

## Registro de la jornada: ¿Era urgente y necesario implantarlo legalmente?

Erik Monreal

(TU. Universidad de las islas Baleares)

Diario La Ley, Nº 9390, Sección Documento on-line, 4 de Abril de 2019, Editorial Wolters Kluwer

Diario La Ley, Nº 9394, Sección Tribuna, 10 de Abril de 2019, Editorial Wolters Kluwer

Normativa comentada  
Jurisprudencia comentada  
Comentarios

### I. INTRODUCCIÓN

El RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo (LA LEY 3310/2019), de Medidas Urgentes de Protección Social y de Lucha contra la Precariedad Laboral en la Jornada de Trabajo (BOE de 12 de marzo de 2019), incluye en su Capítulo III tres disposiciones cuyo objeto, según reza el correspondiente encabezamiento, es introducir en nuestro ordenamiento jurídico «*Medidas de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo*».

La disposición central de este Capítulo es el artículo 10 del RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019), cuyo *Número Dos* modifica el artículo 34 del RD-Legislativo 2/2015 (LA LEY 16117/2015), por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), para añadir un nuevo apartado 9 que incorpora la obligación empresarial de garantizar «*el registro diario de la jornada*». En coherencia con ello, el artículo 11 RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019) modifica la normativa sobre sanciones administrativas en el ordenamiento laboral —art. 7.5 RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LA LEY 2611/2000), por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)—, para contemplar expresamente como infracción laboral grave la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de registro de la jornada. La tercera medida del RD-Ley 8/2019 es su artículo 10.1, que modifica el apartado 7 del artículo 34 ET (LA LEY 16117/2015) para autorizar al Gobierno a incluir en el RD 1561/1995 (LA LEY 3346/1995), sobre Jornadas Especiales de Trabajo (DJE), especialidades en la obligación de registrar la jornada para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales cuyas peculiaridades así lo requieran. Una interpretación literal de esta última previsión descubre una importante ampliación del alcance del artículo en cuestión, posibilitando que el Gobierno introduzca especialidades en materia de ordenación y duración de la jornada y de los descansos no solo en sectores y trabajos especiales sino también en categorías profesionales especiales, independientemente de que el sector o el trabajo que se desarrolla carezcan de especialidad alguna. Todas estas medidas, en fin, van a ser de aplicación «... a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado» (Disp. Final 5 RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019)), es decir, desde el próximo día 12 de mayo del año en curso.

### II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JUDICIALES DE LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LA JORNADA

El preámbulo de la Exposición de Motivos del RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019) justifica la nueva obligación legal de registrar la jornada en la necesidad de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de tiempo de trabajo, posibilitar el control de este cumplimiento por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (IT) y crear un marco de seguridad jurídica para trabajadores y empresas. El apartado V de la Exposición de Motivos (LA LEY 3310/2019) de esta norma profundiza en estas justificaciones por remisión al debate producido entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo a propósito de la interpretación del artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015) y la consiguiente necesidad de esclarecer si el registro diario del tiempo de trabajo constituye o no un presupuesto constitutivo para poder aplicar eficazmente la regla que establece un tope máximo de ochenta horas extraordinarias por trabajador y año.

## 1. El debate entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo

Este artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015), que se mantiene intocado desde la nueva redacción que le dio la Ley 11/1994, establece que *«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»*. Conocer los términos de los respectivos pronunciamientos de la Audiencia Nacional y de nuestro Alto Tribunal en punto a la resolución de esta divergencia interpretativa originada a propósito del artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015) constituye, así, un presupuesto metodológico necesario para poder evaluar más adelante no solo la coherencia de la intervención legislativa recientemente llevada a cabo sino también su oportunidad al hilo de los requisitos que exige el artículo 86 de nuestra Carta magna (LA LEY 2500/1978) (CE) para poder recurrir a la figura del RD-Ley.

La Audiencia Nacional interpretó en su sentencia de 4 de diciembre de 2015 (LA LEY 191407/2015) (1) 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, 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»*. Ésta resultaba una interpretación razonable y posible del artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015), puesta de manifiesto con bastante anterioridad al citado pronunciamiento de la Audiencia (2) , que no obstante ello fue desautorizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 2017 (LA LEY 17182/2017) (3) .

En oposición a una interpretación teleológica del artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015) como la que había efectuado la Audiencia, el Tribunal Supremo dijo, apegado a la más estricta legalidad literal y sistemática, que el artículo 35.5 ET *«... se refiere exclusivamente a las horas extraordinarias»*, que dicha interpretación literal *«... se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos»* —nunca ha existido una obligación legal de esta naturaleza, extremo que se confirma también en la jurisprudencia citada por el propio Tribunal Supremo (4) —, y que todo ello *«... es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado...»*, conforme a la cual *«... el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extras»* —el mandato del art. 12.4.c) ET (LA LEY 16117/2015) referido a la obligación empresarial de registro diario de la jornada a tiempo parcial sería innecesario si el legislador hubiese establecido una obligación genérica de registrar la jornada diaria, siendo igualmente elocuente que los arts. 10 bis.5 (LA LEY 3346/1995) y 18 bis.2 DJE (LA LEY 3346/1995) están indicando que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada y el control horario lo dice expresamente—.

El Tribunal Supremo utiliza también la Directiva 2003/88 (LA LEY 10612/2003), sobre Ordenación del tiempo de trabajo, para destacar que *«... la obligación de llevar registros actualizados solo se impone en los casos en que no se aplican las limitaciones del art. 6 (LA LEY 10612/2003) sobre duración del tiempo de trabajo»* (5) , añadiendo que *«... la normativa comunitaria sí que impone la necesidad de llevar un registro de las horas de trabajo y de descanso en supuestos especiales»* como los referidos al transporte de navegación —Directiva 2014/112 (LA LEY 19934/2014)—, navegación aérea —Directiva 2000/79 (LA LEY 11965/2000)—, trabajo en el mar —Directiva 1999/63 (LA LEY 7543/1999)— y transporte en carretera —Directiva 2002/15 (LA LEY 4476/2002)—. Interesa asimismo señalar que el Tribunal Supremo manifiesta que es cierto que *«... de lege ferenda convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro y facilitara al trabajador la prueba de realización de horas extraordinarias»*, apuntando entre líneas que dicha reforma habría de llevarse a cabo con el faro de la normativa sobre protección de datos, representada a día de hoy por el Reglamento europeo 2016/679 (LA LEY 6637/2016), relativo a la Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos (RGPD) —al que se remite expresamente el Tribunal Supremo en su sentencia— y por la Ley orgánica 3/2018, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LA LEY 19303/2018) (LOPD).

La normativa sobre infracciones y sanciones en el orden social también da opción al Tribunal Supremo para extraer con base en una interpretación restrictiva de la misma que *«la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante»*, además de que *«... incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve»*. Esta solución, finalmente, no deja indefenso al trabajador, a juicio del Tribunal Supremo, porque la prueba de las horas extraordinarias debe hacerse

como manda el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil (LA LEY 58/2000) (LEC), norma que «... *no permite presumir la realización de horas extraordinarias cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó*».

## 2. La sentencia del Tribunal Supremo y sus votos particulares

El punto flaco de esta sentencia, confirmada no obstante por pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo (6), radica en la batería de votos particulares que se opusieron a la misma. En concreto, dos votos discordantes con razonamientos y fallo suscritos en total por cuatro magistrados (7) y otro más discordante solo con el razonamiento pero que pese a ello interpreta nuestra legislación en el sentido de reconocer que la misma incluye títulos suficientes —remuneración adecuada, prevención de riesgos laborales, control del tiempo de trabajo— como para entender que todas las empresas tienen que contar con «... *un mecanismo de totalización del tiempo de actividad productiva, que sea fiable y accesible al propio interesado*» (8). En mi opinión es difícil no estar de acuerdo tanto con la interpretación realizada por la Audiencia como con lo sustancial de todos los votos particulares formulados a la sentencia del Tribunal Supremo que se viene citando. De alguna manera, digerir intelectualmente que el registro de la jornada ordinaria solo es obligatorio cuando se realizan horas extraordinarias no es fácil porque para demostrar que se han realizado horas extraordinarias hay que probar primero cuál ha sido la jornada ordinaria prestada y la práctica atestigua que es bien normal que el trabajador tenga dificultades para acreditar en sede judicial que ha prestado más horas de las correspondientes a su jornada ordinaria.

Las razones que ofreció el Tribunal Supremo para casar la sentencia de la Audiencia no me parecen concluyentes. Es verdad que la Directiva comunitaria sobre tiempo de trabajo no impone este registro diario; es verdad que la Directiva citada solo impone dicho registro con carácter general cuando el trabajador presta su consentimiento para observar jornadas anuales superiores a la establecida en la propia Directiva; y es verdad también que otras Directivas más específicas sobre tiempo de trabajo imponen expresamente este registro en actividades determinadas. Pese a ello, entiendo que la Directiva sobre tiempo de trabajo resulta un asidero inhábil para interpretar este aspecto de nuestra legislación. La Directiva ni prescribe ni proscribire este registro diario y es lógico que guarde esta distancia porque la misma está anclada a las competencias que en el momento de su aprobación tenía la Unión Europea para legislar en materia de seguridad e higiene en el trabajo, no en materia de condiciones de trabajo. Regular, de otra forma dicho, la obligación empresarial de documentar día a día la jornada prestada por el trabajador es una operación que concierne más a los aspectos contractuales del tiempo de trabajo que a sus aspectos puramente fisiológicos, que son los que constituyen el objeto de esta Directiva. Muy probablemente, en la lógica comunitaria estaba la idea de que los ordenamientos internos, como no puede ser de otra forma, cuentan con sus propios mecanismos de control del cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo y descansos. Que estos mecanismos sean o no eficaces es algo que corresponde valorar y en su caso resolver exclusivamente en cada ordenamiento estatal, sin perjuicio de que la Directiva pueda ser modificada, ahora con base en la competencia comunitaria para legislar en materia de condiciones de trabajo, para incluir una norma que armonice la regulación de este extremo en todos los Estados miembros de la Unión.

Ya se ha dicho que uno de los votos particulares formulados a la sentencia del Tribunal Supremo pone sobre la mesa la opción favorable a interpretar que nuestra legislación incluye resortes para entender que el empresario tiene que contar con sistemas que permitan controlar el cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo, entendida esta institución en sentido amplio. Yo creo que esta opción se ajusta mejor a la neutralidad de la Directiva en este aspecto que la opción contraria, que afirma sin mayores matices que de la Directiva no se deriva una obligación genérica de registrar la jornada de todos los trabajadores. Lo significativo, a mayor abundamiento, es que esta alternativa interpretativa ronda también en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo que se viene citando. No en vano, nuestro Alto Tribunal razona en el sentido de que no es necesario que la empresa lleve «... *un complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados*», restando, a mi modo de ver, importancia a este extremo cuando atiende a que la empresa «... *controla las ausencias por intranet, donde el empleado que falta debe registrar sus ausencias y justificarlas, porque, precisamente, por ese medio u otro puede registrar las horas de entrada y salida, así como el exceso de jornada, lo que le permitirá conocer las horas que trabaja*». De acuerdo con esta jurisprudencia, por consiguiente, me parece que es posible interpretar que si se mantiene la tesis de que hasta la reforma de 2019 no existía una obligación general estrictamente referida al registro diario de la jornada, sin embargo sí era factible interpretar que todas las empresas deben contar con

instrumentos para poder contabilizar los tiempos de la actividad productiva.

Los votos particulares suscritos a la controvertida sentencia del Tribunal Supremo también ponen en relación los artículos 12.4.c) ET (LA LEY 16117/2015), sobre registro diario de la jornada a tiempo parcial, y 35.5 ET (LA LEY 16117/2015) para concluir, de forma diferente a como hace el Tribunal Supremo, que ambos preceptos son necesarios porque «... en ambos casos nos apartamos de prestaciones de servicios sujetas al límite de la jornada ordinaria pactada», porque «... la implantación de un método específico de control para el trabajo a tiempo parcial (registro diario, totalización mensual, entrega de copia al trabajador) no implica que en todos los demás casos ya no exista sistema de control alguno» y porque era necesario establecer expresamente la obligación de registro de la jornada a tiempo parcial «... dadas las consecuencias, en especial para la empresa, desde la perspectiva de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social» que tiene la presunción que establece el artículo 12 ET (LA LEY 16117/2015) en caso de incumplimiento empresarial de las obligaciones registrales. Estas argumentaciones van en mi opinión en la dirección correcta porque efectivamente, aspectos fisiológicos al margen como descansos laborales, el contrato a tiempo parcial es un contrato específico con reglas propias, exclusivas y excluyentes sobre tiempo de trabajo, diferentes de las previstas con carácter general en el artículo 34 ET (LA LEY 16117/2015). Al contrato a tiempo parcial, por ejemplo, no le resultan aplicables las reglas del artículo 34 ET (LA LEY 16117/2015) sobre bolsa anual de horas flexibles o sobre saldos interanuales de horas (9) . Por este motivo es posible entender que la obligación específica de registrar diariamente la jornada del trabajador a tiempo parcial es compatible con la interpretación referida a que hasta la reforma de 2019 no existía una obligación general de registro diario de la jornada a tiempo completo pero sí la necesidad de que el empresario cuente con mecanismos hábiles para totalizar los tiempos de la actividad productiva.

### III. VALORACIÓN DE LA REFORMA

#### 1. Objeto de la reforma

A la luz de todas las reflexiones efectuadas hasta ahora, entiendo que la reforma operada por el RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019) puede valorarse de forma positiva atendiendo a que efectivamente el artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015) es una norma polémica, susceptible de interpretaciones diversas, que cuestionan seriamente su eficacia. De hecho, hace tiempo que existe la convicción de que el artículo 35.5 ET, a causa precisamente de su ubicación sistemática, no es el mejor remedio normativo para posibilitar el control del cumplimiento por parte del empresario de la normativa sobre tiempo de trabajo (10) . La adopción de una norma interna que establece esta obligación de registro —art. 34.9 ET—, por tanto, es una operación que está en consonancia con el carácter mínimo de la Directiva sobre tiempo de trabajo en su relación con los ordenamientos estatales y con la consiguiente posibilidad de que cada Estado miembro mejore en beneficio del trabajador los niveles de tutela que proporciona la Directiva —art. 15 D 2003/88 (LA LEY 10612/2003)—.

#### 2. Presupuestos de la reforma: su extraordinaria y urgente necesidad

El recurso a la figura del RD-Ley puede haber sido en este caso una operación apresurada y poco calculada

De lo que se trata ahora es de valorar hasta qué punto esta reforma acometida a través de esta disposición legislativa provisional del Gobierno se ajusta al supuesto de «*extraordinaria y urgente necesidad*» que establece preceptivamente el artículo 86.1 CE. (LA LEY 2500/1978) Y en este sentido cabe avanzar que no me parece que el Gobierno haya sido escrupuloso con estos requisitos sino que por el contrario, el recurso a la figura del RD-Ley puede haber sido en este caso una operación apresurada y poco calculada.

#### A) Sobre la garantía del efecto útil de la Directiva sobre tiempo de trabajo

En el apartado V de la Exposición de Motivos del RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019) se expresa literalmente que «*La creación del registro de jornada por el presente real decreto-ley asegura la conformidad de la normativa europea (sic; rectius: normativa española) con el ordenamiento europeo*». Conviene, por tanto, tener claro quién y cómo interpreta en este sentido la normativa comunitaria para, en un momento posterior, valorar hasta qué punto existía dislate entre dicha normativa y nuestra normativa legal anterior a la reforma de 2019.

#### a) Posición del Abogado General

Para justificar el acomodo de nuestra obligación legal de registro de la jornada a las exigencias de la Directiva sobre tiempo de trabajo —y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007)— el Gobierno utiliza en la exposición de Motivos del RD-Ley 8/2019 las conclusiones del Abogado General (AG) de 31 de enero de 2019, emitidas a propósito del asunto C-55/18, originado con ocasión de una cuestión prejudicial elevada por la Audiencia Nacional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (11) (TJUE). En el RD-Ley 8/2019 puede leerse, en este sentido, que el AG *«afirma que la normativa europea impone a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias (...) y se oponen a una normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación»*.

Antes ya se ha dicho que el Tribunal Supremo niega en su sentencia que exista una obligación específica de registrar la jornada en la contratación a tiempo completo pero que lo que no niega, y más bien parece lo contrario, es que todos los empresarios necesitan contar con algún sistema que permita totalizar los tiempos de la actividad productiva. Nuestra normativa nacional, por tanto, no puede interpretarse en el sentido que pretende la Audiencia en su Auto, referido a que el efecto útil de la Directiva se difumina en España porque queda en el aire el reconocimiento de una obligación empresarial de registrar diariamente la jornada de trabajo. El propio AG parece discurrir por esta senda cuando afirma que *«los Estados miembros tienen libertad para establecer la forma de registro del tiempo efectivo de trabajo que consideren más adecuada para conseguir que el Derecho de la Unión tenga efecto útil»*.

La extraordinaria y urgente necesidad de acomodar nuestra legislación a la comunitaria resulta asimismo una apreciación discutible porque las conclusiones del AG no vinculan al TJUE. Ligar, como ha hecho el Gobierno, las reflexiones del AG con una suerte de interpretación auténtica de la Directiva supone desconocer que el TJUE puede dictar un fallo no acorde plenamente con la interpretación que hace el Gobierno de las reflexiones del AG. Se puede estar de acuerdo en que en ausencia de un sistema de cómputo del tiempo de trabajo *«... no existe ninguna garantía de que se respeten efectivamente los límites temporales establecidos en la Directiva»*, también en que en este caso *«... las autoridades públicas competentes para el control de la seguridad en el trabajo se ven privadas de la posibilidad de verificar y, en su caso, actuar contra los incumplimientos»*, e igualmente se puede coincidir en que la inexistencia de un sistema de cómputo *«... hace que sea mucho más difícil para el trabajador obtener la tutela judicial de los derechos que le confiere la Directiva 2003/88 (LA LEY 10612/2003), puesto que se le priva de un primer indicio probatorio esencial»*. Estas reflexiones del AG, sin embargo, no garantizan a mi juicio que el TJUE vaya a dictar una sentencia que exprese que hasta la reforma de 2019 en España no quedaba garantizado el efecto útil de la Directiva. No hay que perder de vista, en este sentido, que el AG se remite a los órganos jurisdiccionales nacionales para que sean estos quienes lleven a cabo la tarea de *«... apreciar, tomando en consideración el conjunto de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, si puede realizarse una interpretación de este Derecho que garantice la plena efectividad del Derecho de la Unión»*.

Hasta la reforma del RD-Ley 8/2019, nuestro ordenamiento, según la interpretación del Tribunal Supremo, carecía de una previsión específica que obligase al empresario a registrar diariamente la jornada de trabajo a tiempo completo. Esta misma jurisprudencia, sin embargo, no cerraba la posibilidad de interpretar que pese a todo, en la práctica de nuestras relaciones laborales resulta absolutamente imprescindible que el empresario disponga de mecanismos que le permitan totalizar el tiempo de trabajo prestado por sus trabajadores. La propia existencia del voto particular que afirma este extremo resulta a mi modo de ver un sólido argumento para entender que nuestra normativa sobre tiempo de trabajo anterior a dicha reforma podía ser interpretada por nuestros órganos jurisdiccionales de forma que garantizase la plena efectividad del Derecho de la Unión, como exige el AG. La obligación legal de implantar un registro diario de jornada puede ser conveniente y adecuada a la vista de los datos estadísticos que anuncia el apartado V de la Exposición de Motivos del RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019)—verdaderas evidencias de la magnitud de los incrementos de jornada fraudulentos en nuestro sistema de relaciones laborales (12) —. Esta conveniencia, sin embargo, no puede transformarse interesadamente en una necesidad extraordinariamente urgente a la luz de la Directiva comunitaria.

#### **b) El control de las horas extraordinarias por parte de la Inspección de Trabajo**

Los inspectores de trabajo pueden efectivamente tener dificultades para indagar en empresas y centros de trabajo a efectos del control de las horas extraordinarias, como también se dice en el RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019). Ello, sin embargo, en modo alguno equivale a afirmar que nuestro ordenamiento torpedea el efecto útil de la Directiva

sobre tiempo de trabajo porque no garantiza el adecuado cumplimiento por parte del empresario de la correspondiente normativa. Reveladora en este sentido es la Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (13) (DGITSS), dictada tras la sentencia del Tribunal Supremo que se viene citando, donde se expresa literalmente que *«La ausencia de un control diario de la jornada de trabajo por parte de la empresa no impide a la Inspección desplegar sus actuaciones de comprobación mediante las facultades de que dispone y que están reconocidas en la Ley 23/2015 (LA LEY 12049/2015) (...) el control del tiempo de trabajo —la jornada— siempre ha sido y sigue siendo posible, más aún por tratarse de una de las contraprestaciones básicas del contrato de trabajo»*. Es decir, que si la propia DGITSS considera que tras la sentencia del Tribunal Supremo seguía siendo posible controlar el cumplimiento empresarial de la normativa sobre tiempo de trabajo, lo que en definitiva supone que antes del RD-Ley 8/2019 España también garantizaba el efecto útil de la Directiva, parece cuanto menos arriesgado afirmar que la aprobación de semejante reforma normativa tiene que hacerse por la vía de urgencia apelando a la garantía del efecto útil de la Directiva. Posiblemente, en mi opinión, la valoración relativa a la urgencia y necesidad de esta reforma normativa del tiempo de trabajo ceda si se adopta el presupuesto de que el problema no viene referido tanto a la ausencia de mecanismos legales que garanticen el cumplimiento por parte del empresario de la normativa sobre tiempo de trabajo cuanto a la insuficiencia de los medios humanos y materiales con que cuenta la IT para desarrollar su función fiscalizadora.

### c) Régimen procesal aplicable a la prueba de las horas extraordinarias

Cuando el juez europeo resuelva la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia posiblemente advertirá que el Tribunal Supremo afirmó que el artículo 217.6 LEC (LA LEY 58/2000) constituye un resorte legal que juega en contra del empresario cuando éste no aporta un registro de las horas extraordinarias realizadas y el trabajador prueba que sí las realizó. Esto supone reconocer que nuestro ordenamiento jurídico contiene mecanismos procesales que bien interpretados y aplicados, pueden facilitar la labor probatoria del trabajador ante este tipo de reclamaciones, garantizándose también de este modo, por consiguiente, el efecto útil de la Directiva.

El precepto legal citado previene que la aplicación de las reglas de la carga de la prueba —art. 217.2 LEC (LA LEY 58/2000)— *«... deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio»*. De modo que una interpretación del artículo 217.6 LEC (LA LEY 58/2000) por parte de nuestros órganos jurisdiccionales acorde con la realidad social actual, representada por la evidencia de que de las dificultades probatorias que tienen los trabajadores para reclamar en materia de horas extraordinarias son grandes, podría conducir a allanar el camino para poder reclamar con garantías frente a eventuales abusos empresariales cometidos en materia de tiempo de trabajo. Esto, como ahora se verá, supone aceptar que aun en ausencia de una obligación específica de registro diario de la jornada nuestros Tribunales tienen margen para favorecer las reclamaciones judiciales de esta naturaleza y hace que sea difícil sostener que antes del RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019) España carecía de mecanismos jurídicos para garantizar el efecto útil de la Directiva sobre tiempo de trabajo.

Nuestros Tribunales exigen prueba rigurosa y circunstanciada de las horas extraordinarias prestadas

En la práctica, nuestros Tribunales exigen prueba rigurosa y circunstanciada de las horas extraordinarias prestadas (14) , o cumplida cuenta de su realización, hora a hora y día a día, sin reconocer valor probatorio a los partes de trabajo o notas elaboradas por los propios trabajadores (15) . Esta regla, no obstante, se aplica por el órgano judicial cuando las horas extraordinarias objeto de reclamación son ocasionales, no cuando su realización se corresponde con una jornada habitual extraordinaria, en cuyo

caso se produce una inversión de la carga de la prueba porque ante la reclamación del trabajador pasa a ser el empresario quien debe acreditar la inexistencia de la jornada extraordinaria. No es extraño, por tanto, que nuestros Tribunales echen mano del artículo 217.6 LEC (LA LEY 58/2000) y faciliten la labor probatoria del trabajador en casos cualificados como el referido a la jornada extraordinaria realizada con carácter habitual (16) . Por eso, a la luz de esta norma procesal, también manejada por el Tribunal Supremo en ocasiones precedentes (17) , entiendo que el problema del control de las horas extraordinarias, y del tiempo de trabajo en general, es una responsabilidad compartida entre el Poder Legislativo y el Judicial que permite valorar como apresurada esta reforma normativa introducida por el Gobierno a través de la figura del RD-Ley. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Sta. Cruz de Tenerife estima en su sentencia de 20 de julio de 2018 (LA LEY 165206/2018) (18) que el juzgador puede dar por acreditada la realización de horas extraordinarias a partir de prueba testifical, no por deducir que el artículo 35.5

ET (LA LEY 16117/2015) obligue a la empresa a llevar un registro de jornada, llegando incluso a razonar en el sentido de que contar con este registro puede ser bueno para la empresa de cara a precaverse frente a reclamaciones de esta naturaleza (19) .

Un cambio de rumbo de la jurisprudencia, ampliando ex artículo 217.6 LEC (LA LEY 58/2000) el alcance de la inversión de la carga de la prueba en este terreno, resultaría en mi opinión una medida tan eficiente como el registro diario de la jornada para luchar contra las crueles estadísticas descritas anteriormente en materia de jornadas fraudulentas. Además de las estadísticas, avalaría esta reorientación jurisprudencial el dato incontrovertido, señalado en el apartado V de la Exposición de Motivos del RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019), de que el problema del control del tiempo de trabajo conecta con aspectos de la vida del trabajador que tienen dimensión constitucional. De ahí, y adoptando el presupuesto de que el titular de la empresa tiene la responsabilidad objetiva de controlar del modo que sea los tiempos de la actividad productiva, cabe una vuelta judicial de tuerca en este ámbito para que frente a la aportación de indicios por parte del trabajador referidos a la posible existencia de horas extraordinarias, el empresario quede obligado a demostrar lo contrario. El mero hecho de que exista un convenio colectivo que actúe la previsión del artículo 35.4 ET (LA LEY 16117/2015) y convierta en obligatoria para el trabajador la realización de horas extraordinarias ante la petición del empresario podría en mi opinión actuar como indicio de existencia de horas extraordinarias. La práctica de nuestra negociación colectiva pone de manifiesto, en este sentido, que es más que habitual prever convencionalmente la realización obligatoria de las denominadas horas extraordinarias estructurales, referidas a cubrir circunstancias como ausencias imprevistas o cambios de turnos, es decir, sucesos completamente habituales en el desarrollo ordinario de nuestras organizaciones productivas. En estas condiciones, si el convenio colectivo facilita de este modo la realización de estas horas, no sería problemático facilitar las reclamaciones del trabajador desplazando al empresario la carga de probar la inexistencia de horas extraordinarias. Por descontado, si la obligación de realizar horas extraordinarias se ha previsto de forma expresa en el contrato, la propia cláusula contractual sería elemento suficiente para provocar dicha inversión. El planteamiento del AG referido a que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si su Derecho interno puede interpretarse de modo que garantice la plena efectividad del Derecho de la Unión obtiene en España una valoración positiva atendiendo a que nuestros Tribunales pueden garantizar de la forma vista el efecto útil de la Directiva, sin necesidad de una reforma legislativa por la vía de urgencia.

### **B) Control del tiempo de trabajo y normativa estatal sobre infracciones y sanciones en el Orden Social**

Con base en las reflexiones del Tribunal Supremo relativas a la normativa legal sobre infracciones y sanciones en el Orden Social pueden extraerse asimismo, en mi opinión, argumentos también razonables para cuestionar las notas de urgencia y necesidad de la reforma llevada a cabo. No se entiende bien, en este sentido, que frente a un panorama sociolaboral caracterizado por las tasas de precariedad referidas al tiempo de trabajo que presenta el RD-Ley 8/2019 nuestro legislador no responda desde el plano del Derecho punitivo. La normativa estatal tipifica como infracción grave la transgresión de las normas sobre tiempo de trabajo —art. 7.5 LISOS (LA LEY 2611/2000)—, siendo posible cuestionarse si acaso estos incumplimientos debieran dar lugar a la comisión de una infracción muy grave. No cabe perder de vista, como ya se ha señalado, que el incumplimiento de esta normativa incide sobre esferas diversas de la personalidad del trabajador con relevancia constitucional, además de producir efectos muy negativos en el sistema de financiación de la Seguridad Social —algo que también se señala en el apartado V de la Exposición de Motivos del RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019)—. Enfocando el problema desde este prisma, como poco sorprende que la normativa estatal sancionadora tipifique como infracción muy grave, por ejemplo, «*No elaborar o no aplicar el plan de igualdad*» —art. 8.17 LISOS (LA LEY 2611/2000)— pero mantenga los incumplimientos referidos a la normativa sobre tiempo de trabajo en el terreno de ilícitos meramente graves. Me parece que no haber aprovechado la reforma de 2019 para aumentar la gravedad de estos últimos ilícitos no termina de cohonestarse con la valoración referida a que existe un panorama laboral que necesariamente tiene que ser corregido de forma urgente.

## **IV. CONCLUSIONES**

El sistema de huella digital es una alternativa posible para cumplir con esta obligación de registro

La prisa no es buena consejera y la reforma acometida por el RD-Ley 8/2019 (LA LEY 3310/2019), sobre registro diario de la jornada, no se ajusta a los presupuestos que exige el artículo 86.1 CE. (LA LEY 2500/1978) No se discute que esta nueva obligación legal puede cumplir una importante función en nuestro panorama laboral, pero sí la validez de la fórmula

legislativa utilizada para ello por el Gobierno. En todo caso, resulta asimismo indiscutible que la urgencia con que se ha llevado a cabo esta operación ha significado desaprovechar la ocasión para armar desde la ley un mecanismo cabal y coordinado sobre control del cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo que atienda a todos los aspectos que aglutina este complejo asunto. El Tribunal Supremo en su controvertida sentencia señalaba uno de estos aspectos, representado por la normativa sobre protección de datos. Así, por ejemplo, el sistema de huella digital es una alternativa posible para cumplir con esta obligación de registro que no obstante ello, origina un supuesto de tratamiento de datos biométricos, prohibido con carácter general por el RGPD salvo que el trabajador preste su consentimiento explícito o si así lo autoriza nuestro legislador o un convenio colectivo —art. 9.2.a (LA LEY 6637/2016)) y b) RGPD (LA LEY 6637/2016)—. La reforma, sin embargo, ha dejado en el aire este aspecto, a su vez conectado en parte con el artículo 91 LOPDP (LA LEY 19303/2018), sobre derechos digitales en la negociación colectiva. Una última reflexión, en esta misma línea, lleva a cuestionarse el sentido del mantenimiento intocado del artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015), puesto que lo cierto es que la situación actual plantea la alternativa de considerar o bien que ahora existen dos obligaciones referidas al registro del tiempo de trabajo, la del artículo 34.9 ET, aplicable a la jornada ordinaria, y la del artículo 35.5 ET (LA LEY 16117/2015), aplicable a la jornada extraordinaria, o bien que el artículo 35.5 ET ha quedado tácitamente derogado por la ley posterior que constituye el nuevo artículo 34.9 ET.

(1) Rec. núm. 301/2015 (LA LEY 191407/2015).

(2) Vid., E. Monreal Bringsvaerd: *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid, 2005, pág. 276-280.

(3) Rec. núm. 81/2016 (LA LEY 17182/2017).

(4) El Tribunal Supremo se remite en su sentencia a las SSTs 11.12.2003 (rec. núm. 63/2003 (LA LEY 12683/2004)), 25.04.2006 (rec. núm. 147/2005 (LA LEY 48644/2006)) y 18.06.2013 (rec. núm. 99/2012 (LA LEY 107600/2013)).

(5) El Tribunal Supremo efectúa estos razonamientos sobre la base de la Directiva 1993/104, hoy sustituida en sus propios términos por la ya citada Directiva 2003/88. El art. 18 D 93/104 (LA LEY 5477/1993) es el art. 22 D 2003/88 (LA LEY 10612/2003), que incorpora la posibilidad de que un trabajador preste su consentimiento para exceder la jornada máxima comunitaria, en cuyo caso debe cumplirse con la cautela relativa a la necesidad de llevar «registros actualizados de todos los trabajadores que efectúan un trabajo de este tipo» —art. 22.1.c) D 2003/88 (LA LEY 10612/2003)—.

(6) Vid., STS 20.04.2017 (rec. núm. 116/2016 (LA LEY 34861/2017)) y STS 20.12.2017 (rec. núm. 206/2016 (LA LEY 191884/2017)).

(7) Voto particular suscrito por L. Arastey, al que se adhirió M<sup>a</sup>. L. Segoviano; voto particular suscrito por J. Agustí, al que se adhirió R. M<sup>a</sup> Virolés.

(8) Voto particular suscrito por V. Sempere.

(9) Vid., desarrollando este extremo, E. Monreal Bringsvaerd: «El contrato a tiempo parcial: Puntos críticos del tiempo de trabajo», Documentación laboral, núm. 110, (2017), págs. 114-115.

(10) Vid., E. Monreal Bringsvaerd: *La jornada de trabajo...*, cit. pág. 279.

(11) Vid., Auto de la Audiencia Nacional de 19.01.2018 (LA LEY 534/2018).

(12) Se afirma en esta norma que en 2018 un 35% del total de las denuncias ante la IT eran referentes al tiempo de trabajo; también que la EPA del 4º trimestre de 2018 refleja que más del 50% de los asalariados declararon tener jornadas superiores a 40 horas semanales; que cada semana de 2017 se hicieron en nuestro país una media de 5,8 millones de horas extraordinarias semanales; o que un 48% de los trabajadores que declaran realizar horas extraordinarias manifiesta que dichas horas no les son abonadas.

(13) Complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre Intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

(14) Vid., STS 11.06.1993 (LA LEY 12448/1993) (rec. núm. 660/1992).

(15) Un compendio de esta doctrina jurisprudencial se contiene en STSJ Galicia 19.12.2003 (rec. núm. 2335/2001 (LA LEY 214101/2003)).

(16) Vid., por ejemplo, STSJ Valencia 13.09.2001 (rec. núm. 185/1999 (LA LEY 159839/2001)): «... la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe interpretarse de una manera compatible con la realidad, que es la que resulta de los hechos probados y no resulta lógico ni razonable, cuando se ha constatado la realización habitual de horas extraordinarias, exigir el cumplimiento de un formalismo extremo, cuando concurre sustancialmente la prueba de los hechos de una forma no arbitraria y que no causa indefensión».

(17) Vid., STS 22.07.2014 (rec. núm. 2129/2013 (LA LEY 143722/2014)): «... según dispone el art. 217.7 LEC (LA LEY 58/2000), para la aplicación de las reglas de la prueba, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio, y en este caso, era la empresa quien mejor podía acreditar la realización de las mismas y las circunstancias en las que se realizaron, en cuanto que ella tiene un mejor acceso a la

*prueba y viene obligada, a efectos del cómputo de la jornada, a registrar día a día, la jornada a de cada trabajador».*

---

**(18)** Rec. núm. 284/2018 (LA LEY 165206/2018).

---

**(19)** Afirma el Tribunal tinerfeño que *«Ciertamente, si existiera tal registro de jornada, la empresa podría haber aportado el mismo para desvirtuar las afirmaciones de la demanda o sus testigos sobre que de forma regular trabajaba más horas de las pactadas en su contrato, pero si la demandada no quiso hacer este registro diario de la jornada, debe asumir los perjuicios que en este tipo de reclamaciones le puedan resultar de la falta de registro, pues resulta inaceptable que además pretenda, derivado de la inexistencia de registro de jornada, obtener una ventaja probatoria que impidiera que los trabajadores prueben por otros medios la realización de horas extraordinarias».*

---