

El tiempo de trabajo: cómputo y documentación (STS de 23 de marzo de 2017)

Fernando Sicre Gilabert

Dr. en Economía y Dr. en Derecho
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Colegiado Emérito del Excmo. Colegio Oficial de
Graduados Sociales de Cádiz-Ceuta

1. Finalidad y regulación legal en España.

La primigenia finalidad de la regulación del tiempo de trabajo es su limitación. El artículo 40.2 CE habla de la limitación de la jornada laboral como vía a través de la cual los poderes públicos han de garantizar el descanso necesario. Además de su función profiláctica, la limitación de la jornada de trabajo tiene una evidente conexión con la seguridad y salud laboral, lo que es corroborado en la Directiva 2003/88/CEE, de 4 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. El Convenio 132 OIT sobre vacaciones anuales pagadas, también debe entenderse como fuente reguladora de la materia. El concepto tiempo de trabajo debe considerarse expresivo de los siguientes conceptos: jornada, horario, descansos, permisos y licencias retribuidas, jornadas especiales, y horas extraordinarias.

Su régimen jurídico aparece recogido en los artículos 34 a 38 Estatuto de los Trabajadores y Disposición adicional 17ª (ET), artículo 139 Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y artículo 7.5 Ley de infracciones y sanciones (LISOS). Su normativa reglamentaria es recogida en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales.

2. La duración de la jornada y su distribución irregular.

La duración de la jornada es la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. Su duración máxima como jornada ordinaria de trabajo es de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. El artículo 34.1 ET debe ser calificada como norma legal de derecho necesario relativo, lo que impide que por convenio colectivo o contrato se amplíe la misma. Su mejora siempre es posible. Mediante convenio colectivo o en su defecto por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se puede distribuir irregularmente la jornada de trabajo a lo largo del año. Directamente relacionado con todo ello, el descanso entre jornadas de doce horas, entre la finalización de la jornada y el comienzo de la siguiente.

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

Dicha previsión es de derecho necesario relativo, lo que posibilita sólo su mejora por convenio colectivo o contrato. Sus excepciones aparecen contempladas en el artículo 2 RD 1561/1995, que manifiesta que deberán ser compensadas mediante descansos alternativos, de duración no inferior a la reducción experimentada, a disfrutar dentro de los períodos de referencia que en cada caso se señalan, en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto.

3. La jornada máxima diaria y el cómputo del tiempo de trabajo.

Con carácter general el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no puede ser superior a nueve diarias. No siendo dicha previsión legal de derecho necesario relativo como las demás referidas, se puede establecer otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando el descanso entre jornada, siempre mediante acuerdo entre la empresa y la representación unitaria de los trabajadores. El tiempo de trabajo se computará de tal forma que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria de trabajo, el trabajador se encuentre en el puesto de trabajo. Las denominadas reglamentariamente jornadas especiales de trabajo, posibilitan ampliaciones y limitaciones de la jornada de trabajo, así como de los descansos entre jornadas y semanales, en aquellos sectores de la actividad que por sus peculiaridades así lo requieran.

4. Horario de trabajo.

El horario de trabajo establece el momento inicial y final de la jornada diaria y cuando procede, las interrupciones de la prestación laboral a lo largo del día. El horario determinará las interrupciones debidas a la comida y el período de descanso no inferior a quince minutos cuando la jornada de trabajo sea ininterrumpida. La jurisprudencia manifiesta que el horario de trabajo es una consecuencia o derivación de la jornada y en él se determina el período de tiempo en el que el trabajador presta servicios, debiendo respetarse la jornada estatuida al efecto. Pero, el horario de trabajo puede ser flexible, en cuyo caso el trabajador dentro de unos márgenes prefijados, decide sobre el inicio y finalización de la prestación del servicio¹.

Ante la ausencia de referencia legal, la determinación inicial del horario de trabajo es facultad del empresario, consecuencia de su poder de dirección, por el cual dicta instrucciones generales sobre la organización y funcionamiento de la empresa.

El horario de trabajo estará supeditado a la jornada de trabajo, cuya duración aparecerá impuesta en la Ley o de manera convencional. Pero, nada impide que el horario sea concretado por pacto, individual o colectivo. Lo habitual ha sido y sigue

¹ STS 26 de junio de 1998 y STS 19 de febrero de 2001.

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

siendo que el horario de trabajo sea estipulado de manera rígida. Así, los trabajadores están obligados a prestar sus servicios en horarios predeterminados e invariables.

No obstante la tendencia hacia la flexibilización de la regulación de las condiciones de trabajo desde hace tiempo, posibilita fórmulas de trabajo con un horario flexible, en las que cada trabajador puede determinar libremente los momentos de comenzar y finalizar su prestación de trabajo cada día. Esta opción de horario flexible favorece los intereses del trabajador, que puede adaptar sus horas de prestación de servicios a sus necesidades personales, sin que ello suponga alterar el normal funcionamiento de la empresa.

La Ley ha instituido también la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.2 ET, como manifestación del poder de dirección y organización de los recursos humanos que conforman la plantilla de la empresa. A tal efecto, mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y la representación unitaria 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. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días, el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactado será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y la representación unitaria de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

La modificación del horario de trabajo vigente, con la excepción de la distribución irregular que compete en cualquier caso al empresario y cuya decisión es fruto de una decisión unilateral, que opera sin más por expresa disposición de la Ley y como acto atribuible al poder de dirección del empresario, supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, remitiéndonos para ello al procedimiento dispuesto en el artículo 41 ET.

Hemos manifestado el sentir de la jurisprudencia, de supeditación o subordinación del horario a la jornada. De tal forma que cualquier disfunción que aparezca entre horario y jornada, deberá ser resuelta prevaleciendo el sentir de la jornada, aunque pare ello deba sufrir algún tipo de variación el horario predispuesto. El caso contrario, o sea, el de a prevalencia del horario sobre la jornada, exige la previsión de dicha circunstancia en norma legal, convencional o consecuencia del correspondiente pacto².

² STS 26 de junio de 1998 y STS 19 de febrero de 2001.

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

5. La documentación relacionada con la jornada de trabajo.

5.1 Antecedentes.

La empresa deberá elaborar anualmente el calendario laboral, conforma a estipulación prevista en el artículo 34.6 ET. Además, el artículo 35.5 ET dispone que a los 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. La transcripción de lo manifestado difiere en algo del contenido de la promulgación originaria del Estatuto de los Trabajadores por Ley 8/1980, hasta la promulgación ET por el RD-Legislativo 1/1995. Este es el régimen jurídico previsto en la actualidad relacionada con formalismos de algún tipo de control del tiempo de trabajo y en su caso de la realización de horas extraordinarias. Sin embargo lo dicho, la cuestión debe ser analizada desde la promulgación de la primera norma general laboral en período democrático. El artículo 34 ET, en su redacción originaria de 1980 fue un “continuum” de la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Una de las primeras reformas del mismo tuvo lugar con ocasión de la promulgación de la Ley 4/1983, de 29 de junio. Sin embargo la misma lo que hizo fue reducir de 43 a 40 horas la jornada máxima legal, sin incidir para nada en la documentación acreditativa de la realización de la misma en el seno de la empresa, que venía recogida en el artículo 34.4 ET, que se limitaba a decir que el calendario laboral de la empresa se visará por la Delegación de Trabajo. No obstante, era preciso acudir a su desarrollo reglamentario, para determinar el ámbito del invocado precepto. El artículo 4.3 RD Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, que disponía que el calendario laboral al que se refiere el artículo 34.4 ET comprenderá el horario de trabajo y la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas y otros días inhábiles, a tenor, todo ello, de la jornada máxima legal o, en su caso, la pactada. Como colofón a lo dispuesto, la norma exigía su publicación en lugar visible de la empresa, previa presentación ante la Autoridad, que deberá dar traslado de un ejemplar de la documentación ante ella tramitada y que hubiese visado a la Inspección de Trabajo. Dicha norma reglamentaria fue posteriormente derogada por el actualmente en vigor RD 1561/1995, de 21 de septiembre, que regula las jornadas especiales de trabajo. En esta desaparece toda referencia al cuadro horario y demás documentos circundantes, cuando se haga referencia al calendario laboral. De donde se deduce que la normativa en vigor no contiene mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral.

5.2 Motivos que justificaron en su día el cambio de postura.

La regulación legal del tiempo de trabajo se encuentra recogido con carácter general en los artículos 34, 35 y 36 ET, que deben ser complementadas con lo dispuesto

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales, que prevé ampliaciones o restricciones de la jornada de trabajo para determinados sectores de actividad o tipos de trabajo. A ello hay que unir las normas de las diferentes relaciones laborales de carácter especial y por las normas que afectan a determinados grupos profesionales, entre los que se encontrarían los empleados públicos sujetos a una relación laboral. También indicar las previsiones contenidas al respecto de la jornada de trabajo y el horario, dispuesta en los convenios colectivos que completan y precisan la regulación en el ámbito de la empresa o del sector de actividad correspondiente. Además, la normativa de prevención de riesgos laborales cuyo exponente legal de carácter general aparece dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, junto con su normativa de desarrollo, puede tener incidencias en las formas de organización y realización de la actividad laboral, alterando las condiciones laborales generales y por ende determinadas obligaciones generales de naturaleza formal en la propia realización de la actividad laboral. A todo ello hay que añadir en su caso, las previsiones que pueden derivar de otras disposiciones.

Desde que tuvo comienzo la crisis en 2007, las cosas han cambiado sobremanera. La imperiosa necesidad de incrementar la competitividad empresarial, exigía mayores cotas de productividad del factor trabajo. Y en ello el tiempo de prestación de la actividad tiene mucho que ver. La productividad se mide utilizando para ello la función de producción. Si mantenemos constantes todos los parámetros relacionados con dicha función, con las excepciones del tiempo de trabajo y el precio del factor trabajo, observaremos que los incrementos de productividad solo son posibles, manteniendo constante todo lo demás, subiendo o bajando sus respectivas cuantificaciones. Es un hecho indubitado que la crisis ha supuesto una bajada generalizada de salarios, fundamentalmente referidos a las nuevas incorporaciones al mercado. Las ya existentes han permanecido inalteradas en sus cuantías por un tiempo largo. El otro factor a considerar era el del tiempo de trabajo. Las empresas recurrieron de manera desmesurada quizás al empleo de la contratación a tiempo parcial, no haciendo siempre el uso que la norma exige al respecto. El tiempo de trabajo contratado quedaba desbordado, sin duda, en muchas actividades, donde la incidencia de la mano de obra tiene mayor trascendencia. Como quiera que el ET en su redacción anterior de 1995, venía exigiendo el control horario para los contratos a tiempo parcial en el artículo 12.4.d), se intentó atajar por la Administración el problema del control horario cuando la prestación del servicio era a tiempo completo, forzando la interpretación de la norma, considerando al respecto ciertas interpretaciones jurisdiccionales sobre previas actuaciones inspectoras relacionadas con el control horario.

La redacción actual del ET de 2015 mantiene en el artículo 12.4.c) la obligación para las empresas que contraten trabajadores a tiempo parcial a llevar el registro diario de la jornada que será totalizada posteriormente con carácter mensual. Insisto, con la actual redacción del ET, los artículos 34 a 36 mantienen su anterior dicción, sin embargo nos encontrábamos, con una interpretación administrativa, basada en determinados pronunciamientos judiciales, que exigían ahora nuevas obligaciones al empresariado en relación con las obligaciones para con estos, relacionadas con la

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

prestación de la actividad por los trabajadores y su control. Control que comenzaba a ser exigido diariamente y totalizado mensualmente.

5.3. Posicionamiento administrativo sobre el registro de la jornada ordinaria a colación con la Sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015.

La referida sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estableció el siguiente fallo: “En la demanda de conflicto colectivo, promovidos por varios sindicatos, se estimó la demanda y se condenó a la empresa demandada 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 ET y en la Disposición Adicional Tercera RD 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Entidades de Ahorro”.

Los sindicatos demandantes en el procedimiento de conflicto colectivo en la instancia, todos ellos con representación en el comité de empresa, regularon, entre otras materias, el régimen horario, en el que se convino un horario general; 6 horarios singulares de oficinas, con algunas cláusulas comunes; horario singular en la Dirección de Negocios Mayoristas; horario singular en la Dirección Financiera y de Riesgos; horario singular en la Dirección de Operaciones y Procesos; horario singular en la Dirección de Sistemas, junto con algunas reglas aplicables a estos últimos horarios singulares.

La empresa demandada no tiene un sistema de registro de la jornada diaria. Pero sí que registra el control de ausencias, de manera que los trabajadores que no cumplen su jornada por alguna razón, están obligados a registrarlo en la intranet de la empresa por ésta. La empresa demandada en el procedimiento de conflicto colectivo que ahora se analiza, no notifica a los representantes de los trabajadores la información mensual sobre horas extraordinarias, por cuanto no existen resúmenes de horas extraordinarias en la misma.

Meses antes de la interposición de la demanda, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Sevilla emitió informe, en relación con un expediente tramitado ante esa Inspección y promovido por uno de los sindicatos ahora demandantes, referida al intento de implantar horario flexible en la empresa. La actuación inspectora no finalizó con la incoación de un procedimiento sancionador con propuesta de sanción por la propia Inspección. El inspector de Trabajo informó que en actuación previa, ya extendió acta de infracción por falta de llevanza de registro diario individual de jornada. De igual forma queda acreditado en la demanda que la Inspección de Trabajo de Granada emitió informe, porque constató que en la empresa no había registro diario de jornada, lo cual le impidió constatar en el expediente ante la Inspección tramitado, sobre

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

si se realizaban o no horas extraordinarias, iniciando, a continuación, el correspondiente expediente sancionador como consecuencia de la falta de registro diario de jornada. Por su parte y también como en el resto de actuaciones inspectoras enunciadas llevadas a cabo en 2015, la Inspección de Trabajo de Sevilla requirió a la empresa demandada para que promoviera un registro diario de jornada, por cuanto su inexistencia le impidió constatar si se producían o no prolongaciones de jornada en la empresa demandada. Otra actuación inspectora llevada a cabo en Sevilla en 2015, promovió un nuevo requerimiento a la empresa, formalizado en el libro de Visitas por carecer de registro diario de jornada.

Como consecuencia de todo ello, la Administración a través de la Dirección General de Empleo se ha posicionada al respecto. Para ella la obligación de los empresarios de registrar la jornada ordinaria como mecanismo necesario para poder registrar y cuantificar las horas extraordinarias, exige interpretar el artículo 35.5 ET, que dispone que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.” Dicho precepto, según interpreta dicho Centro Directivo, pretende determinar si se han realizado o no horas extraordinarias, para poder cuantificarlas. Y lo justifica a partir del inicio del apartado susodicho del artículo 35 ET, que manifiesta que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias...”. Y llega a concluir que dicho registro de la jornada ordinaria, es el instrumento necesario para poder cuantificar los excesos de jornada en que se materializan las horas extraordinarias. Sin él, difícilmente podrían acreditarse las mismas. Ya que las horas extraordinarias están conceptualizadas conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 ET, que dice que “tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo...”. Por lo que para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, es preciso conocer con exactitud el número de horas ordinarias ejecutadas. A pesar de lo dicho, no es pacífico determinar cuando comienzan a considerarse horas extraordinarias, salvo el caso, de jornadas con horarios fijos e inamovibles en el tiempo. Dicha dificultad para su determinación y cómputo estriba en que las horas extraordinarias son la diferencia entre el total de horas trabajadas en un cierto período y el número de horas ordinarias durante el mismo; porque es posible que la jornada ordinaria sea distribuida irregularmente a lo largo del año, conforme dispone el artículo 34.2 ET; y además, las horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria, no van a ser computadas como extraordinarias si se han compensado con descanso, en los términos previsto en el artículo 35.2 ET.

Pero volviendo con el concepto y la obligación de su llevanza en ciernes, el registro de la jornada, el referido Centro Directivo compara la redacción del artículo 35.5 ET, redacción dada Ley 8/1980, mantenida con posterioridad en las diferentes reformas a las que se ha sometido el ET hasta la promulgación del RD-Legislativo 1/1995, cuyo contenido coincide con el actual aprobado por RD-Legislativo 2/2015, cuyos enunciados eran los siguientes: “la realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen

semanal al trabajador en el parte correspondiente.” y “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”. Todo hacía indicar que en el primero de los enunciados, el registro tenía una finalidad inmediata de registrar directamente las horas extraordinarias como tal, mientras que en la redacción del ET, desde la promulgación del RD-Legislativo 1/1995, hasta hoy en el RD-Legislativo 2/1995, la consideración de registro pasa a desempeñar un elemento instrumental necesario, para computar las horas extras, registrando las ordinarias. Alude a las horas ordinarias significativas de la jornada ordinaria, como el “elemento base” para determinar las horas extraordinarias. Siendo su finalidad última, conocer el número de horas extraordinarias realizadas, cuando refiere el invocado precepto (artículo 35.5 ET), “a efectos del cómputo de horas extraordinarias...”. Las actuaciones inspectoras relatadas con anterioridad y que finalizaron con propuesta de sanción o exigencia de requerimiento por la no llevanza del registro de la jornada de trabajo, sustentaban su actuación en la obligación empresarial de registrar la jornada de cada trabajador día a día y se totalizaba en el período fijado para el abono de las retribuciones, de modo que cuando se producía un exceso sobre la jornada ordinaria, pueda ser conocido, tanto a efectos de su retribución y cotización o de organizar el descanso compensatorio y en su caso indicar su número para saber si ha existido o no transgresión del límite máximo de 80 horas extraordinarias al año.

5.4. Exención a las empresas por el Tribunal Supremo de registrar la jornada de trabajo (STS 23 de marzo de 2017).

El Tribunal Supremo exime a las empresas de la obligación de llevar un registro de jornada diaria de la plantilla, para de esa forma y usando ese instrumento en que consiste dicho registro, facilitar el control en el seno de las empresas de los horarios pactados y en consecuencia, poder determinar sus excesos, en los que se materializan las horas extraordinarias. Pero a continuación y del contenido de la sentencia se infiere, que la propia Sala “lege ferenda” manifiesta que “convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de las 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”. Viene a decir el tribunal al respecto, que ello exigiría en cualquier caso negociar con los sindicatos el sistema que se termine por implantar, ya que el mismo no puede consistir meramente en las entradas y salidas al comienzo y finalización de la jornada de trabajo, sino que la pretensión debe ser más ambiciosa para que refleje en cualquier caso la realidad de lo acontecido en el seno de las empresas, con el desarrollo de la jornada efectiva, con sus múltiples variantes que vendrán representadas por la existencia de diferentes turnos, el trabajo fuera del centro habitual de trabajo y sobre todo atendiendo a un hecho que se impone cada día, consistente en los supuestos de distribución irregular de la jornada de trabajo.

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

La solución dada por el TS, insiste la propia sentencia, se ajusta a lo dispuesto en la normativa UE sobre jornada de trabajo o tiempo de trabajo, que solo exige la obligación de llevar un registro cuando sobrepase el horario ordinario.

5.4.1. El camino seguido hasta la casación.

La sentencia recurrida, dictada en proceso de conflicto colectivo por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, estima la demanda y condena a la entidad demandada 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, cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 ET y en la Disposición Adicional Tercera RD 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Entidades de Ahorro”.

Contra la sentencia de la Audiencia Nacional se interpuso el presente recurso casación cuyo único motivo alega la infracción del artículo 35.5 ET en relación con el 20.3 ET y con la Disposición Adicional Tercera R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre y con el artículo 3.1 CC.

El recurrente fundamenta el recurso de casación interpuesto en que la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, le impone obligaciones que van más allá de lo dispuesto en el artículo 35 del ET, donde se regula la realización de horas extras y el establecimiento de un registro en el que se anoten las que se realizan día a día, pero sin imponer la necesidad de establecer un registro de la jornada diaria efectiva, ni que el mismo permita comprobar o en su caso controlar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, al margen de la realización de horas extraordinarias, solución contraria a lo dispuesto en el art. 20.3 ET, que faculta al empresario a tomar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento por sus empleados de sus obligaciones laborales.

5.4.2. Las diferentes normas de hermenéuticas utilizadas en la sentencia.

El artículo 35.5 ET se refiere exclusivamente a las horas extras, en cuanto que es su tenor literal "a efectos del cómputo de horas extraordinarias". Del precepto referido se infiera que “la obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende sólo a las horas extraordinarias realizadas, para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad”. Una adecuada interpretación como la mantenida en la sentencia, “se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa...” la obligación de la

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

llevanza de un registro del tiempo de trabajo ordinario, ni en la anterior redacción del ET, desde su originaria redacción por la Ley 8/1980, hasta la que acontece con el RD-Legislativo 1/1995, que es similar a la existente en la redacción actual por RD-Legislativo 2/2015, en cuyos casos nada se ha dicho al respecto (sobre el indicado registro), ni tampoco se advierte en la redacción de las diferentes Exposiciones de Motivos sobre la materia.

Esta interpretación manifestada en el párrafo anterior, es acorde con una interpretación lógico sistemática del artículo 35.5 ET. “El deber de registrar la jornada laboral se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias”, precisamente enunciado del artículo 35, regulador del régimen jurídico de las horas extraordinarias. Sin embargo es el artículo 34 ET el regulador del tiempo de trabajo y por ende de la jornada de trabajo. Lo que es debido tener en cuenta, por cuanto el diferente encabezamiento de cada uno de los dos artículo mencionados, nos llevan a considerar diferentes contenidos en cada uno de los mismos, reguladores de dos instituciones laborales diferentes. Por lo que de haber sido la intención del legislador, la imposición de la obligación al empresario de la llevanza del registro, “habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral”. De igual forma que en el artículo 12.4.c) ET, sobre la obligación de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes por el trabajador con contrato a tiempo parcial y con obligación del empresario de entregar al trabajador un resumen mensual de las horas trabajadas, diferenciando debidamente las que se refieren a la jornada ordinaria y las que son horas complementarias, “obligándole a guardar esos resúmenes cuatro años (periodo de tiempo superior al de la prescripción del art. 59 del ET, mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado”.

Razones lógico-sistemáticas fundamentan el sentido de la sentencia que se analiza, debido a que el legislador ha exigido un registro de toda la jornada laboral y el control horario y lo dice expresamente en los artículos 10.bis.5 y 18.bis.2 RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y Disposición Adicional Séptima del mismo en tres supuestos: trabajadores móviles, de la marina mercante y de los ferroviarios. Lo que “nos muestran que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el art. 34 ET”.

Forzar la interpretación del contenido del artículo 35.5 ET, para considerar que de él nace una obligación empresarial de llevanza de un registro de la jornada laboral o del tiempo de trabajo, es caer una interpretación que más que de carácter extensiva, situaría la misma en lo que viene en llamarse el uso alternativo del derecho, ya que “no cabe decir que lo impone la realidad social del siglo en que vivimos”.

5.4.3. La jurisprudencia anterior avala el sentir de la sentencia.

La doctrina de la Sala sobre la materia objeto de análisis aparece recogida en la STS de 11 de diciembre de 2003, que con posterioridad ha sido reiterada en numerosas sentencias entre las que cabe destacar entre otras (STS 25 de abril de 2006, STS de 18 de junio de 2013). En la primera de las sentencias invocadas se determina la inexistencia de la obligación de llevar un registro para el control de las horas de la jornada ordinaria, en el inciso final de su fundamento quinto, al hacer suya la doctrina sentada por la Sala III en STS de 5 de junio de 1989, donde se concluye que no hay que llevar registro de control de horas extras cuando no se realizan, ni se retribuyen.

La STS de 25 de abril de 2006, mantiene la obligación empresarial de cumplir lo ordenado de manera taxativa en la Disposición Adicional Tercera RD 1561/1995, en el sentido de “ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas....recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el artículo 35 ET, lo que supone que la comunicación habrá de realizarse en los supuestos de realización de horas extraordinarias”. Haciendo suya una vez más el sentir de la STS de 5 de junio de 1989, Sala III, donde se indica “que no hay que llevar registro de control de horas extras cuando no se realizan, ni se retribuyen”.

Las resoluciones administrativas impugnadas entonces ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre sanciones por infracción del artículo 35.5.ET “caen consiguientemente por su base las infracciones imputadas, por no llevar el registro o control de aquellos y por no dar a los trabajadores copia del resumen semanal, innecesarias tanto aquella llevanza como esta entrega, por cuanto no se realizaban, ni eran por tanto retribuidas” (STS de 5 de julio de 1989). Doctrina que se reitera en la STS de 25 de abril de 2006, que concreta el alcance de la obligación empresarial y forma de computar el número de horas extras realizadas, aunque luego se compensaran con descanso, a los representantes de los trabajadores. Y posteriormente reiterada en la STS de 18 de junio de 2013. De todas ellas mencionadas, “se desprende que el artículo 35.5 ET sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores, el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado”.

5.4.4. La solución interpretativa de la sentencia al amparo de la normativa UE.

El artículo 6 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, establece la necesidad de limitar la duración de la jornada máxima por medio de disposiciones legales, reglamentarias o convenios colectivos, estableciendo un límite máximo de cuarenta y ocho horas a la semana, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días. El artículo 18.b.i) establece que no obstante lo dicho, siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los

DICTAMEN SOBRE STS DE 23/03/2017. El Tiempo de Trabajo: Cómputo y Documentación.

trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar, que ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo. El empresario deberá llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo. El precepto transcrito “permite inaplicar la jornada máxima del artículo 6, pero regula esos supuestos requiriendo que el trabajador preste su consentimiento, sobre el que se informará a la autoridad competente y obligando a que “el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que realicen un trabajo de este tipo”, tenor literal del que se deriva que la obligación de llevar registros actualizados sólo se impone en los casos que no se aplican las limitaciones del artículo 6 sobre la duración de la jornada. Esta disposición es reiterada por el art. 22 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003”.

Sin embargo lo dicho, la normativa comunitaria sí exige la obligación de llevar un registro de las horas de trabajo y de descanso en supuestos especiales. A este respecto hay que mencionar el artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE, sobre el transporte de navegación, la Directiva 2000/79, CE, sobre navegación aérea, la Directiva 1999/63, CE, sobre el trabajo en el mar, la Directiva 2002/15, CE, sobre el transporte en carretera y otras disposiciones similares sobre jornadas especiales que han sido traspuestas a nuestras disposiciones legales y reglamentarias.

De lo manifestado se infiere que “la normativa examinada impone, al igual que la española, la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada máxima”

5.4.5. Conclusiones

Del contenido del artículo 35.5 ET no se puede exigir la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de los trabajadores de una empresa, para que de esa forma y considerando el registro un instrumento al servicio de la verificación, poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados. Tampoco se puede llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35.5 ET, exigiendo de esa forma obligaciones que limitan un derecho como el previsto en el artículo 20.3 ET, que dispone como derecho del empresario adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control, para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, como ocurrió en el caso examinado en la Entidad de Crédito demanda, que si disponía de un registro de inasistencias al trabajo. Todo lo manifestado hay que encuadrarlo debidamente y contextualizarlo con el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 CE, reconocido por el TC “como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva” (STC 170/2013).