



FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO DE FIN DE GRADO SOBRE EL CONTROL Y
REGISTRO POR PARTE DEL EMPRESARIO DE LAS HORAS
PRESTADAS POR EL TRABAJADOR: REGULACIÓN,
JURISPRUDENCIA E IMPACTO PARA LAS EMPRESAS.**

Análisis en las entidades financieras

Diego López-Tello Sánchez de Andrés

5º E3-C

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director: Prof. Dolores Carrillo Márquez

Abril

2018

RESUMEN

Las resoluciones de la Audiencia Nacional sobre la obligación de establecer registro diario de la jornada de trabajo por parte de las entidades financieras experimentaron el pasado año una corrección de la mano del Tribunal Supremo. Esta nueva solución ha provocado, a su vez, la modificación de la Instrucción de la Inspección de Trabajo sobre el control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias con la que levantaba actas de infracción contra aquellas compañías que no disponían de un registro diario laboral.

Por otro lado, una Proposición de Ley pretende modificar la legislación para incorporar esta iniciativa que el Alto Tribunal considera oportuna. Sin embargo, dada la flexibilidad aportada por el legislador en 2012, no es tarea fácil y puede resultar conveniente efectuar otra serie de modificaciones además de las ya planteadas en la iniciativa parlamentaria.

A pesar de que la Proposición no ha sido aprobada hasta la fecha, la cuestión aún no ha finalizado ya que nos encontramos a la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Nacional.

La conclusión a la que se llega es que existen evidencias suficientes acerca del continuo incumplimiento de los límites legales por parte de los empresarios. Por esta razón, la implementación de este sistema de registro puede resultar ser necesaria a pesar de que puede acarrear consecuencias negativas tanto para el empresario como para el trabajador.

Para la elaboración de este trabajo de investigación hemos hecho uso de una amplia revisión de su regulación, jurisprudencia y doctrina a partir de diversas fuentes de información y bases de datos, así como de la aportada por la Biblioteca del Consejo Económico y Social de España.

Palabras Clave: Registro, Jornada de trabajo, Ordinaria, Laboral, Control, Diaria, Horario

ABSTRACT

The litigations known by the National Court about the obligation to establish a daily record of the working day by financial institutions experienced a correction last year by the Supreme Court. This new solution has caused, moreover, the modification of the Labor Inspection Instruction on the control of work time and overtime with which it drew infringement records against those companies that did not have a daily labor record.

On the other hand, a Proposed Bill intends to modify the legislation to incorporate this initiative that the High Court considers convenient. However, given the flexibility provided by the legislator in 2012, it is not an easy task and it may be advisable to make another series of modifications in addition to those already proposed in the parliamentary initiative.

Despite the fact that the Proposed Bill has not been approved so far, the matter has not ended yet as we are waiting for the response of the European Union Court of Justice on the preliminary question asked by the National High Court.

The conclusion reached is that there is evidence enough about the continuous breach of legal limits by employers. For this reason, the implementation of this registration system may be necessary, although it may have negative consequences for both the employer and the worker.

For the elaboration of this research work we have made use of a wide literature review from various sources of information and databases, as well as that provided by the Library of the Economic and Social Council of Madrid.

Key words: Record, Working day, regular, labor, Control, Daily, Schedule

ÍNDICE

1. Introducción	7
1.1 Objetivos	7
1.1.1 Objetivo General:	7
1.1.2 Objetivos específicos:.....	7
1.2 Justificación del Tema	8
1.3 Estado de la Cuestión	8
1.4 Metodología	11
1.5 Estructura del trabajo de investigación	11
2. Regulación sobre la Jornada de Trabajo	13
3. Análisis Jurisprudencial sobre el Registro de la Jornada Ordinaria de Trabajo en las Entidades Financieras	17
3.1 Antecedentes de Hecho	17
2.1.1 Caso Bankia	17
3.1.2 Caso ABANCA	18
2.1.3 Caso Sabadell.....	19
3.2 Alegaciones de las partes	20
3.2.1 Alegaciones de la parte actora	20
3.2.2 Alegaciones de la parte demandada	21
3.3 Resoluciones.....	23
3.3.1 Resolución de la Audiencia Nacional.....	24
3.3.2 Resolución del Tribunal Supremo	26
3.4 Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	30
4. Consecuencias tras la Resolución del Tribunal Supremo: Posición de la Inspección de Trabajo y Proposición de Ley.....	34
4.1 Posición de la Inspección de Trabajo	34
4.1.1 Instrucción 3/2016 de 21 de marzo de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.	34
4.1.2 Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.	36
4.2 Proposición de Ley de 15 de junio de 2017 sobre Registro de la Jornada Diaria de Trabajo	38

4.2.1 Varias consideraciones sobre la Proposición de Ley	42
5. Formas de Registrar el Horario de Trabajo y Consecuencias para las entidades Financieras	44
5.1 Formas de registrar el Horario de Trabajo	44
5.2 Consecuencias de la implantación de un sistema de registro laboral diario para las entidades financieras	46
6. Opinión Crítica.....	49
7. Conclusión.....	53
8. Bibliografía	56

Índice de Abreviaturas

AN: Audiencia Nacional

ASCA: Alternativa Sindical de Caixas de Aforos

CC: Código Civil

CC.OO: Comisiones Obreras

CE: Constitución Española

CEOE: Confederación Española de Organizaciones Empresariales

CGT: Confederación General de Trabajo

CIG: Confederación Sindical Galega

DA: Disposición Adicional

ET: Estatuto de los Trabajadores

FJ: Fundamento Jurídico

INE: Instituto Nacional de Estadística

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden Social

PNV: Partido Nacionalista Vasco

PP: Partido Popular

RD: Real Decreto

PSOE: Partido Socialista Obrero Español

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRET: Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UPN: Unión del Pueblo Navarro

UGT: Unión General de Trabajadores

1. Introducción

1.1 Objetivos

1.1.1 Objetivo General:

El propósito general de este trabajo de investigación es analizar la legislación y jurisprudencia existentes acerca del establecimiento de un registro de la jornada diaria de trabajo efectivo realizada por los empleados en las entidades financieras, todo ello a fin de poder llevar un control exhaustivo de las horas extraordinarias efectuadas por los mismos. Una vez realizado el análisis, se concluirá con una opinión personal y postura crítica acerca de la necesidad de que las compañías tengan un sistema de registro de la jornada ordinaria de trabajo; en concreto, si debe tratarse de una obligación legal o si, por el contrario, se trata de una simple potestad empresarial.

1.1.2 Objetivos específicos:

- Se va a determinar cuáles son las posibles consecuencias para las entidades financieras de la obligación de instalar un sistema que controle la totalidad de horas de trabajo llevadas a cabo por todos los trabajadores.
- Además, se va a estudiar en qué aspectos se debe modificar la legislación vigente en el caso de que se introdujera una nueva norma de control de la jornada ordinaria de trabajo, ya que esta posible modificación puede tener cierta repercusión en la redacción de otras normas y previsiones existentes.
- Finalmente, se va a analizar cómo pueden las entidades financieras establecer un mecanismo de control de la jornada laboral ya que, si bien puede ser sencillo controlar las horas realizadas en el interior del centro de trabajo, no lo es tanto el llevar un registro de las horas que se efectúen fuera del mismo o de aquellos trabajos menos presenciales.

1.2 Justificación del Tema

El registro de la jornada ordinaria de trabajo, como forma de proteger a los trabajadores es un tema que está teniendo especial relevancia desde que se dictó la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, AN) de 4 de diciembre de 2015¹. Desde entonces, este tema está teniendo una fuerte repercusión en el mundo del Derecho Laboral español, parcela del ordenamiento que tuve la oportunidad de conocer más a fondo profesionalmente el verano pasado en un reconocido despacho de abogados de España. Aunque el Tribunal Supremo (en adelante, TS) ya ha dictado Sentencia², el debate continúa abierto pues este mismo año la AN ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) para que resuelva el caso³.

Por esta razón, existe la posibilidad de que en un futuro no muy lejano el legislador apruebe una norma que imponga este registro de jornada diaria. Además, este interés se acrecienta ya que considero que dicha aprobación puede producir un importante impacto en la sociedad, especialmente en el sector financiero (sector que, por cierto, me gustaría dedicar mi vida profesional) donde existen muchas disputas acerca de las largas horas de trabajo efectivo realizadas por los empleados. En consecuencia, el estado de la cuestión del presente estudio se va a centrar principalmente en las entidades financieras. Por todas estas razones, considero el análisis de este tema muy interesante no sólo para mí y para aquellas personas que se dedican al Derecho Laboral, sino también para todos aquellos que prestan servicios en las entidades financieras porque sus vidas profesionales pueden dar un giro inesperado dependiendo de la decisión final que tome el TJUE.

1.3 Estado de la Cuestión

La jornada laboral es uno de los aspectos de mayor relevancia dentro del Derecho Laboral. No obstante, su regulación legal en la actualidad está siendo muy discutida y existe un

¹ Sentencia de la AN (Sala de lo Social) de 4 de diciembre de 2015 (núm. 301/2015).

² Sentencia del TS, Pleno (Sala de lo Social) de 23 de marzo de 2017 (núm. 246/2017).

³ Mediante Auto de la AN 19 de enero de 2018 (en procedimiento de conflicto colectivo 252/2017).

importante sector que considera que es mejorable. Esta regulación es significativamente compleja debido a las reformas que se llevaron a cabo por el Gobierno español con el objetivo de impulsar la contratación. Con estas reformas se trató de “facilitar la contratación, con especial atención a los jóvenes y a los parados de larga duración”⁴. Adicionalmente, se pretendía acabar con la rigidez del mercado de trabajo por lo que a través Real Decreto-Ley 3/2012 aprobado por el Consejo de Ministros se introdujeron ciertos elementos de flexibilidad en esta materia⁵.

Sin embargo, esta mayor flexibilidad se ha traducido también en una mayor libertad para los empresarios a la hora de contratar y de organizar la jornada laboral, algo que no ha sentado muy bien a un sector y por lo que se critica al legislador por el hecho de que no haya evitado que se produzcan ciertos abusos en lo que respecta a la jornada laboral. Especialmente, en estos momentos en los que nuestra sociedad comienza a valorar cada día más la conciliación entre la vida personal y profesional. Por esta razón, a raíz de la Sentencia de la AN de 4 de diciembre de 2015, en la que se estableció que la entidad financiera Bankia S.A “*tenía la obligación de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realizan los trabajadores*”⁶, se ha abierto un debate acerca de la necesidad de registrar la jornada diaria de trabajo que se mantiene en la actualidad.

Cabe destacar en este sentido que existen pruebas que evidencian que multitud de empresarios no cumplen con los horarios pactados. De hecho, según los datos de los tres primeros trimestres de 2017 arrojados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), en dicho periodo se efectuaron alrededor de 17.100.000 horas extraordinarias y el 47,7% de las mismas no se abonaron ni se compensaron con descanso. Como dato curioso, el total de horas extra realizadas en estos tres trimestres equivalen a las que realizarían alrededor 47.530 trabajadores a jornada completa⁷.

⁴ Durán Rodríguez, J. “Reforma Laboral: Todo el Poder a la CEOE”. *Diagonal*. 11 de enero de 2016. URL: <https://www.diagonalperiodico.net/panorama/28913-reforma-laboral-2012-partido-popular-poder-empresarial.html> (consultado a 13 de febrero de 2018)

⁵ Mercader Uguina, J.R. *La jornada máxima de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pp.35-46.

⁶ SAN de 4 de diciembre de 2015. FJ Cuarto.

⁷ Duro, S. “La obligación de registro de jornada laboral diaria, a debate”. *Legaltoday*. 27 de noviembre de 2017
URL: <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/la-obligacion-de-registro-de-jornada-laboral-diaria-a-debate> (consultado a 17 de febrero de 2018)

	Horas extra pagadas	Horas extra no pagadas	Total de horas extra
Hombres	5.900.300	5.032.200	10.932.500
Mujeres	3.046.200	3.132.200	6.178.400
Ambos sexos	8.946.500	8.164.400	17.110.900

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Sin embargo, como veremos más adelante, el TS no dio la razón a la Audiencia Nacional en una sentencia dictada el 27 de marzo de 2017, pero sí permitió a la Inspección de Trabajo contar con argumentos para fomentar la obligación de las empresas de registrar la jornada ordinaria de trabajo y sancionar como incumplimiento a aquellas que no dispongan de dicho registro, todo ello en una campaña que tenía como objetivo detectar las horas extraordinarias y no registradas realizadas por los empleados de diversas compañías.

En este sentido, cabe destacar que, a día de hoy, la Inspección de Trabajo alerta acerca de la dificultad de detectar a aquellas compañías que están incumpliendo la normativa legal relacionada con la jornada ordinaria laboral que a continuación ilustraremos. En consecuencia, en un principio consideró que un registro de la jornada diaria de trabajo ayudaría enormemente a ello y, por ello, fomentó su aprobación⁸. Sin embargo, como veremos, más adelante rectificó y dio la razón al TS en una nueva Instrucción.

En definitiva, se trata de un tema que lleva siendo discutido desde hace más de dos años y sobre el que se han propuesto distintas soluciones. Por esta razón, me he decidido a analizar de la forma más amplia posible todos los puntos de vista para, finalmente, poder aportar una opinión personal.

⁸ Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T., “Jornada de Trabajo”. *Derecho del trabajo. Tomo II.* Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia 2002, p 335.

1.4 Metodología

Con el fin de alcanzar los objetivos anteriormente descritos, se va a llevar a cabo una investigación exploratoria en la que se va a hacer uso de una metodología cualitativa (método inductivo). En este sentido, dicha metodología se basa en una revisión detallada de la regulación, jurisprudencia y doctrina relevante para el estudio sobre el registro de jornada ordinaria en las entidades financieras.

Para la realización del presente trabajo de investigación se ha utilizado diversas fuentes de información entre las que cabe destacar *Google Scholar*, *Dialnet*, la Biblioteca de la Universidad Pontificia Comillas, Aranzadi, El Derecho, LaLeydigital360, buscadores académicos y portales temáticos como ESADE o *Institute*. Además, también se ha hecho uso de la revisión facilitada por la Biblioteca del Consejo de lo Económico y Social.

En dichas fuentes se han encontrado, además de diversos artículos académicos y sentencias relacionadas con el tema a investigar, otra serie de documentos de gran utilidad como artículos publicados por despachos de abogados de reconocido prestigio o redactados por catedráticos de Derecho, comentarios críticos de profesionales dedicados al Derecho de Trabajo, informes legales, así como diversos documentos que nos han permitido indagar acerca de las distintas formas de controlar la jornada de trabajo. También se ha dado especial relevancia a una serie de monografías y artículos doctrinales que nos permiten hacernos una dilatada idea sobre las opuestas posiciones acerca del tema de estudio. En consecuencia, consideramos que la validez de la revisión de literatura es bastante completa.

1.5 Estructura del trabajo de investigación

El presente estudio está estructurado en siete partes bien diferenciadas. La primera parte consistirá en un estudio detallado de toda la regulación vigente sobre la jornada de trabajo. En segundo lugar, se va a analizar cronológicamente la jurisprudencia existente hasta la fecha, destacando las resoluciones de la AN sobre las demandas interpuestas contra

diversas entidades financieras, la interpretación que ha hecho TS hasta en dos ocasiones del artículo 35.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y la cuestión prejudicial planteada por la AN al TJUE.

A continuación, se desarrollará la posición de la Inspección de Trabajo, incluyendo las dos Instrucciones emitidas por la misma. La primera de ellas, dictada tras la respuesta de la AN sobre el caso ABANCA y la segunda, una vez estimados los recursos de casación por parte del TS en favor de las entidades financieras.

Posteriormente, se abordará la Proposición de Ley de 15 de junio de 2017 sobre registro diario de la jornada de trabajo planteada por el PSOE. A pesar de que se hará un breve inciso sobre esta Proposición en el primer apartado de regulación, en este apartado se efectuará un estudio más detallado. En dicho apartado se incluirá también otras posibles modificaciones que se deberían incluir en la Proposición si se quiere aprobar una norma concreta que recoja y estipule el registro de la jornada ordinaria de trabajo.

Ulteriormente, se recogerán una serie de soluciones propuestas para hacer posible el registro de la jornada dado que, en ocasiones, ésta puede resultar complicada, especialmente, en aquellos casos en los que las horas de trabajo efectivo se llevan a cabo fuera del centro de trabajo. Además, también se analizarán las posibles consecuencias que puede suponer la instalación de este sistema de control de horas trabajadas por los trabajadores para las compañías.

El sexto capítulo recogerá la conclusiones, que incluirán la aportación del estudio al estado de la cuestión, la implicación de los resultados obtenidos y, una opinión crítica personal del tema y futuras líneas de investigación que puede abrir este trabajo.

Finalmente, en un último apartado denominado “Bibliografía” se recogerá todas las referencias consultadas para el trabajo, utilizando el modelo de citas tradicional y ordenándose alfabéticamente.

2. Regulación sobre la Jornada de Trabajo

Como veremos en el análisis jurisprudencial, el artículo sobre el que se fundamentan las resoluciones de la AN y TS es el 35.5 ET. Este artículo establece lo siguiente:

“A efectos del cómputo de 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, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”.

Este artículo ha sido objeto de discusión durante más de dos años puesto que un sector doctrinal considera que, para computar las horas extraordinarias, es necesario llevar un registro diario de la jornada ordinaria; mientras que otro sector aprecia que únicamente establece que se debe registrar la jornada cuando se realicen horas extraordinarias⁹.

Las horas extraordinarias son, a la luz del apartado primero del mismo artículo¹⁰, aquellas que superan la jornada máxima establecida por la ley como jornada ordinaria.¹¹ Este artículo declara asimismo que las horas extraordinarias se pueden compensar con descanso (en los cuatro meses siguientes a su realización) o abonando una cuantía que bajo ningún concepto puede ser menor a la retribución de la hora ordinaria.

En virtud del artículo 34 ET¹², la duración máxima de la jornada ordinaria será de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual. Este precepto junto con el siguiente

⁹ Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T., "Jornada de trabajo" *Derecho del trabajo. Tomo II...* Op.Cit, p. 340.

¹⁰ Artículo 35.1 TRET: *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. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.*

¹¹ Cubo Mayo, A. A. *El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario*. Ed. La Ley. 21 de marzo de 2018. p. 3

¹² Artículo 34.1 TRET: *La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.*

apartado que regula la distribución irregular de jornada¹³, como veremos más, dificulta la verificación de la realización de horas extraordinarias, ya que éstas se deben reconocer mensualmente mientras que la jornada se puede distribuir irregularmente de forma anual. En consecuencia, al no coincidir la unidad de cómputo, resulta conveniente llevar a cabo una reforma laboral si se impone la obligación del registro de jornada ordinaria.¹⁴

En este sentido, el propio artículo 34 ET, que recoge la jornada de trabajo, establece en su apartado tercero que la jornada diaria máxima no puede superar las 9 horas. No obstante, sí que se permite la superación de dicho tiempo cuando se haya acordado entre empresario y trabajador la distribución irregular de la jornada. Esta es otra de las razones por las que existe disparidad doctrinal, ya que hay quienes consideran que con esta normativa el empresario puede fácilmente incumplir su obligación de abonar las horas extraordinarias salvo que exista la obligación de registrar la jornada diariamente¹⁵.

Como se puede apreciar, el artículo establece que “*en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo*”. Parece que, en virtud de esta norma, el empresario no tiene la obligación de decirle como va a distribuir exactamente su jornada. Sin embargo, el artículo 8.5 ET¹⁶ obliga al empresario a informar al trabajador de las condiciones esenciales del contrato cuando la relación laboral sea superior a 4 semanas y el RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8, apartado 5, del ET establece que, dentro de esa

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

¹³ Artículo 34.2 TRET: *Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.*

¹⁴ Preciado Doménech, C. “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS”. *Aranzadi Social*: revista doctrinal nº 7/2017. Julio de 2017. p.5.

¹⁵ Sempere Navarro, A. “El registro empresarial de la jornada efectiva”. *Aranzadi Social*: revista doctrinal nº 6/2017. 2017. p. 4

¹⁶ Artículo 8.5 TRET: *Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.*

información general, se incluye la relativa a *la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo*¹⁷.

Cabe destacar, por otro lado, que existen una serie de trabajos en los que legalmente sí se obliga a los empresarios a registrar la jornada diaria, se realicen horas extraordinarias o no. Es el caso de los trabajadores a tiempo parcial (artículo 12.4 ET¹⁸) y de los que se dedican al sector de la marina mercante y transporte por carretera (artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre Jornadas Especiales de Trabajo).

Finalmente, se debe hacer mención del artículo 20.3 ET¹⁹ cuyo tenor indica que los empresarios tienen la facultad (y no la obligación) de establecer las medidas que considere oportunas para controlar el cumplimiento de las obligaciones de sus empresarios. Dichos controles, eso sí, deben respetar en todo caso los derechos de los empleados.

Como se puede apreciar, la legislación laboral española en lo que se refiere a la jornada de trabajo y su registro no es del todo clara y causar confusión en los sujetos. Por esta razón, en 2017, el Partido Socialista Obrero Español (en adelante, PSOE), elaboró una proposición de Ley para despejar estas dudas y obligar a la llevanza de este registro. El objetivo de esta Proposición no es otro que el de imponer la obligación de la llevanza del registro diario en las empresas, para así poner fin a los continuos incumplimientos de los empresarios que rebasan los límites legales perjudicando la salud de sus trabajadores y

¹⁷ Cubo Mayo, A. *El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario*. Ed. La Ley. 21 de marzo de 2018. Página 4.

¹⁸ Artículo 12.4) TRET: *c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3.*

La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5.

En todo caso, la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las previamente pactadas y las voluntarias, no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1.

A estos efectos, la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5.

¹⁹ Artículo 20.3 TRET: *El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.*

fomentar la conciliación de la vida laboral y personal de los mismos. La Proposición ha sido aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados y actualmente ha sido remitida a la comisión para la votación de enmiendas. No obstante, a pesar de cubrir los aspectos esenciales del dilema, aún no ha sido aprobada sigue dejando ciertas lagunas que convendría tapar. Más adelante se tratará este tema en profundidad.

3. Análisis Jurisprudencial sobre el Registro de la Jornada Ordinaria de Trabajo en las Entidades Financieras

A continuación, se va a proceder a realizar una exposición de la jurisprudencia existente hasta la fecha. Dicha exposición se efectuará de forma cronológica, comenzando por los antecedentes de hecho que abrieron el debate en la sentencia de la AN y finalizando con la cuestión prejudicial planteada por el mismo Tribunal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.1 Antecedentes de Hecho

Antes de comenzar a tratar las alegaciones de las partes, se debe hacer mención de los hechos que llevaron a los representantes de los trabajadores a interponer una demanda contra los empleadores. En este sentido, vamos a centrarnos en tres supuestos muy similares: en primer lugar, la sentencia de la AN número 207/2015 de 4 de diciembre (caso Bankia)²⁰. En segundo lugar, la sentencia de la AN número 25/2016 de 19 de febrero (caso ABANCA)²¹ y, por último, la sentencia número 77/ 2016 de 6 de mayo dictada por el mismo Tribunal (caso Sabadell)²².

2.1.1 Caso Bankia

La causa comienza a raíz de una demanda interpuesta por determinados sindicatos de las federaciones de Servicios de UGT y CC.OO, la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros, el Sindicat Autonom de Treballadors de Estalvi y la Federación de Sindicatos de Banca de CGT contra la entidad financiera Bankia S.A., quienes solicitan al Tribunal el establecimiento de un sistema que registre la jornada diaria de trabajo efectivo llevado a cabo por la plantilla. La parte actora alega tener fundadas sospechas de que el horario establecido en el convenio colectivo no está siendo cumplido por la empresa y que se está incumpliendo el

²⁰ Sentencia de la AN (Sala de lo Social) de 4 de diciembre de 2015 (núm. 301/2015).

²¹ Sentencia de la AN (Sala de lo Social) de 19 de febrero de 2016 (núm. 25/2016).

²² Sentencia de la AN (Sala de lo Social) de 6 de mayo de 2016 (núm. 77/2016).

artículo 34 ET, el cual establece que, en cómputo anual, la jornada máxima de trabajo de los trabajadores no podrá ser superior en promedio a 40 horas semanales.

Sin embargo, dada existencia de la flexibilidad permitida por el legislador para establecer el referente anual, el sindicato considera que resulta altamente complicado realizar el cálculo de las horas extraordinarias efectuadas por la plantilla sin la implementación de dicho sistema de registro diario de jornada laboral.

Además, plantea que la entidad venía desde hace tiempo registrando el control de ausencias a través de la Intranet de la compañía pero que, sin embargo, no existía un sistema que controlara la realización de horas extraordinarias por los trabajadores que los situaba en una posición de indefensión. A raíz de ello, los representantes de los trabajadores solicitaron a la dirección de la empresa la imposición de dicho sistema de control. Pero, ante la inexistencia de éste, la Inspección de Trabajo decidió levantar acta de infracción y, más adelante, los sindicatos demandaron a la firma.

3.1.2 Caso ABANCA

En el caso de ABANCA, la Confederación Sindical Galega (CIG) y Alternativa Sindical de Caixas de Aforos (ASCA) interponen una demanda frente a la entidad financiera alegando al Tribunal el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria de trabajo exigida por el artículo 35.5 ET.

El fundamento de esta alegación se basa en que, sin dicho sistema de registro, no es posible determinar el horario pactado en el convenio colectivo de Cajas y Entidades Financieras de Crédito, el cual establece una jornada anual equivalente a 1.680 horas. Además, en un periodo de consultas celebrado en 2014 se alcanzó un acuerdo para modificar las condiciones de trabajo. Dicho acuerdo estableció, con carácter general, un horario de trabajo de 8:00 a 14:30 de lunes a viernes y, adicionalmente, de 16:30 a 19:00 para los martes y jueves, ya que eran los días convocados para reuniones. Por otro lado, se impuso un horario extraordinario para los gestores comerciales, siendo éste de 8:00 a 19:00 con un descanso mínimo de una hora ininterrumpida y de 8:00 a 14:30 los viernes. Esto sin tener en cuenta que durante el periodo comprendido entre

el 15 de junio y el 15 de septiembre el horario establecido era de 8 a 14:30 con carácter general²³.

La Inspección provincial de Pontevedra requirió a ABANCA que llevara a cabo un control de las horas trabajadas diariamente por los trabajadores, sobre todo, en aquellos días en los que se celebraban reuniones por las tardes, con el fin de poder comprobar que efectivamente se cumplían los horarios pactados en el Convenio o, en caso de superarse, que se compensaran esas horas extraordinarias con descanso o salario.

No obstante, ante el incumplimiento de este requerimiento, la Inspectora de Lugo levantó acta de infracción y, posteriormente, los representantes de los trabajadores interpusieron la demanda contra la entidad financiera.

2.1.3 Caso Sabadell

En este caso, la demanda es interpuesta por una representante sindical contra el Banco de Sabadell S.A puesto que La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Toledo comprobó que la entidad no registró la jornada diaria de los trabajadores de enero a octubre de 2015 y, por tanto, propuso una sanción de 5.000 euros a la compañía por infringir el artículo 35.5 ET. Se dieron cuenta de que la entidad financiera únicamente registraba la jornada de trabajo cuando se realizaban horas extraordinarias, no dejando reflejo de las horas ordinarias.

En consecuencia, se interpone la demanda contra la entidad por *“por no haber implantado la empresa un sistema de control de jornada en sus centros de trabajo, acorde a los requerimientos recibidos por la Inspección de Trabajo y sin informar a los representantes de los trabajadores, en su caso, la realización de horas extraordinarias, en la que se solicitaba se condenará a la empresa a implantar en la*

²³ Yanini, Miñarro. M. “Más allá de las horas extras: la obligatoriedad del registro de la jornada diaria (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de febrero)”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, (397). 2016. pp. 121-126.

entidad un sistema de registro adecuado de la jornada de trabajo, mediante la instalación de mecanismos automatizados de cómputo de la jornada laboral, así como que proceda informar a los representantes de los trabajadores”²⁴.

3.2 Alegaciones de las partes

A continuación, se van a exponer las alegaciones de las ambas partes. Al tratarse de tres supuestos de gran similitud, se van a desarrollar en dos únicos subapartados los argumentos más importantes de la parte demandante, por un lado, y de la parte demandada, por otro. En cualquier caso, se realizarán breves incisos cuando se estime necesario hacer referencia a un caso concreto.

3.2.1 Alegaciones de la parte actora

Las pretensiones de los demandantes consisten en que se establezca, en primer lugar y en virtud del artículo 35.5 ET, *“un sistema de registro de la jornada de trabajo efectivo realizado por los trabajadores que permita verificar que realmente se están cumpliendo los horarios pactados tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación”²⁵*; y, en segundo lugar, que se traslade mensualmente a los representantes de los trabajadores toda la información relativa a las horas extraordinarias efectuadas por los empleados, tal y como dispone la DA 3ª RD 1561/1995 (RCL 1995, 2650)²⁶.

²⁴ Sentencia de la AN (Sala de lo Social) de 6 de mayo de 2015 (núm. 77/2016).

²⁵ Sentencia de la AN (Sala de lo Social) de 4 de diciembre de 2015 (núm. 301/2015).

²⁶ DA 3ª Real Decreto 1561/1995 (RCL 1995, 2650): *Sin perjuicio de las competencias reconocidas a los representantes de los trabajadores en materia de jornada en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Real Decreto, éstos tendrán derecho a:*

a) Ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores.

b) Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.

Los actores consideraron que las entidades financieras estaban incumpliendo el artículo 35.5 ET puesto que la jornada ordinaria de los trabajadores no se estaba registrando y, del mismo modo, tampoco se estaba informando a los representantes de los trabajadores sobre las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores. En consecuencia, los representantes de los trabajadores no eran capaces de comprobar el cumplimiento o no del artículo 35.2 ET (*“El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año”*).

Además, en el caso de Bankia, existen fuentes de las Comisiones Obreras que aducen a que la demanda interpuesta contra la entidad financiera se apoya en la imposición de horarios ilegales a varios colectivos de trabajadores, vulnerando de esta manera los derechos de los mismos²⁷.

En definitiva, las pretensiones de los sindicatos se apoyaron en el incumplimiento del artículo 35.5 ET y en las sospechas de que se estaba incumpliendo asimismo el artículo 35.2 ET pero que, sin embargo, no eran capaces de demostrar sin la existencia de un sistema de registro diario de jornada.

3.2.2 Alegaciones de la parte demandada

En lo que respecta a las entidades financieras, éstas alegan, en primer lugar, la existencia en la empresa de una jornada anual flexible para determinados colectivos de los trabajadores, algo que fue acordado previamente con la representación sindical. Por esta razón, argumentan que dichos empleados trabajan más de 40 horas semanales en determinadas épocas del año pero que posteriormente son compensadas con una reducción de jornada laboral (refiriéndose a la distribución irregular de la jornada del artículo 34.2 ET).

²⁷ Gonzalo Alconada, “Los sindicatos demandan a Bankia por ampliar el horario laboral”. *CincoDías*. 12 de junio de 2015

El segundo argumento esgrimido es que, si bien es cierto que no existe un registro de jornada, los trabajadores están obligados a informar a la empresa sobre cualquier circunstancia que les impida cumplir su jornada ordinaria a través de la intranet de la empresa.

Adicionalmente, las entidades financieras se opusieron a las acusaciones de la parte actora en lo que se refiere al incumplimiento del artículo 35.5 ET porque afirman que en sus empresas no se realizan horas extraordinarias y que, por lo tanto, no están obligados a establecer un sistema de registro de jornada diaria de trabajo efectiva. En este sentido, dio la razón a la parte contraria en el hecho de efectivamente el artículo 20.3 ET permite a las compañías adoptar un sistema de registro para controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, pero reitera que se trata de una opción potestativa.

Finalmente, se declara que en ningún momento se trasladó la información relativa a las horas extraordinarias efectuadas por los trabajadores a los representantes de los mismos porque niegan que se hayan realizado dichas horas extraordinarias en sus compañías, lo que les exime de la obligación recogida en la DA 3ª Real Decreto 1561/1995.

Como inciso, se debe destacar la excepción de cosa juzgada recogida en el artículo 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁸ (LEC) alegada únicamente en el caso Sabadell al entender que *“al coincidir las partes, las cosas y las causas de pedir, lo que no cabe ahora es esgrimir unos argumentos que ya pudieron ser alegados en el anterior proceso”*, haciendo referencia a un procedimiento similar celebrado anteriormente.

²⁸ Artículo 400.2 LEC: *De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.*

3.3 Resoluciones

A continuación, se va a proceder a la interpretación de los Tribunales que conocieron el caso: la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Al tratarse de tres casos prácticamente idénticos, se va a unificar las tres sentencias de la AN en un solo apartado, realizando algún breve inciso de una sentencia particular si fuera necesario. Posteriormente, se va a proceder a comentar dos resoluciones del Tribunal de última Instancia.

Antes de comenzar, cabe destacar que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores puede dar lugar a confusiones al establecer que “...*la jornada de cada trabajador se registrará día a día...*”. En un principio, esta frase llevaría a cualquier Juez a pensar que la jornada debe registrarse diariamente. Sin embargo, no podemos olvidar lo que impone dicho artículo en sus primeras líneas: “*A efectos del cómputo de las horas extraordinarias...*”

Como se puede apreciar, este artículo puede generar diversas dudas entre los Tribunales. Lo que sí está claro es que las horas extraordinarias deben quedar registradas en todo momento para su posterior compensación mediante salario o mediante descanso (artículo 35.1 ET). Pero ¿qué se considera hora extraordinaria?

El concepto de hora extraordinaria, como anteriormente explicamos, viene igualmente definido en el artículo 35.1 ET. En pocas palabras, la hora extraordinaria es aquella efectuada tras la realización de la jornada ordinaria que, en virtud del artículo 34 ET, no puede superar las 40 horas semanales en cómputo anual. El problema surge a la hora de determinar la jornada realizada en el periodo fijado para el abono de las retribuciones (que según el artículo 29.1 ET²⁹ no podrá ser superior a un mes) ya que la existencia de la distribución irregular de la jornada permitida por el legislador complica en gran medida la comprobación de realización o no de horas extraordinarias.

²⁹ Artículo 29.1 TRET: *La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El periodo de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes.*

Como veremos a continuación, estas dudas han dado lugar a dos clases de resoluciones. Por un lado, una primera que apoya la obligación del registro diario de la jornada en todo caso con el fin de verificar si las horas que sobrepasan la jornada semanal máxima son horas extraordinarias o si, por el contrario, se trata de la figura de distribución irregular de la jornada. Por otro lado, una segunda que decreta que el registro diario de jornada de trabajo únicamente deben llevarlo a cabo las empresas para el cómputo de las horas extraordinarias y que, por lo tanto, si éstas no se efectúan, no estarán obligadas a tenerlo.

3.3.1 Resolución de la Audiencia Nacional

La AN en sus sentencias de la Sala de lo Social de 4 de diciembre de 2015 (número 301/2015) y, por analogía, en las sentencias de 6 de mayo de 2016 (num.77/2016) 19 de febrero de 2016 (número 25/2016), estima las demandas interpuestas por los actores y condena a las entidades financieras a *“establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores³⁰”*.

De este modo, la AN impone la obligación de establecer un registro diario de jornada de trabajo (se realicen horas extraordinarias o no) a las entidades financieras demandadas bajo la base de *“procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias”³¹*. En este sentido, este Tribunal considera que el artículo 35.5 ET obliga en todo momento a registrar el horario laboral ya que entiende que, sin dicho registro, no se puede acreditar la realización de horas que exceden la jornada ordinaria. Es decir, dicho registro es una herramienta para asegurar el control de las horas extraordinarias efectivamente realizadas por los trabajadores.

³⁰ SAN (Sala de lo Social) de 4 de diciembre de 2015 (núm. 301/2015). Fallo.

³¹ SAN (Sala de lo Social) de 4 de diciembre de 2015 (núm. 301/2015). FJ tercero.

Entiende que si dicho registro diario únicamente fuera obligatorio cuando efectivamente se realizasen las horas extraordinarias, “*se provocaría un círculo vicioso que vaciaría de contenido a esta institución y sus propios 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*³²”. Al fin al cabo, las horas extraordinarias son aquellas que se efectúan cuando se sobrepasa la jornada ordinaria. Y si dicha jornada ordinaria no se registra, no es posible apreciar si realmente se han realizado horas extraordinarias o no. En consecuencia, la única manera de hacer posible dicha apreciación es mediante la imposición de un control diario de jornada de trabajo efectiva.

En efecto, el Tribunal considera que únicamente se va a poder determinar si se han realizado horas extraordinarias, cuando se lleve a cabo un control exhaustivo de todas las horas trabajadas ya que sólo así va a ser posible comprobar si se ha excedido la jornada ordinaria laboral. Así, establece que sostener que el artículo 35.5 ET solamente exige a las compañías a registrar las horas extraordinarias estaría fuera de toda lógica pues la norma puede quedar fácilmente inutilizada por las entidades causando así un grave perjuicio a la salud laboral de los trabajadores³³.

Adicionalmente, la AN considera que, al contar las entidades financieras con una jornada ordinaria flexible, se hace necesario obligar a éstas a establecer un control diario de jornada que permita delimitar si realmente las horas que exceden de las 40 horas semanales a la hora de abonar los salarios son extraordinarias o simplemente parte de la fórmula de jornada distribuida irregularmente. Sin dicho control, los trabajadores no pueden saber si la jornada que están realizando por encima de la ordinaria es extraordinaria o de distribución irregular, las cuales son compensadas salarialmente de forma distinta como norma general (aunque ambas se remuneren de forma muy similar cuando se compensan con descanso)³⁴.

³² Hernández Basterra, M. *El registro de la jornada diaria y el control de las horas extraordinarias: un análisis de la situación tras la STS de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016)*. Ed. El Derecho. 2017. p. 3.

³³ Morales Valez, E. “El registro diario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias”. *Aranzadi social: revista doctrinal* n° 4/2016. pp.3-5.

³⁴ Bodas Martín, R. “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET. Rafael Moll Noguera”. *Revista de información laboral* n° 3/2016.

Cabe destacar, además, que parece evidente que, al estimarse la primera pretensión, automáticamente también se estima la relativa a que los representantes de los trabajadores tienen derecho a que les sea trasladada toda la información relativa a la realización de horas extraordinarias efectuadas por los trabajadores en cómputo mensual.

Finalmente, en lo que respecta a la alegación llevada a cabo por la parte demandada al establecer que no habían renunciado en absoluto a llevar un control de las horas de trabajo realizadas por sus empleados (pues éstos estaban obligados a informar a la empresa sobre cualquier circunstancia que les impida cumplir su jornada ordinaria a través de la Intranet de la empresa), el Tribunal considera que al ser dicho control el “*único medio de acreditar las horas extraordinarias*”, se está provocando una situación de indefensión de los trabajadores. En este sentido apunta que las entidades financieras se niegan a registrar la jornada diaria a pesar de fiscalizar estrictamente este aspecto, “*asegurando el cumplimiento íntegro de su jornada*” lo que, a su parecer, resulta inadmisibles pues no permite a los trabajadores y a sus representantes conocer qué jornada efectiva realizan³⁵.

3.3.2 Resolución del Tribunal Supremo

Tras las resoluciones de la AN, las entidades financieras deciden interponer un recurso de casación ante el TS que anula las sentencias comentadas y niega que se deba llevar un registro de la jornada de trabajo cuando no se realizan horas extraordinarias. En este sentido cabe destacar que existen dos resoluciones del Tribunal de última instancia. En primer lugar, la sentencia de 23 de marzo de 2017 (núm. 246/297) que hace referencia al caso Bankia y, en segundo lugar, la sentencia del TS, también de la Sala de lo Social, de 20 de abril de 2017 (núm 338/2017) que hace referencia al caso ABANCA³⁶. La segunda sentencia reitera la doctrina contenida en la primera, por lo que se va a proceder a unificar

³⁵ Yanini, Miñarro. M. “Más allá de las horas extras: la obligatoriedad del registro de la jornada diaria (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de febrero)”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, (397). 2016. p. 121-126.

³⁶ STS de 20 de abril de 2017 (num. 338/2017).

ambas en este mismo apartado. En consecuencia, esta doctrina pasa a constituir jurisprudencia conforme lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil³⁷.

Dicho esto, el Tribunal Supremo manifiesta que las entidades financieras demandadas no tienen la obligación de establecer un registro que controle la jornada diaria de trabajo efectiva de su plantilla, ya que la norma sólo impone dicho registro cuando se superen los límites que el ET establece respecto de la jornada ordinaria. Entiende que el Estatuto de los Trabajadores no obliga legalmente a establecer dicho control, sino que únicamente faculta a las compañías a establecerlo en virtud del artículo 20.3 de dicha Ley. En otras palabras, el registro de la jornada ordinaria no se trata de una obligación legal sino de una potestad empresarial.

El Tribunal declara que la finalidad del artículo 35.5 ET consiste en controlar las horas extraordinarias efectivamente realizadas por los trabajadores de la compañía (*“A efectos del cómputo de horas extraordinarias”*). De este modo, entiende que la norma no establece la obligación de registrar la jornada diaria laboral, sino únicamente al de las horas que exceden la jornada diaria. Por esta razón, el deber del registro no se contempla en el artículo 34 ET (dedicado al régimen la jornada ordinaria) sino en el 35 ET (dedicado a las horas extraordinarias)³⁸. Otro motivo es que en función del artículo 12.4 C) ET, los empresarios están obligados a registrar diariamente las horas trabajadas por los trabajadores a tiempo parcial, por lo que se entiende que esta norma no sería necesaria si el artículo 35.5 de la misma Ley se refiriera al control de la jornada ordinaria en vez de únicamente al de las horas extraordinarias efectuadas³⁹. Del mismo modo, este segundo motivo se refuerza con la existencia de una Ley (artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre Jornadas Especiales de Trabajo) que obliga a los trabajadores móviles, ferroviarios y de la marina mercante a llevar un registro de su jornada ordinaria. Estas

³⁷ Artículo 1.6 CC: *La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*

³⁸ Noguera Moll, R. “El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de jornada”. *Aranzadi Social*: revista doctrinal nº 5/2017. Pp. 3-6.

³⁹ Hernández Basterra, M. *El registro de la jornada diaria y el control de las horas extraordinarias: un análisis de la situación tras la STS de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016)*. Ed. El Derecho. 2017. p. 4.

leyes nos permiten apreciar cuando el legislador estima oportuno registrar la jornada diaria de trabajo. Y únicamente lo estima para determinados puestos de trabajo especiales.

El Tribunal de última instancia manifiesta que por complicado que sea para los representantes de los trabajadores comprobar la totalidad de horas extraordinarias realizadas por la plantilla, ello no implica que el legislador obligue a registrar la jornada ordinaria de trabajo. En este sentido declara que es *“cierto 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, pero de ‘lege data’ esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”*⁴⁰.

Es decir, entiende el TS que efectivamente una norma que obligara al registro diario de la jornada de trabajo podría ser de gran ayuda para el trabajador a la hora de comprobar las horas extraordinarias realizadas. Incluso establece que puede ser conveniente contar con una nueva legislación que imponga dicha obligación (“lege ferenda”). Sin embargo, dicha ley no ha sido promulgada hasta la fecha (“lege data”) y el Tribunal no puede sustituir al legislador imponiéndola por su propia cuenta. Es decir, no puede llevar a cabo una interpretación extensiva del artículo 35.5 ET que supone, además, la restricción de la libertad de empresa garantizada por la Constitución en su artículo 38.⁴¹

Asimismo, considera que la imposición de dicha Ley no consistiría simplemente en registrar la entrada y salida de los trabajadores al centro de trabajo, sino que sería mucho

⁴⁰ STS de 23 de marzo de 2017 (nº. 246/2017). FJ Quinto.

⁴¹ Artículo 38 CE: *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

más complicado. De acuerdo con esto, un control diario de la jornada puede desembocar en una *“injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador”* puesto que, al fin y al cabo, el empresario estaría controlando no sólo el trabajo realizado en el propio centro de trabajo, sino también el que se realice fuera del mismo. Esta actuación podría desembocar, consecuentemente, en una violación de los Derechos Fundamentales del trabajador.

Del mismo modo, afirma que esta solución no deja indefenso al trabajador ya que el empresario sigue estando obligado a notificarle las horas extraordinarias efectuadas o no efectuadas y, en caso de discrepancia, podrá reclamar dicha comunicación haciéndose valer del artículo 217-6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁴² y pudiendo hacer uso de cualquier medio de prueba admitido en Derecho que verifique la realización de las horas realizadas que superen la jornada ordinaria. Es más, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia nos ha demostrado que generalmente hace uso de las presunciones judiciales recogidas en el artículo 386 LEC⁴³ con el fin de evitar que el incumplimiento de la obligación de registrar las horas extraordinarias beneficien a las compañías⁴⁴. Es decir, normalmente una vez probadas la efectuación de las horas extraordinarias invocadas por los trabajadores, los tribunales presumen su efectiva realización.

Finalmente, el TS no entra a analizar la segunda pretensión (la que hace referencia a la obligación de trasladar toda información relativa a las horas extraordinarias realizadas a los representantes de los trabajadores) puesto que considera que va de la mano de la primera y, al desestimar ésta, también se desestima aquella.

⁴² Artículo 217-6 LEC: *6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.*

⁴³ Artículo 386 LEC: *A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

⁴⁴ Navarro Cuéllar. *El control de la jornada diaria de trabajo: ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la inspección de trabajo.* Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 44-2016 / 2016. pp.81-85.

En definitiva, el Alto Tribunal estima el recurso de casación de las entidades financieras y dicta que la Ley no recoge la obligación de registrar la jornada diaria de trabajo mientras no se supere los límites establecidos para la jornada ordinaria. Declara que puede ser conveniente aprobar una nueva Ley que regule dicha obligación pero que, hasta el momento, dicha Ley no existe y ni él ni ningún otro juez puede sustituir al legislador imponiendo dicha obligación.

Dicho esto, resulta necesario formular que el fallo ni es aceptado unánimemente por la Sala sino que ha sido objeto de discrepancia por varios magistrados, quienes, en líneas generales, sostienen que se debería haber desestimado el recurso de casación puesto que la no llevanza del registro diario de trabajo vacía completamente de contenido el artículo 35.5 ET⁴⁵. Alegan que la finalidad del artículo es conocer las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores para posteriormente abonarlas. Y dada la posibilidad de realizar más horas diariamente de las legalmente reconocidas por la existencia de la distribución irregular de la jornada, la única manera de saber a ciencia cierta si, en cómputo anual, se han efectuado horas extraordinarias, es a través de la llevanza del registro.⁴⁶

3.4 Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A pesar de las dos resoluciones del Tribunal Supremo en las que declaraba la no obligación por parte de los empresarios de registrar la jornada diaria de trabajo de su plantilla, la cuestión no termina aquí puesto que la Audiencia Nacional, por medio de Auto de fecha 19 de enero de 2018 y en el marco de una demanda de conflicto colectivo número 252/2017, ha interpuesto una cuestión prejudicial al TJUE para que *“determine si la legislación española y la interpretación de ella realizada por los Tribunales del país, adopta las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y de descanso semanal establecidas en la Directiva*

⁴⁵ Como señala la magistrada Lourdes Arastey Sahún, en su voto particular a la STS de 23 de marzo de nº 246/2017.

⁴⁶ Como señala Antonio V. Sempere Navarro en su voto particular a la STS de 23 de marzo de 246/2017.

2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, como en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”^{47 48}.

Conviene recordar que la cuestión prejudicial sólo se puede formular cuando ya se ha agotado la última instancia (es decir, en el caso de España, el Tribunal Supremo) y debe referirse siempre a la interpretación o validez del derecho de la Unión Europea. Finalmente cabe destacar que la decisión del TJUE es vinculante tanto para el órgano jurisdiccional competente como para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁹.

En dicho Auto se cuestiona si la interpretación jurisprudencial del Alto Supremo español es conforme a la normativa europea ya que no exige la llevanza de un registro diario de jornada de trabajo, alegando que sin el mismo no se puede verificar el cumplimiento de las limitaciones que imponen los artículos 3, 5, 6 y 22 de la Directiva.

Los aspectos esenciales de dicha Directiva son, por un lado, que la duración máxima de trabajo no puede superar las 48 horas semanales incluyendo las horas extraordinarias realizadas. Y por otro, que los trabajadores disfruten de un tiempo ininterrumpido de descanso diario de 11 horas por cada 24 trabajadas o de un día (24 horas) por cada siete días de trabajo⁵⁰. Además, el artículo 22 recoge una serie de disposiciones que permiten

⁴⁷ Satué González, S. *Nueva Cuestión Prejudicial al TJUE sobre la obligación de registro de jornada*. Ed. Legaltoday. 16 de febrero de 2018.

url: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/nueva-cuestion-prejudicial-al-tjue-sobre-la-obligacion-de-registro-de-jornada> (consultado a 18 de marzo de 2018)

⁴⁸ Artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.*

⁴⁹ Eur-Lex. *Planteamiento de cuestiones prejudiciales: recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales*. Eur-Lex.

URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114552> (consultado a 3 de abril de 2018)

⁵⁰ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo:

Artículo 3: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas.

Artículo 5: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3

al empresario no cumplir el artículo 26 (respetando, obviamente, *los principios de protección y salud del trabajador*) como que un empleado efectúe más de 48 horas semanales pero con su consentimiento.⁵¹

A juicio de la AN, el hecho de no obligar a los empresarios a llevar un registro de jornada de su plantilla deja en sus manos el control para que exista o no una superación de la jornada máxima permitida por la Ley. Por esta razón, cuestiona la doctrina del Tribunal Supremo y considera que la llevanza de este registro es la herramienta necesaria para evitar esta situación y para permitir que la Inspección de Trabajo verifique si los trabajadores superan la jornada ordinaria.

En concreto, la Audiencia Nacional plantea tres cuestiones al TJUE en las que se formula lo siguiente:

1. Si las medidas establecidas en los artículos 34 y 35 ET garantizan la efectividad de las limitaciones recogidas en la Directiva 2003/88/CE sobre la duración de la jornada laboral y descanso semanal para los trabajadores a tiempo completo que no se comprometen a realizar horas extraordinarias de manera expresa.

Artículo 6: *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores:*

- a) *se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales;*
- b) *la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.*

⁵¹ Artículo 22: 1. *Siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:*

- a) *ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;*
- b) *ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;*
- c) *el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;*
- d) *los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;*
- e) *el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16.*

2. Si la citada Directiva comunitaria es contraria a las interpretaciones que el Tribunal Supremo de España ha efectuado sobre los artículos 34 y 35 ET, rechazando la obligación por parte de los empresarios de llevar un registro diario de jornada de los trabajadores a tiempo completo.

3. Si el mandato europeo dirigido a los Estados Miembros establecido en el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Directiva 2003/88/CE referente a los límites de la duración de la jornada de trabajo queda amparado para los trabajadores con la interpretación de los artículos 34 y 35 ET del Alto Tribunal⁵².

A fecha de hoy, continuamos a la espera de la respuesta del TJUE y por tanto, el procedimiento en cuestión se encuentra en suspenso. Pero dependiendo de la mismo, se puede dar un importante vuelco en esta materia del Derecho Laboral.

⁵² García, R., Figueredo, M. *La Audiencia Nacional plantea tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la obligación de registro de la jornada de las empresas*. Ed. Ernst & Young. Febrero de 2018. p.3.

4. Consecuencias tras la Resolución del Tribunal Supremo: Posición de la Inspección de Trabajo y Proposición de Ley

4.1 Posición de la Inspección de Trabajo

4.1.1 Instrucción 3/2016 de 21 de marzo de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Tras las sentencias dictadas por la AN, la Inspección de Trabajo se puso manos a la obra mediante una campaña de control de cumplimiento de la jornada de trabajo. Esta campaña se dirige principalmente contra aquellas compañías en las que, según la Inspección de Trabajo, se realizan un mayor número de horas extraordinarias que no son registradas. Entre dichas compañías se encuentran las pertenecientes al sector objeto de estudio, es decir, el sector financiero.

En este sentido, con base a la doctrina de la Audiencia Nacional, la Inspección de Trabajo comenzó a levantar actas de infracción grave contra las compañías que incumplían la normativa sobre registro de trabajo diario, además de emitir un requerimiento para corregir dicha situación. Estas actas se fundamentaban en el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden Social⁵³ (LISOS).

Del mismo modo, elaboró una Instrucción (Instrucción 3/2016 de 21 de marzo) sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias en la que se estableció que *“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”*⁵⁴. El objetivo de esta Instrucción era evitar que los derechos de los trabajadores pudieran verse

⁵³ Artículo 7.5 RD 5/2000: *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.*

⁵⁴ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Instrucción 3/2016 de 21 de marzo sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.* Instrucción Segunda. p. 3.

perjudicados como consecuencia de la nueva flexibilidad de horario que ofrecen las normas laborales. En consecuencia, obligaba a las compañías a llevar un registro diario de jornada para no ser sancionadas ya que consideraba inaceptable “*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*”⁵⁵. Por otro lado, la Instrucción también recoge otra serie de reglas en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

Esta Instrucción exigía una serie de documentación a las compañías para no verse obligada a levantar acta de infracción. Esta documentación debía incluir un registro de horario de entrada y salida de los trabajadores (sin ser apto un registro general de horario sino que debía tratarse de las horas concretas en las que cada trabajador entraba y salía del centro de trabajo); debía estar disponible en todo caso en los centros de trabajo; y, además, debía documentarse de manera que se garantice la veracidad e invariabilidad de los datos (generalmente, el método preferible por la Inspección de Trabajo era aquel que incluía la firma de los trabajadores en registros en papel).

Cabe resaltar que, a raíz de esta Instrucción 3/2016 de 21 de marzo, se tiene constancia de que la Inspección de Trabajo ha levantado sucesivas actas de infracción por el incumplimiento de la llevanza de este registro de jornada diaria. La infracción por incumplimiento del artículo 7.5 LISOS era calificada como grave y la sanción a las empresas rondaba entre los 626 euros y los 6.250 euros⁵⁶.

En definitiva, la Instrucción 3/2016 de 21 de marzo obligaba a las empresas a establecer un registro diario de entrada y salida de cada trabajador de su plantilla y no únicamente cuando se realizaran horas extraordinarias sino en cualquier circunstancia. En caso de no

⁵⁵ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Instrucción 3/2016 de 21 de marzo sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias*. p. 2.

⁵⁶ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Guía Laboral - El control de las condiciones de trabajo, empleo, seguridad social y seguridad y salud en el trabajo*.

URL: http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_10/contenidos/guia_10_21_2.htm (consultado a 28 de marzo de 2018)

llevar este registro de jornada, la acción inspectora sancionaba a las empresas por infracción grave.

4.1.2 Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

Sin embargo, se puede decir que la tipificación del incumplimiento de llevanza de registro de jornada diaria de trabajo es, como mínimo, cuestionable. Es cierto que se debe (y, de hecho, se hace) levantar acta de infracción grave contra aquellas compañías que superan los límites de jornada ordinaria recogidos en la Ley. No obstante, mucho más discutible es el hecho de que se sancione a aquellas empresas que no lleven un registro diario de jornada laboral. Sobre todo, después de las dos sentencias dictadas por el tribunal de última Instancia en el año 2017.

En consecuencia, la Dirección general de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social ha confeccionado una nueva Instrucción (Instrucción 1/2017) que complementa la Instrucción 3/2016 de 21 de marzo. Esta nueva Instrucción tiene como objetivo adecuar la actividad inspectora a la nueva interpretación del artículo 35.5 ET y declara que *“la llevanza del registro de jornada no es una obligación exigible con carácter general, por lo que la omisión de dicho registro no es constitutiva, en cuanto tal, de una infracción del orden social”*⁵⁷. Es decir, la falta de registro del horario de los trabajadores ya no es constitutiva de infracción del orden social. Por otro lado, sí se mantiene esta obligación con respecto a los trabajadores a tiempo parcial, así como aquellos que pertenecen a los sectores de transporte por carretera, de marina mercante y ferroviario⁵⁸.

⁵⁷ Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social: *Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias*. p. 1.

⁵⁸ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Guía Laboral - El control de las condiciones de trabajo, empleo, seguridad social y seguridad y salud en el trabajo*. URL: http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_10/contenidos/guia_10_21_2.htm (consultado a 28 de marzo de 2018)

Cabe resaltar que el resto de los aspectos de la Instrucción se mantienen plenamente vigentes y, por tanto, actualmente, la Inspección de Trabajo sigue teniendo el deber de verificar si se está incumpliendo la obligación de registrar las horas extraordinarias. La única materia que ha quedado derogada es la de la obligación de llevar un registro diario laboral de la plantilla. Por lo tanto, con esta nueva Instrucción, los inspectores ya no tienen que comprobar si las empresas están llevando un adecuado registro de la jornada diaria de trabajo efectiva de cada trabajador como ocurría antes. En efecto, el nuevo criterio consiste en comprobar que las compañías están cumpliendo con el horario de trabajo y no están realizando horas que excedan de la jornada ordinaria sin ser registradas y que, por tanto, no se abonan.

No cabe duda de que con esta nueva Instrucción el inspector tiene que aumentar sus esfuerzos para demostrar que una empresa no está cumpliendo los límites legales de horario de trabajo. Y sólo si es capaz de acreditar que los trabajadores están realizando horas extraordinarias que no están siendo registradas no abonadas, podrá exigirse a las compañías que lleven el oportuno registro⁵⁹.

Resulta conveniente tener en cuenta que esto no quiere decir que las compañías no puedan llevar a cabo un registro de jornada diaria efectiva. Si las empresas lo emplean, ya sea porque realizan horas extraordinarias habitualmente, o porque se ha impuesto así convencionalmente, o simplemente porque lo desea para aportar mayor credibilidad frente a sus trabajadores, este registro se configura un medio de prueba eficaz y, probablemente, provocará que la compañía no sea continuo objeto de inspección.

En definitiva, la nueva Instrucción 1/2017 obliga a los inspectores a incrementar sus esfuerzos dada la mayor exigencia probatoria que reclama, ya que actualmente se ven obligados a comprobar el incumplimiento de los límites legales a través de otras medidas que requieren una labor más exhaustiva. De este modo, vemos como la esencia de la Instrucción 3/2016 se ha visto frustrada por la nueva interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 35.5 ET que no obliga a las compañías a llevar un registro diario de jornada efectiva de sus trabajadores.

⁵⁹ Sagardoy, I. “Registro de jornada e Inspección de Trabajo”. *Expansión*. 25 de mayo de 2017.

El problema que se plantea ahora es que va a ocurrir con aquellas empresas que han sido sancionadas por no llevar el registro diario que exigía la Instrucción 3/2016 de 21 de marzo. A día de hoy, los incumplimientos en materia de documentación de horas sólo podrán ser sancionados como falta leve (la sanción, por lo tanto, se situará entre 60 y 625 euros⁶⁰) y no como falta grave como establecía la anterior Instrucción. Ante esta nueva situación, consideramos tres posibles escenarios: primero, respecto de aquellos expedientes en los que aún esté abierta la vía administrativa, cabe alegar la nueva doctrina del Alto Tribunal con el fin de que se exima a las compañías de responsabilidad por no llevar el registro diario; segundo, en aquellos casos en los que se haya dictado resolución pero aún cabe la opción de impugnar la resolución judicialmente, se podría presentar la demanda alegando nuevamente la doctrina del Tribunal Supremo para que los Juzgados de lo Social lo tomen en consideración; tercero, en aquellos casos en los que se haya puesto fin a la vía administrativa y se haya agotado el plazo para interponer la demanda judicial, se puede o bien interponer un recurso extraordinario de revisión reclamando responsabilidad patrimonial del Estado o bien plantar la revisión del acto administrativo con el objetivo de que sea considerado nulo⁶¹.

4.2 Proposición de Ley de 15 de junio de 2017 sobre Registro de la Jornada Diaria de Trabajo

Tras las sentencias del Tribunal Supremo sobre los casos Bankia y ABANCA, el PSOE presentó el 15 de junio de 2017 una Proposición de Ley mediante la cual se pretendía modificar el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores. Dicha

⁶⁰ Navarro, C., Esparza, E. y Ceca, E. “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social modifica su criterio en relación con el registro de la jornada de trabajo”. *CMS Albiñana & Suárez de Lezo*. 8 de junio de 2017. URL:<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7841201b-7416-428b-a74f-52feb68d7fae> (consultado a 7 de abril de 2018)

⁶¹ Ríos, B. “La Posición de la Inspección de Trabajo respecto del registro horario”. *Garrigues*. 15 de junio de 2017. URL:<http://bloglaboral.garrigues.com/la-posicion-de-la-inspeccion-de-trabajo-respecto-del-registro-horario> (consultado a 7 de abril de 2018).

proposición imponía la obligación a los empresarios de registrar diariamente la jornada de su plantilla, incluyendo el horario de entrada y salida de cada trabajador⁶².

Es necesario recordar en este sentido que si bien el Alto Tribunal rechazó la obligación de los empresarios de llevar un registro diario de jornada puesto que no viene estipulado en la Ley, también destacó de “de lege ferenda” podría resultar conveniente llevar un registro “*que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias*”.

De este modo, el Partido político liderado por Pedro Sánchez propuso la reforma de este artículo del Estatuto de los Trabajadores fundada sobre la base de que la realización de horas de trabajo por encima de la jornada diaria sin ser reconocidas era ya una práctica habitual en multitud de empresas, entre las que destacan las entidades financieras. Esta “realidad cotidiana” afecta a dos elementos imprescindibles de la relación laboral, el salario y el tiempo de trabajo, pudiendo tener una fuerte influencia en la vida personal y emocional del trabajador, pues se dificulta la conciliación familiar. Además, también destaca que incide en las cotizaciones a la Seguridad Social⁶³. Cabe resaltar en este sentido, que en la redacción de la exposición de motivos de esta Proposición de Ley han participado personas que conocen perfectamente la realidad del mundo laboral, así como la diferencia entre el marco normativo que regula las horas extraordinarias y su verdadera aplicación o, mejor dicho, inaplicación⁶⁴. Estas personas son miembros de la Seguridad Social y de la Inspección de Trabajo.

Asimismo, establece que se ha dotado a las Ley de una necesaria flexibilidad horaria, pero que dicha flexibilidad no debe confundirse con *la relajación de las normas sobre*

⁶² Dominguez-Arias, A. *Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo*. Ed. IusLabor. 2017. p.13.

⁶³ PSOE. *Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 34 del real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, para incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador*. 2017. p. 2.

⁶⁴ Rojo Torrecilla, E. *Unas notas sobre la Proposición de Ley del PSOE, de 15 de junio de 2017, sobre registro de la jornada diaria de trabajo*. 18 de junio de 2017.

URL: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/06/unas-notas-sobre-la-proposicion-de-ley.html> (consultado a 15 de marzo de 2018)

jornada máxima y horas extraordinarias. Sino al contrario, es decir, el hecho de que exista la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de los trabajadores, hace aún más necesario controlar dicha jornada de trabajo mediante el establecimiento registro diario.

No obstante, con la reforma laboral, existen claras evidencias de que multitud de compañías no están cumpliendo el horario pactado, causando un grave perjuicio a los trabajadores. Por esta razón, la exposición de motivos termina enunciando que el registro diario de jornada laboral es absolutamente necesario con el fin de poder controlar esta situación, se realicen o no horas extraordinarias. De este modo, se garantizarán los derechos de los trabajadores ya que podrán demostrar lo que trabajan y, cobrar y cotizar todas las horas realizadas.

En consecuencia, esta Proposición de Ley propone modificar el artículo 34 ET. Pero, para ello, añade, es preciso modificar al mismo tiempo otros dos preceptos: el artículo 4.2 ET y el artículo 7.5 LISOS.

En primer lugar, se propone la inclusión dentro del artículo 4.2 ET de un nuevo apartado g) que establezca lo siguiente: “2. *En la relación de trabajo, las trabajadoras tienen derecho: g) a la distribución regular de su jornada*”⁶⁵. Cabe pensar que al mencionar este artículo a “las trabajadoras”, en realidad está refiriéndose a “la persona trabajadora” y que, por tanto, engloba a toda aquella persona que presta servicios por cuenta ajena recogida en el artículo 1 ET.

A continuación, se propone la modificación del artículo 34.1 ET añadiendo, tras el inciso que establece que la jornada laboral “será la pactada en los convenios colectivos y contratos de trabajo”, lo siguiente:

⁶⁵ PSOE. *Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 34 del real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, para incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador. Num. 139-1. 2017. p. 5.*

“La jornada de cada persona trabajadora se registrará día a día. Este registro de jornada será diario y deberá incluir el horario concreto de entrada y salida de cada persona trabajadora.

La organización del registro de jornada y el acceso de la persona trabajadora al mismo se realizará en la forma establecida en los convenios colectivos de aplicación”.

Además, esta Propuesta también pretende que dichos registros sean conservados por las empresas durante cuatro años para que permanezcan *“a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”*⁶⁶.

Finalmente, se plantea la modificación del artículo 7.5 LISOS con el fin de que la *“transgresión de las normas relativas a la obligación de registro de la jornada...”* sea considerada como infracción grave y se sancione, en consecuencia, con una multa de hasta 6.250 euros.

Como era de esperar, ante esta Proposición de Ley del Partido socialista, hay quienes están a favor de la misma y hay quienes se posicionan en contra. Así, por un lado, hay quienes consideran que esta medida debe ser aprobada con el fin de garantizar los derechos de los trabajadores mientras que, por otro lado, hay quienes consideran que supone un atraso y vuelta a la rigidez laboral existente antes de la reforma⁶⁷, o que el control de la jornada de trabajo choca con los modelos laborales actuales, en los que *“el trabajo se mide más por los resultados que por el presentismo”*⁶⁸.

⁶⁶ PSOE. *Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 34 del real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, para incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador.* Num. 139-1. 2017. p. 5.

⁶⁷ Sánchez Marín, J. reproduce palabras de Godino, M. (2017). *“Expertos en Derecho del Trabajo cuestionan la propuesta del PSOE de volver a regular la jornada laboral”.* *Conflegal.* 2017.
URL: <https://conflegal.com/20170617-expertos-en-derecho-del-trabajo-cuestionan-la-propuesta-del-psoe-de-volver-a-regular-la-jornada-laboral/> (consultado a 17 de marzo de 2018).

⁶⁸ Sánchez Marín, J. reproduce palabras de BEL, T. *“Expertos en Derecho del Trabajo cuestionan la propuesta del PSOE de volver a regular la jornada laboral”.* *Conflegal.* 2017.
URL: <https://conflegal.com/20170617-expertos-en-derecho-del-trabajo-cuestionan-la-propuesta-del-psoe-de-volver-a-regular-la-jornada-laboral/> (consultado a 17 de marzo de 2018).

Esta Proposición de Ley aprobada el 17 de octubre de 2017 por el Pleno Congreso de los Diputados, quien considera que es esencial para garantizar la calidad del empleo y mejorar las cotizaciones. La Proposición ha contado con el apoyo Podemos, PNV y UPN, mientras que Ciudadanos se y PP se abstuvieron (en total, 155 votos a favor y ninguno en contra)⁶⁹. Actualmente, la Proposición se remitida en la comisión para la votación de enmiendas antes de que sea remitida al Senado y se apruebe definitivamente⁷⁰.

4.2.1 Varias consideraciones sobre la Proposición de Ley

Llama la atención, en primer lugar, la consideración que hace la Proposición de definir como un derecho de los trabajadores la “distribución regular de los trabajadores”. Este derecho choca frontalmente con la flexibilidad que el legislador quiso dotar a nuestro derecho laboral con la reforma de 2012. Es más, se supone que uno de los objetivos principales de dicha Proposición consiste en controlar la distribución irregular de la jornada de trabajo (que es precisamente de lo que hablan las Sentencias de la AN y TS analizadas, así como de las Instrucciones de la Inspección de Trabajo). El hecho de que exista una distribución irregular de jornada es lo que hace necesario que se establezca un control diario del horario de trabajo. Por esta razón, considerar la “distribución regular de jornada” como un derecho de los trabajadores no sólo contradice la esencia del Estatuto de los Trabajadores, sino que resulta incoherente con la propia Proposición de Ley. En consecuencia, el inciso debe procurar que los trabajadores conozcan la manera en que se distribuye su jornada y no que ésta se distribuya regularmente.

Adicionalmente, considero que para que nuestro Derecho goce de una normativa clara, al tiempo de modificar el artículo 34.2 ET es necesario cambiar o incluso eliminar otra serie de preceptos. Así, por un lado, es imprescindible reformar el artículo 34.1 ET que al establecer que “*la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual*” pueden resultar confuso con el registro diario de jornada que pretenden aplicar los socialistas. No tiene sentido imponer

⁶⁹ Munera, I. *El Congreso tramitará la ley que obliga a las empresas a registrar las horas trabajadas*. El Mundo. 17 de octubre de 2017.

⁷⁰ Duro, S. . *La obligación de registro...*Op.cit.

una “distribución regular de jornada” y al mismo tiempo establecer que la jornada ordinaria se puede distribuir irregularmente entre las distintas semanas del año siempre que no se superen las 40 horas semanales en promedio. Del mismo modo, parece que el precepto principal de la proposición pretende cambiar la semana por el día como unidad de cómputo de las horas realizadas por los trabajadores. No obstante, para que ello surta efecto, puede ser conveniente alterar simultáneamente aquellos preceptos que conciben la semana como unidad de cómputo (por ejemplo, el propio artículo 34.1 ET).

Siguiendo con esta misma línea, la propia modificación del artículo 34.2 ET puede resultar caótica si no se eliminan los artículos 12.4 ET y artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre Jornadas Especiales de Trabajo, ya que imponer por un lado la obligación de registrar diariamente el trabajo de determinados grupos de trabajadores y por otro la de todos los trabajadores puede confundir a ciertos individuos a la hora de interpretar la Ley. Por esta razón, eliminar dicho registro de jornada en grupos concretos es otra de las consideraciones que debería tener en cuenta la presente Proposición.

Además, el nuevo precepto establece que el *registro de jornada será diario y deberá incluir el horario concreto de entrada y salida de cada persona trabajadora*. Vemos como el inciso regular perfectamente el registro diario de los trabajos que se realizan en un lugar físico determinado, pero nada dice de aquellos trabajos que se llevan a cabo fuera del centro de trabajo (por ejemplo, teletrabajo, la labor de ciertos comerciales, los que trabajan desde casa...). En consecuencia, se podría pedir que la Proposición fuera más concisa y eliminase las palabras “entrada” y “salida” ya que parecen hacer alusión un espacio físico concreto y determinado⁷¹.

Finalmente, la Proposición también plantea que la “*transgresión de las normas relativas a la obligación de registro de la jornada*” sea considerado como una infracción grave independientemente de que se cumplan o no las normas sustantivas que pretende proteger; es decir, la transgresión de las normas referentes a la distribución irregular de jornada o a las relativas a las horas extraordinarias. Es muy importante tener esto en cuenta ya que, a pesar de tratar de proteger esos derechos de los trabajadores, al final se está imponiendo una obligación más separada del resto ya vigentes.

⁷¹ Dominguez Arias. A. *Registro de jornada y ...*, op. cit. p.16

5. Formas de Registrar el Horario de Trabajo y Consecuencias para las entidades Financieras

5.1 Formas de registrar el Horario de Trabajo

En el supuesto caso de que se aprobase definitivamente la Proposición sobre el registro de jornada o de que el TJUE resolviera imponiendo la obligación a las compañías de registrar el horario laboral de sus plantillas, nos preguntamos de qué manera pueden cumplir con esta obligación. Cabe resaltar que dicho registro debería incluir, según el Real Decreto Ley 16/2013, la identidad de la empresa, identificación del trabajador, el horario de trabajo del mismo pactada con la empresa y fijada en el contrato, las horas de trabajo realizadas diariamente (desglosadas entre ordinarias y extraordinarias), la firma del representante legal de la compañía y, por último, se debe entregar un recibo al trabajador y a los representantes del mismo si lo solicitasen⁷² Si bien es cierto que el horario de trabajo desempeñado dentro del propio centro de trabajo es sencillo de controlar (registrando la entrada y salida del mismo, como ya ocurre en determinadas empresas como Repsol, BBVA...), no es tan fácil cuando se trata de trabajos no presenciales (como el realizado por los teletrabajadores, el de determinados comerciales...), ya que se corre el riesgo de vulnerar el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 CE⁷³.

En lo que respecta al teletrabajo, el artículo 13 ET lo define como aquel que se realiza en un “lugar libremente elegido” por el trabajador y siempre que sea fuera del centro de trabajo. En este sentido, cabe destacar en este sentido una resolución del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015) en el que declaró que el derecho a la intimidad e “*inviolabilidad del domicilio son derechos del trabajador que mora en él y no de la empresa, por lo que no pueden ser invocados por ésta en contra del trabajador. En el caso del trabajo a domicilio, si la empresa*

⁷² Santos, J. *Cómo registrar la jornada de los trabajadores*. 13 de mayo de 2016.
URL:<https://infoautonomos.eleconomista.es/contratar-trabajadores/registrar-jornada-trabajadores-inspeccion-trabajo/> (consultado a 5 de abril de 2018)

⁷³ López Cumbre, L., Revuelta García, M., Badiola Sánchez, A., Cimas Soto, M. y Lantarón Barquin D. “Dinámica de la relación laboral. Cap.2: *Excesos de jornada. Sistema de registro de la jornada diaria efectiva*. *Bankia. Aranzadi Social*: revista doctrinal nº 186/2016. Pp 13-27

establece normas sobre tiempo de trabajo e instrumentos de declaración y control, como es su obligación, será el trabajador el que pueda rechazar los mismos”⁷⁴. A raíz de esta sentencia, se formularon otras que se unieron a la misma (AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 207/2015, de 04/12/2015, Rec. 301/2015, AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 25/2016, de 19/02/2016, Rec. 383/2015 y AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 77/2016, de 06/05/2016, Rec. 59/2016).

Sin embargo, el teletrabajo puede controlarse comprobando la conexión del trabajador a la Intranet empresarial y la actividad efectuada por el mismo en la red. Esta práctica es aprobada por el mismo Tribunal quien consideró que no supone una “*invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio*” y que, en consecuencia, no vulnera los mencionados derechos fundamentales. Añade, además, que dicho control del trabajo a distancia debe quedar perfectamente especificado en el convenio colectivo aplicable o contratos de trabajo de los teletrabajadores. Esto quiere decir que el empresario, previo acuerdo con el trabajador, puede comprobar el tiempo que el trabajador ha estado activo en la red. Sin embargo, este sistema no le permite conocer si realmente el trabajador se encuentra detrás de la pantalla de su ordenador, sino que se debe fiar de la buena fe de este.

Cabe destacar que, confiando aún más en la buena fe del trabajador, multitud de empresas realizan su registro manualmente. Es decir, siendo el propio trabajador quien inserta los datos correspondientes a la jornada realizada diariamente.

Por otro lado, en la actualidad se han creado diversas aplicaciones que permiten controlar a los empresarios controlar el horario laboral de sus trabajadores, como *Efectivus*, *Superrheroes* o *Time@Work*, entre otras, en las que simplemente los trabajadores deben abrir la *app* en el momento de empezar a trabajar y cerrarla cuando finalicen su jornada. DE todas maneras, no nos vamos a parar a explicar más detalladamente su funcionamiento.

No obstante lo anterior, la mayoría de empresarios dan preferencia a la autonomía del trabajador y su capacidad para autogestionarse el tiempo de trabajo. Confían en su responsabilidad y, en parte, esgrimen que esa es la principal razón por la que se les permite

⁷⁴ STSJ de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016 (Rec. 2229/2015). FJ Cuarto.

trabajar a distancia, ya sea en su domicilio o en cualquier otro lugar libremente elegido por los mismos. En consecuencia, se les asignan unos objetivos que deberán cumplir en un periodo determinado gestionándose su jornada diaria laboral autónomamente⁷⁵.

De manera similar trabajan, por ejemplo, los comerciales que desarrollan su trabajo de manera no presencial, pues dedican la mayor parte del mismo a buscar clientes que, evidentemente, no se encuentran en el centro de trabajo. De este modo, las opciones son dos: o bien confiar en la buena fe del trabajador (quien de forma leal debe registrar su horario diario de trabajo) o bien establecer unos objetivos para un periodo determinado de tiempo que los trabajadores deben cumplir, permitiéndoles autogestionar su tiempo libremente.

Cabe destacar finalmente el último plan estratégico de la Inspección de Trabajo que ha sido aprobado por el Gobierno. Mediante esta aprobación, el Gobierno desarrollará la Ley ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que fue aprobada en la pasada legislatura. Dicho plan tiene como objetivo, entre otros, en control de las horas ejercidas por los trabajadores⁷⁶. Dicho control se efectuará “consagrando un modelo más eficiente de Inspección, actualizando los medios operativos con la última tecnología y reforzando la independencia técnica del personal inspector”⁷⁷.

5.2 Consecuencias de la implantación de un sistema de registro laboral diario para las entidades financieras

A raíz de la decisión de la Audiencia Nacional sobre el caso Bankia, la preocupación de multitud de entidades financieras se acrecentó ya que se dieron de que no sólo podían ser

⁷⁵ BCN Consultors de confiança. *Regulación del teletrabajo y control de la jornada laboral*. Febrero de 2018.

URL: <http://bcnconsultors.com/control-jornada-teletrabajo/> (consultado el 4 de abril de 2018).

⁷⁶ RTVE. *El Gobierno aprueba el plan estratégico de la Inspección de Trabajo*. Marzo de 2018.

URL: <http://www.rtve.es/noticias/20180406/gobierno-aprueba-plan-estrategico-inspeccion-trabajo/1710380.shtml> (consultado a 8 de abril de 2018).

⁷⁷ Del Prado, J.. *Llega la Reforma de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. 2018.

URL: <https://www.imf-formacion.com/blog/prevencion-riesgos-laborales/actualidad-laboral/llega-la-reforma-de-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social/> (consultado el 8 de abril de 2018)

sancionadas con una infracción grave por la no llevanza del registro diario, sino que también podían ser obligadas a implementar el mismo. Más tarde, las resoluciones del Tribunal Supremo supusieron un alivio para estas compañías. Sin embargo, como hemos podido observar, la cuestión aún no ha finalizado, sino que tendremos que esperar a la respuesta del TJUE. Por esta razón, resulta conveniente llevar a cabo un análisis sobre las consecuencias que puede suponer la llevanza de un registro de estas dimensiones para las entidades financieras.

En primer lugar, es evidente que existe una consecuencia económica ya que la llevanza del registro supone un gasto para las entidades financieras. Este registro puede hacerse en forma de papel o electrónica. A priori, la simple implementación del registro no tiene que suponer un importante gasto. No obstante, las compañías deberán asimismo contratar nuevo personal que se encargue de manejar y controlar dicho registro.

Del mismo modo, dado que no se podrán establecer unos objetivos para que los trabajadores se autogestionen su tiempo con el fin de conseguirlos, sino que se abonarán todas las horas trabajadas independiente de los mismos, las compañías se verían obligadas a llevar un control mucho más exhaustivo de los trabajadores, controlando minuciosamente los descansos para el café, para dialogar con los compañeros o, incluso, para ir al servicio. Estas medidas también suponen un gasto pues, en el caso de las entidades financieras donde existe un importante número de trabajadores, las compañías tendrán que contratar a otro personal que se dedique a realizar esta labor de control.

Por otro lado, en lo que respecta al trabajo a distancia o teletrabajo, las compañías se van a mostrar más reacias a la hora de ofrecer esta oportunidad a los trabajadores ya que, como hemos visto, se deben fiar de la buena fe de los trabajadores ya que no podrán controlar visualmente si los empleados están realmente trabajando. En consecuencia, se corre el riesgo de crear una relación menos amistosa entre trabajador-empresario que, a largo plazo, puede igualmente acabar en una menor dedicación del trabajador hacia la compañía y, por lo tanto, en una grave consecuencia económica para la misma.

Siguiendo con esta línea, además, las empresas deberán cuidar con atención la forma de llevar el registro de la jornada, procurando en todo caso no sobrepasar la delgada línea que separa a este control empresarial con la violación del derecho a la intimidad personal

y familiar de los trabajadores (artículo 18 CE). Como bien es sabido, dicho derecho es considerado por nuestro ordenamiento jurídico como un Derecho Fundamental y, por tanto, su violación puede suponer la imposición de una sanción muy grave.

Como se puede apreciar, la imposición de este registro puede acarrear serias consecuencias para las compañías. Y estas consecuencias no son únicamente económicas, sino que también puede conducir a la ruptura de la relación trabajador-empresario, lo cual no beneficia a ninguna de las dos partes.

6. Opinión Crítica

Hemos visto como el establecimiento de un registro diario de jornada efectiva de trabajo puede acarrear una serie de consecuencias para las entidades financieras. Destacábamos el hecho de que estas consecuencias también podían acabar afectando a los trabajadores por la ruptura de la relación con el empresario que podía ocasionar dicho registro (y, sobre todo, control). Sin embargo, esto no quiere decir que no considere necesaria la imposición de dicha obligación. Es más, mi propia experiencia personal y la de varios compañeros me permiten confirmar que numerosas entidades financieras incumplen los horarios pactados con sus trabajadores, sobrepasando la jornada ordinaria y abonando menos de la mitad de las horas extraordinarias realizadas.

A pesar de ello, en lo que respecta a las resoluciones de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo analizadas, mi posición coincide con la del Alto Tribunal. En este sentido, la principal función de los jueces es aplicar la Ley vigente y, nos guste o no, nuestro Derecho Laboral actual no contiene ningún precepto que obligue a las empresas a registrar día a día la jornada de sus empleados⁷⁸. Sí existe, en cambio, una ley que otorga al empresario la facultad de “*adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones*” (artículo 20.4 ET). Por esta razón, hasta que no se promulgue una Ley que obligue a los empresarios a registrar la jornada ordinaria de los trabajadores, no se puede sancionar a los mismos por no hacerlo. No puede un juez español obligar a hacer algo que no viene recogido en la legislación⁷⁹.

No obstante, los empresarios sí que están obligados por Ley a registrar las horas extraordinarias efectuadas por sus trabajadores. Y simplemente viendo los datos reflejados por el INE, el cual refleja que prácticamente la mitad de las horas extraordinarias realizadas en España por los trabajadores no se registran y, consecuentemente, no se abonan, nos llevan a considerar la necesaria imposición de

⁷⁸ Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T., *Derecho del trabajo. Tomo II... op. cit*, p.357.

⁷⁹ Noguera Moll, R. “El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no... Op.cit. P. 4

una Ley que obligue a los empresarios a registrar todas las horas realizadas por su plantilla ya que, sólo así se pueden computar las verdaderas horas extraordinarias ejercidas por la misma.

Es cierto que en 2012 el legislador quiso dar cierta libertad a los empresarios para que distribuyeran la jornada de trabajo como ellos consideraran más conveniente. Una medida muy efectiva y, sobre todo, muy necesario para los tiempos que corrían. Sin embargo, multitud de empresarios se han aprovechado de la situación y han incumplido sus contratos con los trabajadores, causando un grave perjuicio a su seguridad y salud, así como de la conciliación de la vida profesional y personal.

Cabe destacar, adicionalmente, que es evidente que la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de los trabajadores dificulta enormemente la llevanza de un registro diario de jornada ordinaria para determinar las horas extraordinarias realizadas⁸⁰. Si la jornada anual se puede distribuir irregularmente, resulta imposible determinar las horas extraordinarias realizadas mensualmente, sino que habrá que esperar a que finalice el año para poder hacerlo⁸¹. Sin embargo, tal y como ha declarado Miguel Basterra Hernández, existe una sencilla solución a este problema. Esta solución consiste en establecer un mecanismo que permita diferenciar si las horas trabajadas diariamente que de las legalmente reconocidas, son horas extraordinarias o si, por el contrario, pertenecen a la propia distribución flexible de la jornada ordinaria. Sería tan sencillo como poder fijar un parámetro que reconozca como hora extraordinaria aquella que ha superado la jornada ordinaria máxima reconocida diariamente y que, no haya sido clasificada por el empresario como perteneciente a la distribución irregular de jornada⁸². De esta manera, se va a poder controlar no sólo las horas extraordinarias, sino también la flexibilidad con la que el legislador ha dotado al empresario.

⁸⁰ Mercader Uguina, J.R. *La jornada...* Op.cit. pp.35-46.

⁸¹ López Cumbre, L., Revuelta García, M., Badiola Sánchez, A., Cimas Soto, M. y Lantarón Barquin D. "Dinámica de la relación laboral. Cap.2: *Excesos de jornada. Sistema...* Op.cit. Pp 13-27

⁸² Hernández Basterra, M. (2017). *El registro de la jornada diaria y el control...* Op.cit. Página 7.

Además, la función que el legislador quiso dar al artículo 35.5 ET es que los trabajadores tuvieran un medio de prueba documental que demuestre las horas extraordinarias realizadas por los mismos⁸³. Por esta razón, parece evidente que para llegar a la consecución de ese objetivo, es necesario reformar la ley y que se obligue claramente (sin confusión alguna) a llevar este registro de jornada⁸⁴.

El registro de jornada ordinaria va a servir a los trabajadores como un medio de prueba frente a reclamaciones por exceso de jornada. Es cierto que el artículo 217 LEC permite al trabajador hacer uso de cualquier medio de prueba admitido por Derecho para demostrar la realización de horas extraordinarias y que, en estas situaciones, por ser el trabajador la parte débil de la relación, el juez suele hacer uso de las presunciones judiciales para admitir la verdadera realización de las mismas. Sin embargo, no se permite la presunción automática ya que el empresario puede probar en contrario. Por ello, la llevanza de un registro despejaría toda duda acerca de su verdadera realización y facilitaría y agilizaría enormemente este tipo de procedimientos⁸⁵.

Igualmente, se facilitaría la tarea de la Inspección de Trabajo que, a día de hoy, tiene que hacer uso de otros medios para comprobar el cumplimiento de los límites legales por las entidades financieras: entrevistas sin la presencia del empresario, revisión de nóminas, corroboración de conceptos retributivos “sospechosos” ...⁸⁶. Como bien se ha comentado antes, ante estas pruebas indiciarias los Tribunales suelen resolver a

⁸³ Morales Valez, E. “El registro diario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias”. *Aranzadi social: revista doctrinal* nº 4/2016. pp.3-5.

⁸⁴ En extenso:

Cubo Mayo, A. *El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario*. Ed. La Ley. 21 de marzo de 2018. p. 5.

Sempere Navarro, A. “El registro empresarial de la jornada efectiva”. *Aranzadi Social: revista doctrinal* nº 6/2017. 2017. pp. 2-10.

Agustí Juliá, J. en su Voto particular STS de 23 de marzo de 246/2017.

⁸⁵ Bodas Martín, R. “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de...” Op.cit.

⁸⁶ Prieto Panadero, B. y Macías Escudero, M. “Cuatro razones por las que llevar un registro diario de la jornada de los trabajadores”. *Conflegal*. 19 de julio 2017.

URL: <http://www.legaltoday.com/blogs/fiscal/blog-deloitte-abogados/cuatro-razones-por-las-que-llevar-un-registro-diario-de-la-jornada-de-los-trabajadores> (consultado a 1 de abril de 2018)

favor de los trabajadores, aunque los empresarios siempre gozarán de la presunción de inocencia y podrán probar en contrario. En consecuencia, la llevanza de un registro de jornada laboral no sólo facilitaría la labor de la Inspección de Trabajo, sino que también puede suponer una presunción de prueba fehaciente y material para las compañías contra la presunción de certeza de las medidas probatorias empleadas por la Inspección de Trabajo.

En definitiva, considero que las evidencias acerca del incumplimiento del horario de trabajo por parte de las entidades financieras y el consecuente perjuicio que se está causando a multitud de trabajadores hacen que la llevanza de un registro ordinario de jornada de trabajo efectiva sea la única manera de comprobar fehacientemente si la empresa está cumpliendo los límites legales. Sin embargo, hasta que no se promulgue una Ley que obligue a hacerlo, ningún juez puede obligar a las empresas de forma unilateral, por lo que la respuesta del Tribunal Supremo es, a mi parecer, la más correcta. A pesar de ello, quizás va siendo ya hora de que el legislador se de cuenta de esto y modifique la legislación laboral evitando así de una vez por todas que los empresarios se aprovechen de los resquicios legales.

7. Conclusión

La cuestión laboral sobre la obligación de las entidades financieras de establecer un registro diario de jornada de trabajo efectiva ha ostentado diversos enfoques desde la demanda interpuesta por el sindicato contra Bankia hasta la actualidad.

La Audiencia Nacional, en un primer momento, resolvió considerando que el Estatuto de los Trabajadores obligaba a la entidad demandada a constituir dicho sistema de registro y a trasladar toda la información referente a la realización de las horas extraordinarias a los representantes de los trabajadores. En este sentido, el Tribunal declaró que este era el medio a través del cual se permitía corroborar el cumplimiento de los límites legales por parte de la compañía y, además, suponía poner a disposición de los trabajadores “un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias”.

A raíz de esta sentencia, surgieron otras de gran similitud en las que la Audiencia Nacional resolvió igualmente a favor de la parte actora. La Inspección de Trabajo, por su parte, comenzó a levantar actas de infracción contra aquellas compañías que no disponían del mencionado registro de jornada ordinaria, fundamentándose en el artículo 7.5 LISOS.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo posteriormente estimó los recursos interpuestos por las entidades financieras demandadas. El Alto Tribunal destacó que en la legislación española no existe ningún precepto que obligue a las compañías a establecer un registro diario de jornada laboral, sino más bien al contrario⁸⁷. Manifestó hasta en dos ocasiones que el Estatuto de los trabajadores facultaba a los empresarios a adoptar las medidas necesarias que considerara necesarias para controlar el cumplimiento de las obligaciones de su plantilla, pero no le obligaba. Según el artículo 35.5 ET Sólo están obligados a registrar las horas extraordinarias.

Sin embargo, también proclamó que una norma que obligue a los empresarios a la llevanza del registro puede ser muy conveniente ya que facilitaría al trabajador enormemente la prueba de la realización de horas que exceden los límites legales. Pero

⁸⁷ López Cumbre, L., Revuelta García, M., Badiola Sánchez, A., Cimas Soto, M. y Lantarón Barquin D. “Dinámica de la relación laboral. Cap.2: *Excesos de jornada. Sistema de...* Op.cit. Pp 13-27.

mientras dicha norma no esté promulgada, ningún juez puede imponer dicha obligación unilateralmente, sino que es el legislador quien debe tomar la iniciativa.

Como consecuencia, la Inspección de Trabajo se vio obligada a modificar la Instrucción 3/2016 sobre el control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, con el fin de adecuarlo a la interpretación del artículo 35.5 ET del Tribunal de Última Instancia.

Por otro lado, dichas resoluciones sirvieron como base para la posterior elaboración de una Propuesta de Ley por parte del Partido Socialista Obrero Español, cuyo objetivo no era otro que corregir las sucesivas vulneraciones legales de los empresarios en lo que respecta al horario de trabajo de sus empleados, especialmente en las entidades financieras. Dichos incumplimientos, sigue exponiendo la Proposición, deben cesar cuanto antes pues perjudican gravemente la vida personal y emocional del trabajador. Por esta razón, el partido de Pedro Sánchez propuso en junio de 2017 una ley que impusiera la obligación a los empresarios de registrar diariamente la jornada de su plantilla, incluyendo el horario de entrada y salida de cada trabajador.

Esta iniciativa parlamentaria propone la modificación de tres preceptos. Sin embargo, a nuestro parecer, necesita ser perfeccionada para entrar en vigor. Se requiere que se realicen otras modificaciones legales y que se eliminen determinados preceptos. Así, por ejemplo, con el objetivo de no causar confusión alguna, se deben eliminar las normas que establecen la obligación de registrar la jornada ordinaria de ciertos sectores o modificar aquellas que conciben la semana como unidad de cómputo. A pesar de ello, la Proposición no ha sido aprobada por el momento.

No obstante, la cuestión no ha terminado aún puesto que la Audiencia Nacional ha formulado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que determine si la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 35.5 ET es conforme al Derecho Comunitario.

Es evidente que el registro de jornada ordinario puede ser complicado en determinados casos. Por ejemplo, cuando se trata de registrar el trabajo a distancia o teletrabajo. A pesar de que en la actualidad existen una serie de medios que ayudan a hacerlo, no cabe duda de que dicho registro puede acarrear una serie de consecuencias para la empresa. Y no

sólo para la compañía, sino también para los trabajadores pues se puede crear un clima de tensión en la relación trabajador-empresario.

Sin embargo, los excesivos incumplimientos de jornada máxima de trabajo en España tras la reforma laboral de 2012 hacen que dicho registro sea necesario. Y esto no quiere decir que se le reste flexibilidad al ordenamiento jurídico laboral español, sino que el registro puede perfectamente complementarse con la distribución irregular de jornada.

Sea como fuere, de momento las entidades financieras van ganando la partida puesto que no existe obligación de establecer un registro diario de jornada. En consecuencia, no se puede sancionar a las compañías por no ostentarlo. Con todo, la cuestión sigue vigente y tendremos que esperar a la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

8. Bibliografía

Legislación:

Constitución Española, 1978.

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Instrucción 3/2016 de 21 de marzo sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias*. Instrucción Segunda. pp. 1-7.

Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social: *Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias*. pp. 1-5.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto 1561/1995 (RCL 1995, 2650) de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo.

Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 34 del real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, para incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador.

Jurisprudencia:

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 207/2015 de 4 diciembre.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 25/2016 de 19 febrero. JUR 2016\43642.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 77/2016 de 6 mayo. JUR 2016\105538.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016 (Rec. 2229/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 246/2017 de 23 marzo. RJ 2017\1174.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1044/2017 de 20 diciembre. RJ 2017\6127.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 338/2017 de 20 abril. RJ 2017\1869.

Obras doctrinales:

Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T., *Derecho del trabajo. Tomo II. Jornada de Trabajo*. Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia 2002, pp 330-370.

BCN Consultors de confiança. *Regulación del teletrabajo y control de la jornada laboral*. Febrero de 2018.

URL: <http://bcnconsultors.com/control-jornada-teletrabajo/> (consultado el 4 de abril de 2018).

Bodas Martín, R. “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET. Rafael Moll Noguera”. *Revista de información laboral* nº 3/2016.

Cifuentes, D. “Registro horario, ¿se ha dicho la última palabra?”. *CincoDías*. 25 de mayo de 2017.

Cubo Mayo, A. A. *El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario*. Ed. La Ley. 21 de marzo de 2018. Pp 3-6.

Del Prado, J.. *Llega la Reforma de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. 2018.

URL: <https://www.imf-formacion.com/blog/prevencion-riesgos-laborales/actualidad-laboral/llega-la-reforma-de-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social/> (08/04/2018).

Dominguez-Arias, A. *Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo*. Ed. IusLabor. 2017. pp.4-13.

Duro, S. “La obligación de registro de jornada laboral diaria, a debate”. Legaltoday. 27 de noviembre de 2017

URL: <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/la-obligacion-de-registro-de-jornada-laboral-diaria-a-debate> (consultado a 17 de febrero de 2018)

EAL. *Comentario sobre la Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias*. 22 de marzo de 2018. Pp1-3

Hernández Basterra, M. *El registro de la jornada diaria y el control de las horas extraordinarias: un análisis de la situación tras la STS de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016)*. Ed. El Derecho. 2017. p. 3.

Jiménez Batista. A. *El Tribunal Supremo reitera que no existe obligación de registrar la jornada diaria en las empresas*. Cuatrecasas. 11 de mayo de 2017.

URL: <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/el-tribunal-supremo-reitera-que-no-existe-obligacion-de-registrar-la-jornada-diaria/> (consultado a 2 de abril de 2018).

López Cumbre, L., Revuelta García, M., Badiola Sánchez, A., Cimas Soto, M. y Lantarón Barquin D. “Dinámica de la relación laboral. Cap.2: *Excesos de jornada. Sistema de registro de la jornada diaria efectiva*. *Bankia. Aranzadi Social: revista doctrinal* nº 186/2016. Pp 13-27

Medín Suárez, B. *Particularidades del teletrabajo o trabajo a distancia*. Economist&Jurist.2017

URL: <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/particularidades-del-teletrabajo-o-trabajo-a-distancia/> (consultado a 12 de marzo de 2018).

Mercader Uguina, J.R. *La jornada máxima de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pp.35-46.

Morales Valez, E. “El registro diario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias”. *Aranzadi social: revista doctrinal* nº 4/2016. pp.3-5.

Munera, I. *El Congreso tramitará la ley que obliga a las empresas a registrar las horas trabajadas*. El Mundo. 17 de octubre de 2017.

URL:<http://www.elmundo.es/economia/2017/10/17/59e6250dca4741b2278b46f9.html> (consultado a 22 de marzo de 2018).

Munera, I. *Casi la mitad de horas extra no se pagan*. El Mundo. 28 de enero de 2018<http://www.elmundo.es/economia/2018/01/28/5a6b54c3468aeb4e5a8b4686.html> (consultado a 23 de febrero de 2018).

Navarro, C., Esparza, E. y Ceca, E. “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social modifica su criterio en relación con el registro de la jornada de trabajo”. *CMS Albiñana & Suárez de Lezo*. 8 de junio de 2017.

URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7841201b-7416-428b-a74f-52feb68d7fae> (consultado a 7 de abril de 2018).

Navarro Cuéllar. *El control de la jornada diaria de trabajo: ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la inspección de trabajo*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 44-2016 /.2016. pp.81-85.

Noguera Moll, R. “El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de jornada”. *Aranzadi Social: revista doctrinal* nº 5/2017. Pp. 3-6.

Pascual, R. “La Inspección de Trabajo rectifica y ya no exigirá el registro diario de jornada”. *CincoDías*. 25 de mayo de 2017. URL:https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/05/24/midiner/1495628032_545238.html (consultado a 15 de marzo de 2018).

Preciado Doménech, C. “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS”. *Aranzadi Social*: revista doctrinal nº 7/2017. Julio de 2017. Pp. 3-9.

Prieto, B. y Macías, M. *Cuatro razones por las que llevar un registro diario de la jornada de los trabajadores*. 19 de julio 2017. URL: <http://www.legaltoday.com/blogs/fiscal/blog-deloitte-abogados/cuatro-razones-por-las-que-llevar-un-registro-diario-de-la-jornada-de-los-trabajadores> (consultado a 1 de abril de 2018).

Ríos, B. “La Posición de la Inspección de Trabajo respecto del registro horario”. *Garrigues*. 15 de junio de 2017.
URL: <http://bloglaboral.garrigues.com/la-posicion-de-la-inspeccion-de-trabajo-respecto-del-registro-horario> (consultado a 7 de abril de 2018).

Rivero, M. “La Inspección de Trabajo no obliga al registro de horas en la empresa”. *El Economista*. 25 de mayo de 2017.
URL: <https://infoautonomos.eleconomista.es/blog/inspeccion-trabajo-no-obliga-registro-de-horas/> (consultado a 3 de abril de 2018).

Rojo Torrecillas, E. *Unas notas sobre la Proposición de Ley del PSOE, de 15 de junio de 2017, sobre registro de la jornada diaria de trabajo*. 18 de junio de 2017.
URL: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/06/unas-notas-sobre-la-proposicion-de-ley.html> (consultado a 15 de marzo de 2018).

RTVE. *El Gobierno aprueba el plan estratégico de la Inspección de Trabajo*. Marzo de 2018.
URL: <http://www.rtve.es/noticias/20180406/gobierno-aprueba-plan-estrategico-inspeccion-trabajo/1710380.shtml> (consultado a 8 de abril de 2018).

Ruiz de Valbuena, I. *El Tribunal Supremo no obliga a las empresas a registrar la jornada diaria de los trabajadores*. Ed. Legal Wolters Kluwer. 7 de abril de 2017.

Sagardoy, I. “Registro de jornada e Inspección de Trabajo”. *Expansión*. 25 de mayo de 2017.

Sánchez, J. reproduce palabras de Godino, M. (2017). “Expertos en Derecho del Trabajo cuestionan la propuesta del PSOE de volver a regular la jornada laboral”. *Confilegal*. 2017.

URL: <https://confilegal.com/20170617-supremo-ve-indicios-terrorismo-incidentes-del-casco-viejo-pamplona/> (consultado a 17 de marzo de 2018).

Sánchez, J. reproduce palabras de BEL, T. “Expertos en Derecho del Trabajo cuestionan la propuesta del PSOE de volver a regular la jornada laboral”. *Confilegal*. 2017.

URL: <https://confilegal.com/20170617-supremo-ve-indicios-terrorismo-incidentes-del-casco-viejo-pamplona/> (consultado a 17 de marzo de 2018).

Santos, J. *Cómo registrar la jornada de los trabajadores*. 13 de mayo de 2016.

URL: <https://infoautonomos.eleconomista.es/contratar-trabajadores/registrar-jornada-trabajadores-inspeccion-trabajo/> (consultado a 5 de abril de 2018).

Sempere Navarro, A. “El registro empresarial de la jornada efectiva”. *Aranzadi Social: revista doctrinal* nº 6/2017. 2017. pp. 2-10.

Sempere Navarro, V. *Voto particular STS de 23 de marzo de 246/2017*. p. 15.

Uría Menéndez. . *El control de la jornada diaria de trabajo ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la inspección de trabajo*. 2016. Pp. 81-86

Yanini, Miñarro. M. “Más allá de las horas extras: la obligatoriedad del registro de la jornada diaria (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de

febrero)”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, (397). 2016. pp. 121-126.