

El control de las horas extraordinarias no justifica el control de la jornada ordinaria

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Las empresas no están obligadas a registrar la jornada ordinaria pese al requerimiento de anotar las horas extraordinarias realizadas. Ésta es la conclusión de una reciente sentencia del Tribunal Supremo que, aunque controvertida a juzgar por los votos particulares que la acompañan, anula la decisión adoptada en el 2015 por la Audiencia Nacional y relativiza los protocolos de actuación desarrollados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia. Admite este pronunciamiento que, de lege ferenda, sería conveniente aclarar la obligación de llevar un registro horario, pero la norma vigente no exige controlar la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de los horarios pactados.

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo del 2017 núm. 246/2017 anula la decisión adoptada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre del 2015 (Ar. 97/2016) que condenaba a la empresa Bankia, S. A. Obligaba dicho pronunciamiento a ejecutar dos actuaciones: una, establecer un sistema de registro de jornada diaria efectiva de la plantilla para comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados y, otra, informar cumplidamente a la representación legal de los trabajadores de las horas extraordinarias efectuadas en cómputo mensual.

El motivo principal de discrepancia, materializada en un conflicto colectivo, se circunscribe a la interpretación del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores. En atención a esta norma, «[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». La empresa entiende que la decisión judicial que la condena impone obligaciones que exceden de lo previsto en este precepto y, además, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 20.3 del mencionado texto legal,

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

que faculta al empresario a adoptar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar que sus empleados cumplen sus obligaciones laborales.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo alega diferentes reglas hermenéuticas para justificar su decisión: *a)* una interpretación literal de la norma referida exclusivamente a las horas extraordinarias; *b)* unos antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación de naturaleza distinta a la expresada; *c)* una interpretación lógica y sistemática en atención a la cual, si el legislador hubiera pretendido exigir un control de la jornada ordinaria, debería haber incorporado su regulación en el artículo 34, referido a la jornada ordinaria, y no en el artículo 35 sobre realización de horas extraordinarias; *d)* cuando el legislador ha querido precisar la existencia de un control específico lo ha establecido expresamente; así, el artículo 12.4c del Estatuto de los Trabajadores señala la obligación de registrar día a día y totalizar mensualmente las horas efectuadas al mes en el contrato a tiempo parcial o cuando se reconoce la obligación de registrar el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios con jornadas especiales de trabajo, y *e)* no cabe deducir que la interpretación contraria es la que impone la realidad social en que vivimos porque la empresa dispone de mecanismos para efectuar el control de las obligaciones de sus empleados sin necesidad de imponer un registro general de la jornada diaria de cada trabajador. A ello se suma la cita de jurisprudencia anterior (SSTS de 11 de diciembre del 2003, Ar. 2577; de 25 de abril del 2006, Ar. 2397, y de 18 de junio del 2013, Ar. 5738) o la aplicación e interpretación de la Directiva 93/104, de 23 de noviembre de 1993 (*DOCE* de 13 de diciembre), sobre ordenación del tiempo de trabajo (arts. 6 y 18, principalmente).

Atendiendo a ese análisis, la Sala concluye mayoritariamente que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores no exige el registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados. «Ciertamente es 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» (FJ 5). Subraya además que, si se introdujeran o modificaran los sistemas de control existentes por parte del empresario, esto no supondría una alteración sustancial de las condiciones laborales (STS de 19 de julio del 2016, Ar. 4513).

Con esta solución, concluye la sentencia analizada, no se provoca indefensión al trabajador a la hora de probar el cumplimiento de horas extraordinarias «pues, al final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor el 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 sí la realizó» (FJ 5).

2. El alcance de este pronunciamiento obliga a considerar asimismo que, del total de trece miembros de la Sala, cinco firman diferentes votos particulares cuyo contenido merece ser expuesto, siquiera brevemente.

En el primero de ellos (magistradas Arastey y Segoviano) se establece que la obligación de registrar horas extraordinarias del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores se vacía de contenido si no se efectúa un control de la jornada ordinaria del trabajador, toda vez que el concepto de hora extraordinaria surge únicamente cuando se produce la superación de la jornada ordinaria. La citada norma exige el control de dicha jornada aun cuando no contenga la fórmula que pueda resultar más adecuada para cada actividad o sector, siempre que aquél sea fiable y se gestione de modo objetivo. Tal control incidiría en las obligaciones de cotización a la Seguridad Social, con el efecto negativo que supondría no llevarlo a cabo tanto para los derechos del trabajador como para las arcas del sistema.

Por su parte, el segundo de los votos particulares (magistrado Sempere) entiende que el conflicto colectivo planteado no pretende interpretar el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, sino condenar a la empresa a establecer un «sistema de registro». Existen prescripciones legales (remuneración adecuada, prevención de riesgos laborales, control sobre el tiempo de trabajo) de las que se deriva la obligación empresarial de controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando éstos se hallan sujetos a control horario. La ley no establece un método para que la empresa cumpla esta obligación —que, a su vez, constituye un derecho del trabajador—, pero sí requiere que no se preste más actividad de la permitida, que se remunere conforme a lo trabajado y que se opere con arreglo a las magnitudes de tiempo fijadas convencionalmente. El carácter flexible en el modo de llevar a cabo ese control sobre el tiempo de trabajo casa bien con la heterogénea realidad empresarial porque la obligación de llevar algún tipo de control, comprobación o fiscalización de la actividad desplegada por cada empleado resulta indudable. Sólo así será posible determinar si el trabajador ha superado la jornada ordinaria pactada, se le ha remunerado en concordancia y se ha protegido convenientemente su salud laboral.

Finalmente, el tercero de los votos particulares (magistrado Agustí y magistrada Virolés) expone que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores procura al trabajador un medio de prueba documental con el que acreditar las horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe. Pero el resumen que se le facilita al trabajador no contiene el número de horas extraordinarias llevadas a cabo diariamente, sino la jornada efectuada cada día. Por lo tanto, si la razón de ser del precepto consiste en facilitar al trabajador un medio de prueba para acreditar las horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta para asegurar de forma efectiva su control. De no ser así, si el registro diario de la jornada sólo fuera obligatorio cuando se efectuaran horas extraordinarias, se provocaría un círculo vicioso, pues, sin el registro diario de la jornada, sería imposible deducir las horas extras. Por lo demás, el vigente artículo 35.5 señala que «la jornada de cada trabajador se registrará día a día», a diferencia de versiones anteriores del mismo precepto en las que se indicaba que «la realización de horas extraordinarias se registrará día a día». En la actualidad, siempre será posible el registro porque su objeto es verificar la jornada y no las horas extras, aunque la verdadera finalidad sea el conocimiento adecuado de estas últimas.

3. Se trata, como puede apreciarse, de un pronunciamiento controvertido que manifiesta la inexistencia de una convicción firme en sede judicial. En todo caso, si la sentencia que propició la polémica en el 2015 generó inquietud empresarial y una actuación expresa de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en cuanto al registro diario de la jornada, esta otra produce tranquilidad. Y ello porque, aun cuando ciertamente las normas sobre tiempo de trabajo, salario, cotización, salud y prevención requieran directa o indirectamente un control de la jornada ordinaria o extraordinaria cumplida por el trabajador, el mecanismo empleado en cada empresa, con cada actividad y por cada sector será de libre configuración. Pero ha de existir. La negociación colectiva, las directrices de actuación interna, los dispositivos de organización telemática servirán, entre otros, para lograr este objetivo. Porque el equilibrio entre los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores se impone y el control, tan limitativo de derechos en otras vertientes, puede suponer en esta materia no sólo una garantía para los trabajadores, sino también para la propia empresa.