



Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
Director del Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales del
Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL). Junta de Andalucía*

Extracto

El nuevo artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores ha generalizado, para las relaciones de trabajo en España, la obligación empresarial de registrar diariamente la jornada de trabajo efectivo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no solo ha avalado esta obligación, sino que la ha reforzado vinculándola a la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Las empresas han reaccionado con fuertes críticas a esta imposición, aunque en España ya existían varias leyes que establecían obligaciones de registrar la jornada para determinadas situaciones. Estas críticas carecen de razón de ser, porque la generalización del registro diario de jornada tiene un valor dual, sirve para proteger tanto los derechos de las personas trabajadoras como los intereses económicos de los empresarios. Así lo ponen de manifiesto las sentencias judiciales que vienen pronunciándose en la materia, como los primeros convenios colectivos que están desarrollando esta obligación. Este estudio ofrece un completo análisis de todas estas novedades jurídicas.

Palabras clave: registro de jornada; salud laboral; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; inspección de trabajo.

Fecha de entrada: 27-10-2019 / Fecha de aceptación: 29-10-2019

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 113-160.





New keys to work time management: application problems, controversial sentences and first developments by collective agreements

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The new article 34.9 of the Workers' Statute has generalized, for labor relations in Spain, the business obligation to record the hours of effective work. The CJEU has endorsed this obligation, also linking it to the protection of occupational safety and health. Most companies have reacted with strong criticism of this imposition. This critical reaction surprises. First, because in Spain there were already several laws that establish obligations to register the day for certain situations. Second, because the generalization of the daily registration of working hours has a dual value, it serves both to protect the rights of working people and the economic interests of employers. This is evidenced by the judgments that have been pronounced in the matter, as the first collective agreements that are developing this obligation. This study offers a complete analysis of all these legal developments.

Keywords: work day registration; occupational health; EU Charter of Fundamental Rights; labor inspection.

Citation: Molina Navarrete, C. (2019). New keys to work time management: application problems, controversial sentences and first developments by collective agreements. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 113-160.



Sumario

1. Introito: «ley del reloj», «industria fabril» y «oficina virtual»
2. La obligación de registro diario de la jornada: principales cuestiones de actualidad
 - 2.1. El diseño normativo nacional: del registro como potestad organizativa ordinaria a su garantía como obligación
 - 2.2. La sentencia comunitaria: de una «vertiente probatoria» a otra cuestión de derechos fundamentales
 - 2.3. *Eppur...* las persistentes críticas por (pretendida) rigidez e irracionalidad como un factor de presión para el desarrollo normativo
 - 2.4. «Crítica, que algo quedará»: el desplazamiento de la norma reglamentaria por guías y criterios técnicos
 - 2.5. Los criterios de interpretación de la organización y documentación del registro en la práctica institucional: puntos críticos
 - 2.5.1. El ámbito subjetivo del registro: la ambición de universalidad y sus restricciones
 - 2.5.2. Objeto y contenido del registro: mínimos y flexibles, pero no incondicionados
 - 2.5.3. Modos de cumplimiento: «libre acuerdo», sí, pero con cinco condiciones
 - 2.5.4. Documentación, conservación y puesta a disposición del registro: la accesibilidad no implica necesariamente la entrega de copias
 - 2.5.5. Los presupuestos de apertura del proceso infractor: ¿un cumplimiento temporal «a la carta»?
 - 2.6. La práctica judicial: el tratamiento bidireccional del registro en la experiencia forense
 - 2.6.1. Algunas (nuevas) lecturas judiciales de la obligación de registro horario a favor de las razones de empresa
 - 2.6.2. Visiones judiciales del registro horario favorables a las razones de la persona trabajadora: ¿inversión de la carga probatoria de las horas extras?
 - 2.6.3. Un presupuesto sustantivo del funcionamiento correcto del registro: ¿qué es y qué no es tiempo efectivo de trabajo en la doctrina judicial reciente?
 - 2.7. Práctica convencional reguladora de la obligación de registro horario: ¿blindaje convencional (del empleador) o justo equilibrio?
3. Registro de jornada y gestión tecnológica: minimización de datos versus libertad de elección del sistema de registro
4. Reflexión final: el registro, ¿«árbol que no deja ver el bosque» o el «hilo para desenmarañar el ovillo»?

Referencias bibliográficas



Nuestra civilización es la única que ha elevado los relojes a la cima de sus lugares de culto, en todas las ciudades. [...]. El taylorismo ha trasladado [...] este modelo a la empresa [...]: el hombre es capturado por un gran mecanismo, en un juego de engranajes que termina por aplastarlo. [...]. El «hombre-máquina» de los siglos XVII-XVIII [...] se metamorfosearía en «máquina inteligente», máquina programable para objetivos codificados. [...]. Se piensa en el trabajador basado en el modelo del ordenador en vez de pensar en el ordenador como medio de humanizar el trabajo.

A. Supiot¹

1. Introito: «ley del reloj», «industria fabril» y «oficina virtual»

Absortos en el centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), afanada en recuperar el sentido del límite jurídico a la desmedida visión productivista del trabajo actual, devolviéndole el alma social a la norma laboral, ampliamente desplazada por su alma económica, habrían pasado desapercibidos otros dos. Uno de gran significación mundial igualmente, la Constitución de Weimar, pionera en la circulación tanto del principio social del Estado de derecho cuanto de la categoría de los «derechos sociales fundamentales», conocido como «Laboratorio Weimar». Otro, de alcance nacional, el centenario de la norma que reconoció por vez primera la jornada máxima de 8 horas en España ([RD de 3 de abril de 1919](#), Gaceta de Madrid, núm. 94, de 4 de abril).

En la encrucijada de este triple centenario, 2019 ha conocido algunas reformas legales que protagonizarían un movimiento de cambio socioeconómico y cultural mucho más intenso, en la dirección de reconstruir el equilibrio perdido en el gobierno de los tiempos de vida y de trabajo. Hasta el momento, las reformas legales emprendidas tenían el sentido principalísimo de incrementar, hasta su maximización, tanto la «disponibilidad» (vertiente cuantitativa: la prolongación) como la «flexibilidad» (vertiente cualitativa: distribución) del tiempo de trabajo a favor de las razones de la empresa (interés empresarial), las últimas tendrían

¹ [Entrevista publicada en L'Usine Nouvelle el 24 de abril de 2015.](#)

como referencia básica la protección de las razones de la persona trabajadora. De ahí, las intensas reacciones críticas, como si de varias «cajas de Pandora» se tratase, de importantes sectores de opinión en relación con algunas de ellas, como la relativa a la «obligación del registro diario de jornada» ([art. 34.9 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), tratada como si de un «tsunami jurídico» fuera, y la bautizada mediáticamente (incorrecta, pero afortunadamente) como «jornada a la carta» ([art. 34.8 ET](#)).

Una tercera, en el mismo marco y complementaria, aprobada en 2018, pero en vigor a partir de enero de 2019, parece haber recibido mayor consenso, incluso favor mediático, aunque se quede a menudo en puro *marketing* social: el derecho a la desconexión digital ([art. 88 LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPDGDD–](#)). Y la más reciente, de fuente comunitaria y con un plazo amplísimo de trasposición, lo que explicaría la relativa calma ante la aprobación de tan significativa norma de progreso social, en la dirección de un «derecho a la duración y distribución de jornada más razonable y previsible», relativa a la Directiva sobre transparencia y previsibilidad de las condiciones de empleo y de trabajo –[Directiva \(UE\) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019](#)–. No albergo ninguna duda sobre el papel estelar que esta directiva de nueva generación social va a tener en los próximos años en la pugna hoy abierta entre las razones de la «disponibilidad» del tiempo de trabajo a favor del empleador y las razones de razonable «soberanía» sobre él para las personas trabajadoras ([Gómez, 2019](#)).

La aplicación práctica del derecho a la desconexión digital primera ha sido objeto de una magnífica exposición crítica en el [editorial](#) por la profesora Margarita Miñarro, a partir de las experiencias convencionales más señeras que dicen reconocerlo y garantizarlo, aunque sea muy diferente la realidad. Los aspectos más significativos de la [Directiva sobre transparencia y previsibilidad de las condiciones de trabajo](#) serán objeto de un completo [análisis de actualidad](#) tras el que ahora estoy llevando a cabo aquí, por el profesor Sergio Canalda. Por tanto, a ellos remito.

Mi pretensión es ocuparme básicamente, y si bien debe tenerse en cuenta que están las cuatro relacionadas intrínsecamente, de las dos primeras novedades legislativas referidas y que pretenden ser clave para un ET a la altura de la diversidad de realidades productivas del siglo XXI, tantas veces anunciado, pero que se antoja lejano. No obstante, por su extensión y densidad jurídico-prácticas, dividiremos el análisis en dos partes, naturalmente dotadas de autonomía plena. En este estudio de actualidad sociolaboral daré cuenta de las implicaciones que en la práctica laboral (convencional y judicial) está teniendo la tan ferozmente criticada, como necesaria², reforma sobre el registro diario de jornada. Este se presenta como instrumento (no solo) de lucha contra la precariedad, facilitando la fiscalización inspectora (nueva redacción del [art. 34.9](#) conforme al [RDL 8/2019, de 8 de marzo](#)). En el próximo número, que cierra tan conmemorativo 2019, expondré críticamente la muy

² Vid. [Pita \(2019\)](#).

controvertida aplicación que se está produciendo del [artículo 34.8 del ET](#), la célebre «jornada (no) a la carta» (nueva redacción del [art. 34.8](#) conforme al [RDL 6/2019, de 1 de marzo](#)).

Más allá del dato coyuntural conmemorativo del advertido centenario sobre una de las «leyes de fábrica» más relevantes (jornada máxima), tan típica de la Revolución Industrial 1.0, que pretendía acomodar el reloj industrial –mide la deuda laboral en tiempo de disposición al interés empresarial– al «reloj biológico», el tratamiento de las claves de gestión empresarial del tiempo de trabajo (tanto cuantitativo –duración– como cualitativo –distribución–) se revela permanentemente esencial, también en la Revolución Industrial 4.0. Y es que, como reza la exposición de motivos del [Real Decreto de 3 de abril de 1919](#) (jornada máxima legal en todos los trabajos), la ordenación racional y equilibrada de los tiempos de trabajo, condicionantes de los demás tiempos de vida, siempre vendrá exigida, además de por la razón productiva, por otras «conformes con los principios de humanidad y de justicia». Por eso –siguiendo parafraseando tan histórica norma– estas reformas de hoy (motivadas por razones parcialmente diferentes), como las de ayer, están en el corazón de las reivindicaciones de las personas trabajadoras, no solo como «productoras», sino también, y sobre todo, como personas. Como tales deben tener garantías de protección eficaz de su salud (derecho fundamental a un entorno seguro y saludable), no solo del cumplimiento de sus derechos retributivos (dinero: horas extras), pero también disponer de tiempo para asumir otro «trabajo», el trabajo de cuidar («amor») a otras personas a su cargo.

Esta conexión del presente legislativo con el pasado y el futuro confirmaría, para unos, que algunas de estas reformas más se dejarían el futuro a la espalda, tornándonos a épocas ya desfasadas (como las que miden la deuda laboral por unidad de tiempo, aunque ahora los nuevos relojes sean electrónicos, no analógicos, y no por unidad de obra, de carga laboral, de objetivos a cumplir; puras nostalgias de un «tiempo de bolero» –«reloj no marques las horas, porque...»–). Para otros, en cambio, sería la máxima expresión de modernización, porque no es posible concebir una realidad productiva que tiende a controlarlo y documentarlo todo, a fin de exhibir la calidad y seguridad, la fiabilidad y trazabilidad, de todos sus procesos, máxime con las infinitas oportunidades que ofrece la tecnología digital, incluso «portable» ([Amed, 2016](#)) (*wearable technology*) y no hacerlo con el tiempo de vida dedicado realmente al trabajo. El adecuado control del tiempo de trabajo facilitaría tanto la eliminación de «tiempos perdidos» (a favor del empleador) como el aliento para usos más bidireccionales del mismo.

Frente a esta visión más innovadora y posibilista, incluso transaccional, de la generalización de la obligación de registro horario –esta figura ya existía en nuestro sistema para situaciones específicas–, nos hallaríamos ante un panorama que parece sumirse en el desconcerto, de ahí las continuas reacciones críticas. A raíz de estas se producen notables anomalías en el ámbito de la regulación jurídico-laboral, pues en vez de proveer leyes de calidad, ayudadas en su desarrollo con normas jurídicas –reglamento–, se ofrecen alternativas pretendidamente prácticas (guía del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social), pero sin la debida fuerza jurídica, que terminan generando más confusión que

clarificando los problemas de aplicación. Por eso, en espera de desarrollos convencionales más generalizados, junto a criterios técnicos y guías de la autoridad laboral, proliferan «guías» privadas, que prometen «evitar problemas con la policía laboral» –Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS)–, en lo que concierne a la gestión de las horas extras³. Al mismo tiempo, y en lo que refiere a la dicha «jornada a la (no) carta», se sucede un aluvión de decisiones judiciales, procedentes de los más diversos niveles jurisdiccionales, que configuran un panorama complejo, desigual y equívoco, también en espera de la solución colectiva.

2. La obligación de registro diario de la jornada: principales cuestiones de actualidad

2.1. El diseño normativo nacional: del registro como potestad organizativa ordinaria a su garantía como obligación

El [Real Decreto-Ley 8/2019](#) obliga al registro de jornada para combatir la precariedad laboral. Pero realmente su ambición es facilitar el trabajo de control del exceso de jornada (estructural en España) a la ITSS, a fin de que pueda probar el abuso que presume existe. En el fondo de toda la regulación está muy presente el enfoque del tribunal que dio lugar al cambio de orientación, la Audiencia Nacional (AN).

El registro se orienta a proteger a «las personas trabajadoras en situación de indefensión que no puede atemperarse porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es, precisamente, el control diario». También el Tribunal Supremo (TS) insistía en este enfoque probatorio, más reductivo, si bien no enfocado a la ITSS, sino al propio trabajador, recomendando una reforma que facilitara al trabajador la prueba de la realización de las horas extraordinarias. Veremos que el planteamiento comunitario es otro, vinculado a la protección efectiva de un derecho social fundamental, la efectividad del tiempo de descanso, a su vez garantía del derecho a una protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo ([Directiva 2003/88/CE](#), [Directiva marco 391/1989](#) y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de 14 de mayo de 2019), cambio de enfoque que será vital para comprender la nueva regulación y, sobre todo, su desenvolvimiento práctico.

Dejando la cuestión –teórica– de las razones de su justificación para el procedimiento legislativo de urgencia –que el Gobierno hace recaer en apabullantes datos estadísticos, así como en perjuicios graves también sociales, no solo para las personas trabajadoras–,

³ Entre otras muchas, puede verse: Guía para evitar problemas con la Inspección al pagar o compensar las horas extra ([Del Rosal, 2019c](#)).

tres serían las principales previsiones de la reforma respecto de la obligación de registro diario de jornada a cargo de todas las empresas, dejando de ser una mera potestad –creativa o novatoria–⁴:

- a) la atribución al Gobierno de la potestad de establecer reglas especiales para ciertos sectores, trabajos y categorías, lo que no ha ejercido, todavía;
- b) la creación del deber o de la obligación empresarial, remitiendo los términos propios de su ejercicio a la negociación colectiva –y, en su defecto, al empleador–;
- c) la calificación como infracción grave ([art. 7.5 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) –LISOS–) si se inobserva la obligación de registro.

2.2. La sentencia comunitaria: de una «vertiente probatoria» a otra cuestión de derechos fundamentales

En suma, en el diseño legislativo, la reforma buscaría principalmente generalizar –para todas las empresa y sectores– la obligación de documentar la jornada real de trabajo diario, de modo que la ITSS contara con esta garantía para mejorar la eficacia de su plan de lucha contra el exceso de horas (por la pérdida de retribución que supone para las personas trabajadoras y por la pérdida de recaudación para unas maltrechas arcas de la Seguridad Social). Por eso, una vez asegurada la garantía empleadora (obligación de resultado), los términos concretos para su ejercicio quedan al diseño convencional y, en su defecto, al propio empleador. A tal fin, no busca alterar un ápice ni cuestionar la flexibilidad de gestión del tiempo hoy existente, tan solo quiere que conste el trabajo efectivo. Para la jurisprudencia nacional, la cuestión era más bien de prueba de las horas extras, a efectos retributivos, a fin de subsanar una deficiencia notable de las reglas de la carga de la prueba de tales horas, que ni el [artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) (LEC) ni la flexibilización, en su virtud, emprendida por la jurisprudencia y la doctrina judicial, podían corregir.

Pero las necesidades del «guion comunitario», a fin de poder descabalar la posición de resistencia jurisprudencial a la introducción de esta obligación, guardaban un profundo cambio de enfoque. De estar ante cuestiones probatorias –inspectoras, procesales– se pasó a la tutela de un derecho social fundamental, conforme a lo dispuesto por la [STJUE de 14 de mayo de 2019](#):

Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE [tiempo de trabajo] [...] a la luz del artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

⁴ Vid. Sentencias del TS –SSTS– [681/2016, de 19 de julio](#), y [62/2017, de 25 de enero](#). Para el debate doctrinal, vid. [Igartua \(2019, pp. 128-129\)](#).

y de los artículos 4.1, 11, apartado 3, y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE [Directiva marco de seguridad y salud en el trabajo] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que [...] no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Una vez entra el TJUE a colonizar un espacio de regulación jurídico-laboral, su devenir se vuelve muy diferente a lo esperado y previamente conocido, de modo que la interpretación hasta entonces dominante, de legalidad ordinaria, muta profundamente, pasando de lecturas restrictivas a otras expansivas. Primero, el fundamento regulador. Aun siendo una norma de garantía instrumental, en el diseño comunitario la referencia interpretativa es la protección de un derecho social fundamental (art. 31.2 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–). En consecuencia, la pauta comprensiva ha de ser la de interpretación expansiva para garantizar su efecto útil. Esto significa, en la práctica, que no cualquier sistema de registro horario valdrá, por más blindaje convencional que se le quiera ofrecer. En todo caso deberá ser: «un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador» (apdo. 60 [STJUE de 14 de mayo de 2019](#)).

Segundo, toda duda interpretativa, así como toda laguna, o contradicción legislativa, ha de resolverse bajo esta inclusión de la obligación de registro de jornada diaria dentro de:

[...] la obligación general que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios, prevista en los artículos 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la Directiva 89/391, de constituir una organización y los medios necesarios para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores. Además, tal sistema es necesario para permitir que los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores ejerzan su derecho, contemplado en el artículo 11, apartado 3, de esta directiva, a solicitar del empresario que tome medidas adecuadas y a presentarle propuestas (apdo. 62 [STJUE de 14 de mayo de 2019](#)).

En otros términos, la obligación de registro no es meramente documental o una nueva carga de papel –aun telemático–, sino un instrumento al servicio del deber de protección eficaz de la salud de las personas trabajadoras ex [artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL), al tiempo que los derechos de información-consulta, junto a los derechos de negociación, no serían sino nuevos derechos de participación en la política de prevención de riesgos profesionales.

Tercero, y reflejando también el alma económica del TJUE, el diseño comunitario no es ajeno a las necesidades de regulación flexible de esta obligación, por lo que confirma que, en el marco de una configuración universalista del registro, cabe que los Estados introduzcan las especialidades que consideren oportunas atendiendo a las particularidades del sector,

incluso de la actividad o del tamaño de las empresas. Más aún, en aplicación del artículo 17.1 de la [Directiva 2003/88](#), permite excepciones al registro –al margen de las normas comunitarias que prevén obligaciones de registro para categorías específicas–, siempre que se garanticen los principios propios de la salud en el trabajo y concurren «características especiales de la actividad», de modo que «la jornada de trabajo no tenga una duración medida o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores» (apdo. 63 [STJUE de 14 de mayo de 2019](#)). Conviene tener en cuenta, no obstante, y desde una perspectiva sistemática del derecho de la Unión Europea, que en tales casos, el artículo 4 de la ya citada [Directiva \(UE\) 2019/1152](#) establece derechos informativos, para que tal flexibilidad o libertad de tiempos de trabajo no redunden en perjuicio del trabajador.

Desde esta perspectiva garantista, finalmente, el propio TJUE recuerda que las críticas y resistencias derivadas de las (eventuales) dificultades prácticas de implantación y sus altos costes carecen tanto de consistencia como de pertinencia. La razón estriba básicamente en que la «protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico [...]» (apdo. 67 [STJUE de 14 de mayo de 2019](#)). Sin que, remata, se hayan identificado «[...] de manera precisa y concreta los obstáculos prácticos que podrían impedir a los empresarios implantar, con un coste razonable, un sistema» (apdo. 67 [STJUE de 14 de mayo de 2019](#)).

2.3. *Eppur...* las persistentes críticas por (pretendida) rigidez e irracionalidad como un factor de presión para el desarrollo normativo

Pese a la contundente desactivación de los principales motivos de crítica empresarial a la nueva obligación legal de documentar la jornada diaria mediante su registro –objetivo, fiable y accesible–, las resistencias a la norma se mantendrán, incluso crecerán, dirigiéndose también al TJUE, por su eventual deriva de maximalismo garantista ([Sánchez, 2019](#)). Superado el frente legal relativo a la legitimación (pues existiendo una ley en tal sentido, aún de urgencia, carece de base afanarse en su eliminación, más con el refrendo comunitario, que la hace indisponible para el legislador nacional), la presión crítica se dirigirá ahora a sus «vicios», reales y pretendidos. En efecto, una norma tan parca (es una norma de fines –obligación de registro– y de procedimiento –deberes de negociación de sus términos y de documentación de lo registrado–), sin apenas contenido sustantivo, no puede sino generar –esto es completamente cierto– un torrente de dudas. Y con ello crea una inseguridad jurídica contraproducente, pues la norma decía buscar lo contrario, seguridad para los empleadores –sobre el control de cumplimiento de la jornada– y para los trabajadores –en relación con la corrección del cumplimiento de las normas sobre jornada–.

Sobre esa crítica a la ley como fuente de infinitas dudas interpretativas, con dificultad insuperable –se dice– de aplicación a la infinidad de formas organizativas del tiempo de

trabajo hoy existentes (movilidad, horario flexible, teletrabajo, regímenes de libre disponibilidad de horarios con compensación económica, etc.), se armaría una segunda: las dudas creadas por la norma para ejercer el registro horario enturbiarán las relaciones en las empresas. Situaciones relativamente normalizadas (incluida la tolerancia de pausas intrajornada que se tienen como tiempo efectivo de trabajo, en compensación informal con prolongaciones que tampoco se consideran horas extras) se judicializarán (Balseiro, 2019). Ahora bien, de todos es sabido que las cuestiones sobre el tiempo de trabajo son de las más conflictivas, también sindicalmente. Además, una parte importante de esa conflictividad se debe a la proliferación de tiempos de disposición que, sin calificarse de trabajo efectivo ni tiempo de descanso, tienen el efecto de intensificar las jornadas de las personas trabajadoras, sin las debidas compensaciones económicas y, en todo caso, con aumento de los riesgos laborales. En suma, la reforma no solo sería fuente de mayor rigidez en la gestión del tiempo de trabajo, perjudicando la flexibilidad ganada estos años, sino que crearía más inseguridad y conflictividad (alteraría la paz social).

Naturalmente las críticas sindicales iban en otra dirección, pues en última instancia habían sido las sucesivas demandas de conflicto colectivo, solicitando la obligatoriedad de esta técnica de control del tiempo de trabajo, las que, tras este nuevo capítulo de «juego de tronos entre togados comunitarios», habían desembocado en la obligación legal de registro. La falta de esta garantía estaría contribuyendo a esa precarización denunciada en forma de creciente disponibilidad de las personas trabajadoras al interés productivo, de modo que bajo la siempre recurrente pretensión de flexibilidad se ocultaría mayor dependencia y menor seguridad, sin, en última instancia, las compensaciones debidas –en tiempo de descanso, en salario–. Por eso, la crítica sindical sería por defecto, al entender que el legislador no habría asegurado de forma adecuada la finalidad última de lucha contra la precariedad (la diferencia del [art. 34.9 ET](#) con el proyecto socialista tramitado un año antes en las Cortes evidencia la menor ambición ahora), y tampoco habría establecido un auténtico deber de negociación de buena fe, abriendo la vía a la fijación unilateral y estableciendo mecanismos de sanción del incumplimiento poco disuasorios, pues siendo la sanción solo grave y por empresa, no por trabajador, las empresas tendrán más incentivos para pagar la multa que para cumplir.

Al margen de las críticas de un lado y otro –también un sector de la ITSS consideró que la norma se quedó corta, era timorata y no ayudará todo lo que debería a la lucha contra la precariedad, menos a mejorar la recaudación de cotizaciones sociales–, el sistema de registro de jornada diaria ofrece una clara dimensión ambivalente y bidireccional (otro parangón con la reforma del [art. 34.8 ET](#), como veremos). En efecto, puede-debe usarse (esto es, vale –tiene valor de uso–) para ambos sujetos de la relación de trabajo –también para el interés social–. Así:

1. A favor del trabajador da transparencia y seguridad al cumplimiento efectivo, facilita la prueba de las horas realmente prestadas, garantía de efectividad del descanso, por sus efectos disuasorios, etc.

2. A favor del empleador para facilitar el control del cumplimiento efectivo del trabajo por parte de sus personas empleadas, racionalizando su organización –lucha contra el absentismo, el presentismo y, en general, la ineficiencia de gestión–.
3. A favor de una modernización de las relaciones de trabajo de una sociedad que aspira a tenerlo todo controlado y registrado como marca de calidad y transparencia.

Veremos más adelante como esta ambivalencia o carácter bidireccional de la obligación de registro tiene también su proyección en la práctica judicial. Junto a las ventajas del mismo para las personas trabajadoras se desplegarán otras para las empresas, con lo que el balance final parece favorable para ambas partes, superando los inconvenientes mutuos.

2.4. «Crítica, que algo quedará»: el desplazamiento de la norma reglamentaria por guías y criterios técnicos

Pero la crítica empresarial no daba «puntadas sin hilo». Detrás estaba la voluntad de no complicar más la regulación con normas jurídicas vinculantes, que no controlan directamente y que podrían enmarañar más la obligación, de manera que ahora fuese la negociación a dos –los interlocutores sociales– y, en consecuencia, el modelo de autorregulación colectiva, quien se creara su traje a medida, incluso su blindaje. Más aún. Inexistente un derecho de acordar el sistema concreto, e incluso dudoso el deber de negociar en sentido estricto –a diferencia de la obligación de negociar y acordar los planes de igualdad, por ejemplo–, terminaría retornando la decisión, sobre todo en las empresas más pequeñas, al empleador, por lo que cabría una cierta autogestión (y autolimitación) de la obligación. El propio ministerio aceptaría esta concesión, de modo que en vez de una norma reglamentaria, como apunta el [artículo 34.7 del ET](#), y exige el TJUE, en aplicación de eventuales excepciones y peculiaridades dentro del marco comunitario, optó por una guía práctica ([Guía sobre el registro de jornada](#)), cuya clave básica es la «recomendación». Otra cosa es que al limitarse a explicar la letra de la reforma legislativa termine generando más preguntas que soluciones ofrece, enmarañando en vez de desliar el «ovillo legislativo del registro».

Eso sí. Se habría conseguido que el Gobierno acotara la obligación de registro horario en términos básicamente de legalidad ordinaria, difuminando en extremo la citada vinculación al sistema de seguridad y salud en el trabajo. Y aquí empezaremos a vislumbrar una brecha en la posición de ambas autoridades –laboral e inspectora–, pues la ITSS aprobará de inmediato un nuevo criterio técnico ([Criterio técnico 101/2019](#)) –derogando los anteriores dictados en la materia– que, también sin un valor normativo, sí incidirá más en esa dimensión de seguridad y salud de la norma relativa al registro horario. La suma de ambos, si

bien no hay siempre una completa armonía, permitiría afrontar con alguna certidumbre más un significativo número de los problemas aplicativos referidos, aun solo en los de menos complejidad (trabajadores con horarios predeterminados y prestación de servicios eminentemente física, en los centros). Sin embargo, persisten dudas suscitadas en relación con prácticamente todos los aspectos del registro (ámbito subjetivo, contenido concreto, límites a los blindajes convencionales, deber de negociar, etc.).

2.5. Los criterios de interpretación de la organización y documentación del registro en la práctica institucional: puntos críticos

2.5.1. El ámbito subjetivo del registro: la ambición de universalidad y sus restricciones

A) La inclusión es la regla, la exclusión, la excepción: ¿qué exclusiones del registro?

Despreocupado por completo el **criterio técnico** de delimitar el ámbito subjetivo, pues lo que le importa es dejar claro que se trata de una obligación de resultado para todo tipo de empresas, sin perjuicio de su desplazamiento en aquellos colectivos y sectores que cuentan con una obligación propia⁵, la **guía** sí dedicará una amplia atención. ¿A quién se incluye?

La universalidad laboral parece presidir su diseño: «a la totalidad de los trabajadores, [...] siempre y cuando estén incluid[o]s en el ámbito de aplicación que define el artículo 1 ET». De tal afirmación emergería de inmediato una exclusión: el empleo público-administrativo (regido por el **Estatuto básico del empleado público**). No parece tener mucha relevancia práctica esta exclusión (implícita), porque la experiencia mayoritaria confirma que hace tiempo que cuentan con estos sistemas (por ejemplo, **art. 11.1 Resolución de 28 de febrero de 2019**, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos). Precisamente, el problema se plantea más con empresas públicas sujetas al ET, que carecen en muchos casos de tales sistemas, por lo que deberán hacer el correspondiente ajuste (por ejemplo, Paradores de Turismo).

⁵ A saber: el de horas extras ex **artículo 35.5 del ET**, el de trabajo a tiempo parcial ex **artículo 12.4 e) del ET**, registro para los trabajadores móviles, de la marina mercante y que presten servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario ex **Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre**, y para las personas trabajadoras desplazadas temporalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios ex **Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo**.

Ahora bien, tratándose de una cuestión de seguridad y salud en el trabajo, no dejan de plantearse cuestiones prácticas derivadas de esta exclusión tácita: ¿los sistemas existentes que no respondan a las exigencias del sistema general no deberán ajustarse a esta regulación, aun parca, no solo en relación con los límites derivados del sistema de protección de datos –por ejemplo, controles biométricos–? ¿Quién tiene la competencia de vigilancia, la inspección de servicios o la ITSS? ¿Y cuál es, entonces, la competencia judicial, si las cuestiones preventivas de los funcionarios son propias del orden social ex [artículo 2 e\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS)? El cambio de enfoque de una cuestión de prueba de horas extras a otra de derechos sociales fundamentales, asociados a la seguridad y salud en el trabajo, tiene aquí algo –bastante– que decir, o debería.

El segundo bloque de exclusiones implícitas que se derivarían de asociar la obligación de registro horario al [artículo 1 del ET](#) vendría de la mano de las relaciones laborales especiales, que están en el [artículo 2.1 del ET](#), como se sabe. Si ningún problema plantea la exclusión absoluta de la relación laboral especial de alta dirección ([art. 2.1 a\) ET](#)), más dudas habrá respecto de otras.

Conviene advertir que, a diferencia del empleo público-administrativo, la [guía](#) no hace una exclusión de las demás, sino que prefiere optar –síntoma de que no tiene clara la solución– por una técnica de remisión tan vaporosa que no dice nada útil realmente, manteniendo las dudas interpretativas: «se habrá de estar a lo establecido en su normativa específica y atender tanto a la forma y extensión con que esté regulada la jornada de trabajo como a las reglas de supletoriedad establecidas en cada caso». Con tan vaga respuesta, habrá que ir uno a uno escudriñando los tres criterios genéricos referidos (previsión específica –la mayoría nada dirá al respecto–, peculiaridades del modo de desenvolvimiento de la prestación de servicios –lo que se da en casi todas, por algo son relaciones laborales especiales– y régimen de supletoriedad –la mayoría remiten al ET–). Sin poder entrar en detalle, pongamos algún ejemplo relevante.

Cabe plantearse si hay obligación de registro para la relación laboral especial de abogados, pues su prestación se desarrolla tanto dentro del despacho como fuera –juicios, asistencia letrada a clientes, etc.– ([art. 14 RD 1331/2006, de 17 de noviembre](#)). Igualmente se contempla un amplio margen de distribución irregular de jornada, no solo conforme a lo que se disponga por acuerdo colectivo, sino también individual. En esta relación, en la que nada se dice sobre el registro diario de jornada, la remisión en función reguladora supletoria es al ET, eso sí, si es compatible «con la naturaleza y características especiales que concurren en esta relación laboral». A la vista de esta situación, ¿deben o no registrar su jornada diaria los profesionales de la abogacía que trabajen asalariadamente para un despacho, individual o colectivo? Pues parece que sí.

La misma fórmula se emplea, por ejemplo, para los artistas en espectáculos públicos, que a menudo realizan una actividad intensamente itinerante ([art. 12.Uno RD 1435/1985](#),

de 1 de agosto). Si el tiempo dedicado a la representación y ensayos tiene el carácter de tiempo de trabajo sin duda, más problema plantea la cuestión de los desplazamientos y giras, cuya regulación su norma reenvía al convenio colectivo o pacto individual ([art. 8.Tres](#)). Tampoco hay previsión específica sobre registro y ya hemos visto la supletoriedad del ET. ¿Quedan, pues, dentro o fuera de la obligación de registrar la jornada diaria? Pues también resulta claro que sí, pues no plantea mayores problemas que otros trabajadores con especial movilidad. Sin ánimo de hacer este listado interminable, ¿qué sucede con la obligación legal de registro de las personas empleadas de hogar? A diferencia de los ejemplos indicados anteriormente, la remisión –también condicionada al respeto de sus peculiaridades– a la supletoriedad del ET, en el [artículo 3 de su real decreto](#) (RD 1620/2011, de 14 de noviembre), se acompaña de una exclusión expresa en su [artículo 9.3 bis](#), pero para las personas trabajadoras a tiempo parcial.

¿Cabe extender esa exclusión también a las personas trabajadoras a tiempo completo? A favor podría alegarse que, incluso desde el enfoque preventivo obligado, esta relación queda fuera, sin perjuicio de la garantía de la protección de los principios básicos de salud en el trabajo –[ex art. 3.4 LPRL](#)–. En contra, no debe olvidarse que estamos en un espacio de derecho social fundamental y, en consecuencia, las interpretaciones deben ser restrictivas, no expansivas.

Precisamente, la obligación de interpretación sistemática y finalista del [artículo 34.9 del ET](#) con el sistema de protección de la seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con la mayor efectividad del artículo 31.2 de la [CDFUE](#), nos sitúa en otra cuestión polémica de la [guía](#), que sin matiz alguno excluye de la obligación de registro diario de la jornada a las sociedades cooperativas respecto de sus socios cooperativistas. En principio, la exclusión parece clara y obedecería a una regla de exclusión particular declarativa: la relación es societaria, como recuerda la [guía](#). ¿Ya está? ¿Así de sencilla, rotunda y diáfana es la cuestión? Quizás, pero a mí no me lo parece. El [artículo 3.1 de la LPRL](#) dice expresamente que el sistema de normas de seguridad y salud en el trabajo, que esta ley encabeza y promueve, será aplicable «a las sociedades cooperativas, constituidas de acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de un trabajo personal, con las peculiaridades derivadas de su normativa específica». Asimismo, en el párrafo 2.º, el [artículo 3 de la LPRL](#) reafirma la inclusión en el sistema preventivo de riesgos profesionales.

Por lo tanto, ¿puede excluirse una relación de prestación de servicios personales de una obligación de seguridad y salud en el trabajo solo por su carácter societario? Bien sabido es que, de una forma general, no. Aunque no puedo profundizar en esta sugerente cuestión, sí cabe más de un argumento para indicar que cabría admitir tal obligación de registro, con lo que estaríamos ante un ejemplo más de la vis expansiva de las normas de seguridad y salud en el trabajo fuera de las relaciones de trabajo propias del ET, sumándose a otros conflictos más recientes donde se ha puesto de relieve este fenómeno expansivo o de

irradiación (por ejemplo, [STS 347/2019, de 8 de mayo](#), que reconoce sus derechos colectivos, incluida la negociación colectiva, pese a la negativa de la AN; o [STS 634/2019, de 17 de septiembre](#), que les reconoce el derecho a la jubilación anticipada, negado por la doctrina de suplicación vasca).

B) ¿Cuáles son los «colectivos con peculiaridades» en la obligación de registro previstas?

Junto a los sujetos eventualmente «excepcionados» –todos en penumbra salvo los altos directivos–, la [guía](#) refiere a los «colectivos con peculiaridades» respecto del modo de cumplimiento de la obligación de registro. En apretada y ordenada síntesis se referiría a los siguientes:

1. Quienes tienen un régimen específico de registro horario, que siguen rigiéndose por el mismo (es la única observación que respecto de la titularidad activa del derecho-deber a un control horario hace el [criterio técnico](#)).

Pero tampoco esta cuestión es inequívoca y pacífica. Por ejemplo, ¿es obligatorio el registro horario para el personal embarcado en buques pesqueros? Para las asociaciones de la patronal del sector pesquero la respuesta es no, porque ni el derecho de la Unión Europea los incluye expresamente ni tampoco el [artículo 18 bis del Real Decreto 1561/1995](#), que solo se refiere a buques de marina mercante (Informe de 19 de julio de 2019). Para la Dirección General de Trabajo, sí, porque, primero, el artículo 1.2 del [Convenio 180 OIT](#) (sobre horas de trabajo a bordo y dotación de los buques), del que traería causa el [artículo 18 bis del Real Decreto 1561/1995](#), admite la posibilidad de extender tales normas a los buques de pesca. Segundo, por la inexistencia en la norma legal de exclusiones de sectores de actividad enteros, de modo que cuando así sucede es porque ya dispondrían de normas que contemplan registros específicos, en línea con lo sostenido por la [STJUE de 14 de mayo de 2019](#)⁶.

2. Las personas trabajadoras que, caracterizadas por una especial relación de confianza y ejercicio de responsabilidades especiales en la empresa –cuadros intermedios, personal particularmente cualificado, etc.–, tengan un pacto o acuerdo de un «régimen de libre disponibilidad del tiempo de trabajo».

La [guía](#) prevé con carácter general al respecto que: «la jornada diaria de estos trabajadores deberá ser objeto de registro, sin perjuicio de la acreditación de su tiempo de trabajo mediante el pacto de disponibilidad horaria [...]». La razón de aceptar tal singularidad

⁶ Ampliamente *vid.* [Arrieta \(2019\)](#).

vendría de la compensación retributiva del régimen de plena disponibilidad. Se trata de un tipo de trabajadores, pues, retribuido por objetivos, no por unidad de tiempo de trabajo, y por un compromiso de plena disponibilidad –seguramente también digital–. No obstante, la confusión y las zonas de sombra priman sobre la claridad. Tal posibilidad –otra concepción a la flexibilidad y su libertad de fijación con relación a los horarios, que no prejuzga el registro, pese a la crítica de los empresarios– se condiciona a dos requisitos: uno sustantivo –«bajo la premisa de que tras estas modalidades no se ocultan situaciones de abuso de derecho»– y otro procedimental –que así lo prevea la negociación colectiva–. Se trata, pues, de una pura recomendación a la capacidad de autorregulación de los sujetos colectivos para evitar situaciones indiciariamente abusivas o desproporcionadas. En suma, la pauta termina en circunloquio incomprensible.

¿Un acuerdo de disponibilidad horaria podría convalidar un registro de jornada más laxo o flexible que el previsto por la ley, apelando a la flexibilidad reguladora que contiene el [artículo 34.9 del ET](#)? Parece que sí, a condición de que lo prevea el convenio. ¿No se estará mezclando una cuestión de jornada con otra –diferente– de compensación retributiva?

3. Quienes tienen un régimen de flexibilidad del tiempo de trabajo (sea en la duración, sea en la distribución, incluido el teletrabajo).

Algo parecido sucede con este colectivo, respecto del que realiza banales referencias. Sin duda presionado por las enormes críticas ejercidas por el sector empresarial, el ministerio ha querido tener unas palabras de tranquilidad para quienes esgrimían que la obligación legal de registro era una antigualla que iba en contra de la modernidad en materia de organización de los tiempos de vida y de trabajo. Mientras que el futuro se escribiría en términos de plena o máxima flexibilidad organizativa del tiempo de trabajo, máxime en virtud del progreso digital, la ley volvería su mirada al «pasado del reloj». El ministerio sale al paso de esa crítica y pone de relieve que la obligación de registro ni va en contra de ese progreso organizativo del tiempo de trabajo (valor flexibilidad), ni altera la opción empresarial, que puede conservar o ampliar.

¿Cómo se haría ese «milagro» de conciliar intereses aparentemente tan distantes? Pues fácilmente, con la receta del cómputo global a efectos de cálculo del tiempo de trabajo efectivo, que es la de siempre, claro, pues el registro no es más que una garantía instrumental para asegurar el cumplimiento de la jornada ya fijada –en la ley, convenio o contrato–, no una nueva regulación de la jornada. Consecuentemente, aclara –es «verdad de barquero»– que computar en el registro horario diario:

[...] excesos de jornada no se interpretará como trabajo extraordinario [...] si, una vez analizados los registros de los restantes días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria. En coherencia, cualesquiera otros periodos [...] redistributivos seguirán idéntica regla.

Naturalmente así es, con o sin guía pautadora de lo obvio. No obstante, conviene tener en cuenta también que la existencia del registro ahora marcará una potente prueba a favor del carácter de tiempo efectivo de trabajo de todo lo que figure entre la entrada y la salida, por lo que deberá cuidarse mucho el empleador de asegurarse de que se fijan bien los diferentes tiempos, de trabajo y de no trabajo. Precisamente, especial referencia se hace, cómo no, al caso del trabajo a distancia (el teletrabajo), facilitado, cada vez más, por las nuevas tecnologías de comunicación tecnológica (digital), y también de valencia bidireccional (al servicio de intereses productivos, al servicio de intereses de conciliación, como se contempla en el [art. 34.8 ET](#)). Ello, una vez más, a fin de despejar toda duda de compatibilidad de esta forma de flexibilización.

Por eso, junto al recordatorio –otra obviedad– de que los registros telemáticos son una buena solución para el teletrabajo, se abre a la validez, si lo prevé el convenio o, en defecto de este –o del acuerdo de empresa–, la decisión empleadora, de la firma por el trabajador de hojas o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo a distancia como «instrumento válido para dar cumplimiento a la obligación legal». Conviene advertir, no obstante, de que no todo sistema vale, pues debe ser objetivo y fiable, por más que el ministerio quiera tranquilizar con la [guía](#), acallando las críticas de rigidez, debe existir un sistema fidedigno de los tiempos de trabajo y de no trabajo, también en beneficio del empleador, que así no se verá perjudicado por eventuales presunciones de horas extras a falta de pautas (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ de Castilla y León/Valladolid 198/2016, de 3 de febrero](#)).

C) ¿Quién garantiza el resultado de un sistema objetivo, fiable y accesible de registro horario en las relaciones triangulares de trabajo?

La [guía](#) –el [criterio técnico](#) lo omite– trata de precisar quién es el empleador garante de la obligación de registro cuando, en escenarios de descentralización-externalización y, por tanto, de relaciones triangulares de trabajo, concurren diversos empleadores. No planteando dificultad alguna en el caso de las empresas de trabajo temporal (ETT), por cuanto el poder de dirección lo ejerce la empresa usuaria –[art. 15.1 Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal](#)–, de modo que le corresponde a esta, no a la ETT, sin perjuicio del deber de aportación de aquella a esta de la información correspondiente para el cumplimiento de su obligación retributiva y de seguridad social –[art. 12.1](#)–, más problemática es la situación en materia de contratistas ([art. 42 ET](#)). Inicialmente, cada empresa deberá hacerse cargo del registro horario de su plantilla, salvo que presten trabajo varias plantillas en lugares bajo el control de la empresa principal. En este caso, se prevé el uso del registro de la empresa principal, si media acuerdo. En todo caso, corresponderá a cada empresa –por tanto, a la contratista– conservar y mantener la documentación de los registros diarios realizados.

2.5.2. Objeto y contenido del registro: mínimos y flexibles, pero no incondicionados

La obligación de registro tiene como objeto documentar fehacientemente la jornada diaria de trabajo efectivo. ¿Obvio, no? Quizás, pero no tanto. Primero, porque no es el único modelo legal posible a tal fin, como prueba el sistema elegido por Portugal (art. 202 [Código do Trabalho](#)), avalado por el TJUE y que, más lógico con la finalidad del registro y su inherencia al sistema de seguridad y salud en el trabajo, incluye también los descansos. Segundo, refleja, de nuevo, su intención compromisoria o transaccional entre los intereses de unos (empleadores) y los otros (trabajadores), por lo que aligerando el contenido mínimo del registro, salvo pacto, y evitando que sea ingobernable por denso, dificulta el control de la ITSS.

El [criterio técnico](#) pone el acento en las «exclusiones». Así:

1. No incluye necesariamente «interrupciones y pausas (intrajornada) entre el inicio y la finalización de la jornada diaria», que no sean «tiempo de trabajo efectivo»⁷, si bien es ampliable por negociación colectiva (las primeras prácticas convencionales son disímiles ya al respecto) o decisión empresarial.

Aunque, en principio, puede parecer sencillo delimitar cuándo se produce el momento de inicio (entrada) y de finalización (salida) del trabajo, a tenor del [artículo 34.5 del ET](#), como se sabe anclado en el viejo criterio espacial («puesto de trabajo»), la actual realidad productiva evidencia que la delimitación puede ser más compleja. Así sucedería con los supuestos en los que, cada vez más frecuentes y facilitados por las nuevas tecnologías, los trabajadores inician su trabajo con un desplazamiento al domicilio del primer cliente a atender y lo terminan con el desplazamiento desde el domicilio del último cliente al suyo. El TJUE ha entendido que estos desplazamientos sí son tiempo de trabajo, cuando en ellos el trabajador no dispone de la posibilidad de dedicarse libremente a sus asuntos, sino que queda a disposición del interés del empleador ([STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14, asunto Tyco](#)). Pero el TS viene dando una lectura restrictiva de esta doctrina, hasta el punto de que no la ha aplicado nunca, hasta el momento, pese a haber tenido más de una posibilidad. Así, por ejemplo, en su [STS 1008/2018, de 4 de diciembre](#), vuelve a negar que, en el marco de la actividad de ayuda a domicilio, tales tiempos de desplazamiento sean tiempo de trabajo.

A mi juicio, sin embargo, se mantiene una posición excesivamente apegada a la letra de la sentencia –veremos que inicialmente ha sucedido algo análogo con la [doctrina](#)

⁷ Entre las más típicas, el llamado «tiempo de descanso para el bocadillo», cuya naturaleza laboral o no depende de la negociación colectiva, del contrato o de la decisión empresarial –condición más beneficiosa–, como prevé el [artículo 34.4 del ET \(STS 622/2017, de 13 de julio; STSJ de Asturias 1002/2019, de 14 de mayo\)](#).

Matzak, aunque recientemente parece haberse invertido la situación–, sin valorar que la referencia jurídica no es la sentencia, sino la norma comunitaria. La clave no es el «listado de chequeo» de los elementos circunstanciales del caso Tyco –existencia de una decisión organizativa previa de suprimir centros de trabajo físicos, el uso de dispositivos móviles en tales desplazamientos, naturaleza laboral previa de estos desplazamientos–, y si no concurren, descartar su aplicación, sino atender al «listado de requisitos» normativos –art. 2 Directiva 2003/88/CE–: si el desplazamiento es un instrumento necesario para ejecutar el servicio, no solo el tiempo ocupado en ejecución. Las razones de protección y el efecto útil de la directiva, en relación con el derecho social fundamental ex artículo 31.2 de la CDFUE, así lo evidencian.

2. Aspectos de distribución flexible de jornada (que no es afectada por la obligación –documental– de registro; art. 34.9 en relación con los apdos. 2 y 3 del art. 34 ET).

Ahora bien, la **guía** es plenamente consciente de que una visión simplista en exceso de la nueva obligación de registro podría malinterpretarse en la práctica, reduciendo la obligación a mero fichaje horario, cuando el control horario es para la ITSS la «puerta» de acceso para penetrar en «el bosque de la jornada» real. Por eso advierte, pero solo como recomendación, no como pauta interpretativa cierta, que conviene:

[...] que sea objeto de llevanza todo aquello que forme parte de la misma, en especial lo relativo a pausas diarias obligatorias, legal o convencionalmente previstas, o voluntarias, para permitir eludir la presunción [salvo prueba en contrario del empleador] de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo.

El **criterio técnico** insiste en que el actuar de la ITSS seguiría un análisis del registro «de forma integral, considerando todas las posibilidades que permite el ordenamiento laboral en materia de distribución de tiempo de trabajo». El fin real de la regulación nacional reemerge: identificar el posible incumplimiento. De ahí que la **guía**, por enésima vez en forma de recomendación, anime a que «el modelo de registro aplicable contenga parámetros medibles que otorguen valor diario, en su caso, a esas otras pausas», dando seguridad jurídica del tiempo de trabajo «realizado y retribuable».

3. Respecto de los –problemáticos– casos de personas trabajadoras desplazadas fuera del centro de trabajo habitual, con o sin pernocta, tampoco tendría que incluir el registro los intervalos de puesta a disposición de la empresa, sin perjuicio de su compensación mediante dietas o suplidos.

En suma, no es el tiempo de disposición el que quiere controlar la ITSS –que presupone solo una cuestión de negociación retributiva–, sino el tiempo de trabajo efectivo. Otra cosa es, como veremos de inmediato, distinguir realmente hoy entre unos y otros.

Precisamente, y por enésima vez evidenciando el difícil equilibrio que quiere mantener la [guía](#) (tranquilizar los espíritus empresariales críticos, pero prevenir frente a usos deficientes, que lleven a la sanción), así como su falta de claridad y certeza, deja otra recomendación:

Sin embargo, es conveniente en estos casos que el registro, a efectos de prueba de la separación entre ambos elementos temporales, deje constancia expresa de su cómputo, siendo adecuada la declaración documentada del trabajador, al margen de la capacidad de control y ejercicio de poderes directivos por parte de la empresa para verificar la realidad de esa manifestación.

4. Queda fuera, dado que el objeto de registro es el tiempo de trabajo efectivo diario, el hacer pasar por tal los cuadrantes o calendarios de aplicación general en la empresa. Si estos tienen una naturaleza temporal *ex ante*, aquel es *ex post*.

Precisamente, aquí volvemos a apreciar una cierta diferencia de comprensión de la obligación de registro entre la [guía](#) y el [criterio técnico](#). Mientras el [criterio técnico](#) insiste por doquier en la dimensión de seguridad y salud en el trabajo de esta previsión, en línea con la ya citada [sentencia comunitaria](#), la [guía](#) concluye –otra vez ensombreciendo más que iluminando la situación–:

En definitiva, solo tiene la consideración de jornada laboral a efectos de registro lo contemplado en el artículo 34 ET, aun cuando subsistan deberes empresariales en materia de prevención de riesgos laborales y sí sea considerado tiempo de trabajo a efectos de accidente de trabajo (*in itinere* o en misión), porque el trabajador se encuentra bajo la esfera de organizativa del empresario, sin poder retomar a su ámbito personal para romper el nexo causal con su actividad profesional⁸.

Pero ¿acaso no es esto último el tiempo efectivo de trabajo, según la jurisprudencia comunitaria: tiempo en el que el trabajador está bajo la disposición del empleador sin poder decidir libremente sus asuntos personales? De nuevo ha querido el ministerio ser empático con la crítica patronal, pero con ello, como se decía, más confunde que aclara. Por lo que vacía de sentido su propia razón de ser⁹.

⁸ La importancia del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo para determinar la responsabilidad empresarial se refleja en la [STSJ de Galicia de 24 de mayo de 2019 \(rec. 484/2019\)](#). En ella se establece la responsabilidad de la empresa, por recargo de prestaciones de seguridad social, con relación al accidente que sufre una persona trabajadora a consecuencia de la orden de incorporación sin que se respeten sus tiempos de descanso –aquí descanso nocturno–. En el caso, el empleador convocó a los trabajadores a una reunión muy temprano al día siguiente, sabiendo –o debiendo saber– que su turno –nocturno– había terminado hacía pocas horas.

⁹ La [STSJ de Andalucía/Málaga 991/2019, de 29 de mayo](#), considera que no es accidente de trabajo *in itinere* la caída a la salida del restaurante durante la pausa a mediodía para comer (4 horas), cuando

2.5.3. Modos de cumplimiento: «libre acuerdo», sí, pero con cinco condiciones

En el diseño legislativo ya vimos que la última palabra del modo de organización y funcionamiento del registro corresponde a la autorregulación colectiva y, en su defecto, a la decisión empresarial. Ahora bien, también se ha advertido de que, en la configuración europea del mismo, esta garantía de control impuesta al empleador está sometida a varias condiciones, unas explicitadas y otras implícitas, hasta sumar al menos cinco.

A) El reconocimiento de un deber de negociación de buena fe con la representación de los trabajadores y, en su defecto, la garantía de un deber de consulta

La primera de ellas es de tipo procedimental: exige un procedimiento de negociación colectiva de buena fe (vía convenio o acuerdo de empresa), solo en defecto del cual será el empleador el que decida cuál es el método concreto para llevar a cabo el cumplimiento. Aunque parece haber alguna duda al respecto en sede de doctrina científica¹⁰, el diseño de la norma legal en la comprensión hermenéutica del **criterio técnico** –y de la **guía**– es inequívoco: no existe un deber de acordar, sí un deber de negociación colectiva de buena fe ex **artículo 34.9 del ET**. El problema vendrá, naturalmente, si no hay representación de las personas trabajadoras con la que negociar. En tales casos, se garantiza el derecho de consulta ex **artículo 64.1 y 6 del ET**. Es una competencia de la ITSS comprobar que se respetan estos deberes de negociación/consulta (por ejemplo, con exigencias de las actas de las reuniones celebradas a tal fin).

No obstante, el TJUE los concibe como genuinos derechos de participación en materia de seguridad y salud en el trabajo. Los artículos **33.2** y **34.1** de la LPRL exigen, a falta de representación de los trabajadores, la consulta directa a las personas trabajadoras. ¿Cabría exigir que tal consulta directa se haga para el establecimiento del registro? Ni la **guía** ni el **criterio técnico** contemplan esa posibilidad, pero la primacía de la dimensión comunitaria no es elegible.

B) El blindaje convencional de la modalidad de registro horario debe respetar la triple condición comunitaria de objetividad, fiabilidad y accesibilidad

Desde un plano sustantivo interno a la ordenación de la obligación de documentación de la jornada diaria (registro horario) existe, a su vez, un triple condicionante para la validación

habitualmente lo hace en el domicilio. La decisión del trabajador, sin vinculación laboral, de realizar un día concreto la comida con otros compañeros en un establecimiento público, excluye su carácter profesional.

¹⁰ Vid. **Igartua (2019, p. 142)**.

del modelo elegido. A saber: objetividad, fiabilidad y accesibilidad. En consecuencia, no todo modelo organizativo servirá, como parece pensarse, debiendo verificarse su conformidad por la ITSS o, en su caso, por la autoridad judicial.

Los más sencillos (análogicos; papel) tienen la ventaja del bajo coste, pero reducida fiabilidad. Los complejos, como los informáticos, tienen el beneficio de la fiabilidad, aunque puedan ser algo más costosos. Los sistemas también pueden ser mixtos y dinámicos (de un formato cabe transitar a otro), siempre que garanticen la fiabilidad. Parece claro, a juzgar por las prácticas convencionales, también sectoriales, el favor por los telemáticos o informáticos. El [criterio técnico](#) también refleja esa preferencia por los medios telemáticos, pero se cuida de advertir que siempre deben ser impresos o descargables en formatos legibles y tratables.

C) Un control sustantivo y externo determinante: el sistema de límites derivado de las normas de protección de datos

Aunque se configure ahora como una obligación (para el empleador) y un derecho (para la persona trabajadora), lo cierto es que la creación del registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios (aumenta la esfera de obligaciones también del trabajador) y un tratamiento de los datos obtenidos (interferencia en derechos personales del trabajador), más en relación con los supuestos de trabajo flexible y móvil. Por lo tanto, surge aquí el quinto límite, especialmente significativo hoy si se trata de formas telemáticas, que son las llamadas a dominar esta cuestión (la [guía](#) añade la videovigilancia y la geolocalización, medios mucho más invasivos y, por tanto, más problemáticos, como veremos). Implícito en la norma legal, [guía](#) y [criterio técnico](#) advierten de la necesidad de respetar las normas de protección de datos, advertido por la jurisprudencia previamente en los diversos niveles jurisdiccionales¹¹. La regla técnica de minimización de datos (art. 5 [Reglamento \(UE\) 2016/679, general de protección de datos –RGPD–](#)), trasunto del principio general de proporcionalidad, debe orientar las experiencias convencionales, lo que, como veremos, no siempre sucede.

2.5.4. Documentación, conservación y puesta a disposición del registro: la accesibilidad no implica necesariamente la entrega de copias

Objetivo y fiable, decíamos, el sistema de registro elegido tiene que ser accesible, al ser un instrumento que integra la garantía de transparencia de las condiciones de trabajo (a

¹¹ Vid. SSTJUE de 30 de mayo de 2013, C-342/12, asunto Worten, y 19 de junio de 2014, C-683/13; STS 246/2017, de 23 de marzo.

diferencia del registro salarial ex [art. 28 ET](#), las personas trabajadoras puede acceder a él de forma directa, sin mediación representativa), así como los derechos de información colectiva. Ahora bien, esa accesibilidad tiene, una vez más, variados modos de satisfacción, eligiendo la norma legal de registro la más flexible. Basta recordar las mayores exigencias de las diversas obligaciones de registros específicos existentes para verificarlo, pues en ellos sí se exige tanto la totalización –mensual– de información como copias escritas. A saber: tiempo parcial; horas extras; el trabajo móvil, en buques de marina mercante y servicios de interoperabilidad transfronteriza ferroviaria¹²; trabajadores temporalmente desplazados transnacionalmente.

De forma expresa la [guía](#) y el [criterio técnico](#) advierten de que no sucede lo mismo respecto del registro general, salvo, claro, regulación diferente convencional. Entonces ¿qué significa accesibilidad del registro documentado y conservado (durante 4 años –atiende a la prescripción de las infracciones administrativas y de seguridad social: arts. [4.2 LISOS](#) y [24.1 b\) Ley general de la Seguridad Social](#))? En este ámbito, accesibilidad se identifica con la disponibilidad en cualquier momento del registro para que pueda ser consultado por los trabajadores, la representación legal y, claro está –y sobre todo–, por la ITSS. Disponibilidad de acceso, pues, pero ¿desde dónde? Del mismo modo que tal obligación no implicaría necesariamente la entrega de copia, salvo pacto en contrario, tampoco es condición absoluta que permanezca de forma física en el centro, como se cree, si puede consultarse en el momento en el que sea solicitado y, además, accederse de manera inmediata, aun

¹² Estos últimos son excluidos por disponer ya de otros registros específicos, no porque no se exija tal forma de control, como resalta el TJUE. Así, para los trabajadores móviles, el [artículo 10 bis \(Límites del tiempo de trabajo\), en su apartado 5, del Real Decreto 1561/1995](#) establece la obligación de «llevar un registro de tiempo de trabajo de los trabajadores móviles», obligando a dar copia del registro a los trabajadores que lo soliciten. Para el trabajo en la marina mercante, el [artículo 18 bis del Real Decreto 1561/1995](#) –en relación con la [Directiva 1999/63/CE](#), relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo en la gente de mar– también obliga a llevar «registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos contenidos en el modelo que se incluye en el anexo II» del real decreto. Se cumplimentan diariamente por el trabajador y se firman semanalmente por el capitán, con derecho a una entrega de copia mensual. Están disponibles para la ITSS. Finalmente, respecto del transporte ferroviario de interoperabilidad transfronteriza, la disposición adicional séptima de la [Directiva 2005/47/CE](#), relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte, sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, hace lo propio, establecer una obligación de registro de la jornada diaria, integrando también las «horas de descanso», no solo las horas diarias de trabajo. El [artículo 6 de la Ley 45/1999](#), en la redacción tras la reforma de 2017, prevé que:

[...] durante el periodo de desplazamiento los empresarios deberán tener disponibles, en el centro de trabajo o en formato digital para su consulta inmediata [...] c) Los registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria.

fuera del centro, si resulta accesible desde él (por ejemplo, «en la nube», si la empresa elige esa forma de conservación).

De no estar a disposición, la ITSS podrá considerar esa ausencia como obstaculización del actuar fiscalizador y, en consecuencia, será sancionable por defectuoso cumplimiento de la obligación de registro. En última instancia, esta disponibilidad inmediata responde también a la condición comunitaria de fiabilidad, no solo de accesibilidad, pues reduce las posibilidades de que pueda ser alterado en el intervalo que media entre la visita de inspección y el control efectivo de los datos por las autoridades competentes.

2.5.5. Los presupuestos de apertura del proceso infractor: ¿un cumplimiento temporal «a la carta»?

Justamente, a efectos de activar el procedimiento sancionador ([art. 7.5 LISOS](#)), otra vez los instrumentos de interpretación práctica y fuente más o menos «auténtica» –ministerio e ITSS– expresan sus concesiones a la flexibilidad, a fin de evitar o reducir una alarma que, sin embargo, persiste. En efecto, la ITSS introduce dos presupuestos adicionales de razonabilidad a la exigencia del cumplimiento de la obligación de registro.

De un lado, y consciente de que las empresas pueden necesitar un periodo de adaptación adicional al que concedió la ley, la Dirección General de la ITSS llama a la prudencia inspectora, de modo que se atiende si existe o no un procedimiento negociador abierto de buena fe para establecer el régimen de registro. Tal constatación de un actuar empresarial negociador de buena fe paralizará provisionalmente el actuar inspector de sentido inmediatamente sancionador. Veremos cómo las experiencias de negociación colectiva tienden a dilatar el plazo de actualización del sistema de registro, pese a que ya se ha cerrado el proceso negociador, concediendo un «plazo de gracia» adicional.

De otro, llama la atención sobre el valor puramente instrumental del registro, no un fin en sí mismo. Por lo tanto no sería el único medio para verificar el control del cumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo (respecto de la salud laboral y de los derechos retributivos –y de cotización– de las horas extras). En consecuencia, la sanción deberá atender al conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, sin exhibir un marcado ánimo sancionador –pese a la crítica empresarial en tal sentido–. Desde esta perspectiva de flexibilización del actuar inspector, pese a configurar inicialmente la garantía de registro como obligación de resultado, se termina aceptando que –tras toda la campaña a favor de su exigibilidad– pueda no disponerse de registro. Y ello podría ser así bajo dos condiciones: la certeza del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo (buena fe y ausencia de sospecha de fraude) y requerimiento inspector para que cumpla en tiempo razonable.

2.6. La práctica judicial: el tratamiento bidireccional del registro en la experiencia forense

2.6.1. Algunas (nuevas) lecturas judiciales de la obligación de registro horario a favor de las razones de empresa

A) El registro de jornada como prueba fehaciente de las ausencias del trabajador a efectos de justificar un despido objetivo por absentismo

Los problemas de absentismo justificado en las empresas no son solo individuales, sino colectivos. Dejando aquí de lado los aspectos relativos a la legitimidad de su regulación legal tras la reforma, [avalada constitucionalmente](#) y cuestionada constantemente desde el plano comunitario (últimamente [STJUE de 11 de septiembre de 2019, C-397/18, asunto Nobel Plásticos](#)), desde el enfoque de gestión empresarial, a menudo las empresas evidencian sus dificultades de prueba para aplicar el despido por absentismo. Sin embargo, la doctrina judicial reciente confirmará, a tal fin, un uso favorable a las razones de empresa para el registro diario. Sería el caso, por ejemplo, de la [STSJ de Cataluña 1086/2019, de 1 de marzo](#).

En ella se declara procedente un despido de este tipo en virtud del valor del registro horario como prueba fehaciente del umbral necesario de ausencias mínimas (días y horas) ex [artículo 52 d\) del ET](#) para legitimar esta modalidad de despido objetivo (y, en su caso, por lo que hace a los retrasos continuados, para el despido disciplinario, la [STSJ de Cataluña 3166/2019, de 18 de junio](#), declaró improcedente un despido ex [art. 54.2 a\) ET](#) justamente por no disponer la empresa de un registro horario que acreditara la falta de puntualidad imputada). De ahí que, pese a los indicios de represalia por ejercicio de reclamaciones, extrajudiciales y judiciales, la sala se inclinará por la procedencia, al acreditarse de forma suficiente las ausencias reiteradas.

En consecuencia, tiene una utilidad clara también para la empresa, pues le permitiría enervar los indicios sobre la vulneración de la garantía de indemnidad y el derecho a la libertad sindical, en la medida en que constituye una justificación objetiva y razonable de la medida y de su proporcionalidad al probar las ausencias del trabajador mediante el sistema de fichaje. Por supuesto, esta utilidad empresarial presupone un cómputo correcto de las ausencias que pueden integrar ese umbral, descontando las exigidas por la propia ley, como las que deriven de tratamientos médicos por cáncer o «enfermedad grave». El problema para la gestión de la empresa es doble. De un lado, determinar qué se entiende por esta última, ante la inexistencia de una norma precisa y de una jurisprudencia unificada al respecto. De otro, cómo puede conocer la empresa que la enfermedad es grave, a fin de proceder al descuento, si no lo pone de manifiesto la persona trabajadora, tratándose de un dato especialmente protegido. De gran interés para ambas cuestiones, la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de junio de 2019, rec. 1778/2016](#), que realiza una interpretación

expansiva del concepto (la gravedad se mide por la incidencia en la relación laboral y esta afecta tanto a la hospitalización como a todo tiempo de tratamiento derivado –en el caso, infección por la bacteria *Helicobacter pylori*–).

B) ¿Puede la empresa aprovechar el registro horario para descontar en la nómina los retrasos de los trabajadores en el fichaje?

Es razonable que la existencia del registro beneficie a la empresa por el reforzamiento de sus posibilidades probatorias (mejora su posición procesal), agravando la posición deudora de la persona trabajadora (después veremos otras utilidades de refuerzo probatorio para ella –horas extras–). Más dudoso es que los automatismos que generan los registros –máxime si responden a sistemas informatizados– autoricen, por sí mismos, a que el empleador pueda darle un uso retributivo, descontando de las nóminas las cantidades correspondientes a los tiempos de trabajo efectivo no realizados, sea por las ausencias, sea por los retrasos. Sin embargo, así lo ha entendido la –polémica– Sentencia de la AN ([SAN](#) 82/2019, de 20 de junio).

Presentada demanda sindical de conflicto colectivo, la AN niega que se trate ni de una multa de haber, porque para ello es necesario que haya un efectivo devengo del salario, ni de doble sanción prohibida, por cuanto la naturaleza de ambas medidas posibles, desde la gestión empresarial (detracción salarial y acción disciplinaria acorde a su gravedad), son diferentes (la detracción retributiva implica el ejercicio de una potestad contractual típica ex [art. 1.124 Código Civil](#); la disciplinaria es inherente a una potestad laboral del empleador ex [art. 20 ET](#)). En cambio, para la sala nacional social de primer grado, insistiendo en esa lectura bilateral o de favor a la gestión de empresa de toda norma, civil y laboral, estaríamos ante un uso pro empresa del [artículo 30 del ET](#), interpretado *a sensu contrario*, desvelando su alma económica, no solo la social: si esta norma laboral obliga al empleador al pago de los salarios devengados en periodos sin prestación de servicios efectiva, por causa a él imputable, debe entenderse que ese mismo precepto le exime de retribuir los periodos de trabajo sin prestación de servicios por causas imputables al trabajador y fehacientemente reflejadas –en el registro–. Aunque no se puede entrar aquí en más profundidad, es manifiesta la importancia de esta doctrina, pues si se consolidara en casa-ción abriría intensos debates teóricos, pero también podría desplegar un amplio abanico de consecuencias prácticas insospechadas, y ciertamente dudosas¹³.

¹³ Por ejemplo, ¿las empresas pueden decidir no pagar horas extras por entender que el trabajador no rinde en su trabajo, al quedarse dormido, tras fichar? Según consta en el relato de los hechos de una sentencia de un juzgado de Ibiza, un responsable del establecimiento fotografió al trabajador dormido apenas fichó –la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) pone algún límite a esos usos; *vid. Del Rosal (2019b)*–. Al día siguiente, fue la supervisora, alertada, la que lo vio echándose la siesta en el mismo lugar. Despedido, se llegó a un acuerdo conciliatorio, recibiendo indemnización por despido improcedente, pero sin las horas extras, al darlas por compensadas. Sin embargo, el juzgado considera adecuada la sanción del despido, exigiendo el pago de las horas extras –*vid. Del Rosal (2019a)*–.

C) Registro horario y obligación de cooperar con el buen funcionamiento del sistema: ¿una eventual infracción contractual grave?

Que la existencia del registro horario supone un deber laboral también para la persona trabajadora es irrefutable, aunque se presente –correctamente– como obligación empresarial. La falta de colaboración de la persona trabajadora con el empleador en su cumplimiento se considerará –así aparece en las prácticas convencionales en materia– una infracción que, tras el debido requerimiento empresarial para que cumpla con su deber contractual, legitimará algún tipo de sanción –si media tolerancia con el no fichaje por la flexibilidad de su trabajo, no puede exigirse sorpresivamente la obligación efectiva de fichar¹⁴–. Por eso conviene ajustar los límites de esa nueva carga, como su deber de diligencia para colaborar al buen funcionamiento diario del registro en lo que atañe a su fichaje.

Ahora bien, ¿puede considerarse de tal entidad su infracción como para justificar el despido si se acredita por otros medios que no hay incumplimiento real de su jornada, porque ni ha faltado ni ha habido retrasos? La [STSJ de Madrid 783/2019, de 12 de julio](#), ofrece una magnífica oportunidad para reflexionar sobre, al menos, dos cuestiones que serán más usuales con la generalización legal del deber de registro horario.

La sentencia declara improcedente el despido de una persona trabajadora a la que su empresa imputaba el incumplimiento sistemático de su deber de fichar (el sistema de la empresa es el sistema de registro biométrico consistente en la huella dactilar). Quedó probado que el sistema tenía frecuentes fallos de funcionamiento, sin que el trabajador llevara a cabo la debida comunicación a la empresa de tales deficiencias, más allá del comentario realizado a su coordinadora en una ocasión, manifestándole esta la necesidad de que lo comunique de forma adecuada a la dirección de la empresa. Aunque la sala valora como actitud de dejadez el hecho de no informar oportunamente, entiende que esta falta de cooperación no tiene la entidad de una infracción grave que pueda justificar el despido. Primero, porque las hojas de control solo serían el resultado de un sistema de control informático-biométrico nada fiable, por probarse sus numerosos fallos, que lo hacen inverosímil o no fehaciente. Segundo, porque la obligación contractual no sería la formal de cumplir con el sistema de fichado de la manera más adecuada posible, sino la sustantiva de observar la obligación de prestación de servicios efectiva.

De este modo, la primera cuestión general que se plantea es la de si la ausencia de una comunicación adecuada de las deficiencias del registro constituye o no una violación del deber de buena fe contractual, obligando a cooperar con el buen funcionamiento del registro, como sería informar oportunamente de las deficiencias. Para la sala de suplicación, la

¹⁴ Una ingeniera fue despedida por su empresa porque no fichaba al entrar y salir de la oficina como el resto de sus compañeros. Un juzgado de lo social de Avilés declara que el despido es improcedente, porque consintió tal falta de registro (*vid.* [Serranillos, 2019](#)).

obligación de que el sistema funcione correctamente en todo momento es del empleador, debiendo hacer el seguimiento continuado que garantice su regularidad (condición de fiabilidad). Por lo tanto, la falta de la –aconsejable– información sobre las deficiencias de funcionamiento no constituiría «infracción alguna, al menos, esto no se ha acreditado por parte de la empresa». Más aún. Para la sala, el trabajador evidenció probidad al creer (vertiente subjetiva de la buena fe) que esa ausencia de comunicación sobre el mal funcionamiento del sistema de fichaje (vertiente objetiva de la buena fe) no le acarrearía consecuencias negativas, no así la empresa, cuya mala fe quedaría demostrada porque «no es creíble que [...] lo supiera mes y medio después, puesto que los fichajes deben ser controlados día a día».

La segunda cuestión, enlazando con la primera, sería la de valorar si, aun probado que ha habido incumplimiento claro del –nuevo– deber de registrar la jornada, incluso reiterada o contumaz, puede llevar al despido o si, al contrario, si queda acreditado el cumplimiento de la jornada por otro medio –que debe incumbir, en tal caso, al trabajador–, no podría tenerse de tal entidad como para legitimar una medida tan intensa disciplinaria. Parece claro que deberá atenderse a las circunstancias concurrentes (teoría clásica de la gradualidad). En este caso, una razón de tal falta de funcionamiento respecto del trabajador podía deberse a que la persona trabajadora también ejercía de enfermero, y manejaba productos químicos que afectan de una forma notable al sistema de huella. Algunas empresas –como Paradores– optan por sistemas de control biométrico como el reconocimiento facial, para evitar, precisamente, tal incidencia. No cabe duda de que es una cuestión a resolver por parte de la negociación colectiva. En suma, un sistema de fichaje no fiable no puede justificar un despido, pues ni refleja de manera verosímil el eventual incumplimiento de la prestación ni siquiera la falta de puntualidad.

D) Deber de diligencia del trabajador: las «dos caras» del falseamiento de los fichajes de jornada

Es obvio que no merece la misma valoración el incumplimiento de la obligación de registro –por olvido o por resistencia– que su falseamiento. En este caso procederá la medida más elevada de disciplina: el despido (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 12 de junio de 2019, rec. 1652/2019](#): declara un despido procedente por falsear el parte de trabajo, indicando una hora de salida distinta a la real). Por supuesto, el falseamiento le debe ser imputable.

Precisamente, la [STSJ de Murcia de 30 de abril de 2019 \(rec. 183/2019\)](#) muestra la otra cara de este eventual falseamiento, fidedigno reflejo de las presiones a las que, en más de una ocasión, son sometidas las personas trabajadoras para distorsionar, en interés de la empresa, los datos del registro (trabajadores obligados a firmar cuadrantes de trabajo falsos, indicando descansos que no disfrutaban ni, por supuesto, se les pagaba por haber trabajado realmente; prácticas continuadas de manipulación de los datos incluidos en el sistema de fichaje de entrada y salida de la oficina; prolongaciones de la jornada más de una vez, hasta doblar la debida, incluso en el caso de trabajadores tan solo a tiempo parcial; trabajo en domingo a puerta cerrada para reponer artículos, etc.). Denunciada la situación por una

trabajadora a la ITSS, esta constató tales incumplimientos. Despedida la trabajadora, la sala de suplicación dará la calificación de nulidad, por violación de la garantía de indemnidad ex [artículo 24 de la Constitución española](#) (más la indemnización de 6.251 €).

2.6.2. Visiones judiciales del registro horario favorables a las razones de la persona trabajadora: ¿inversión de la carga probatoria de las horas extras?

Aunque el instrumento del registro horario se vincula al reforzamiento de la protección debida a un derecho social fundamental comunitario (la garantía de efectividad del derecho al descanso), desbordando la vertiente probatoria, esta, lejos de diluirse, debe acrecer, también para las razones de crédito de la persona trabajadora, no solo de deuda (como hemos visto). Al respecto, ya hemos indicado cómo la autoridad laboral –e inspectora– atribuyen a lo registrado la presunción –*iuris tantum*– de tiempo de trabajo efectivo, de ahí la diligencia de gestión por parte del empleador a la hora de consignar en él lo que es y no es tiempo efectivo de trabajo. Ahora bien, ¿significa esta utilidad que los excesos de jornada que se aprecien en él sirven para invertir la carga de la prueba respecto de las horas extras? Más aún. ¿Y la ausencia del mismo, al margen de la correspondiente sanción administrativa, puede tenerse también como un indicio suficientemente potente como para invertir la carga de la prueba, también teniendo en cuenta que estamos ante un derecho fundamental comunitario, ex [artículo 96.1 de la LRJS](#)?

Antes de intentar ofrecer una respuesta razonada a ambas cuestiones, conviene traer a colación la comprensión judicial precedente. Así, de un lado, a diferencia del [artículo 12.4 c\) del ET](#), que fija expresamente una presunción de contrato a tiempo completo de no respetarse el registro del trabajo parcial (por ejemplo, [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de mayo de 2019, rec. 272/2019](#), que aplica el [art. 385 LEC](#)), la ausencia del registro ex [artículo 35.5 del ET](#) no asociada una presunción análoga. No obstante, un importante número de doctrinas de suplicación viene impulsando una corriente de flexibilización de la precedente doctrina jurisprudencial que exigía una pesada carga probatoria al trabajador de las horas extras (día a día, hora a hora). Justamente, la ausencia de una obligación generalizada de registro promovió en ciertos tribunales superiores una «sensibilidad especial» frente a los excesos de horas extras, cuya corrección judicial podría verse dificultada –efecto disuasorio– por la rigidez probatoria. De ahí la necesidad de aligeramiento, en virtud de los principios de buena fe procesal ([art. 11 Ley orgánica del Poder Judicial](#)) y de facilidad probatoria ([art. 217.6 LEC](#)). Así, la [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 75/2019, de 31 de enero](#), acepta invertir la carga de la prueba de las horas extras bajo tres presupuestos: que sean horas extras habituales¹⁵,

¹⁵ Solo estas computan para el salario a efectos de indemnización de despido ([Auto del TS de 19 de septiembre de 2019, rec. 779/2019](#)). Más reticente se muestra la [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 622/2019, de 11 de junio](#).

que el trabajador haya aportado alguna prueba –testifical– de este carácter habitual y falte el control horario. Quien incumple su obligación, descargando en el trabajador una prueba difícil, no debe hallar ventaja procesal en ello, sino arrostrar los perjuicios ([STSJ de Castilla y León/Valladolid de 9 de junio de 2017, rec. 765/2017](#)).

Justamente, la [STSJ de Andalucía/Sevilla 1808/2019, de 4 de julio](#), sobre esta misma visión de que la carga probatoria ha de recaer en quien más información tiene, asume la inversión, porque, en el caso, tenía «controlada la empresa la jornada realizada mediante el fichaje» (FJ 2.º). Por tanto, para esta otra corriente, la flexibilización probatoria no requiere ausencia de registro horario, porque su existencia también coloca al empleador en mejor posición para probar que el eventual exceso de jornada registrado no responde a horas extras, sino a una distribución irregular, o que tales excesos fueron compensados, etc. El registro, pues, para esta orientación de política judicial del derecho en materia de tiempo de trabajo, eximiría incluso de aquella mínima actividad probatoria por la persona trabajadora, a falta de la cual no procedería tal inversión conforme a esa otra orientación judicial proclive a la flexibilización (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 622/2019, de 11 de junio](#), que niega las horas extras por falta de prueba). Por supuesto, antes del cambio legal subsistían doctrinas de suplicación conservadoras de la tradicional rigidez probatoria (por ejemplo, [STSJ de Galicia 6460/2016, de 22 de noviembre](#))¹⁶.

En este panorama judicial precedente, inequívoco en el juego de la presunción ex [artículo 12.4 c\) del ET](#), más dubitativo respecto al efecto probatorio de la ausencia de registro ex [artículo 35.5 del ET](#), si bien abierto a mayor facilidad probatoria de las horas extras –si son habituales–, un cierto jarro de agua fría –para el trabajador, una regla de favor para el empleador, en cambio– arrojó la citada [STS 246/2017, de 23 de marzo](#). A su juicio, el [artículo 217.6 de la LEC](#) «[...] no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva el registro, pero [...] juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó». En definitiva, ni el [artículo 34.9 del ET](#) establece una expresa presunción de horas extras del eventual exceso de jornada derivado del registro, tampoco de su posible inobservancia, ni el TS parece proclive a identificar la regla –obligada ex [art. 216 LEC](#)– de facilidad probatoria con efecto de presunción alguna ni tampoco de inversión de la carga probatoria, de no mediar actividad de algún tipo, por parte del trabajador, aun mínima. ¿Es esta la única interpretación razonable de la nueva regulación legal?

A mi juicio, no. Sin poder entrar ahora en un análisis más detenido, conviene hacer algunas precisiones. De un lado, parece claro que la propia finalidad garantista del cambio legal debe incidir en la posición interpretativa precedente, siendo misión jurisprudencial dar

¹⁶ La –algo más ponderada– [STSJ de la Comunidad Valenciana 1434/2018, de 3 de mayo](#), hace un análisis detenido de la evolución jurisprudencial y asume que el propio TS ha modulado su posición para las horas extras habituales (en el caso no reconoce tal carácter por no probarse ni siquiera la habitualidad de su realización).

efecto útil al cambio, no neutralizarlo –como, por cierto, ya sucediera con el anterior [art. 34.8 ET–](#). De otro, las dudas interpretativas deben resolverse con lecturas de signo expansivo, precisamente por estar en juego un derecho social fundamental comunitario.

Cierto, la calificación y cuantificación de las horas extras no es una operación tan sencilla como la de identificar los excesos de jornada diaria, considerando como hora extra todo lo que excede de la ordinaria prevista, según una cierta linealidad simplista, como refleja la citada [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 75/2019, de 31 de enero](#), y rechaza la [STSJ de Galicia 3486/2019, de 16 de septiembre](#). El propio [criterio técnico](#) de la ITSS advierte de la necesidad de una lectura mucho más global de la información del registro. Ahora bien, no menos verdad es que está en manos de la empresa precisar adecuadamente esa cuestión –así se entiende, igualmente, por la [STSJ de Castilla y León/Valladolid 198/2016, de 3 de febrero](#), para el teletrabajo a domicilio–, a través precisamente del registro, por lo que si el registro no refleja adecuadamente que los excesos de jornada no son horas extras, ha de ser el empleador el que acredite las razones por las cuales es solo una apariencia de tal, no la realidad. Del mismo modo, la falta de registro, siendo obligación legal del empleador dirigida a garantizar el respeto de las normas sobre el tiempo de trabajo, debe tener, si no un efecto presuntivo pleno ([art. 385 LEC](#)), sí la calificación de indicio suficiente (prueba indiciaria) para desplazarla al trabajador, máxime si se acredita el carácter habitual de tales horas extras. El empleador tiene en su poder, pues, el instrumento que puede dar seguridad jurídica al respecto, en beneficio de todos los intereses en juego. En última instancia, para finalizar, se insiste, estamos en un escenario de dominio de los derechos sociales fundamentales, conforme determina el TJUE.

2.6.3. Un presupuesto sustantivo del funcionamiento correcto del registro: ¿qué es y qué no es tiempo efectivo de trabajo en la doctrina judicial reciente?

A) Carácter binario del concepto comunitario de tiempo de trabajo y sus disfunciones: el tiempo de disponibilidad como tiempo de trabajo

Lógicamente, antes de dilucidar si un determinado tiempo de trabajo es jornada de trabajo ordinaria o extraordinaria, se requiere distinguir si es tiempo de trabajo efectivo o si no lo es. A tal fin, la pauta no la da ya tanto el criterio espacial del [artículo 34.5 del ET](#), sino el concepto de tiempo de trabajo comunitario (art. 2.1 [Directiva 2003/88](#)), como se dijo anteriormente. Al respecto, frente a la tendencia de la realidad productiva (plural y compleja) a diversificar los tiempos de disposición de la persona trabajadora al servicio del interés productivo, sin ser propiamente tiempo de trabajo (por ejemplo, guardias de localización), la norma comunitaria asume un concepto binario, por lo que o es tiempo de trabajo o es de descanso, no hay categorías intermedias, aunque el TJUE acepte la posibilidad de retribuciones diferentes del tiempo de trabajo con menor intensidad productiva ([STJUE de 21 de](#)

febrero de 2018, C-518/15, asunto Matzak). Naturalmente, el TS ha terminado asumiendo la prevalencia de este concepto comunitario, mucho más amplio, también incierto y evolutivo, sobre el legal (STS 229/2019, de 19 de marzo).

En lo que concierne a la eventual calificación de los tiempos de localización –al igual que los tiempos de desplazamiento instrumentales a la ejecución de la prestación– como de trabajo, al margen de su retribución, no ha tenido demasiada fortuna la doctrina comunitaria, hasta el momento, en la doctrina judicial y jurisprudencial españolas. Así habría sucedido, de forma general, con la referida [doctrina Matzak](#)¹⁷ (una magnífica síntesis, la [SAN 137/2018, de 20 de septiembre](#)). Ampliar el concepto de tiempo de localización restringiría el propio de tiempo de trabajo efectivo –recuérdese, único cuyo registro es obligatorio ahora–, por lo que no cabría una calificación automática como laboral. Al contrario, deben concurrir dos factores. A saber:

1. la determinación empresarial del lugar de realización –dentro o fuera del centro– y
2. la obligación de responder a la llamada en un periodo de tiempo reducido que imposibilite, o dificulte notablemente, las actividades de descanso o de ocio.

Partiendo de la recordada consideración como tiempo efectivo de trabajo de todo periodo de disposición del empleador con significativa limitación de la posibilidad de dedicarlo a la gestión de asuntos personales, la doctrina judicial y jurisprudencial consideran que sí lo es:

1. El dedicado a jugar al fútbol en el equipo de la empresa, aun si es voluntario ese tipo de actividad y se trata de «eventos comerciales especiales fuera de la jornada», cuando se organizan por la empresa (por ejemplo, Grupo Altadis) y se vinculan de algún modo relevante a su interés productivo ([STS 229/2019, de 19 de marzo](#)). No son equivalentes tales casos «a invitaciones de cortesía que la empresa hace a sus clientes» y que resultan «extensivas a los trabajadores».
2. El régimen de disponibilidad establecida, más allá de la jornada ordinaria, los sábados, domingos y festivos, desde las 08:00 hasta las 20:00 horas para cubrir las incidencias que pudieran surgir a los clientes (bares o locales del sector de la hostelería que requirieran una reparación urgente de máquinas de café) ([STSJ de Cataluña 5438/2018, de 17 de octubre](#)).

¹⁷ Apartado 59:

El factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo»... es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente (8 minutos en este supuesto) en caso de necesidad.

3. El tiempo de concurrencia del personal sanitario entre turnos sucesivos, el llamado «tiempo de relevo», en el que se transmite información, normalmente verbal, respecto de las condiciones de determinados pacientes ([STSJ de Andalucía/Sevilla 3668/2018, de 20 de diciembre](#), que aplica la doctrina de la [STS 534/2017, de 20 de junio](#)).

B) Persistentes resistencias a la recepción judicial nacional del concepto comunitario

No obstante, como se anticipaba, las resistencias al predominio del concepto europeo persisten. Así, no se califican como tiempos de trabajo¹⁸:

1. El dedicado al seguimiento de un curso de formación *online*, según oferta empresarial, realizada mediante correo electrónico, antes de la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 14/2018, de 28 de septiembre](#) (modificó el texto refundido de la Ley del mercado de valores para trasponer la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo –mercados de instrumentos financieros–, para adquirir competencia de asesoramiento financiero) ([STS 179/2019, de 6 de marzo](#)).
2. Pausas o descansos correspondientes de 30 o 45 minutos (a conductores de autocar), en las jornadas continuadas de 6 o de 9 horas diarias, respectivamente, establecidas en el [artículo 10 bis.4 del Real Decreto 1561/1995](#) en relación con el [artículo 34.7 del ET \(STSJ de Madrid 758/2018, de 14 de septiembre\)](#). Así se derivaría de las reglas especiales comunitarias ([Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo](#), sobre ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, arts. 3 y 5) y de la regulación de estos periodos, pues el conductor puede rehusar atender urgencias durante ese periodo, salvo que el tiempo de descanso asignado realmente supere el legal (30-45 minutos). En ese tiempo de exceso, el trabajador sí puede ser requerido.
3. Los periodos de localización en un lugar determinado para prestar servicios de carácter eventual («servicio acuda» a saltos de alarma en las oficinas de trabajo), si no incluye la obligación de permanecer físicamente en él, no es laboral. Por lo que la supresión de la obligación de disponibilidad («plus de acuda»: por atender «a cualquier hora no laboral los saltos de alarmas») no podría calificarse como reducción de jornada ([STSJ de Galicia de 8 de mayo de 2018, rec. 678/2018](#)).

¹⁸ Tangencialmente, no es ocioso comentar que la no calificación como laboral no significa que no se mantengan obligaciones limitativas de decisiones personales –consumo moderado de alcohol, por ejemplo–, en virtud de su deber de buena fe. *Vid.* [SAN 27/2019, de 22 de febrero](#).

4. Los periodos de puesta a disposición, con deber de localización, que requieren atender la terminal de telefonía móvil proporcionada por la empresa, pero sin establecerse un plazo mínimo de respuesta obligatoria ni la obligación de presencia en lugar prefijado. Y ello en cuanto que en tales condiciones no disminuirían ni su libertad ambulatoria ni su capacidad de autodeterminación para el desarrollo de asuntos personales (citadas SSAN [137/2018, de 20 de septiembre](#), y [27/2019, de 22 de febrero](#); STSJ de Aragón [441/2018, de 17 de julio](#) –guardia de 24 horas de los conductores de vehículos-grúa para la retirada de automóviles–).
5. Las guardias localizadas del personal dedicado a las tareas de extinción/prevencción de incendios forestales (Comunidad de Madrid), porque ni se obliga a los trabajadores a hallarse físicamente en un sitio predeterminado durante el periodo de la guardia ni el lapso de tiempo para debutar en el puesto es reducido (deberán presentarse equipados en el punto de encuentro en un plazo máximo de 30 minutos desde la comunicación). Aunque reconoce que tal periodo restringe la soberanía o el tiempo de autodeterminación de la persona trabajadora, ese efecto limitador sería inherente a tal obligación de disponibilidad ([STSJ de Madrid 569/2018, de 25 de julio](#)).

C) Recientes aperturas de doctrina judicial nacional a la doctrina comunitaria: los tiempos de presencia laborales

En cambio, sí ha considerado que una obligación de respuesta de 15 minutos resulta lo suficientemente reducida como para aplicar la [doctrina Matzak](#), la [STSJ de la Comunidad Valenciana 3695/2018, de 11 de diciembre](#), para el tiempo de guardias nocturnas localizadas en el buque o en domicilio cercano a él de las personas trabajadoras de una empresa remolcadora en el sector portuario. Esta sentencia revoca la de instancia –dictada en conflicto colectivo–, que había aplicado la doctrina jurisprudencial nacional ([STS de 27 de enero de 2009, rec. 27/2008](#)), conforme a la cual, distinguiéndose entre tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia y tiempo de inmediata disposición, este último supone una restricción de tiempos de vida, pero no por ello debe calificarse de tiempo de trabajo. Las personas trabajadoras de la empresa realizan turnos de 40 días de embarque y 20 días libres, en los que se incluyen descansos semanales, festivos y vacaciones anuales (3.934 horas, de las cuales, con exclusión de la jornada anual de 1.826 horas de trabajo efectivo, resultarían 2.984 horas de tiempo de presencia). En aplicación de esta doctrina jurisprudencial nacional, la instancia concluyó que:

[...] como no se ha acreditado que la empresa obligue a pernoctar en el barco, fuera de la jornada [...], pues si bien ocho trabajadores duermen en el barco, hay uno que a veces no lo hace, ese tiempo no puede considerarse ni de trabajo efectivo ni de presencia [serían solo 20 horas semanales], sino de disponibilidad y no se incumple norma alguna por la empresa, al seguir tal régimen de jornada.

En cambio, la [STSJ de la Comunidad Valenciana 3695/2018, de 11 de diciembre](#), la revocará al dar prevalencia al TJUE, pues entiende que este asunto es análogo al resuelto por la [sentencia Matzak](#). Aunque es el doble de tiempo que el previsto en esta, entiende que limita la soberanía de los tiempos personales.

Calificado ese tiempo de guardia nocturno también de presencia, la práctica de asignar a los trabajadores turnos de 40 días de embarque y 20 días libres sería contraria a una norma imperativa ([art. 8.3 RD 1561/1995](#)). De ahí su ilegalidad, sin que se pueda oponer ni el acuerdo de empresa en tal sentido ni la incorporación de la práctica a los contratos de trabajo, con consentimiento individual incluido, pues se trata de una norma de derecho necesario. Emerge, de nuevo, potente la pujanza del *praetor imperator*.

Del mismo modo, debe considerarse tiempo de trabajo efectivo todo el tiempo que la persona cuidadora interna pasa en la vivienda, según entiende la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de octubre de 2018 \(rec. 1361/2018\)](#), que también aplica la [doctrina Matzak](#). El tiempo de presencia en la casa, aunque no haya actuación directa, incluso aunque esté durmiendo, debe considerarse como tal, pues «recaía la obligación de atender sin solución de continuidad los requerimientos laborales que se la realizasen». La sentencia deja abierta la puerta a que haya una retribución diferente –menor– de tales periodos –por vía legal o por convenio–, pero en su ausencia, «partiendo de la consideración de tiempo de trabajo han de retribuirse en la forma reclamada como horas extraordinarias».

Una cuestión relevante, aunque no se trata en esta sentencia, es la relativa a si existe o no obligación de registro horario en estos casos. En este supuesto, la trabajadora no formalizó una relación laboral especial de servicio de hogar familiar para su prestación de servicios (aunque tal actividad cabe dentro de la misma), con lo que reabriríamos la cuestión de si están o no incluidas en el [artículo 34.9 del ET](#) este tipo de relaciones –lo que ya ha sido tratado–. En el caso de autos, la trabajadora forma parte de la plantilla de una empresa especializada en la prestación de este tipo de servicios, por lo que, en consecuencia, sí estaría obligada al registro, pese a que la prestación de servicios se hace fuera del centro de trabajo.

2.7. Práctica convencional reguladora de la obligación de registro horario: ¿blindaje convencional (del empleador) o justo equilibrio?

Como hemos visto, el [artículo 34.9 del ET](#) llama a la negociación colectiva para la actualización del modelo y los términos de ejercicio de la garantía de registro y ya está dando sus primeras respuestas. No todas las empresas lo hacen ni con el mismo ánimo ni de la misma manera. Así, por ejemplo, el Grupo Telefónica parece incómodo, refiriendo expresamente a una suerte de cumplimiento por imperativo legal: «El Grupo mercantil Telefónica en España, en su compromiso de cumplimiento estricto de la legalidad vigente, se ve en la

obligación legal de establecer un sistema de registro diario de jornada [...]» ([Instrucciones sobre registro diario de jornada en Telefónica, de 17 de julio de 2019](#)).

La universalidad subjetiva se aprecia en la inclusión no solo del «personal dentro del convenio», sino también «el de fuera de convenio». Por lo que hace al objeto de registro diario, este acuerdo es también de los más severos, en la medida en que atiende a la distinción entre «tiempo de presencia en el centro de trabajo» y «tiempo de trabajo efectivo». Precisa a tal fin que no tienen intención alguna de considerarlo como tiempo de trabajo, ni en un porcentaje, sino que todas aquellas pausas o descansos no relacionados con el trabajo quedarán fuera. Por lo tanto, se descontarán de forma automática del tiempo resultante entre la hora de inicio y la hora de finalización de la jornada (por ejemplo, pausa de comida, acceso a zonas comerciales, realización de actividades recreativas –gimnasios–, etc.). Naturalmente, si se incluyen como lo que es, tiempo de trabajo, los desplazamientos de trabajadores itinerantes por razón del servicio.

El sistema elegido es el fichaje de seguridad para el acceso al centro de trabajo, a través de su tarjeta de identificación personal (TIP). No obstante, para supuestos especiales, en los que no se prestan servicios físicamente en el centro (teletrabajo, visitas a clientes, viajes profesionales, etc.), así como cuando, por razones técnicas, no quepa utilizar la TIP, se incluye un «compromiso de implementación» de sistemas telemáticos. Advierte expresamente que tal sistema «no implicará, necesariamente, geolocalización». Por supuesto, expresamente se hace referencia al respeto de la normativa de protección de datos, incluyendo la referencia especial al principio de minimización (junto al de limitación de la finalidad, transparencia y exactitud del tratamiento de carácter personal). Volveremos en el próximo epígrafe sobre este aspecto.

También contiene instrucciones específicas en relación con las horas extraordinarias. Así, además de la declaración solemne de no realización fuera de lo estrictamente necesario, se fija un rígido sistema de autorización para evitar que la persona trabajadora prolongue la actividad laboral, o su presencia en la empresa, fuera de las indicaciones empresariales. Por eso, cuando sea precisa tal prolongación de la jornada diaria, se deberá solicitar autorización y recibirla de forma previa, salvo fuerza mayor, del superior jerárquico. En consecuencia, sin tal requisito, excluye que «el mero exceso unilateral de la jornada por parte de la persona trabajadora deba considerarse como jornada extraordinaria». Finalmente, reitera su reconocimiento del derecho a la desconexión digital.

En todo caso, concibe esta regulación convencional como provisional, necesitada de un reajuste posterior, a partir de la experiencia práctica desenvuelta. Muchos son los temas que han quedado pendientes y a buen seguro necesitarán una regulación mucho más completa, e incluso equilibrada. Así, por ejemplo, nada dice de una cuestión tan relevante como la accesibilidad, el modo de puesta a disposición, etc. Sin duda el modelo es perfectible y mucho.

Justamente, el no prever adecuadas medidas de acceso a la información por parte de las representaciones sindicales llevó al reparo por el ministerio del [Acuerdo parcial sectorial para las cajas y entidades financieras de ahorro](#), ya subsanado (firmado el 12 de septiembre de 2019). Aunque con carácter general sigue las pautas más comunes, presenta un cierto grado de singularidad. Así, respecto del ámbito subjetivo, reconocida la universalidad ya comentada, no solo descartará expresamente al personal de alta dirección –lo que no plantea problema alguno–, sino que también introduce una reserva para las empresas, facultándolas a «establecer excepciones o particularidades del registro de jornada para el personal "colectivo identificado", en los términos definidos en la Circular 2/2016, del Banco de España». Si la exclusión eventual de consejeros y altos directivos no plantea problema, el relativo a los «empleados cuyas actividades profesionales tengan una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad», sí, porque en tales casos se tratará, seguramente, del colectivo que la [guía](#) considera trabajadores con régimen de libre disponibilidad, que no pueden ser excluidos, pero que sí admiten peculiaridades.

El modelo de registro elegido en este caso es el telemático, a través de herramientas digitales propiedad de la entidad y puestas a disposición de las personas trabajadoras (queda prohibido de forma expresa descargar la aplicación en dispositivos personales, salvo acuerdo entre empresa y trabajador). También se habilita la posibilidad de sistemas de geolocalización para el ejercicio de esta función de control, si bien se recuerda que deberán cumplir los requisitos del [artículo 90 de la LOPDGDD](#) –muy laxos–. Excepcionalmente se contempla la posibilidad de un registro analógico para la jornada, a través de la firma en la hoja correspondiente, cuando no se disponga de un dispositivo informático. Aunque se prevé expresamente la necesidad de que los medios den fiabilidad y permitan la trazabilidad del registro, no parece que en este caso se asegure, si bien se plantea su uso de forma excepcional.

Por lo que hace al objeto, se indica que se deberá reflejar «el número total de horas destinadas [...] a la realización del trabajo efectivo, bien se haya producido en el centro de trabajo o fuera del mismo», incluyendo los permisos que tengan tal calificación, por ley o convenio. Se descontará de estas horas todo tiempo que no se considere trabajo efectivo, de modo que la diferencia entre las horas de trabajo y el tiempo transcurrido entre el inicio y finalización de la jornada se entenderá, en todo caso, «sin necesidad de acreditación adicional, que constituyen tiempos de descanso o de no prestación efectiva de servicios». Vemos, pues, como se intenta crear una presunción inversa, esto es, de no tiempo de trabajo para los excesos resultantes del registro y el tiempo de trabajo efectivo. Esta previsión no dejará de plantear problemas.

Para los desplazamientos fuera de la localidad habitual de trabajo y durante toda la jornada, por razón de actividad, se contempla un modo específico de registro. Para estos casos, se considerarán cumplidas las horas de trabajo registrándose como «incidencia el viaje de trabajo». Naturalmente, la garantía de corrección pasará por su validación, *a posteriori*, por la empresa y la persona trabajadora.

Expresamente se establece que el registro es una obligación laboral de la persona trabajadora, debiendo ser diligente a la hora de introducir los datos de inicio, finalización y la duración de la jornada efectiva diaria de trabajo, así como el descuento de los tiempos de descanso, y cualquier otra interrupción que no tenga consideración de trabajo efectivo. Pero no se precisa cuáles, lo que exige conocer con precisión la norma convencional al respecto. Para facilitar esta nueva obligación (el registro, pues, se configura como derecho-deber para las personas trabajadoras, como la formación), se establece el compromiso de facilitar una guía de usuario. Si no se cumple debidamente con ella será requerido para hacerlo, con clara advertencia de que se trata de un deber laboral. No obstante, prevé, «de forma excepcional», considerar que la jornada realmente realizada es la que habitualmente corresponde a la persona trabajadora, aunque esta incidencia quedará registrada hasta validación posterior. Ya hemos tenido la oportunidad de exponer cómo entiende la práctica judicial esta obligación.

Sí prevé la manera de informar a la representación de los trabajadores (legal, y al delegado sindical) sobre el contenido del registro de jornada. Se producirá de forma mensual y en formato electrónico (hoja de cálculo). La mejora convencional es clara, pues ya vimos como no existe obligación legal de entregar copia escrita. No obstante, conviene recordar que el acceso ha de ser inmediato, aunque no reciban copia. Por lo tanto, no estando viciada esta cláusula, sí tiene que integrarse con la previsión legal.

Fuera del reconocimiento, también genérico, de un (más pretendido que real) derecho a la desconexión digital (*vid.* el magnífico [editorial](#) de la profesora Margarita Miñarro), destaca la concesión de un plazo de gracia adicional para cumplir. Así, no solo da un margen de 3 meses desde la firma del mismo –12 de septiembre de 2019–, sino que incluso fija la posibilidad de que puedan llegar a finales de año, prorrogándose a tal fin sin más condición que informar a la comisión de seguimiento. No obstante, la norma es obligatoria desde el 12 de mayo y no puede cumplirse «a la carta», por lo que la exención del proceso infractor solo se producirá en los supuestos del [criterio técnico](#) (que se constate un proceso negociador efectivo; en todo caso, la ausencia de registro originará solo el requerimiento y no la sanción si se presume que hay cumplimiento real de los límites sobre jornada de trabajo).

En sus trazos gruesos, no muy disímil es el interesante acuerdo alcanzado en el seno del Grupo El Corte Inglés, a su vez reflejo de la asunción y desarrollo del alcanzado en el sector de Grandes Almacenes ([Declaración institucional sobre registro de jornada en el sector, de 9 de mayo de 2019](#)). No obstante, no solo es notablemente más extenso y sistematizado que los que se firmaron antes, sino que contiene algunas reglas especiales innovadoras, en algún caso incluso de cierta generosidad, en la medida en que se reconoce que los descansos de menos de 1 hora o inferiores no exigirán registrarse como tiempo de no trabajo, exigiendo la ficha solo cuando sea de más duración. En cualquier caso, no parece que la regulación nueva vaya a suponer ningún cambio significativo, en la medida en que lo pactado recoge lo que se vendría haciendo, manteniendo, aun renovado, un doble sistema: aplicación de «reloj», integrado en el sistema informático de gestión de personal (GESPER), que registraría,

a través de máquinas de lectura (relojes digitales), las TIP, de un lado, y aplicación del «sistema Arquero», que funciona a través de tornos de acceso a las instalaciones mediante «lectura por radiofrecuencia» de las nuevas TIP que se están implantando progresivamente, de otro. En todo caso, en medio de tanta innovación tecnológica, todavía sigue quedando espacio para las situaciones «excepcionales» en las que, por mantenerse dificultades de registro, se recurra al método analógico (formato de libro de firmas).

Para finalizar este repaso de experiencias de ordenación convencional del registro, merece especial referencia otro [acuerdo](#) realizado en el sector donde se originó todo el «lío jurídico». Me refiero al suscrito por la dirección del Grupo BBVA y sus representaciones sindicales más representativas, considerado como un modelo de regulación de esta materia ([25 de septiembre de 2019](#)). En él se ordenan no solo el sistema de registro, sino el conjunto de derechos y obligaciones de los diversos sujetos de la relación de trabajo, con una especial inclusión del derecho a la desconexión digital (*vid.* [editorial](#) de este número y revista).

Una vez más se insiste en que la obligación de registro diario de jornada crea para las personas trabajadoras (todas, también las de modalidades más flexibles) un deber laboral ([art. 5 ET](#)), exigiendo la debida diligencia en el momento de «cumplimentar con responsabilidad y profesionalidad los datos requeridos por la aplicación, de conformidad con el principio de buena fe contractual». Ahondando en esta intensificación de la vertiente disciplinaria (uso convencional de favor hacia el interés empresarial del registro de jornada), se advierte del ejercicio de la potestad disciplinaria en caso de incumplimiento, cuyo alcance se precisa tanto en gravedad –ha de ser reiterado– como en definición de la conducta –ausencia, falseamiento–. No obstante, sorprendentemente, se formula en forma potestativa –siguiendo la tradición de esta facultad empresarial–. Así:

En el supuesto de que la persona trabajadora no cumpliera con la obligación de registro de manera reiterada, falsee o induzca a otras personas al falseamiento de dichos datos evitando así la veracidad de los datos introducidos, la empresa podrá requerir su cumplimiento, reservándose el derecho a tomar las medidas disciplinarias procedentes conforme a la legislación vigente o convenio colectivo.

Sin embargo, no se crea, por ahora, una infracción convencional específica asociada a este deber (inherente al derecho). Por lo tanto, no dejarán de plantearse problemas aplicativos específicos, a la hora de identificar el concreto tipo infractor, dado que deberán aplicarse los genéricos. No obstante, ya hemos visto las cautelas que la doctrina judicial ha establecido respecto a los intentos de sobrecargar al trabajador con deberes de diligencia *ex bona fide*, en relación con una obligación que es del empleador.

En cualquier caso, queda claro que el cumplimiento del (nuevo) deber laboral implica, lógicamente, la observancia por la empresa de su obligación. Esta se concretará en la puesta a disposición del personal de los medios más adecuados para su realización efectiva. A tal

fin, se establece un sistema de registro que consiste en un «dispositivo multiplataforma», basado en la mutua confianza de las partes de la relación (sistema autodeclarativo) y «trazable», a fin de ofrecer la mayor fiabilidad posible de los datos registrados. Se configura convencionalmente de este modo:

1. «Dispositivo multiplataforma». BBVA pone a disposición de toda la plantilla descrita en el ámbito de aplicación una herramienta informática accesible a través de los distintos dispositivos: ordenador (*desktop*), móvil/tableta (*app* [App Store-iOS y Play Store-Android]), con el fin de que la persona trabajadora pueda registrar su jornada diaria. Las personas trabajadoras podrán acceder indistintamente por cualquiera de estos medios.
2. «Sistema autodeclarativo, basado en la mutua confianza». La aplicación contará necesariamente con la información indispensable para que la persona trabajadora conozca de forma fehaciente su horario diario, así como las pausas mínimas obligatorias que no suponen tiempo de trabajo efectivo.
3. «Trazabilidad y fiabilidad de los datos». El sistema de registro implementado debe garantizar la trazabilidad del proceso, así como la inalterabilidad de los datos registrados (fiabilidad). Consecuentemente, cualquier modificación efectuada en los datos introducidos por la persona trabajadora con anterioridad deberá quedar bien registrada de manera que se constate que ha habido un cambio manual.

3. Registro de jornada y gestión tecnológica: minimización de datos versus libertad de elección del sistema de registro

Convertida en una eficaz respuesta al desafío de gestión empresarial del registro diario de la jornada, como acabamos de confirmar con el repaso realizado a las primeras aplicaciones convencionales, la tecnología digital puede convertirse, de origen o sobrevenido, en problema. Todas las experiencias convencionales explicitan este quinto condicionante implícito tan solo en el [artículo 34.9 del ET](#) (procedimiento negociador, objetividad, fiabilidad, accesibilidad, minimización de datos): el sistema-modelo de registro horario que se selecciona debe respetar la cada vez más exigente normativa relativa a la protección de datos. La triple garantía de justificación suficiente, transparencia adecuada y proporcionalidad debe aplicarse a estos sistemas en el caso de que requieran de un tratamiento de datos personales (en la delimitación modulada por la célebre Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –[STEDH de 17 de octubre de 2019, López Ribalda II](#)), especial, aunque no exclusivamente, a través de sistemas informáticos o telemáticos. En consecuencia, junto a la clasificación descriptiva que hacen tanto la [guía](#) como el [criterio técnico](#), que atiende al tipo de formato (análogo: papel; digital: informático), adquiere mayor relevancia la que ordena los sistemas de registro horario atendiendo al grado de invasión en el ámbito del derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras.

El acuerdo colectivo, pues, no blindo la legitimidad del sistema elegido, como se suele creer. En consecuencia, cabe distinguir:

A) Sistemas de registro con una mínima injerencia en materia de protección de datos: papel y tarjeta o número identificativo personal (PIN)

Por ejemplo, el sistema de firmas (Grupo Correos, si bien transitoriamente). Aunque estos sistemas no están exentos por completo de la normativa de protección de datos, en la medida en que permiten también el almacenamiento y tratamiento de datos personales, sí tiene menor incidencia personal. Pero se hace a costa de su objetividad y fiabilidad. Por tanto, deben involucrarse de particulares garantías para evitar riesgos (firma simultánea de entrada y salida; acumulación de registros para cumplimentarlos posteriormente, facilidad de suplantación de firma, etc.), o, al menos, reducirlos a mínima expresión. La exigencia de una documentación trazable queda en cuestión aquí. Más fiable es el sistema de fichaje con tarjeta individualizada. Este es sencillo de utilizar, apenas incisivo en la privacidad, si bien más costoso. También es vulnerable al uso fraudulento o manipulado, pero menos que la firma en papel.

B) Sistemas de registro con incidencia media o moderada en la protección de los datos: dispositivos digitales y ciertos controles biométricos (huella dactilar)

No es dudoso –y así se comprueba en la experiencia práctica convencional– que serán, cada vez más, los sistemas de registro basados en tecnologías informáticas y telemáticas los que más predicamento tendrán en las empresas. Así sucederá también por el desarrollo de un sector potente de empresas tecnológicas dedicadas a ofrecer estos servicios de registro –con otros complementarios sobre control del trabajo–, con una reducción progresiva de su coste (aunque ya sabemos que este análisis de costes económicos debe quedar excluido si en juego están, como aquí, derechos fundamentales asociados a la salud). La proliferación de dispositivos digitales en las empresas (de titularidad propia y, en progreso, de las personas trabajadoras –BYOD–, si bien sabido es que no puede obligarse a los trabajadores a utilizar sus móviles para la descarga de aplicaciones de control –[SAN 13/2019, de 6 de febrero](#)–) facilita su uso (ordenadores, móviles, tabletas, PC, etc.) al servicio de registro, tanto en el centro de trabajo como fuera de él, especialmente cuando se trabaja a distancia, teletrabajo, etc. El coste es, pues, igualmente reducido y proporciona una fiabilidad máxima, con lo que satisface los estándares del TJUE.

A esta significativa mirada de ventajas –la mayoría para el empleador, también por la facilidad para las personas trabajadoras–, se añade, como contrarresto, una mayor incidencia en la esfera de la protección de datos y de la privacidad. Un paso o grado más en la intensidad de afectación de la esfera de protección de datos de las personas trabajadoras se

produce con los sistemas de registro-controles biométricos (huella dactilar, reconocimiento facial, iris, voz, etc.), con lo que el conflicto de los derechos en juego alcanza mayores niveles. Con estos tipos de control tiende a alcanzarse una máxima eficacia, ofreciéndose como tal por el pujante sector de empresas de servicios tecnológicos. Por ejemplo, un número creciente de empresas apuestan por la efectividad del control de acceso biométrico por voz como método para garantizar la seguridad de forma simultánea a la gestión de los datos relativos a la presencia y al registro horario de las personas trabajadoras. El «control de acceso biométrico por voz» daría seguridad (a las empresas) y flexibilidad (se adaptaría a cualquier tipo de organización), con ahorro de tiempos de gestión (mayor agilidad de uso) y sería «menos intrusivo» en lo personal. De ahí que, desde la perspectiva mercantil, sea «la tecnología llamada a sustituir masivamente al lector de huella digital» ([Biometric Vox, 2019](#)). Sin embargo, desde una perspectiva jurídica y estrictamente técnico-administrativa, la visión es justamente la inversa.

Mientras que el sistema de control mediante huella dactilar, efectivamente uno de los más extendidos, sobre todo en el ámbito del empleo público, ha sido legitimado sin problema alguno por la doctrina judicial ([STSJ de Murcia 47/2010, de 25 de enero](#)) y jurisprudencial ([STS, Sala 3.ª, de 2 de julio de 2007, rec. 5017/2003](#)), incluso por la AEPD, no sucede lo mismo con el registro de voz, por su mayor grado de penetración en la esfera personal ([Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril](#); art. 5 [RGPD](#); AEPD). Todos ellos, no obstante, aparecen cuestionados desde posiciones sindicales¹⁹, así como por los organismos consultivos en la materia, a partir del [RGPD](#), si bien con diversa intensidad según la tipología. Dada la calificación de estos datos biométricos como especialmente sensibles (como los datos de salud, o los de orientación sexual, o afiliación, por ejemplo), esto es, de especial protección jurídica, regiría una regla general prohibitiva de su tratamiento, sin perjuicio de contemplar una serie de excepciones que, como tales, exigirían una interpretación restrictiva (art. 9.2 b) [RGPD](#)). De ahí que se haya incluso negado la existencia de una norma de rango legal que autorizara, con claridad, el uso de los datos biométricos para el control laboral, en particular para los registros de jornada.

Y para avalar técnicamente tal posición se esgrime un [dictamen de la Agencia Catalana de Protección de Datos Personales \(CNS 63/2018, de 14 de febrero de 2019\)](#). Este, a su vez, remite tanto al [Dictamen 3/2012 del Grupo de Trabajo del Artículo 29](#) (hoy Comité Europeo de Protección de Datos), sobre la evolución de las tecnologías biométricas, como también a la [Recomendación CM/Rec\(2015\)5 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral](#). De ambas se desprende que la legitimidad de este tipo de controles depende de que se constate un doble requisito: autorización legal expresa y estricta necesidad del sistema de control biométrico, sin alternativa razonable (proporcionada) a la misma.

¹⁹ Vid. [Informe CC. OO. \(2019\)](#).

Aun sin poder entrar a fondo en tan sugerente tema, sí conviene advertir que el citado dictamen, además de ser anterior a la reforma que introduce de forma obligatoria el registro y a la doctrina del TJUE, no es taxativo, sino bastante más ponderado –con acierto–. A saber:

- a) Regla general: la inclusión de los datos biométricos entre las categorías especiales de datos «no permite concluir de manera automática que la implantación de un sistema de control horario basado en la recogida de este tipo de datos pueda considerarse proporcionada». Por tanto, debe estarse al principio de minimización.
- b) Regla especial: mayor legitimidad para el control de acceso a zonas que requieran unas condiciones de seguridad reforzadas.

En suma, no creo que pueda negarse, a día de hoy, la legitimidad de estos sistemas de control, pues concurren las condiciones generales de legitimación del artículo 9.2 b) del **RGPD**. Ahora bien, como señalan competentes autoridades europeas (Comité Europeo de Protección de Datos y Consejo de Europa), que respete el principio de legalidad no quiere decir que satisfaga, necesariamente, de forma general y antes del debido juicio de proporcionalidad, las exigencias del ordenamiento de protección de datos. La clave jurídica para valorar su legitimidad no es, pues, su legitimación inicial, que existe suficientemente en el actual estado del ordenamiento, sino el principio de minimización (art. 5.1 c) **RGPD**), a su vez trasunto del de proporcionalidad. Este principio significa que si es posible razonablemente alcanzar una determinada finalidad (aquí el control horario) sin tener que tratar datos de categorías especiales, esta opción debe prevalecer entre todas las que sí impliquen tal tratamiento. Consecuentemente, cuando se negocie el sistema de registro horario, los sujetos colectivos –y en su defecto el empleador– han de tener en cuenta esta regulación, de modo que debe darse preferencia a alternativas que sean menos intrusivas²⁰ y, en caso de entender que no solo son idóneas sino necesarias, envolver el sistema de registro biométrico de jornada de las mayores garantías para respetar el principio de proporcionalidad. En otro caso, la elección, aun convencional, sería nula.

²⁰ Según el citado **Dictamen 3/2012**:

Al analizar la proporcionalidad de un sistema biométrico propuesto, es preciso considerar previamente si el sistema es necesario para responder a la necesidad identificada, es decir, si es esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo el más adecuado o rentable. Un segundo factor que debe tenerse en cuenta es la probabilidad de que el sistema sea eficaz para responder a la necesidad [...]. Un tercer aspecto a ponderar es si la pérdida de intimidad resultante es proporcional a los beneficios esperados. Si el beneficio es relativamente menor, como una mayor comodidad o un ligero ahorro, entonces la pérdida de intimidad no es apropiada. El cuarto aspecto para evaluar la adecuación de un sistema biométrico es considerar si un medio menos invasivo de la intimidad alcanzaría el fin deseado.

C) Sistemas de registro con incidencia máxima en la protección de datos personales: geolocalización y determinados controles biométricos (reconocimiento facial, voz)

Justamente, una vez más conviene poner de manifiesto que entre los factores que se han de ponderar están también los concretos tipos de controles biométricos, pues parece muy claro que no todos proporcionan la misma información sensible y, en consecuencia, el juicio de proporcionalidad a realizar (principio de minimización de datos) debe atender esta realidad. En este sentido, y pese a la ambigüedad, ya hemos visto cómo al control mediante huella dactilar se han extendido ampliamente todos los plácets de autoridades de control, comunitario y nacional, sin perjuicio de esas reservas, pero no así a otros, como los basados en la voz, o, cada vez más pretendidos, en el reconocimiento facial, o en el iris. Es el caso, por ejemplo, de Paradores.

En efecto, el Grupo Paradores, con la anuencia sindical, parece haber optado por el sistema de reconocimiento facial –entre 500 y 1.000 € por dispositivo– esgrimiendo una razón de necesidad: entre las personas trabajadoras de la limpieza es habitual que sus huellas no sean reconocibles por el efecto del uso de químicos. No obstante, sigue siendo dudoso que no haya alternativa eficaz a tal sistema de registro, como el recurso a soluciones de *software*. La [STEDH de 4 de diciembre de 2008 \(caso Marper\)](#) ya evidenció que no todo dato biométrico tiene la misma incidencia en la privacidad, confirmando el Consejo Europeo de Protección de Datos que el reconocimiento facial resulta más intrusivo, sin que el análisis costes-beneficios deba ser un factor determinante en la ponderación. Es manifiesto que, a diferencia de la huella dactilar, sea el reconocimiento por voz sea el reconocimiento facial, solo supera ese juicio cuando existen razones específicas de seguridad en las empresas (por su peculiar actividad), de modo que con carácter general siempre haya una alternativa tecnológica menos intrusiva y costo razonable. Así se desprendería de las propuestas más recientes de autoridades de protección de datos de otros países, como Francia y su plasmación en criterios técnicos orientativos.

Un juicio concreto –no abstracto– de proporcionalidad que también requieren otros tipos de registros especialmente incisivos o intrusivos en la esfera personal, como los sistemas de geolocalización (por satélite). Se trata, como se sabe, de un sistema incorporado a todo tipo de dispositivos móviles, pulseras, vehículos u otros y que permite a la empresa conocer la posición precisa del empleado en tiempo real. Por lo tanto controlar la prestación de servicios en un horario y lugar determinado, siendo particularmente empleado en aquellos sectores de actividad donde la prestación de servicios se realiza fuera del centro de trabajo. Sin entrar en un análisis detallado tampoco, sí convendrá recordar que, hoy con una regulación específica como sistema de tratamiento de datos personales que es (art. 4.1 [RGPD](#); art. 90 [LOPDGDD](#)), ha gozado en la doctrina judicial de un amplio predicamento, bastando con la garantía de transparencia sobre su implantación y fines. No obstante, esta doctrina judicial permisiva cada vez contrasta más con la doctrina consultivo-administrativa técnica

y especializada, que viene evidenciando una posición más restrictiva, de manera que requiere una justificación específica no una necesidad general en cumplimiento de un interés legítimo empresarial –control–.

Consecuentemente, al igual que en relación con los controles biométricos, la necesidad del fin (obligatoriedad legal) no debe confundirse con la necesidad del medio (instrumento al servicio de aquella). Como afirma el Comité Europeo de Protección: «[...] el tratamiento de datos de localización relativos a empleados ha de corresponder a una necesidad específica de la empresa que guarde relación con su actividad [...]».

Por ejemplo, el tratamiento de los datos de localización ha de estar justificado si –sigue diciendo el prestigioso órgano consultivo europeo–:

[...] se lleva a cabo formando parte del control del transporte de personas o bienes o de la mejora de la distribución de los recursos para servicios en puntos remotos (por ejemplo, la planificación de operaciones en tiempo real) o cuando se trate de lograr un objetivo de seguridad en relación con el propio empleado o con los bienes o vehículos a cargo.

Por el contrario:

[...] el tratamiento de datos es excesivo en caso de que los empleados puedan organizar libremente sus planes de viaje o cuando se lleve a cabo con el único fin de controlar el trabajo de un empleado, siempre que pueda hacerse por otros medios.

Desde esta perspectiva, ni el [artículo 90 de la LOPDGDD](#) ni la doctrina judicial española se hallan alineados de conformidad con esta doctrina práctico-administrativa que, en última instancia, refleja mejor que otras comprensiones el sentido y alcance del [RGPD](#). Los tribunales, así como la negociación colectiva, también tienen mucho que corregir en este ámbito. Pero esa ya será otra historia que contar en otro momento.

4. Reflexión final: el registro, ¿«árbol que no deja ver el bosque» o el «hilo para desenmarañar el ovillo»?

Sin quitarle importancia a la reforma del registro diario de jornada, son numerosos los sectores, desde una posición garantista, que consideran que se trata únicamente de una pieza, y no la más relevante, de un complejo sistema regulador del tiempo de trabajo urgido de una reforma mucho más profunda. Para unos sería apenas el «árbol que no deja ver el bosque» de anomalías, o los abusos, de la gestión del tiempo de trabajo en un buen número de empresas, o, cuando menos, un instrumento documental relativo a un aspecto cuantitativo del tiempo de trabajo, cuando el eje de la regulación y la gestión debe estar en los

aspectos distributivos, pues sería donde se estarían gestionando los mayores problemas de precariedad y abuso. En cambio, desde una perspectiva crítica del mismo por su exceso de carga burocrática, se pone el acento sea en la desmesura de la obligación, sobre todo para las pymes, cuanto el desenfoque de la regulación, sobre todo en su enfoque comunitario, al desbordar la cuestión probatoria para afectar a un derecho social fundamental.

A mi juicio, y como casi siempre, las lecturas extremas incurren en aciertos y errores, pues en ellas se aclaran determinadas deficiencias de la regulación que «los otros no ven», pero no menos cierto es que también se exageran las que «los otros sí ven». A mi juicio, en línea con el TJUE, la regulación del registro es bastante más que una obligación instrumental.

Realmente pretende ser el «hilo que ayude a desenmarañar el ovillo» en que hoy se ha convertido la gestión del tiempo de trabajo, sirviendo claramente, como aquí se ha pretendido acreditar, a los dos lados de la relación, dada su dimensión ambivalente y bidireccional: al trabajador y al empleador (también para la sociedad). La clave ahora será dejar de insistir en los problemas y afanarse en la búsqueda de soluciones, lo más consensuadas o de justo equilibrio, tan necesarias como posibles.

Referencias bibliográficas

- Amed, I. (12 de enero de 2016). The future of wearables is smart fabrics, says Business of Fashion founder. Recuperado de <<https://www.wired.co.uk/article/smart-fabrics-beat-smart-devices>>.
- Arrieta Ildiákez, F. J. (3 de octubre de 2019). Nuevamente sobre el registro de jornada. Disquisiciones sobre el registro a bordo de buques pesqueros. Recuperado de <<https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/nuevamente-sobre-el-registro-de-jornada.html>>.
- Balseiro, A. (5 de julio de 2019). Las lagunas en el control horario llevarán al juzgado relaciones antes normales. Recuperado de <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2019/06/03/lagunas-control-horario-llevaran-juzgado-relaciones-normales/0003_201906G3P22993.htm>.
- Biometric Vox. (9 de marzo de 2019). ¿Por qué los controles de acceso de biometría de voz son los más eficaces? Recuperado de <<https://biometricvox.com/blog/checkvox/por-que-los-controles-de-acceso-de-biometria-de-voz-son-los-mas-eficaces/>>.
- Gómez Abelleira, F. J. (14 de junio de 2019). Flexibilidad del tiempo de trabajo y nueva Directiva europea sobre condiciones laborales transparentes y previsibles. Recuperado de <<https://forodelabos.blogspot.com/2019/06/flexibilidad-del-tiempo-de-trabajo-y.html>>.

- Igartua Miró, M. T. (2019). *La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019. Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 147, 115-149.
- Informe CC. OO. (2019). El registro de la jornada de trabajo. Especial consideración de los sistemas de registro y su impacto en materia de protección de datos. Recuperado de <<https://www.ccoo.es/e5c4be55ac54bccf9eea9dbfa7f49901000001.pdf>>.
- Pita, E. V. (10 de junio de 2019). Una estudiante de Derecho que trabaja de camarera destapa un fraude: «Cotizaba dos horas y hacía doce». Recuperado de <<https://www.lavozdegalicia.es/amp/noticia/vigo/vigo/2019/06/06/estudiante-derecho-trabaja-camarera-destapa-fraude-cotizaba-dos-horas-doce/00031559853388024992552.htm>>.
- Rosal, Pedro del. (4 de julio de 2019a). Aunque el empleado se duerma en el trabajo, la empresa debe pagarle las horas extras. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/07/04/legal/1562225654_231822.html>.
- Rosal, Pedro del. (5 de septiembre de 2019b). ¿Es legal sancionar a un empleado utilizando un vídeo grabado por otro trabajador? Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/05/legal/1567663391_046880.html>.
- Rosal, Pedro del. (24 de julio de 2019c). Guía para evitar problemas con la Inspección al pagar o compensar las horas extra. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/07/23/legal/1563898417_322374.html>.
- Sánchez Quiñones, L. (12 de junio de 2019). El registro horario conforme a la sentencia de 14 de mayo de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado de <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/el-registro-horario-conforme-a-la-sentencia-de-14-de-mayo-de-2019-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>>.
- Serranillos, M. J. (8 de octubre de 2019). Cuándo se puede despedir a un empleado que no ficha. Recuperado de <<https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2019/10/08/5d9b8641e5fdea726c8b457f.html>>.