



ASOCIACION
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA

www.ajfv.es



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Ramón Gimeno Lahoz



BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 14. ABRIL 2017

CONTROL EMPRESARIAL DEL HORARIO

STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017

Sentencia nº: 246/2017

CARLOS DE FRANCISCO LÓPEZ

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 1 Santander

INCENTIVOS Y PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD -PERMISO PARENTAL-

STS, Sala Cuarta, de 10 de enero de 2017

Sentencia nº: 10/2017

MARIANO MECERREYES JIMÉNEZ

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 1 Cáceres

1.- CONTROL EMPRESARIAL DEL HORARIO. COMENTARIO A LA STS 246/2017 DE 23 DE MARZO

CARLOS DE FRANCISCO LÓPEZ

Magistrado

VOCES: Jornada ordinaria, horas extraordinarias, registro de jornada, deber de información.

NORMATIVA: Artículo 35.5 ET, artículo. 34 ET, artículo 12.4.c, Artículos 10 bis.5 y 18 bis 2 y Disposición Adicional 3ª RD 1561/1995.

RESUMEN

La reciente STS de 23 de marzo de 2013 resuelve en casación, con anulación de la dictada por la Audiencia Nacional en procedimiento de conflicto colectivo planteado en Bankia, la cuestión del registro de jornada diaria de toda la plantilla a efectos de la comprobación del cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados.

Frente a la decisión de la sentencia de la Audiencia Nacional, el Pleno de la Sala Cuarta concluye, tras analizar la interpretación literal, histórica, sistemática y teleológica del artículo 35.5 ET, los antecedentes jurisprudenciales sobre la cuestión, así como la normativa comunitaria, de protección de datos de carácter personal y de infracciones y sanciones en el Orden Social, que no existe obligación empresarial de registrar día a día la jornada ordinaria de trabajo de toda la plantilla sino cuando se prestan horas extraordinarias.

Entiende la Sentencia que la obligación del empresario de registrar la jornada tan solo se extiende a las horas extraordinarias realizadas, para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y será copia de esos apuntes al trabajador al final de mes según que los pagos mensuales o tengan otra periodicidad. No existe obligación de registro de la jornada si no existen horas extraordinarias.

COMENTARIO

I) INTRODUCCIÓN:

La reciente Sentencia del Pleno de la sala Social del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2013 resuelve una cuestión de notoria repercusión práctica y trascendencia, la relativa a la extensión y alcance de la obligación de registro de jornada establecida por el artículo 35.5 ET, y ello ante la interpretación extensiva que de tal precepto efectuó la Sentencia recurrida de la Audiencia Nacional al resolver que el mismo imponía la obligación empresarial de registrar día a día la jornada ordinaria de toda la plantilla al margen de la existencia o inexistencia de excesos de jornada y horas extraordinarias.

Así, en los dos extremos de la balanza, de un lado la cuestión jurídica trasciende en la práctica a la posible complejidad de efectuar el concreto control y registro individualizado, día a día, de la íntegra plantilla de las empresas, con las implicaciones que se pudieran a efectos sancionadores de la empresa en caso de incumplimiento; y de otro lado, con el derecho de defensa del trabajador a la hora de probar la posible realización de horas extraordinarias en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo. 24 CE, el cual constituye precisamente el objetivo del precepto cuya extensión se analiza.

II) ANTECEDENTES

A) La sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 4-12-15

Ante la Audiencia Nacional se interpuso demanda de conflicto colectivo frente a la empresa BANKIA con dos pretensiones en su petitum: que se declarase 1) la obligación de la empresa de establecer, conforme al artículo. 35.5 ET, un sistema de registro de la jornada diaria ordinaria de la plantilla que permita comprobar el cumplimiento de los horarios pactados en convenio sectorial o pactos de empresa, y 2) la obligación de dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre horas extraordinarias realizadas en cómputo mensual conforme a la Disposición Adicional 3ª del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo.

La Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria de ambas peticiones en fecha 4 de diciembre de 2015, indicando que la empresa no tenía establecido un sistema de registro de jornada ordinaria (aunque sí uno de control de ausencias), que no notificaba a los representantes de los trabajadores información mensual sobre horas extraordinarias por no existir resúmenes de las mismas, y que se le habían levantado distintas Actas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por falta de llevanza de registro diario individual de jornada, con expediente sancionador por la falta de registro.

En su fundamentación la Audiencia Nacional entiende que no hay pronunciamiento jurisprudencial previo sobre la pretensión principal (aunque sí doctrinal), ya que las alegadas STS 11-12-2003 y STS 25-04-2006 no se pronuncian sobre la obligación de registrar diariamente la jornada, contemplada en el artículo 35.5 ET , sino sobre la obligación de la DA 3ª RD 1561/1995 (información mensual por el empresario a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores), y concluye respecto de aquél que “*si la*

razón de ser de este precepto es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. - Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines”

Tras afirmar que el registro diario de jornada constituye una herramienta de modernización de las relaciones laborales que se generalizó en las grandes empresas en el siglo XX y censurar, incluso, que una entidad de la relevancia como la demandada no lo hubiera instrumentado a estas alturas del siglo XXI, concluye la Audiencia Nacional que el artículo. 35.5 ET impone a la empresa la obligación de establecer en todo caso un registro diario de la jornada ordinaria, único medio de acreditar las posibles horas extras prestadas, y que, una vez estimada la primera pretensión de la demanda, los representantes de los trabajadores tienen acción para reclamar el cumplimiento de los derechos informativos, contenidos en la DA 3ª RD 1561/1995.

B) La Instrucción 3/2016 de 18 de agosto, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Aunque en el mundo judicial haya pasado más desapercibida, desde luego en el mundo empresarial la Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias, pasó a ser totalmente conocida y temida, por los costes y las sanciones que derivaban hacia las empresas.

Después de recordar que las reglas sobre limitación de la jornada laboral eran quizás las más trascendentales para evitar el abuso a que conducía el libre juego de la autonomía individual en la fijación de las

condiciones de trabajo, y que no era admisible que con la invocación de la flexibilidad horaria que brindan las normas laborales, puedan perjudicarse los derechos de los trabajadores, la Dirección General de la ITSS imponía varios criterios de actuación:

- Que “la comprobación de la existencia del registro deber poder realizarse en el centro de trabajo, lo que evita la posibilidad de la creación posterior, manipulación o alteración de los registros”.

- Que “el registro de la jornada deberá ser diario e incluir el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador, con el fin de determinar las horas realmente realizadas cada día por cada uno de ellos, no siendo aceptable para la acreditación de su cumplimiento la exhibición del horario general en la empresa o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues estos se formulan ex ante y determinarán la previsión de trabajo para dicho periodo pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo”.

III) LA SENTENCIA DEL TS (PLENO) DE 23-3-2017:

El Tribunal Supremo concluye que la sentencia recurrida de la AN imponía obligaciones que van más allá de lo dispuesto en el art. 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 efectiva jornada diaria de trabajo, ni el control del cumplimiento de los horarios pactados, al margen de la realización de horas extraordinarias.

Es decir, no existe un deber de registro de la jornada ordinaria de trabajo si no se prestan horas extras, y solo si se prestan éstas se despliega la obligación del artículo. 35.5 ET a los efectos de su cómputo.

La Sala llega a esa conclusión en función de los siguientes bloques argumentales sobre el alcance y extensión del precepto:

1) Interpretación del artículo. 35.5 ET:

Interpretación literal: El artículo 35.5 ET dispone, literalmente: “*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*”, y de ese tenor literal se deduce que la misma se refiere exclusivamente a las horas extras, de donde a su vez se deriva de la determinación literal de su fin “*a efectos del cómputo de horas extraordinarias*” objeto que se cumple mediante el registro diario de la jornada realizada, pero la obligación de 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.

Interpretación histórica: los antecedentes históricos y legislativos nunca impusieron una obligación de registro de la jornada ordinaria, y la Exposición de Motivos de la modificación del artículo 35.5 ET nada dice nada al respecto.

Interpretación sistemática: la obligación de registrar la jornada laboral se preceptúa, no en la regulación de la jornada ordinaria de trabajo (artículo 34 ET) sino en la de las horas extraordinarias (artículo 35); la obligación establecida en el artículo 12.4.c) del ET de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes en el caso de trabajadores con contrato parcial, y de entregar al operario un resumen mensual de las horas que trabaja, constituirían un mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria ordinaria; y cuando el

legislador quiere que se registre toda la jornada laboral lo dice expresamente, como en el caso de las jornadas especiales de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios que establecen los artículos 10 bis.5 y 18 bis 2 del RD 1561/1995.

Interpretación teleológica: La finalidad del artículo 35.5 ET es el control de la realización de horas extraordinarias para evitar excesos con los que se sobrepasen los límites que establece, y no implantar un control de la jornada ordinaria, que no se establece en el art. 34 del ET que la regula.

2) Antecedentes jurisprudenciales: A diferencia de lo afirmado por la Sentencia recurrida, la Sala entiende que la jurisprudencia contenida en las STS de 11-12-03, 25-4-06, entre otras, ya analizaba la obligación de registro y comunicación de sus datos que establece el citado artículo 35.5 ET en la misma línea de la solución dada al recurso de casación, por cuanto de ellas se desprendía 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, en el caso de haberse efectuado tales horas extras.

3) Normativa de la Unión Europea: 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 y establece un límite máximo de cuarenta y ocho horas a la semana, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días.

Sin embargo, el artículo 18.1 b permite a los Estados Miembros inaplicar el artículo 6 siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y a condición

de que el trabajador preste su consentimiento, sobre el que se informará a la autoridad competente y que "el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que realicen un trabajo de este tipo", de donde se deduce que la obligación de registro solo se impone en los casos de la inaplicación del artículo. 6 de la Directiva.

4) Normativa sancionadora en el orden social: Aunque la Sala entiende que las anteriores consideraciones ya avalan su interpretación, en sus conclusiones del Fundamento de Derecho Quinto, añade que la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva del artículo 7.5 LISOS, cuya naturaleza sancionadora impide que se pueda dar al artículo 35.5 ET una interpretación extensiva como la adoptada en la sentencia recurrida.

5) Prueba: La Sala concluye que la solución dada al alcance del artículo 35.5 ET no afecta al derecho de defensa de los trabajadores para acreditar la prestación de horas extras puesto que en todo caso a fin de mes la empresa deberá notificarle el número de horas extras prestadas, y que para reclamarlas judicialmente *“tendrá a su favor del artículo 217-6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que si las realizó.”*

IV) CONCLUSIONES:

En resumen, la Sentencia analizada ahonda en la línea jurisprudencial ya adelantada por las STS de 11-3-2003, 25-4-2006, 18-6-2013, entre otras, y zanja el debate sobre el concreto alcance del artículo 35.5 ET y de la obligación de registro de jornada por la empresa, ciñéndolo a los supuestos en que existe efectiva prestación de horas extras, y no en el caso contrario.

La existencia de ese debate se ha manifestado en dos interpretaciones muy distintas del precepto: la restrictiva que explicita ahora el Tribunal Supremo en consonancia con anteriores pronunciamientos; y otra más amplia, adoptada por la sentencia casada y que siguen los votos particulares, conforme a la cual la empresa tiene la obligación de registrar en todo caso la jornada individual de sus trabajadores, criterio que en la práctica ha determinado la existencia de actuaciones inspectoras por la ITSS por falta de registro individualizado de la jornada de trabajo

No obstante, la sentencia analizada concluye que si bien debe entenderse, la actual legislación no impone la obligación de la empresa de registrar la jornada diaria efectiva de trabajo de toda su plantilla, y que esa falta de obligatoriedad no puede imponerse mediante creación judicial del ordenamiento supliendo los Tribunales la actividad del legislador, sería recomendable “*de lege ferenda*” una reforma legislativa que clarificara de obligación de registro horario y que facilite al trabajador la prueba de la prestación de horas extras.

En cualquier caso, entiende que la interpretación dada al precepto no supone indefensión del trabajador, dada la obligación de registro y notificación cuando sí existe prestación de horas extras, y señala que cualquier eventual nueva regulación sobre el registro de jornada deberá hacerse de conformidad con las normas reguladoras de la protección de datos, de creación de archivos de datos, y del control de estos que deberán ser tratados con respeto de lo dispuesto en la Ley 15/1999, de diciembre, por cuanto la creación del registro de datos implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y puede suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador.

La Sentencia, en suma, zanja la cuestión conforme a una interpretación restrictiva del precepto, si bien el debate ha sido intenso como revelan los tres votos particulares suscritos por cinco de los trece magistrados de la Sala que firman la sentencia, y que se pronuncian por la tesis extensiva adoptada en la sentencia recurrida.

[Referencia CENDOJ: Roj: STS 1275/2017- ECLI: ES:TS:2017:1275](#)

AJFV

**2.- INCENTIVOS Y PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD -
PERMISO PARENTAL- . COMENTARIO A LA STS 10/2017
de 10 de enero (ROJ 84/2017)**

MARIANO MECERREYES JIMÉNEZ

Magistrado

VOCES: Discriminación de la madre trabajadora. Baja por maternidad y/o riesgo durante el embarazo. Permiso parental. Derecho al cobro de incentivos al tiempo de reintegrarse a sus puestos. Obligatoriedad del disfrute de una parte del permiso y extensión.

NORMATIVA: Artículo 17 ET, artículo 45-1-d ET, artículo 47-4 ET, artículo 47-5 ET.

RESUMEN

El Tribunal Supremo resuelve en el procedimiento de conflicto colectivo planteado que las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por baja maternal y riesgo durante el embarazo no pueden perjudicar las legítimas expectativas de las madres al reincorporarse a sus puestos en orden al devengo de percepciones ligadas al desempeño efectivo de aquel, sin que los períodos en cuestión puedan ser considerados ausencias. El descanso obligatorio de las seis semanas posteriores al parto no obsta que el razonamiento se extienda a la totalidad del período de duración efectiva de los permisos de las trabajadoras que traigan causa de tal circunstancia. La protección de la madre, también por mor

del efecto directo del artículo 15 de la directiva 2006/54, se ha de extender al progenitor varón, ex artículo 16 de la directiva.

COMENTARIO

El Tribunal Supremo resuelve en casación ordinaria el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) dictada en un procedimiento de conflicto colectivo. En esta se consideró que la praxis empresarial combatida por los recurrentes no era discriminatoria para la mujer. El planteamiento es el siguiente: la empresa de teleservicios abona, amén de la retribución fija mensual, la variable. Con ella incentiva, de un lado: a) las operaciones realizadas que cumplan con unos niveles de calidad y de actividad efectiva en relación con la jornada laboral individual y de otro, b) el éxito comercial, apreciado según las llamadas recibidas o realizadas por el trabajador. El devengo de tales incentivos es diverso. El primero, de calidad-actividad, se abona en la nómina del mes inmediatamente posterior al de la actividad desplegada. El segundo, de éxito comercial, previo proceso de verificación que exige realizar ciertos controles, se abona en la nómina de los dos o tres meses posteriores a la realización del trabajo en cuestión. Este régimen de devengo afecta negativamente los trabajadores que por causa de embarazo y/o maternidad vieron suspendidas sus respectivas relaciones de trabajo al tiempo de reintegrarse a sus puestos, pues el primer mes cobrarán únicamente la retribución fija. En el caso de reducción de jornada, el abono de los incentivos es proporcional a la jornada en cuestión. El petitum inicial que era más ambicioso quedó reducido a que se declarase que los días de baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias y los días de baja por riesgo durante el embarazo no debían ser computados como ausencias a los efectos del derecho al percibo de las retribuciones variables. En consonancia con ello, la STS dice en el fundamento de derecho primero cuatro, in fine que: “*de lo que se trata*

es del mantenimiento de los derechos y condiciones de las trabajadoras que han ejercido sus derechos a los permisos derivados de su maternidad una vez se reincorporaron a su actividad laboral”.

El TS parte de una premisa insoslayable para fundamentar su razonamiento: aún cuando vinculados a la maternidad, maternidad en sentido lato, (pues tienen cabida en el concepto, amén del parto, la adopción y el acogimiento de menores de seis años, discapacitados o de otros con especiales necesidades de inserción social y familiar), decimos, aún cuando pueda el progenitor varón ejercer derechos vinculados a la maternidad -esencialmente en el caso del fallecimiento de la madre o por cesión del período ad hoc, excepción hecha del obligatorio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto-, se está tratando de situaciones jurídicas vinculadas esencialmente al “*hecho biológico femenino*” -fundamento de derecho segundo, tres- situaciones que afectan a la mujer. La obligatoriedad del disfrute de una parte del permiso de maternidad, artículo 3 del convenio 103 de la OIT, permite comprender que esta causa de suspensión del contrato no tenga que ver con otras. Considera el TS que se ha de dar una respuesta homogénea al problema “*sea cual sea la duración efectiva del permiso de las trabajadoras afectadas por el pleito*” -fundamento de derecho segundo 4 párrafo quinto-, y ello, tras ponderar la posibilidad de renuncia parcial del derecho STJCE de 27 de octubre de 1988 (asunto Bopyle C-411/96) del que están a salvo las seis semanas posteriores al parto, que son de descanso obligatorio. Más claramente: “*es irrelevante que la reincorporación se produzca tras las seis semanas posteriores al parto o tras las catorce, pues la situación será exactamente idéntica en ambos casos. A saber... al reincorporarse no generarán incentivos hasta que haya transcurrido el primer mes de actividad*”. El razonamiento se ha de extender, mutatis mutandis, a la situación de riesgo durante el embarazo (si es imposible la recolocación, procede la suspensión rebus sic stantibus) artículos 26 de la ley 31/95 de 8 de noviembre y ley 39/ 99 de 5 de noviembre. Destacar ahora la mención

que se hace al efecto directo del artículo 15 de la directiva 2006/54 (derecho de la mujer con permiso de maternidad a reintegrarse a su puesto sin merma de derechos y a gozar de ventajas a las que hubiera tenido derecho de estar en activo), efecto directo que resulta de la claridad, precisión e incondicionalidad de la norma (STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Napoli C595/12). En suma, no es acorde tampoco con el artículo 14 CE que la empresa considere ausentes hasta la fecha de su reincorporación a las trabajadoras con contratos suspendidos por razón de su maternidad o por riesgo durante el embarazo, razonamiento que se ha de extender a los progenitores varones (artículo 16 de la directiva 2006 /54). Corolario de lo razonado es el apartado tercero del fundamento de derecho cuarto: *“no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al abono de los incentivos, pues es este un requisito que la situación de permiso hace imposible”*.

En atención a lo expuesto, el TS, con previa cita de la legislación nacional y europea aplicables, casa la sentencia del instancia.
