

## CONTROL DE LA JORNADA, HORAS EXTRAORDINARIAS Y TRABAJO A DISTANCIA

**Aránzazu de las Heras García**

*Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

---

### EXTRACTO

Las nuevas tecnologías están cambiando la forma de entender el trabajo, no solo en cuanto que facilitan su realización sino que en muchos casos permiten realizar la prestación en cualquier momento, en cualquier lugar.

Cada vez es más habitual que los trabajadores consulten el correo electrónico de la empresa o lean mensajes profesionales de WhatsApp durante el trayecto del autobús, tomando el café del desayuno o antes de irse a dormir. Estos tiempos, en principio, no forman parte de la jornada de trabajo, pero, ¿podrían en algún momento ser considerados como horas extraordinarias o como parte de la jornada?

La tensión existente entre libertad y eficiencia empresarial frente a garantías y seguridad de los trabajadores se pone especialmente de manifiesto cuando se abordan las cuestiones relativas al control horario y su registro, en particular el registro de las horas extraordinarias, que ha sido objeto de pronunciamientos judiciales dispares unificados recientemente por el Tribunal Supremo en las Sentencias 246/2017 y 338/2017. En las siguientes líneas se comenta el cambio de criterio jurisprudencial y su incidencia en el control de la jornada y las horas extraordinarias con referencia particular a los trabajadores a distancia.

**Palabras clave:** horas extraordinarias, jornada, trabajo a distancia y control horario.

---

*Fecha de entrada: 22-05-2017 / Fecha de revisión: 31-05-2017 / Fecha de aceptación: 01-06-2017*

## WORKING HOURS CONTROL, OVERTIME AND REMOTE WORK

Aránzazu de las Heras García

---

### ABSTRACT

The new technologies are reshaping the way work is understood, not only because they make it easier, but also because they allow to perform at any time, anywhere.

More and more often workers check their job mail or Whatsapp messages while riding the bus, taking a coffee break or before going to bed. Currently, that time does not count as working hours, but, would it eventually end up being regarded as overtime or even part of the workday?

The tension between free enterprise and business efficiency on the one hand and workers' guarantees and safety on the other reveals itself specially when matters as working time control and register are tackled, in particular overtime, as recent Spanish Supreme Court rulings have unified scattered criteria on the subject. The following lines comment on this judicial shift and its impact on working time control and overtime with a special mention to remote work.

**Keywords:** Overtime, workday, remote work and hour control.

---

---

## Sumario

1. Introducción. La interpretación del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores en tela de juicio
2. Acercamiento a los datos de las horas extraordinarias remuneradas en España
3. Interpretación evolutiva del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores: Posición aperturista de la Audiencia Nacional
  - 3.1. Antecedentes jurisprudenciales
  - 3.2. La necesidad de registrar la jornada: La Audiencia Nacional en los asuntos Bankia, Abanca y Banco Sabadell
4. La Inspección de Trabajo en acción y recaudación con la Instrucción 3/2016 y posterior rectificación parcial con la 1/2017
5. El favor jurisprudencial por una interpretación restrictiva: El Tribunal Supremo confirma su criterio lineal
  - 5.1. El cambio de tercio en la Sentencia del Tribunal Supremo 246/2017, de 23 de marzo (caso Bankia)
  - 5.2. El Tribunal Supremo se reafirma en la Sentencia 338/2017, de 20 de abril (caso Abanca)
6. ¿Es válido el criterio del Tribunal Supremo sobre el control de la jornada en los supuestos del trabajo a distancia?
7. Conclusiones

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 35.5 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN TELA DE JUICIO

Históricamente, desde el momento que se planteó la jornada limitada, sujeta a una determinada duración, se contempló la forma de superar la misma como elemento de flexibilidad, siendo el propio legislador quien admitió esta posibilidad.

Desde 1980 la institución de las horas extraordinarias ha sufrido profundas modificaciones en cuanto que no es nada fácil conciliar con éxito las múltiples perspectivas (individuales y colectivas, del trabajador y de la empresa, de los empleados y de los parados, de control y de flexibilidad, laborales y de cotización, de encarecimiento y de competitividad, de voluntariedad y de necesidad, etc.) que en ellas confluyen<sup>1</sup>. Especialmente ha sido objeto de litigio su valoración como tales y la retribución correspondiente.

A través de la jornada laboral puede determinarse si nos encontramos ante una jornada ordinaria o ante un trabajo extraordinario, pues el mismo se define necesariamente en relación con la superación de la duración de la jornada normal u ordinaria ([art. 35.1 ET](#)). Según dispone el [artículo 35 del ET](#), dichas horas son las que realiza el trabajador por encima de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, siendo esta, a tenor del [artículo 34 del ET](#), de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual.

Con el establecimiento de una duración máxima el legislador ha buscado proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, evitando jornadas excesivamente prolongadas, y favorecer el reparto del trabajo, forzando la contratación de nuevos empleados para cumplir con esos quehaceres adicionales para los cuales no basta con el personal propio disponible.

Este límite, tal y como se encuentra regulado en estos momentos, no es rígido, como sería un cómputo semanal o mensual, sino que permite el establecimiento de distribuciones irregulares de jornada ([art. 34.2 ET](#)), tan de moda en los últimos años, adaptando los tiempos de prestación a las necesidades del servicio prestado e incluso a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador.

<sup>1</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El marco jurídico de las "horas extras"», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 253-260 [BIB 2001\1597].

Pero esta flexibilidad que permite la ley del cómputo de jornada, con la redacción ajustada al referente anual, dificulta su cálculo especialmente cuando existe la posibilidad de compensar las horas extraordinarias con descanso, escapando así del cómputo de las 80 horas anuales. También añade complejidad a su cálculo la generalización de la jornada irregular, incluso reconocida *ex lege* con carácter general en el porcentaje del 10%.

Hasta la [STS 246/2017, de 23 de marzo](#), la única vía para diferenciar unas horas de otras parecía su registro diario, tal y como resuelve la [SAN 207/2015, de 4 de diciembre](#), que posteriormente se analizará en detalle. Registro que mensualmente debería ser facilitado a los trabajadores al tiempo que a sus representantes, como garantía adicional reconocida por la disposición adicional tercera del [Real Decreto 1561/1995](#), en su letra b)<sup>2</sup>.

Por tanto, la empresa tenía la obligación de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realizaban los trabajadores, presupuesto necesario para el cómputo de las horas extraordinarias de cada trabajador.

Pero no todas las empresas están dotadas de sistemas «a modo de ficha» que les permitan controlar diariamente la hora de entrada y salida de los trabajadores. Muchas de ellas simplemente lo contemplan como una opción que no implantan porque apuestan por la presunción de cumplimiento de la jornada. Esta circunstancia, sin embargo, priva al trabajador de poder demostrar si ha realizado horas extraordinarias y en qué número<sup>3</sup>.

De la normativa no se deduce el modo en el que debe llevarse el registro diario de jornada, así podrá realizarse a través de medios mecánicos o bien manuales, reflejándose día a día en él, y de forma individual por cada trabajador, la jornada diaria realizada.

Se trata de un registro diario de jornada, del que posteriormente se podrá comprobar y controlar la efectiva superación de la jornada ordinaria produciéndose un doble control o fiscalización:

- a) Por los trabajadores a título individual y personal, porque la empresa tiene la obligación de entregarles mensualmente sus correspondientes resúmenes.
- b) Por parte de la representación legal de los trabajadores que en ejercicio de sus facultades de información y control tiene derecho a recibir copia de los registros diarios de jornada previstos en el [artículo 35.5 del ET](#).

<sup>2</sup> MIÑARRO YANINI, M.: «Más allá de las horas extra: La obligatoriedad del registro de la jornada diaria. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de febrero», *RTSS. CEF*, núm. 397, 2016, págs. 121-126.

<sup>3</sup> PANEA HERNANDO, D.: «Las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada ordinaria de la plantilla», en [www.laboral-social.com](http://www.laboral-social.com), (Jurisprudencia, Comentarios, abril 2017).

El [artículo 35 del ET](#) es, quizá, uno de los artículos que menos modificaciones ha experimentado. Tanto en su redacción actual, dada por el [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en la anterior redacción dada por el [Real Decreto Legislativo 1/1995](#) no ha existido variación ni modificación normativa alguna, sin embargo la [Sentencia de 4 de diciembre de 2015 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional](#), y de la lectura e interpretación que este órgano jurisdiccional efectúa de este precepto, sí que se comporta una variación relevante en el juego tanto del control de jornada diaria como respecto a la supervisión de las horas extraordinarias que pueden llevar a cabo tanto los trabajadores individualmente como sus representantes legales<sup>4</sup>, como se analizará posteriormente. Ese criterio se ha mantenido en las SSAN de la Audiencia Nacional [25/2016, de 19 de febrero](#) y [77/2016, de 6 de mayo](#) y en las SSTSJ de Castilla-León (Valladolid) de 3 de febrero y 13 de octubre de 2016, recs. núms. [2229/2015](#) y [1242/2016](#), respectivamente, y que se ha visto recientemente modificado por las SSTS [246/2017, de 23 de marzo](#) y [338/2017, de 20 de abril](#).

También habrá de ser tenida en cuenta la [Ley 45/1999, de 29 de noviembre](#), cuyo artículo 6 c) en la redacción dada por el [Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo](#), de transposición de la [Directiva 2014/67/UE](#), obliga a tener disponibles registros horarios con indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria de los trabajadores desplazados. El referido real decreto-ley de trasposición de la directiva da una nueva redacción al artículo 10 de la LISOS, tipificándose como infracción grave el incumplimiento de la obligación de constancia documental de la obligación de registro.

De la lectura de estas últimas sentencias y de la transposición de la directiva se desprende la necesidad de una reforma legal que clarifique la obligación o no de la llevanza del registro diario de la jornada, incluso si resulta necesario el de las correspondientes al inicio y finalización de cualesquiera pausas en el trabajo<sup>5</sup>.

Para una visión panorámica que muestre la enorme trascendencia que supone en el mercado laboral español este nuevo juego interpretativo procede un somero acercamiento al dato del número de horas extraordinarias que se vienen realizando en España en los últimos años, dejando al margen el que gira en torno a su pago y al importe, superior o inferior, al de la hora ordinaria.

<sup>4</sup> MIRÓ MORROS, D.: «El registro de jornada y el exhaustivo control sobre las horas extraordinarias por parte de los trabajadores y sus representantes», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 918, 2016, pág. 8 [BIB 20162484].

<sup>5</sup> GOERLICH PESET, J. M.: «La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 2017/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo)», *Trabajo y Derecho*, núm. 27, 2017, págs. 112-118.

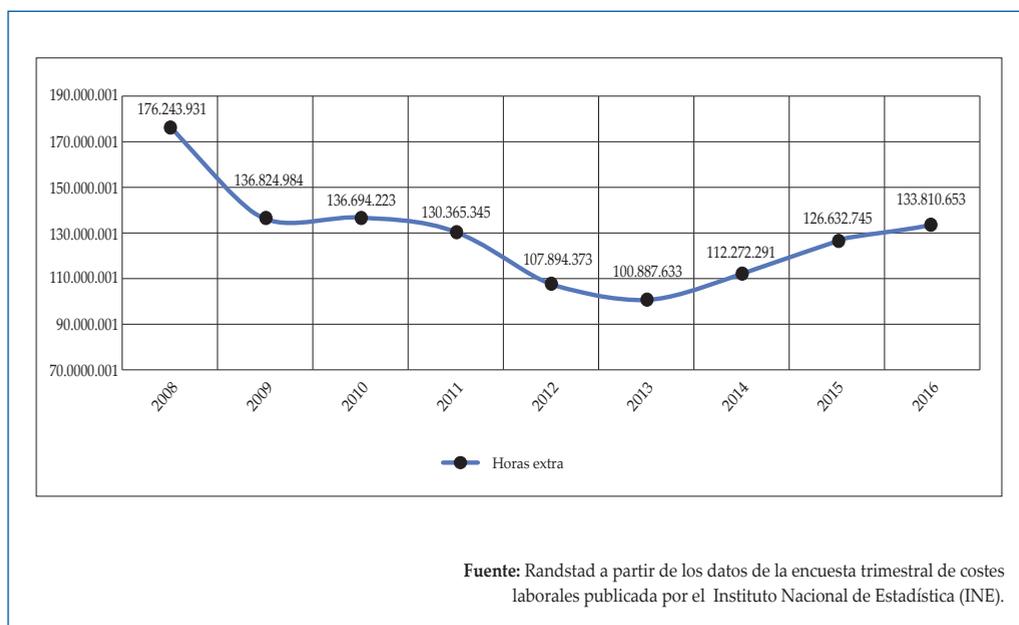
## 2. ACERCAMIENTO A LOS DATOS DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS REMUNERADAS EN ESPAÑA

Se ha considerado oportuno reflejar aquí la dimensión real del problema de las horas extraordinarias remuneradas en España, acudiendo al [informe](#) realizado por la consultora Randstad<sup>6</sup>.

Se recogen los datos de las horas remuneradas y no de las realizadas, por ser estas, como ya hemos tenido ocasión de apuntar, de difícil cómputo.

Según dicho informe, durante 2016, los trabajadores españoles realizaron 133,8 millones de horas extraordinarias remuneradas, cifra que supera en un 5,7% a la de 2015 pero un 24% inferior a la de 2008, cuando alcanzó la cifra mas elevada.

Horas extraordinarias remuneradas (2008-2016)



Este informe señala a la comunidad autónoma de residencia como uno de los principales factores que influyen en la cuantificación del número de horas extraordinarias realizadas por los trabajadores españoles.

<sup>6</sup> Vid. «Los trabajadores españoles realizaron más de 133 millones de horas extraordinarias en 2016», en [www.randstad.es](http://www.randstad.es) (Sala de prensa, 17 de junio de 2017).

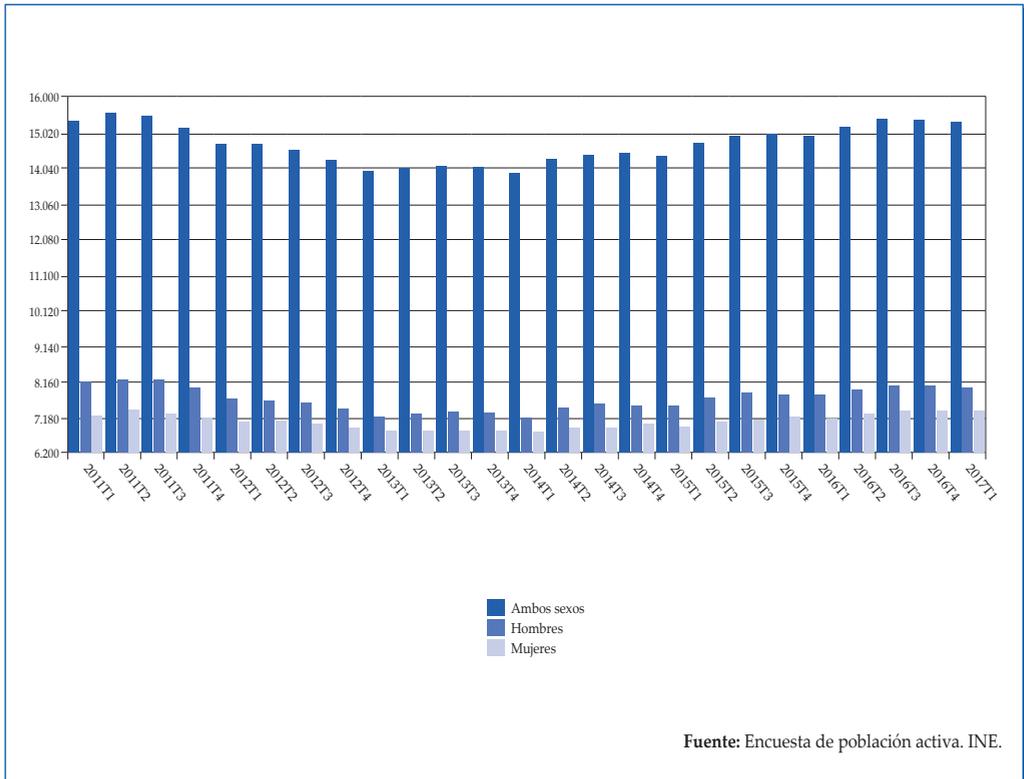
Analizando los datos por trabajador, los que más horas extraordinarias realizaron fueron los de Aragón (9,45 horas por ocupado), mas de dos horas por encima de la media nacional, seguidos de Cataluña, Navarra y Madrid, todas por encima de 8 horas extraordinarias por trabajador. Por encima de la media nacional también se encuentran Comunidad Valenciana (7,56) y Euskadi (7,32).

En el lado contrario, los empleados de Extremadura, Andalucía, Galicia y Cantabria son los que realizan un menor número de horas extra, todos por debajo de 5 horas.

También es importante señalar en relación con las horas extraordinarias, que, según los últimos datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) más de la mitad de las horas extraordinarias que se hicieron en el segundo trimestre de 2016 (un 53,7%) no se pagaron.

Si analizamos los últimos datos disponibles por el INE, referidos a las horas extras realizadas en el primer trimestre de 2017, se observa que el volumen de horas extra se mantiene igual que el trimestre anterior pero es significativamente superior a su equivalente, primer trimestre de 2016.

**Asalariados por número de horas extraordinarias realizadas en la semana, sexo y ocupación**



### 3. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL ARTÍCULO 35.5 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: POSICIÓN APERTURISTA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Tras la introducción realizada sobre el [artículo 35 del ET](#) procede ahora destacar una sentencia que interpreta como obligatorio para las empresas la llevanza de un registro diario de jornada que permitirá conocer cuándo se supera esta, y así poder determinar la realización o no de horas extraordinarias. Este criterio ha sido modificado por el Tribunal Supremo posteriormente, pero parece oportuno analizar la evolución jurisprudencial como propuesta hacia un desarrollo normativo.

#### 3.1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Con anterioridad a la [SAN 207/2015, de 4 de diciembre](#), los tribunales se habían pronunciado a favor del empresario, considerando la obligación de la llevanza de un registro de la jornada diaria solo a partir del momento en que fuera superada y empezaran a computarse las horas extraordinarias. Para formalizar el registro, el empresario podría valerse de cualquier tipo de anotación, sin existir un modelo único ni sistema informático determinado.

Esta postura ponía al trabajador en la necesidad de tener que probar, mediante sus propios medios, la realización de las horas extraordinarias, teniendo en ocasiones como elementos de prueba documentos poco fiables como hojas con registros propios o exclusivamente la presentación de testigos a través de otros compañeros.

Sentencias como las del Tribunal Supremo de [11 de diciembre de 2003 \(rec. núm. 63/2003\)](#) y [25 de abril de 2006 \(rec. núm. 147/2005\)](#); de la Audiencia Nacional [74/2005, de 12 de julio](#) o del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de octubre de 2002 (rec. núm. 5241/2002), se pronuncian tanto en la interpretación dada al [artículo 35.5 del ET](#) sobre la obligación de registrar diariamente la jornada, como en la obligación de cumplir lo mandado en la disposición adicional tercera del [Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre](#), sobre jornadas especiales de trabajo. Estiman que la obligación de información que cabe imponer a la empresa ha de pasar por la consideración previa de la naturaleza de las eventuales horas de exceso realizadas, de manera que si el convenio establece una jornada anual determinada en cómputo anual solo podrá saberse si se han realizado horas extraordinarias al final del año. Siendo así, si no se rebasaba el cómputo de horas no era exigible trasladar información a los representantes de los trabajadores, con independencia de «que se hayan compensado con descanso unas horas a las que inicialmente y en cómputo de tiempo de trabajo inferior a los seis meses se les hubiese necesariamente de atribuir, en principio, la condición de extraordinarias, aunque en el resultado anual, precisamente porque se han compensado con tiempo de descanso, no se supere la jornada máxima pactada»<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> MORALES VÁLLEZ, C. E.: «El registro diario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 207/2015, de fecha 04/12/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2016, págs. 137-144 [BIB 2016\2003].

Se rechazaba por el Tribunal Supremo la interpretación del [artículo 35 del ET](#) de registrar la jornada de cualquier trabajador día a día, con independencia de la realización o no de horas extraordinarias y la necesidad de entregar copia del resumen en la nómina correspondiente, entendiendo que tal registro y resumen carecía de sentido cuando no se efectuaban horas extraordinarias, excediendo la interpretación del [artículo 35.5 del ET](#) con la imposición a la empresa de una obligación de carácter general que el precepto no recoge.

Resolvían, por tanto, que el registro diario de jornada solo era exigible en aquellos supuestos en los que se realizaban efectivamente horas extraordinarias precisamente para controlar si se sobrepasaba o no el límite legal de estas, siendo el presupuesto que obligaba a llevar el citado registro diario de jornada el hecho de que previamente concurriera la realización de horas por encima de la jornada ordinaria, de modo que no superándose dicha jornada no resultaba preceptivo llevar registro alguno. Argumentando, que establecer un sistema de control de jornada es una opción potestativa emanada del poder de dirección y control reconocido en el [artículo 20.3 del ET](#), de modo que solo cuando se superen los límites de la jornada ordinaria se impondrá la llevanza del control diario de jornada a los efectos de supervisión de las horas extraordinarias efectuadas<sup>8</sup>.

Frente a estos argumentos, la sentencia, que a continuación será analizada, modifica el criterio respondiendo afirmativa y rotundamente sobre la obligatoriedad para las empresas de la llevanza de un registro de jornada diaria.

### 3.2. LA NECESIDAD DE REGISTRAR LA JORNADA: LA AUDIENCIA NACIONAL EN LOS ASUNTOS BANKIA, ABANCA Y BANCO SABADELL

La sentencia que a continuación procede analizar resuelve que el registro diario de jornada no tiene carácter potestativo para las empresas sino imperativo, pues es precisamente el establecimiento de un control de jornada diaria lo que sirve como instrumento de prueba y control para determinar si se efectúan o no horas extraordinarias en la empresa.

Los hechos analizados en la sentencia se pueden resumir de la siguiente forma:

La empresa demandada no tiene implantado un sistema de ficha de jornada de sus trabajadores y exclusivamente lleva un registro de sus ausencias.

Las razones esgrimidas por la empresa para no llevar registro se fundamentan en la presunción de reconocimiento de las jornadas siendo informada únicamente de las ausencias, de lo cual se desprende el cumplimiento íntegro de la jornada. Y lo justifica al entender que el empresario cuenta con la facultad de control sobre los empleados, reconocida expresamente en el [artículo 20.3 del ET](#).

<sup>8</sup> MIRÓ MORROS, D.: «El registro de jornada y el exhaustivo control...», *op. cit.*

Interpreta la empresa que el [artículo 35 del ET](#) no regula un deber sino una opción, en tanto que no existe obligación legal o convencional que requiera al empresario a disponer de un sistema de control horario. Es más, afirma que, como política de empresa sus trabajadores no realizan horas extraordinarias, sin embargo al mismo tiempo cuenta con un sistema en la intranet a través del cual controla las ausencias. Se presume que los trabajadores realizan la jornada porque de no realizarse se registraría una ausencia en la intranet.

En la posición contraria, los sindicatos demandantes solicitan el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de la plantilla, que permita el control de la realización tanto de la jornada como de las horas extraordinarias y que a su vez de dicha información se le dé traslado a la representación legal de los trabajadores.

Este *petitum* se fundamenta básicamente en:

- a) Que el registro de jornada no es una facultad sino un deber reconocido expresamente por el legislador en el [artículo 35.5 del ET](#).
- b) Que el hecho de que no esté implantado dicho sistema de registro no les permite llevar a cabo sus obligaciones de vigilancia y control del cumplimiento de la jornada, contempladas en el [artículo 64.7 del ET](#), y sí a la empresa afirmar que no se hacen horas extraordinarias.

Oídas las partes, la Audiencia Nacional centra el objeto del litigio en dilucidar:

- a) Si la realización de horas extraordinarias es el presupuesto constitutivo para actualizar la obligación empresarial del [artículo 35.5 del ET](#), tal y como defiende la empresa, de modo que será únicamente exigible cuando se hagan estas.
- b) En sentido contrario, debe entenderse que el registro de horas extraordinarias es el presupuesto constitutivo para controlar los excesos de jornada, ya que su negación coloca a los trabajadores en situación de indefensión.

En el fallo, la Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo y entiende que el registro previsto en el [artículo 35.5 del ET](#) se presenta como un medio de prueba documental para acreditar las horas extraordinarias y asegurar efectivamente el control de las mismas, siendo el registro, y no al revés, el requisito constitutivo para controlarlas, puesto que el único medio de acreditarlas es, precisamente, el control diario de la jornada.

Será necesario, por tanto, transcribiendo su literalidad, «establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación».

Además, para dar cumplimiento al deber de información y consulta a la representación legal de los trabajadores la empresa deberá darles traslado de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el [artículo 35.5 del ET](#) y en la disposición adicional tercera del [Real Decreto 1561/1995](#)<sup>9</sup>.

Otro argumento aportado para sustentar el fallo es que los inspectores de trabajo no pueden controlar si se superan o no los límites de la jornada ordinaria si carecen de un registro de la misma.

Es más, debe recordarse que a tenor del artículo 6.6 o 7.7 de la LISOS, el empresario podrá ser sancionado administrativamente por la Inspección de Trabajo por no cumplir dicho deber.

MOLL NOGUERA, en el análisis realizado a esta sentencia<sup>10</sup>, argumenta que la exégesis jurídica desarrollada por la Audiencia Nacional se centra exclusivamente en el [artículo 35.5 del ET](#), olvidando tal vez intereses jurídicos subyacentes que habrían podido jugar un papel relevante en el caso que se resuelve. En este sentido, no se entra a valorar el argumento aportado por la defensa de la empresa sobre el carácter de facultad que tiene la implantación de un sistema de registro de la jornada de sus trabajadores, sino que presume que el [artículo 35.5 del ET](#) impone automáticamente un deber legal de instaurar el mismo, con independencia de que se realicen horas extraordinarias o no, ya que en caso contrario se dejaría en indefensión a los trabajadores.

Asimismo, no comparte el argumento de que el registro sea imprescindible para la Inspección de Trabajo ya que, si bien es cierto que el registro facilita la tarea de control de la jornada laboral, también lo es que la Inspección de Trabajo cuenta con los instrumentos legales necesarios<sup>11</sup> para vigilar y sancionar el incumplimiento de la normativa laboral en general y, en particular, el incumplimiento de implantar un registro de horas extraordinarias si estas realmente se están realizando.

La interpretación efectuada por la Audiencia Nacional del [artículo 35.5 del ET](#) produjo una especial repercusión práctica.

Por un lado, las empresas debían llevar un control diario de jornada individual respecto de sus trabajadores. Su llevanza impediría que las empresas, cuando sean demandadas en procedimientos judiciales por reclamaciones de cantidad vinculadas a la realización de horas extraordinarias no compensadas por descanso y no retribuidas, alegaran en su defensa la carencia de registros o

<sup>9</sup> El citado deber de información que contiene la disposición adicional tercera del [Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre](#), viene referido a las horas extraordinarias efectivamente realizadas y no a las simplemente proyectadas (Cfr. STS de 3 de febrero de 1999, rec. núm. 2226/1998).

<sup>10</sup> MOLL NOGUERA, R.: «Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET», *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2016, págs. 111-126 [BIB 2016/2025].

<sup>11</sup> Recogidos principalmente en la [Ley 23/2015, de 21 de julio](#), Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

controles diarios de jornada produciéndose en estos casos una inversión de la carga de la prueba con independencia de que, sea por ignorancia o de forma premeditada, se incumpliera la llevanza obligatoria de los registros diarios de jornada.

Paralelamente también se facilitaba la labor de control y fiscalización de la Inspección de Trabajo, debiendo tener en cuenta este hecho las empresas no solamente para evitar actuaciones de índole sancionador sino también para no generar la obligación de pago de liquidaciones adicionales por la falta de cotización de horas extraordinarias con el recargo correspondiente<sup>12</sup>.

Por lo que se refiere al alcance de la obligación, el registro debía ser diario e incluir el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador, sin que resultara válido un registro general de todos los trabajadores o el registro diario exclusivo de las horas extraordinarias realizadas.

No era suficiente la llevanza de un control de las ausencias que se fueran produciendo y presumir que el resto de los trabajadores realizaban la jornada que corresponde íntegramente. Ello, según los tribunales, se considera inadmisibile, pues privaba a los trabajadores y a sus representantes del único modo del que disponen para verificar la existencia de horas extraordinarias. Esto es, sin un registro diario, no se puede controlar de manera efectiva la realización de horas extraordinarias.

Pero aun existiendo la obligación de realizar el registro, no se define por la normativa, los tribunales o la propia Inspección un modelo a seguir. Por lo tanto, se entendía que cualquier sistema era válido siempre que registrara de modo permanente y objetivo la jornada de los trabajadores, con sus respectivas horas de entrada y salida, se garantizara la fiabilidad y la invariabilidad de los datos<sup>13</sup>, se acreditara el cumplimiento de tal obligación y que además permitiera efectuar la totalización mensual de la jornada y la entrega a los trabajadores de la copia del resumen mensual de la jornada.

Los mismos argumentos de Bankia serán los utilizados por Abanca en el procedimiento resuelto por la Audiencia Nacional en la [SAN 25/2016, de 19 de febrero](#). Igualmente justifica la empresa la no llevanza de un registro de la jornada realizando una interpretación del [artículo 35 del ET](#) exclusiva para los supuestos en los que existen horas extraordinarias, siendo una facultad del empresario y no una obligación.

La Audiencia Nacional resuelve en la misma línea argumental considerando el registro diario como el medio de prueba documental para acreditar las horas extraordinarias, siendo para ello necesario el cómputo no solo cuando se exceda la jornada diaria. Asimismo, la obligatoriedad del registro de la jornada no cede ante la eventual variedad y flexibilidad horaria de la empresa, sino, por el contrario, tales circunstancias hacen más necesario su registro.

<sup>12</sup> MIRÓ MORROS, D.: «El registro de jornada y el exhaustivo control...», *op. cit.*

<sup>13</sup> SABATÉ, M.: «Es obligatorio registrar la jornada de los trabajadores», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 920, 2016, pág. 10 [BIB 2016/3968].

A la vista de los antecedentes señalados, aunque resulta una cuestión controvertida, lo cierto es que, a efectos de evitar las sanciones administrativas correspondientes<sup>14</sup>, comenzaron a florecer múltiples empresas informáticas que ofrecían sus programas de control horario preventivos de sanciones administrativas.

La contundencia e irreprochable fundamentación jurídica en la que se basaba la decisión del tribunal permitía, tras estas dos sentencias, aventurar su más que probable consolidación en casación<sup>15</sup>, aunque como se verá a continuación, el Tribunal Supremo ha optado por cambiar de criterio en la [Sentencia 246/2017, de 23 de marzo](#), reiterado en la de fecha [20 de abril de 2017 \(rec. núm. 116/2016\)](#).

#### 4. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN ACCIÓN Y RECAUDACIÓN CON LA INSTRUCCIÓN 3/2016 Y POSTERIOR RECTIFICACIÓN PARCIAL CON LA 1/2017

Las sentencias de la Audiencia Nacional, analizadas anteriormente, motivaron que la Inspección de Trabajo iniciara actuaciones de verificación del cumplimiento de los horarios pactados, los registros les resultarían de especial utilidad para determinar «si se superan o no los límites de la jornada ordinaria» y, por lo tanto, el trabajador había realizado o no horas extraordinarias. En concreto, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió la [Instrucción 3/2016](#), sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, dictada como consecuencia directa de la doctrina sentada por la Audiencia Nacional en los casos Bankia, Abanca y Banco Sabadell, si bien la instrucción también cita dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 19 de diciembre de 2002 y 6 de noviembre de 2006, que se sitúan en la misma línea.

En dicha instrucción la Inspección se posicionaba a favor de la obligatoriedad del registro diario de la jornada como presupuesto que permite la contabilización de todas las horas que se hagan y no como consecuencia de la existencia de horas extraordinarias, por lo que no se puede admitir la ausencia de registro justificado en la falta de horas extraordinarias.

Se consideraba inadmisibles que «con la invocación de la flexibilidad horaria [...] puedan perjudicarse los derechos de los trabajadores y se altere el equilibrio contractual mediante la prolongación indebida de la jornada laboral».

<sup>14</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGINA, J. R.: «El registro de la jornada ordinaria de trabajo: pronunciamientos judiciales y criterios de actuación de la Inspección de Trabajo», *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2016 [BIB 2016\80202].

<sup>15</sup> MIÑARRO YANINI, M.: «Más allá de las horas extra: la obligatoriedad del registro de la jornada diaria...», *op. cit.*

El registro de la jornada sería diario e incluiría tanto el horario de entrada como de salida de cada trabajador, no siendo suficiente la elaboración de cuadrantes horarios, pues estos solo determinan la jornada que previsiblemente se realizará pero no la que se ha realizado realmente. Sería necesario además que la comprobación de la existencia del registro pudiera realizarse en el centro de trabajo, para evitar su manipulación posterior.

La Inspección de Trabajo incrementó sus actuaciones en la revisión del cumplimiento del registro de jornada de los trabajadores tanto a tiempo parcial como a tiempo completo, pretendiendo evitar el fraude en la realización de horas extraordinarias, y, en definitiva, aumentar las cotizaciones a la Seguridad Social. Inicialmente se centró en los sectores en que ha constatado una previsible mayor existencia de realización de horas extraordinarias sin abonar: banca, industria manufacturera, comercio al por menor y al por mayor, reparación de vehículos de motor y motocicletas, actividades sanitarias y de servicios sociales. Aunque tal y como indicaba en la instrucción tercera, último párrafo, «los criterios de selección de empresas enumerados podrán ser objeto de revisión por parte de la Subdirección General...». Es decir, ya desde la instrucción parece querer avisar que si esas inspecciones permiten incrementar las arcas de la Seguridad Social, continuará sus actuaciones con otros sectores.

Los objetivos de la campaña contemplaban dos vertientes:

1. De un lado, intensificar el control del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo, en general, y de las horas extraordinarias en particular (máximo 80 horas al año), así como asegurar que se lleva a cabo la adecuada remuneración y cotización de las horas trabajadas.
2. De otro, vigilar el cumplimiento de la obligación de realizar el registro diario de la jornada y que se respetan los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la materia.

Tras las SSTS de [23 de marzo](#) y de [20 de abril de 2017](#), que se analizarán a continuación y que modifican el criterio registral, la Inspección de Trabajo ha dictado la [Instrucción 1/2017, de 18 de mayo](#), que más que modificar su criterio de exigencia del registro de jornada lo rectifica en parte. Establece que continuará con el control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, pues la carencia del registro de la jornada no exime del respeto de los límites legales y convencionales establecidos en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

Aunque la falta de registro de la jornada no es constitutivo de infracción y, por tanto, no podrá ser sancionado (salvo los supuestos que están obligados legalmente), ello no impide a la Inspección de Trabajo su fiscalización mediante actuaciones inspectoras y de comprobación, pudiendo sancionar aquellas situaciones en las que se constate la realización de horas extras o prolongaciones de jornada, y la empresa no lleve registro de jornada al que hace referencia el [artículo 35.5 del ET](#).

## 5. EL FAVOR JURISPRUDENCIAL POR UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: EL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMA SU CRITERIO LINEAL

### 5.1. EL CAMBIO DE TERCIO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 246/2017, DE 23 DE MARZO (CASO BANKIA)

La [STS 246/2017, de 23 de marzo](#) casa y anula la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, sentencia a la que siguieron dos más en parecidos términos (casos Abanca y Banco Sabadell) y que llevaron a la Dirección General de la ITSS a dictar la [Instrucción 3/2016](#) para garantizar el cumplimiento del registro diario de la jornada de trabajo, que posteriormente, como se ha visto, ha tenido que realizar una rectificación parcial mediante la [Instrucción 1/2007](#).

A la [STS 246/2017](#) le ha seguido la [STS 338/2017, de 20 de abril](#), caso Abanca, que mantiene el criterio fijado en el caso Bankia, y de la que se dará cuenta posteriormente.

Con la sentencia de análisis de este apartado, [246/2017, de 23 de marzo](#), el Tribunal Supremo cambia el criterio seguido en la Audiencia Nacional suprimiendo la obligatoriedad del registro diario y siendo solo necesario llevar un registro de horas extras realizadas. El Supremo rechaza «llevar a cabo una interpretación extensiva del artículo 35.5 del ET que supondría imponer obligaciones que limitan el derecho del artículo 28.3 del ET y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013)», declarando que únicamente las empresas deben registrar diariamente la jornada de los trabajadores a tiempo parcial y los trabajos de jornadas especiales contemplados en el [artículo 34 del ET](#), supuestos previstos expresamente por la norma.

El Supremo admite que «convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias», pero «esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte».

El Supremo avisa que, aunque el registro de la jornada diaria por ahora no sea obligatorio, conviene que el legislador y los tribunales actúen para evitar que las empresas incumplan la jornada laboral pactada.

En cuanto a las sanciones por parte de la Inspección, el Tribunal Supremo declara expresamente que la falta o incorrecta llevanza del registro no se tipifica por la LISOS de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de la norma.

Añade que la solución dada «no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor el artículo 217.6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó».

La sentencia finaliza con votos particulares, los cuales consideran que ha de registrarse la jornada diaria tanto de los trabajadores a tiempo parcial como de los trabajadores a tiempo completo, por entender que la única forma de acreditar las horas extraordinarias es registrando la jornada ordinaria.

Consideran necesario la existencia de algún tipo de control de la actividad desplegada por cada empleado que permita totalizar el tiempo de actividad productiva. Este control hará posible no solo que pueda determinarse si se ha superado o no la jornada ordinaria pactada, sino también que los representantes legales de los trabajadores puedan vigilar y controlar las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa y el cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social<sup>16</sup>.

Tal y como se plantea en los votos particulares de los magistrados Sempere Navarro, Agustí y Virolés, el control o registro de las horas puede tener otros fundamentos jurídicos diferentes al mero control de las horas extra, en particular los relativos a la prevención de riesgos laborales o la conciliación del trabajo con la vida familiar y personal, criterio que deberá ser tenido en cuenta en la reforma legal a la que aboca esta sentencia<sup>17</sup>.

En concreto estos votos particulares argumentan:

- El voto emitido por la magistrada Lourdes Arastey, al que se adhiere la magistrada María Luisa Segoviano, establece que la obligación de registrar horas extraordinarias del artículo 35.5 del ET se vacía de contenido si no se efectúa un control de la jornada ordinaria del trabajador, toda vez que el concepto de hora extraordinaria surge únicamente cuando se produce la superación de la jornada ordinaria. La citada norma exige el control de dicha jornada aun cuando no contenga la fórmula que

<sup>16</sup> PANEA HERNANDO, D.: «Las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada...», *op. cit.*

<sup>17</sup> VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: «Problemas del (no) registro de la jornada ordinaria: Reflexiones a propósito del polémico criterio jurisprudencial», *RTSS.CEF*, núm. 410, 2017, pág. 114.

pueda resultar más adecuada para cada actividad o sector, siempre que aquel sea fiable y se gestione de modo objetivo. Tal control incidiría en las obligaciones de cotización a la Seguridad Social, con el efecto negativo que supondría no llevarlo a cabo tanto para los derechos del trabajador como para las arcas del sistema.

- El segundo, por el magistrado Antonio V. Sempere, entiende que el conflicto colectivo planteado no pretende interpretar el [artículo 35.5 del ET](#), sino condenar a la empresa a establecer un «sistema de registro». Existen prescripciones legales (remuneración adecuada, prevención de riesgos laborales, control sobre el tiempo de trabajo) de las que se deriva la obligación empresarial de controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando estos se hallan sujetos a control horario. La ley no establece un método para que la empresa cumpla esta obligación pero sí requiere que no se preste más actividad de la permitida, que se remunere conforme a lo trabajado y que se opere con arreglo a las magnitudes de tiempo fijadas convencionalmente. El carácter flexible en el modo de llevar a cabo ese control sobre el tiempo de trabajo casa bien con la heterogénea realidad empresarial. Solo con este control será posible determinar si el trabajador ha superado la jornada ordinaria pactada, se le ha remunerado en concordancia y se ha protegido convenientemente su salud laboral.
- El tercero, que se remite a buena parte de los contenidos de los dos anteriores, por el magistrado Jordi Agustí, al que se adhiere la magistrada Rosa Virolés, expone que el [artículo 35.5 del ET](#) procura al trabajador un medio de prueba documental con el que acreditar las horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe. Pero el resumen que se le facilita al trabajador no contiene el número de horas extraordinarias llevadas a cabo diariamente, sino la jornada efectuada cada día. Por lo tanto, si la razón de ser del precepto consiste en facilitar al trabajador un medio de prueba para acreditar las horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta para asegurar de forma efectiva su control. De no ser así y el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se efectuaran horas extraordinarias, se provocaría un círculo vicioso, pues, sin el registro diario de la jornada, sería imposible deducir las horas extras.

## 5.2. EL TRIBUNAL SUPREMO SE REAFIRMA EN LA SENTENCIA 338/2017, DE 20 DE ABRIL (CASO ABANCA)

El Tribunal Supremo, en su reciente [Sentencia núm. 338/2017, de fecha 20 de abril](#) (caso Abanca), reitera la doctrina contenida en la [Sentencia 246/2017, de 23 de marzo](#), declarando que las empresas, con carácter general, no están obligadas a llevar a cabo un registro de la jornada diaria siendo solo obligatorio el registro de las horas extraordinarias realizadas.

En esta ocasión la sentencia no cuenta con votos particulares aunque tres de sus magistrados emitieron voto particular en la sentencia previa.

La [STS 338/2017](#) sienta jurisprudencia al amparo del artículo 1.6 del Código Civil y ofrece una mayor defensa para las empresas que estén siendo actualmente objeto de inspección.

Los hechos analizados en la Sentencia 338/2017 se pueden resumir de la siguiente forma:

La letrada de Abanca interpone recurso de casación basándolo en un único motivo: la interpretación errónea del [artículo 35.5 del ET](#), en relación con el [20.3 del ET](#), y de la disposición adicional tercera del [Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre](#).

Aduce que llevando el [artículo 35 del ET](#) el título «horas extraordinarias», su regulación debe ser coherente con su título y regular exclusivamente las horas extraordinarias, no siendo extensivo a la puesta en marcha de un sistema de registro diario de la jornada. Si hubiera sido otra la intención del legislador, se habría incluido en el [artículo 34 del ET](#) que es el que regula la jornada ordinaria.

Esta interpretación se ve avalada por lo dispuesto en el [artículo 12.4 c\) del ET](#) relativo a los contratos a tiempo parcial. De existir una obligación de registro de la jornada a tiempo completo sería innecesaria la existencia de este artículo 12.4 c), al quedar comprendido en la regulación cualquier supuesto.

También argumenta que el establecimiento del registro obligatorio en los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios nos muestra que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada y su control horario, lo dice expresamente. Si quisiera un mandato general, se habría establecido en el [artículo 34 del ET](#).

De todo lo anterior se deriva que el [artículo 35.5 del ET](#) no exige la llevanza de un registro de jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, y que *de lege ferenda* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro diario y que facilitara al trabajador la prueba de la realización de las horas extraordinarias, si es lo que se pretende.

Esta interpretación no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias pues recibirá su notificación por parte de la empresa, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación o bien acudir al artículo 217.6 de la [LEC](#).

## 6. ¿ES VÁLIDO EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CONTROL DE LA JORNADA EN LOS SUPUESTOS DEL TRABAJO A DISTANCIA?

El problema del control de la jornada y de las horas extraordinarias analizado hasta este momento se basa en trabajadores que realizan su prestación en el centro de trabajo donde el propio empresario puede controlar que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, pero también parece oportuno traer aquí el problema cada vez más habitual en las empresas de las jornadas

irregulares en las que se combina la prestación en el centro de trabajo con la prestación en el domicilio, e incluso situaciones en las que esta prestación está establecida y acordada entre empresario y trabajador por un acuerdo de teletrabajo. Situaciones que también deberían ser tenidas en cuenta en una posible futura modificación de la regulación del tiempo de trabajo.

Procede, por tanto, llamar la atención con el estudio de la [STSJ de Castilla y León \(Valladolid\) 198/2016, de 3 de febrero](#) que sigue el hilo argumental anterior en cuanto a que lo que se cuestiona es la realización de horas extraordinarias, aunque en este supuesto lo que se dirime no es la obligatoriedad del registro de la jornada, sino la posibilidad o no de realización de horas extraordinarias cuando la prestación se realiza en el domicilio del trabajador.

Nos encontramos ante un supuesto de prestación del trabajo bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo donde «el trabajador realiza una parte del trabajo en su domicilio en la modalidad de trabajo a distancia ([art. 13 del ET](#)) y mediante el uso de medios informáticos (correos electrónicos, conferencias, realización de documentos e informes y remisión de reportes e informes por vía electrónica)» –FJ 4.º–.

El trabajo a distancia, desarrollado con conexión a internet, uno de los problemas que plantea es cómo podrá realizar el empresario el control del uso de las herramientas de trabajo puestas a disposición del trabajador así como qué medidas se podrán adoptar para garantizar que el trabajador cumple con el horario establecido, tiene condiciones óptimas de seguridad e higiene, etc.

La mayor parte de los mecanismos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se pretenden utilizar dentro del domicilio del trabajador, chocan de pleno con los derechos constitucionales a la «intimidad personal y familiar» ([art. 18.1 CE](#)) y a la «inviolabilidad del domicilio» ([art. 18.2 CE](#))<sup>18</sup>. Para evitar esta colisión, el empresario deberá solicitar del trabajador su consentimiento tanto para realizar una inspección así como del uso de medios de vigilancia, que deberán ser proporcionados al objetivo e introducirse con arreglo a la [Directiva 90/270/CEE](#), relativa a las pantallas de visualización<sup>19</sup>.

La redacción precedente del [artículo 13 del ET](#), en relación con el trabajo a domicilio, incluía al final, como definidora de la figura contractual, la ausencia de vigilancia del empresario. Esta precisión desaparece en la nueva redacción al equipararlo al teletrabajo, en el que el uso de medios tecnológicos aumenta las posibilidades de control y limita, especialmente con el uso de internet, quizá más al trabajador a domicilio tradicional que al propio teletrabajador, en el que en el uso de sus herramientas de trabajo va incluida la posibilidad de control por parte del empresario<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> SELMA PENALVA, A.: «Propuestas y reconsideraciones sobre teletrabajo», *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 28, 2010, pág. 32.

<sup>19</sup> [Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990](#), referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (DOCE L 156, de 21 de junio).

<sup>20</sup> DE LAS HERAS GARCÍA, A.: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016, pág. 127.

El eje central de la cuestión está en establecer hasta dónde llegan, como caras de una misma moneda, las facultades de dirección y control en manos del empresario en un ámbito aparentemente acotado solo a él, y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral<sup>21</sup>.

Estos límites recíprocos han sido analizados por el Tribunal Constitucional, que ha fijado una consolidada doctrina sobre el alcance de los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral y la necesaria proporcionalidad de sus restricciones, con base en la cual, «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

1. Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
2. Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad).
3. Finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»<sup>22</sup>, exigiéndose, adicionalmente, que la medida restrictiva de derechos esté suficientemente justificada, vinculada a criterios objetivos y necesarios<sup>23</sup>.

En la sentencia objeto de estudio, [STSJ de Castilla y León \(Valladolid\) 198/2016, de 3 de febrero](#), la argumentación empresarial se centra en abdicar del ejercicio del poder de dirección, en cuanto que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18 de la [CE](#) y por ello la empresa «no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión y responsabilidad del trabajador, que no puede repercutir económicamente sobre la empresa exigiendo su pago».

<sup>21</sup> Insistiendo en la idea de que los derechos fundamentales no son absolutos dado que el contrato de trabajo genera «un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho [de los derechos fundamentales]», de modo que «manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación», las SSTC [120/1983, de 15 de diciembre](#); [57/1994, de 28 de febrero](#); [143/1994, de 9 de mayo](#), o [98/2000, de 10 de abril](#). Analizando la modalización recíproca de los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de la relación laboral y de los poderes del empresario, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 1, 1996, págs. 107-116.

<sup>22</sup> [STC 96/2012, de 7 de mayo](#) –FJ 10.º– o, entre más, [SSTC 89/2006, de 27 de marzo](#) –FJ 3.º–; [14/2003, de 28 de enero](#) –FJ 9.º–; [98/2000, de 10 de abril](#) –FJ séptimo–, y [99/1994, de 11 de abril](#) –FJ 7.º–.

<sup>23</sup> CARDONA RUBERT, M. B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 67, 1999.

Dichos argumentos de la empresa no serán admitidos por el tribunal pues, bien al contrario, debe ser la propia empresa la que establezca las reglas de juego del control sobre el trabajador, sea un trabajador presencial o un teletrabajador, de modo que la ausencia de estos controles, y específicamente los de jornada, actúan en perjuicio claro de la empresa.

Que este control sea difícil en el teletrabajo no exonera a la empresa de su llevanza, especialmente si existe la posibilidad de que el trabajador sobrepase la jornada diaria establecida en su contrato. Además dicho control será necesario que se realice no solo para comprobar la realización de la prestación, sino también para verificar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El rechazo del control por parte del trabajador o su incumplimiento conllevará que la empresa quede exonerada del pago de las correspondientes horas y de su cómputo como trabajo efectivo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control, «no puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio» –FJ 4.º e)–.

La sentencia concluye que cuando la empresa fija pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación sobre jornada y descansos y establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia, es posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control puede exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo<sup>24</sup>.

Asimismo insiste, con acierto, en recordar la normativa aplicable, en este caso la europea, más exactamente la [Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003](#), sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que reconoce los derechos de todo trabajador a la limitación de jornada y a los correspondientes descansos como medidas necesarias para proteger debidamente su seguridad y salud en el trabajo, siendo así que aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio (o en otro lugar, si la prestación es en régimen de teletrabajo), «corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos»<sup>25</sup>.

Tampoco tienen acogida favorable por el tribunal los argumentos empresariales que se decantan por la plena libertad de organización y autonomía del trabajador desde su domicilio, que hacen imposible la generación de horas extraordinarias. Aceptar esta argumentación haría imposible determinar a la autoridad laboral y al propio trabajador cuál es efectivamente su jornada de trabajo, y, en consecuencia, el límite de esta.

<sup>24</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «[Teletrabajo y horas extraordinarias](#)», en [www.expansion.com](#) (Blogs. Sagardoy, 20 de junio de 2016).

<sup>25</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «[Sobre la existencia, y el control, de las horas extraordinarias en el teletrabajo. Una nota a la sentencia del TSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016](#)», en [www.eduardorojotorrecilla.es](#) (12 de mayo de 2016).

Pero, ¿es compatible la obligación legal del [artículo 35.5 del ET](#) con el teletrabajo? Tal y como apunta MIRÓ MORROS<sup>26</sup> existen dos vertientes:

- a) La de los entusiastas de la tecnología y de los sistemas de organización de los recursos humanos que defienden la autonomía del trabajador y su capacidad de autogestión laboral. Consideran que la existencia de un sistema de control coartaría, desmotivaría e incluso resquebrajaría el marco de confianza, flexibilidad y autonomía que permiten los sistemas de teletrabajo abogando por la inexistencia de cualquier control diario, remitiéndose a sistemas de evaluación y valoración del trabajador sobre el conjunto del proyecto y los resultados conseguidos (en figura cercana o que bordearía, nos atrevemos a añadir, el arrendamiento de servicios o tal vez generadora, *de lege ferenda*, de una nueva relación laboral especial al amparo del [art. 2 del ET](#)).
- b) En la otra vertiente encontramos los partidarios de las delimitaciones temporales y los sistemas de control, argumentando que son herramientas que evitan la confusión entre el espacio de dedicación laboral y la esfera personal. Se trata de evitar que el tiempo de trabajo invada el tiempo de descanso esencial de los trabajadores, y su esfera familiar y personal, pues la facilidad de conexión con el trabajo a través de medios tecnológicos así como las políticas de autogestión del tiempo provocan que se diluya la separación entre tiempo de trabajo y descanso, en muchos casos generando un importante efecto de estrés vinculado a la falta de un espacio real de desconexión.

También el Tribunal Supremo<sup>27</sup> se ha pronunciado unificando criterios respecto del alcance y forma del control empresarial sobre la utilización de las herramientas informáticas facilitadas por la empresa como instrumento de trabajo, apostando por la buena fe contractual y la transparencia y contribuyendo a la normalización del fenómeno tecnológico en las empresas, perfilando una cuestión de trascendental importancia a la hora de neutralizar la expectativa de intimidad que se revela –quizás sería más correcto decir se revelaba– con la doctrina del Tribunal Constitucional como «escudo protector» de los derechos del trabajador constitucionalmente protegidos: la información al trabajador tanto de la prohibición de uso para fines particulares de las herramientas puestas por la empresa a su disposición, como del eventual control del uso de los mismos<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> MIRÓ MORROS, D.: «El control de la jornada y el teletrabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 920, 2016, pág. 8 [BIB 2016\3966].

<sup>27</sup> [STS de 26 de septiembre de 2007 \(rec. núm. 966/2006\)](#).

<sup>28</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2012, pág. 12 [BIB 2012\984].

Por tanto, y pese al movimiento pendular de la jurisprudencia de nuestros tribunales, que ha oscilado desde un reconocimiento preeminente de los derechos fundamentales del trabajador respecto al poder de dirección en el ámbito de las relaciones laborales, pasando por la defensa de un equilibrio entre ambos derechos en juego, para pasar a una yuxtaposición del poder de dirección y control empresarial respecto a aquellos, debe buscarse una interpretación alternativa que, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito del teletrabajo en la empresa, recupere el equilibrio, que parecería, a la luz de lo expuesto, perdido<sup>29</sup>.

A este respecto, se propone establecer en el acuerdo de teletrabajo, con precisión y claridad, las reglas de uso de los medios informáticos, telefónicos o, en general, de índole tecnológica, en aras de una más que recomendable seguridad jurídica, tanto para los trabajadores como para la empresa, donde se especifiquen qué comportamientos están expresamente prohibidos, los que son inocuos y los que simplemente están permitidos pero con restricciones, así como la existencia de controles y el modo en que estos se llevarán a cabo y las consecuencias de su uso indebido<sup>30</sup>.

La escasa regulación legal sobre el alcance de las facultades del empresario para controlar la actividad laboral y la pluralidad de medios informáticos y tecnológicos que son utilizados en la prestación laboral dificulta la respuesta clara sobre los límites de la facultad empresarial. No es fácil determinar cuándo la intervención empresarial se encuentra legitimada y es válida la intromisión en la actividad realizada por el trabajador, así como la prueba obtenida en la actividad

<sup>29</sup> Se hace necesario apuntar aquí la [STC 39/2016, de 3 de marzo](#), porque cambia la doctrina al apuntar que el mero hecho de tener en la empresa pegatinas informadoras de la existencia de videovigilancia no vulnera el derecho a la intimidad del trabajador y permite afirmar el conocimiento de la existencia de control. «El empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el artículo 20.3 del ET».

<sup>30</sup> En esta línea, incidiendo en que en defecto de regulación contractual o convencional resulta adecuado que la empresa apruebe unas normas de uso y control de los medios telemáticos, LUJÁN ALCARAZ, J.: «Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 55-64 [BIB 2001\602]; que ante la generalidad de las previsiones del ET y el no cumplimiento por este de las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, el empresario debe, si no existen previsiones en el convenio colectivo, comunicar con claridad la posibilidad, supuestos y modalidades de su intervención, CARRASCO DURÁN, M.: «El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2014, págs. 7-8 [BIB 2013\2695] y, por último, efectuando recomendaciones a las empresas en el sentido de que «fijen de una forma clara, concreta, precisa, pública y en todo caso por escrito, los protocolos o políticas internas sobre utilización del correo electrónico corporativo en particular y de los medios e instrumentos informáticos en general», incidiendo en que «cuando existan trabajadores contratados previamente a la elaboración e implantación de un protocolo concreto, la empresa deberá tratar de buscar si es posible el consentimiento de estos o de sus representantes, como elemento para buscar el consenso y evitar futuras controversias, pero partiendo de la base de que es el poder de dirección de la empresa el que habilita a esta a fijar unilateralmente dichos protocolos, de modo que la falta de aceptación por los trabajadores no será un obstáculo para la aplicación y exigencia de las normas contenidas en este», y apostando por lo positivo de «invertir en políticas preventivas y proactivas», MIRÓ MORROS, D.: «El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 874, 2013, pág. 7 [BIB 2013\2511].

de control para permitir su utilización a fin de acreditar los incumplimientos de las obligaciones laborales que puedan dar lugar a la imposición de sanciones.

Sobre estos aspectos han tenido ocasión de pronunciarse los tribunales, pero las respuestas no han sido siempre iguales y la valoración judicial depende muchas veces del concreto medio tecnológico que ha sido controlado por la empresa en relación con el derecho fundamental que esté implicado en cada caso<sup>31</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

Tras el análisis jurisprudencial realizado en este artículo se observa que nos encontramos en el punto de partida. Solo existe obligación de registrar la jornada en los contratos a tiempo parcial y en los supuestos especiales así como cuando se realicen horas extraordinarias.

Esta interpretación beneficia especialmente a las empresas al evitarles la llevanza de complicados sistemas de registro, en muchos casos innecesarios al no realizarse horas extraordinarias por los trabajadores.

No obstante, es previsible que próximamente se produzca una modificación legislativa que clarifique el [artículo 35 del ET](#) y se defina la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en relación con la jornada.

Es de esperar que este cambio legislativo cuente con una cierta flexibilidad para las empresas en cuanto que el control de la jornada no es sencillo en los supuestos de jornadas irregulares y flexibles, tan demandados socialmente al favorecer la conciliación de la vida laboral y personal. También tendrá que tener en cuenta la posibilidad de que el trabajador realice la prestación a distancia y los medios de control que podrán ser utilizados tanto para controlar la realización de horas ordinarias como extraordinarias.

Esta modificación beneficiará al trabajador porque se evitarán los excesos de jornada y también podrá ser beneficiosa para las empresas al poder controlar el absentismo y presentismo de sus empleados e incluso organizar mejor sus tiempos de trabajo efectivo en aras de una organización más eficiente.

De llevarse a cabo esta modificación, será necesario también tener en cuenta las normas reguladoras de la protección de datos en cuanto a que estos nuevos registros implican un aumento del control empresarial, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo móvil o en el

---

<sup>31</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2015, págs. 111-128 [BIB 2015\17296].

domicilio y que pueden colisionar con los derechos a la intimidad y libertad del trabajador por cuanto van más allá del simple control de entrada y salida, al requerir almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados.

---

## Bibliografía

- CARDONA RUBERT, M. B. [1999]: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRASCO DURÁN, M. [2014]: «El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9 [BIB 2013\2695].
- DE LAS HERAS GARCÍA, A. [2016]: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGINA, J. [2016]: «El registro de la jornada ordinaria de trabajo: pronunciamientos judiciales y criterios de actuación de la Inspección de Trabajo», *Revista de Información Laboral*, núm. 8 [BIB 2016\80202].
- GOERLICH PESET, J. M. [2017]: «La obligatoriedad del registro de jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero y 77/2016, de 6 de mayo)», *Trabajo y Derecho*, núm. 27, págs. 112-118.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. [2015]: «Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 [BIB 2015\17296].
- LUJÁN ALCARAZ, J. [2001]: «Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5 [BIB 2001\602].
- MIÑARRO YANINI, M. [2016]: «[Más allá de las horas extra: La obligatoriedad del registro de la jornada diaria. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de febrero](#)», *RTSS.CEF*, núm. 397, págs. 121-126.
- MIRÓ MORROS, D. [2016]: «El registro de jornada y el exhaustivo control sobre las horas extraordinarias por parte de los trabajadores y sus representantes», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 918 [BIB 2016\2484].
- [2016]: «El control de la jornada y el teletrabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 920 [BIB 2016\3966].
- [2013]: «El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 874 [BIB 2013\2511].
- MOLL NOGUERA, R. [2016]: «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET», *Revista de Información Laboral*, núm. 3 [BIB 2016\2025].

MORALES VÁLLEZ, C. E. [2016]: «El registro diario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 207/2015, de fecha 04/12/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4 [BIB 2016\2003].

PANEA HERNANDO, D. [2017]: «[Las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada ordinaria de la plantilla](#)», en [www.laboral-social.com](http://www.laboral-social.com) (Jurisprudencia, Comentarios, abril 2017).

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. [1996]: «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 1.

ROJO TORRECILLA, E.: «Sobre la existencia, y el control, de las horas extraordinarias en el teletrabajo. Una nota a la sentencia del TSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016», [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es).

SABATÉ, M. [2016]: «Es obligatorio registrar la jornada de los trabajadores», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 920 [BIB 2016\3968].

SAGARDOY DE SIMÓN, I. [2016]: «Teletrabajo y horas extraordinarias», [www.expansion.com](http://www.expansion.com) (Blogs. Sagar-doy, 20 de junio de 2016).

SELMA PENALVA, A. [2010]: «Propuestas y reconsideraciones sobre teletrabajo», *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 28.

SEMPERE NAVARRO, A. V. [2001]: «El marco jurídico de las "horas extras"», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5 [BIB 2001\1597].

SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. [2012]: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, pág. 12 [BIB 2012\984].

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. [2017]: «[Problemas del \(no\) registro de la jornada ordinaria: Reflexiones a propósito del polémico criterio jurisprudencial](#)», *RTSS.CEF*, núm. 410, págs. 109-120.

