según las circunstancias (concepto relativo o noción variable).
- Inevitabilidad en caso de que el hecho fuese previsible (artº 1105 CC). Lo inevitable es también concepto relativo y que debe interpretarse desde posiciones de razonabilidad y del orden corriente de las cosas.

Por último, ha de significarse la definición del concepto de "fuerza mayor" que se ha consolidado por la jurisprudencia. En este sentido es ilustrativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contenciosoadministrativo, Sección 3ª, Sentencia de 24 Mar. 2006, rec. 99/2004, que recoge reiteradas sentencias del Tribunal Supremo y en la que se hace mención a una relación de supuestos incluidos y excluidos en el concepto de fuerza mayor: "El Tribunal Supremo, en reiteradas Sentencias (Sentencias de la Sala Tercera del TS de 7 de marzo de 1995 [RJ 1995\2357], 10 de febrero de 1997 [RJ 1997\966], 17 de octubre de 1997, 3 de marzo de 1998 [RJ 1998\2304] 29 de junio de 1998 [RJ 1998\5039] y 8 de marzo del 2002 [RJ 2002\4671], entre otras) definió a la fuerza mayor como un acontecimiento externo al circulo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario que, a su vez, sea imprevisible, o que previsto sea inevitable. De lo expuesto se deduce que sólo en aquellos supuestos puntuales en que sea preciso prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes por acontecimientos externos a la propia actividad de empresa o no causados por la actividad normal de ésta, e independientes de la voluntad del empresario, las horas extraordinarias podrán ser consideradas por fuerza mayor, pero no cuando estas tengan su origen en la prestación ordinaria del servicio, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1995 rechazó la reparación de las embarcaciones, como causa integrante del concepto de fuerza mayor, con cita además de las Sentencias de 7 abril 1965 (RJ 1965\2118), 10 junio 1986 (RJ 1986\3382), 29 abril 1988 (RJ 1988\3302), 20 septiembre 1989 (RJ 1989\6326) y 2 febrero 1989 (RJ 1989\658), pues la reparación ordinaria de una embarcación, es una causa previsible e inserta en el ámbito propio de la actividad del titular de la embarcación y que no le viene impuesta por causas extrañas, y sí por exigencias propias del funcionamiento del buque. Por su parte las Sentencias del Tribunal Supremo de 4, 8 y 11 de junio de 1990, (RJ 1990\4647; RJ 1990\4655;



RJ 1990\4660, respectivamente), 12 de julio de 1990 (RJ 1990\6381) y 22 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8491), rechazan la consideración como fuerza mayor de un incendio producido en una mina, razonando que la explotación de las minas cual la de autos, incluye el riesgo de incendios por lo que este evento entra dentro de las previsiones normales, ya que no viene de fuera de la misma, sino precisamente de su funcionamiento y explotación, constituyendo un riesgo que ha de ser aceptado como consecuencia de dicho funcionamiento y explotación, reiterando que la fuerza mayor se singulariza porque consiste en un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que entronca con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, normalmente insólito y por ello, no razonable previsiblemente, siendo la desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación de la empresa, lo que caracteriza a la fuerza mayor y justifica las exoneraciones ó reducciones en el ingreso de aportaciones a la Seguridad Social......"

A modo de conclusión, es necesario subrayar el carácter excepcional de las horas extraordinarias por fuerza mayor, lo que deriva tanto de la situación extraordinaria que motiva el trabajo como del carácter urgente e inaplazable de la necesidad de realizarlo.

II- DISTINCION CON LOS CASOS CONCRETOS DE LAS AVERIAS Y DEL MANTENIMIENTO.

En diversas ocasiones esta Dirección General ha mantenido la distinción entre las horas extraordinarias por fuerza mayor y las causadas por averías y mantenimiento. Reproducimos tres contestaciones a consultas que son muy significativas.

Con fecha 16-12-1997, contestó a una consulta formulada por una Inspección Provincial en la que se planteaban algunas dudas sobre el concepto de la hora extraordinaria motivada por fuerza mayor que figuraba el convenio colectivo provincial para la Industria Siderometalúrgica (BOP 5-8-97). Después de recordar la definición jurisprudencial de fuerza mayor, se llega a la conclusión de que la contenida en el convenio es más amplia, por lo que había que hacer distinciones:

1º- El caso concreto de prevenir o reparar un riesgo grave para las personas (sean trabajadores o terceros), entendiendo grave como extraordinario y urgente, puede considerarse motivado por fuerza mayor, y en consecuencia no se computan para el tope de jornada máxima legal ni para la de horas extras, y su exceso tiene la cotización adicional reducida.



- 2º- En el caso de horas extras para prevenir o reparar averías urgentes que no puedan ser demoradas, pero que no son motivadas por las causas antes indicadas ni implican riesgo grave para las personas, nos encontramos en definitiva con averías más o menos normales y en mayor o menor medida previsibles, por lo que estas horas extraordinarias tienen carácter de estructurales.
- 3º- En cuanto a los servicios de retén, hay que hacer algunas precisiones: Por un lado hay que considerar la mera disponibilidad que da lugar a una "compensación de localización" de 8.000 pesetas, y que se trata de un concepto que integra la base normal de cotización, aunque en el Convenio que comentamos hay una extralimitación de sus facultades al calificar como extrasalarial esa cuantía. Pero por otro lado, si el personal de retén, disponible y localizable, realiza efectivamente sus previstas tareas, las horas extras tendrán la consideración de estructurales cuando sean causadas por averías, y la consideración de motivadas por fuerza mayor las que signifiquen riesgo grave para las personas o sean motivadas por causa extraordinaria y urgente.



Otra Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social informó que una empresa ferroviaria estaba considerando como horas extraordinarias por fuerza mayor supuestos tales como "mantenimiento, prolongación de jornada por retraso de trenes, prolongación de jornada derivada de salidas de trenes especiales, averías y necesidades derivadas de la falta coyuntural de plantilla". La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en 1998 contestó:

- En cuanto al mantenimiento, "de acuerdo con las definiciones legales anteriores entendemos que las horas extraordinarias por mantenimiento difícilmente pueden entenderse por fuerza mayor, pues lo normal es que el mantenimiento sea preventivo de daños ordinarios, motivados por el desgaste usual, perfectamente previsible y programable".
- En cuanto al retraso de trenes: "el artº 13.3 de RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, establece que el límite de 9 horas ordinarias de trabajo efectivo diario se puede sobrepasar en los trenes de largo recorrido por razones de fuerza mayor o necesidades de la explotación que incidan en la seguridad y regularidad de la circulación del tráfico ferroviario, por el tiempo imprescindible para rendir viaje en el lugar de destino. Entendemos que puede ocurrir un supuesto de fuerza mayor, o sea para prevenir o reparar daños extraordinarios y urgentes, tanto en los trenes de largo recorrido como en los que no lo sean. Pero si por necesidades de la programación de horarios se sobrepasan ordinariamente, o por causas ajenas a fuerza

mayor, los topes diarios de 9 horas de trabajo efectivo, las horas extraordinarias de exceso serán estructurales pero no por fuerza mayor".

- En cuanto a los trenes especiales: "La programación de jornada derivada de salidas de trenes especiales entendemos que difícilmente puede ser considerada como de fuerza mayor, pues normalmente se consideran especiales los trenes que no corresponden con los servicios regulares, pero cuyo servicio está programado con más o menos antelación. Naturalmente se exceptúa el supuesto de que esos trenes especiales sean necesarios para conseguir la prevención o reparación de daños extraordinarios y urgentes. Ya que el artº 35.3 ET no especifica que los siniestros o daños tengan que ser de la propia empresa, y considerando la naturaleza de servicio público de la empresa ferroviaria, entendemos que los siniestros o daños pueden referirse a empresas o colectividades distintas pero que la colaboración de ésta pueda ser eficaz en la prevención o reparación".
- En cuanto a la reparación de averías: "entendemos que también corresponde una interpretación restrictiva, pues la reparación de averías es una actividad ordinaria, con el establecimiento por la empresa de retenes especiales para las de cierta importancia. Para prevenir o reparar averías urgentes, pero que no son motivadas por causas imprevisibles ni implican grave riesgo para las personas o bienes, es decir las averías normales y en mayor o menor medida previsibles, nos encontraríamos con horas extraordinarias estructurales, pues son derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate (según artº 1, Orden 1-3-83). No obstante hacemos también la salvedad que pudiera darse excepcionalmente el caso de que una avería pudiera tener una causa totalmente imprevista y a la vez causar daños o riesgos extraordinarios y urgentes, por lo que las horas extraordinarias a que dieran lugar podrían ser consideradas de fuerza mayor".
- En cuanto a la falta coyuntural de plantilla, la examinaremos en un apartado específico a continuación.

Con fecha 8-4-2001 esta Dirección General en contestación a consulta de otra Inspección Provincial referida principalmente a 18 supuestos reales en una empresa de producción de energía se pronunció en el siguiente sentido: "Por algunas empresas se ha interpretado indebidamente el concepto de fuerza mayor, llegando el absurdo en algunos casos de considerar fuerza mayor (que es imprevisible o inevitable) a situaciones como "mantenimiento preventivo programado...", o tan imprecisas como "prolongación de jornada por averías", además de otros que son en realidad horas extraordinarias estructurales. Pero por otro lado hay que considerar que cuando se trata de una empresa de producción de energía, la falta de suministro



puede ocasionar graves problemas a terceros, y en algunos casos incluso pueden producirse unos daños de importancia en el medio ambiente. Por exigencia legal tiene que haber unos servicios, como actividad normal de la empresa, que atiendan a las averías".

La Dirección General recordó el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de junio de 1990 (RJ 1990\6379): "Exigir que toda avería previsible pueda ser reparada dentro de los límites de la jornada ordinaria y extraordinaria normal, supone prácticamente eliminar el real contenido aplicativo del artº 35.3 ET. Y reclamar que los equipos de mantenimiento de las empresas deban adecuarse, no a las averías ordinarias, sino a las extraordinarias, y estadísticamente no previsibles, es contrario a un adecuado realismo de la economía de la empresa". Esta sentencia hace una importante matización: una cosa son las averías ordinarias previsibles, y otra las averías atípicas que, teóricamente previsibles, de hecho estadísticamente no suelen ocurrir, y por lo tanto cuando acaecen nos encontramos ante un hecho extraordinario. La Dirección General prosigue declarando que solamente se aceptará la cotización reducida, o el exceso de topes máximos de horas extraordinarias en su caso, cuando se reúnan las siguientes características conjuntamente que las define como motivadas por fuerza mayor:



- Que sean causadas por hechos imprevisibles o que siendo previsibles sean inevitables. Y tras recordar la conocida enumeración casuística (incendio, inundación...) destaca expresamente que el carácter extraordinario de la causa es importante ya que, por ejemplo, en zona de montaña una nevada es ordinaria, y por lo tanto previsible. También puede ser causa de fuerza mayor en algunos supuestos determinadas decisiones imprevistas de terceros, como una decisión gubernativa imprevista de cierre, daños causados en un atraco, un sabotaje en las instalaciones, un atentado terrorista; en cuanto a las repercusiones de las huelgas de terceros se examinarán más adelante.
- Que las consecuencias de esas causas produzcan o puedan producir unos daños extraordinarios y urgentes, siendo precisa la actuación necesaria para prevenir o repararlos. Tratándose en este caso de una empresa suministradora de energía "se puede tener un criterio muy amplio, pues la falta de suministro eléctrico puede causar daños imprevisibles, incluso graves si es muy dilatada".

En relación con las averías, la Administración exige a las empresas suministradoras de energía que tengan un retén, servicio o equipo de mantenimiento. Por lo tanto, la atención de las averías es, en ese sentido, normal y ordinaria, programable y previsible en los casos de las averías estadísticamente más frecuentes.

Pero "pueden darse situaciones extraordinarias, estadísticamente imprevisibles, para las que un buen servicio de averías no tiene medios suficientes. Solamente en este caso, ciertamente excepcional, se puede apreciar como avería motivada por fuerza mayor".

Llama la atención que en algunos supuestos que la empresa - con acuerdo del Comité - pretendía calificar como causas de fuerza mayor la corrosión, erosión o desgaste, causas que en una buena organización son previsibles estadísticamente con el transcurso de unos determinados tiempos de uso. Por otro lado las consecuencias posibles en muchos casos es evidente que son de gran importancia, pero en otros, en concreto los desajustes en el proceso, fallo en el control del proceso o avería en la turbina, pueden ser de muy distinta gravedad y trascendencia. Por eso el funcionario de la Inspección actuante debe ponderar las circunstancias presentes en cada caso siguiendo las pautas generales indicadas.

En el mencionado Criterio Técnico 14/98, se vuelven a examinar las horas dedicadas a la reparación de averías, y, tras analizar las causas típicas de fuerza mayor, se dice: "Por el contrario, no estarían comprendidas en tal concepto, las motivadas para prevenir o reparar averías urgentes o que no deban ser demoradas, no motivadas por las causas antes referidas y sin riesgo grave para las personas, puesto que en definitiva nos encontramos ante averías más o menos normales y en mayor o menor medida previsibles, que corresponden al concepto de horas extraordinarias estructurales".

III- DELIMITACION DE LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL COMO CAUSA DE FUERZA MAYOR.

Es muy frecuente considerar las situaciones de huelga y de cierre patronal como causas de fuerza mayor, cuando en realidad es preciso distinguir entre la huelga o el cierre patronal como posible causa de fuerza mayor, y la realización de trabajos para prevenir o reparar daños ocasionados por fuerza mayor cuando existe una huelga o cierre patronal.

Aunque las relaciones legales de las causas de fuerza mayor no incluyen expresamente ni a la huelga ni al cierre patronal, puesto que son meramente enumerativas no hay obstáculo para que - en principio y bajo determinadas condiciones - puedan tener esa consideración, sean o no legales o ilegales. Hay que considerar, en primer lugar, si nos encontramos ante hechos extraordinarios e insólitos. El derecho de huelga está directamente reconocido en el arto 28.2 Constitución Española, y el cierre patronal lo está indirectamente en la común



interpretación del artº 37.2 CE, y el ejercicio de ambos está regulado por el RDL 17/1977, en la parte que ha sido declarado constitucional por la STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25). Ello no impide que nos encontremos ante situaciones que en realidad responden a la calificación de hechos insólitos y extraordinarios. La misma STC 11/1981 lo reconoce al decir que la huelga es "una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios". El cierre patronal no se configura como una especie de "huelga de patronos", puesto que carece de contenido reivindicativo, sino como una defensa de personas y bienes con la finalidad de garantizar la reanudación del trabajo, y su carácter de excepcionalidad viene recogido en el artº 13.2 del RDL 17/1977 al establecer que "el cierre de los centros de trabajo se limitará al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para remoción de las causas que lo motivaron".

Y

Pero, en segundo lugar, hay que analizar si esos sucesos pueden ser previstos. Para el caso de huelga legal se establece el requisito de que el acuerdo de su declaración sea comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral al menos con cinco días naturales de antelación a su fecha de iniciación (Artº 3.3 RDL 17/1977) y si afecta a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos "el preaviso del comienzo de huelga al empresario y a la autoridad laboral habrá de ser, al menos, de diez días naturales. Los representantes de los trabajadores deberán dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio" (artº 4 del mismo precepto). En cuanto al cierre patronal nos encontramos que, desde el punto de vista legal, no existe una obligación de publicidad a terceros, ya que se configura como una decisión empresarial que "a posteriori" se comunica solamente a la autoridad laboral en el plazo de doce horas, por lo que puede configurarse como algo imprevisible para terceros afectados. Pero además, en los casos de huelgas y cierres patronales "salvajes", puede no existir conocimiento hasta el momento en que directamente se producen sus efectos, por lo que puede producirse una situación de fuerza mayor.

En una huelga lícita "el comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para ulterior realización de las tareas de la empresa" (artº 7.1 del mismo RDL), y si el comité de huelga no presta su colaboración la huelga puede ser ilícita por abusiva (STC 11/1981, f.j. 20), por lo que - en principio parece muy limitada la posibilidad de que por causa de la misma huelga como fuerza mayor puedan realizarse tareas en horas extraordinarias. Además debe tenerse en

cuenta que el arto 10, párrafo segundo, de la misma norma establece que "cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas". En el caso de huelga de servicios esenciales, los trabajadores designados para atender los servicios mínimos han de prestarlos so pena de sanciones disciplinarias; la negativa del trabajador al cumplimiento de la orden empresarial de aplicación de los servicios mínimos sólo será legítima si cuenta con el previo reconocimiento judicial de la extralimitación (gubernativa y/o empresarial) en el aseguramiento del derecho de la comunidad al mantenimiento de los servicios esenciales. No obstante, es de señalar que, por tratarse exclusivamente de servicios esenciales, es también muy limitada la necesidad de realizar horas extraordinarias.



Sin embargo, como nos encontramos ante situaciones especiales, a consecuencia de la huelga o del cierre patronal puede suceder cualquier evento extraordinario - y no solamente por la actuación de piquetes coactivos o por consecuencia de un boicot - que pueda producir graves consecuencias si no se prevé o no se repara, bien en jornada ordinaria o bien en horas extraordinarias. Puede suceder que durante la huelga se produzca alguna de situación de emergencia (p.ejo incendio o inundación grave). Respecto a los trabajadores que no secundan la huelga, el empresario no puede efectuar con ellos una sustitución interna de los trabajadores huelguistas, pero ante una situación de emergencia - tengan o no que realizarse horas extras - puede el empresario exigir a los no huelquistas que realicen cualquier tarea precisa. Es de señalar que el comité de huelga tiene entre sus funciones la de garantizar los servicios necesarios para que el centro de trabajo esté en condiciones para la reanudación de las tareas, y en caso de emergencia deberá prestar su colaboración en la medida que estime conveniente, sea llamando o no al trabajo a los huelguistas, sea realizando las tareas necesarias en horas ordinarias o incluso extraordinarias con los trabajadores no huelguistas o encargados de mantenimiento se servicios mínimos. Queda un vacío legislativo en relación con el cierre patronal, pero ante una situación de emergencia siempre cabe la posibilidad de que el empresario revoque su decisión, teniendo entonces los trabajadores la obligación de realizar los trabajos preventivos o reparadores de las situaciones de emergencia, e incluso realizar las horas extraordinarias previstas en el artº 35.3 ET.

Esta Dirección General, en la mencionada consulta de la Inspección Provincial contesta: "En el caso de huelga de terceros, pero que inciden en el servicio de la empresa suministradora de energía, hay que ponderar si la huelga fue correctamente anunciada y se cumplieron los servicios mínimos. En este caso normalmente la empresa eléctrica puede reaccionar y tomar las precauciones para evitar o prevenir daños. Pero si la huelga es ilícita, no se comunica bien o no se cumplen los requisitos legales, se trata de una decisión de terceros extraordinaria e imprevisible, por lo que pudiera considerarse causa de fuerza mayor si sus consecuencias son graves en el sentido de que sea necesario prevenir o reparar daños extraordinarios y urgentes". Lo mismo podría decirse del cierre patronal de otras empresas.

IV- LA FALTA COYUNTURAL DE PLANTILLA NO ES CAUSA DE FUERZA MAYOR.

En el artº 1 de la O. 1-3-1983, se consideran como horas extraordinarias estructurales las motivadas por "ausencias imprevistas", entre las que encaja la falta coyuntural de plantilla, por lo que no puede apreciarse esta causa entre los supuestos de fuerza mayor. aunque los arts. 3 y 4 de esta Orden están evidentemente derogados tácitamente a partir del 1-1-1998, el concepto de las horas extraordinarias estructurales recogido en su artº 1 está vigente por razón de su utilidad para delimitar el concepto de hora extra por fuerza mayor, lo que se muestra de un modo palpable en el supuesto que ahora comentamos.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, de 22-3-2000 (A.811), analiza la falta coyuntural de plantilla bajo el prisma de si las horas extraordinarias motivadas por falta de personal suficiente son o no son obligatorias, lo que en definitiva es lo mismo que calificarlas como motivadas por fuerza mayor (obligatorias) o estructurales (voluntarias salvo acuerdo en convenio colectivo). La empresa ordenó a determinados trabajadores la realización obligatoria de horas extraordinarias, de las calificadas en el convenio colectivo de empresa como "de fuerza mayor o perentoria necesidad", haciendo constar en las órdenes de servicio que existía riesgo de pérdida de materias primas o producto acabado por encontrarse los trabajadores que ocupaban habitualmente los puestos afectados o bien de permiso o bien en situación de incapacidad temporal. Aunque se realizaron las tareas encomendadas los trabajadores protestaron de la obligatoriedad y de la calificación de las horas realizadas como motivadas por fuerza mayor. Alegaban en esencia que para resolver ese tipo de situaciones la empresa había tenido mucho tiempo en plantilla a siete trabajadores polivalentes denominados "cubrebajas", existiendo en la actualidad solamente tres, por lo que se habían producido varios excesos del tope anual por horas extraordinarias, denunciados ante la Inspección Provincial de Trabajo. La



sentencia de instancia declaró que "las horas extras realizadas por los demandantes no son horas extraordinarias por fuerza mayor sino horas extraordinarias estructurales y en cuanto tales de realización no obligatoria". Acude en Suplicación la empresa demandada, pero el Tribunal Superior de Justicia comparte el mismo criterio que el Juzgado "a quo", al decir que del tenor del arto 16.Il del convenio de empresa se desprende que las horas extraordinarias de fuerza mayor están previstas para supuestos excepcionales y extraordinarios, mientras que para los casos aplicados ahora por la empresa (permisos e incapacidad temporal) existen los denominados trabajadores "cubreturnos" o polivalentes, personal que se ha reducido en la actualidad a tres trabajadores con la consiguiente repercusión de forma especial en los conductores de máquinas, de calderas y de bobinadoras. Corresponde a la empresa, con su poder de dirección, subsanar este tipo de problemas pero "sin afectar a la naturaleza propia de las horas extraordinarias denominadas estructurales que no deben ser solapadas mediante el acudimiento de las también llamadas de fuerza mayor, por responder ambas instituciones a finalidades distintas cuya permisibilidad se encuentra típicamente admitida por la legislación laboral, y cuya diferenciación estriba esencialmente en la obligatoriedad de las denominadas horas extras por fuerza mayor mientras que las estructurales han de efectuarse con carácter voluntario".



En la ya mencionada contestación a la Inspección Provincial el 15-3-99, esta Dirección General resolvió la misma cuestión diciendo: "La falta coyuntural de plantilla, en cuanto tal, no puede dar origen a horas extraordinarias de fuerza mayor. A lo más y por muy breve tiempo podrán considerarse horas extraordinarias estructurales, pues lo normal es que no sean estructurales, ya que las faltas de personal pueden normalmente ser sustituidas por las distintas modalidades de contratación previstas legalmente (artº 1 Orden 1-3-83 y artº 24.3 RD 2064/1995)". El sentido de esa contestación se mantiene vigente, aunque el mencionado apartado 3 del artº 24 del Reglamento General de Cotización haya sido derogado.

V- LA ACREDITACION DE LAS HORAS EXTRORIDANARIAS POR CAUSA DE FUERZA MAYOR.

Las horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes causados por fuerza mayor, deberán ser acreditadas en cada caso por quien lo alegue.

A esta conclusión llega el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 febrero 1989 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) RJ 1989\1136, la cual, en su fundamento jurídico Octavo, establece dos cuestiones básicas relativas a este aspecto.

En primer lugar define el concepto de fuerza mayor como " ... suceso imposible de prever o que previsto fuera inevitable;... por lo que ha de prever a las diversas situaciones que al ser repetidas y derivadas de la propia naturaleza de la actividad, pierden su carácter extraordinario y no pueden considerarse como sucesos imprevistos."

En segundo lugar, y en relación directa con tal concepto, establece una inversión de la carga de la prueba imputable a la empresa, al indicar que: "..... si los supuestos lo eran por daños extraordinarios y urgentes causados por fuerza mayor debió de probarse por quien la alega"

Por tanto deben ser las propias empresas las que acrediten que las horas extraordinarias realizadas corresponden a una situación de fuerza mayor al derivar de un suceso extraordinario e imprevisto y ajeno a la propia naturaleza de la actividad.

Madrid, 14 de octubre de 2010

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

Raimundo Aragón Bombín

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTORA ESPECIAL, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE INSPECCIÓN.