

Intensificación del control en materia de tiempo de trabajo: ¿Ha ido la *praxis* administrativa más allá de la ley?

1. El control administrativo sobre cumplimiento de las reglas sobre la jornada de trabajo es tradicionalmente un aspecto nuclear de la vigilancia administrativo-laboral y se justifica en los mismos aspectos sustantivos que fundamentan las limitaciones a la jornada de trabajo: el mantenimiento de un cierto equilibrio contraprestacional en la relación cambiaria de trabajo por salario, la tutela de la seguridad y salud en el trabajo, el derecho al descanso [a título de ejemplo, resulta de sumo interés la [STS \(Sala 4.ª\) de 10 de octubre de 2014 –RCUD 2792/2013–](#)], la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo, así como favorecer el reparto del empleo –las nuevas contrataciones– en un contexto de elevadas tasas de desempleo. Además, otros intereses generales subyacen en el asunto, pues se trata de combatir el fraude en las prolongaciones de jornada no declaradas, y sus efectos perniciosos por la merma de cotizaciones para el Sistema de Seguridad Social.

La limitación de la jornada –considerada comúnmente como un logro histórico del movimiento obrero– también tiene fundamentos economicistas (atinentes a la productividad), tiene mucho que ver con el rendimiento decreciente de los trabajadores cuando se prolonga la jornada, así como con la mayor incidencia de los errores, el desgaste del trabajador, la siniestralidad laboral y mayores enfermedades inducidas por estrés. Luego hay una importante fundamentación económica que aboga por la limitación de la jornada y que está en la base de las primeras legislaciones sociales «obreras», aunque quizá ello ahora sea menos relevante para el neo-capitalismo «de rapiña».

El control del tiempo de trabajo cada vez es más complejo y ello se debe a diversos factores. En primer lugar, la existencia de actividades laborales donde el tiempo de trabajo se configura de manera más «difusa» (no es el parámetro central para la valoración del trabajo desempeñado) y se aboga por otros parámetros como la consecución de objetivos o resultados, por encima de la presencia del trabajador en unos determinados módulos temporales. El denominado trabajo «nómada», con una dislocación permanente del aspecto locativo de la prestación, también es especialmente problemático. La cultura del «presentismo» tan arraigada en nuestras relaciones de trabajo y la «naturalización» de las prolongaciones de jornada no reconoci-

El control del tiempo de trabajo cada vez es más complejo y ello se debe a la instauración de nuevas reglas flexibilizadoras del tiempo de trabajo –como manifestaciones de un derecho «anticrisis» para mejorar la adaptabilidad de los tiempos de trabajo a las necesidades de la producción y del mercado–

das son otros factores a tener presentes. Pero también muy especialmente las dificultades surgen por los nuevos elementos de flexibilidad en la ordenación jurídica del tiempo de trabajo (la ampliación de las posibilidades de distribución irregular de la jornada, régimen de turnos, horas extraordinarias o complementarias, etc.). Hemos asistido a la instauración de nuevas reglas flexibilizadoras del tiempo de trabajo –como manifestaciones de un derecho «anticrisis» para mejorar la adaptabilidad de los tiempos de trabajo a las necesidades de la producción y del mercado– que han terminado por estabilizarse en nuestro ordenamiento jurídico. Estos retrocesos en materia de tiempo de trabajo –desde la perspectiva de los trabajadores suponen una mayor disponibilidad hacia las cambiantes necesidades de la empresa–, adoptados como soluciones frente a la crisis, tienen visos claros de estabilización a nivel europeo¹. La balanza –también en la ordenación del tiempo de trabajo– se ha ido inclinando hacia la razón económica en detrimento de la razón social. Cada vez más los trabajadores sufren la presión de unos tiempos de trabajo más flexibles, imprecisos y desestructurados, esto es, están más a merced de lo que la empresa requiera en cada coyuntura. En todo caso, esta mayor flexibilidad no puede ser la máscara que encubra incumplimientos en materia de prolongación de jornada y retribución de las horas extraordinarias.

Como paradigma del cambio, *v. gr.* el vigente [artículo 34.2 del ET](#), tras la reforma laboral de 2012, reconoce que, en defecto de pacto sobre distribución irregular de la jornada a lo largo del año, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo. Ello significa el reconocimiento legal de la «bolsa de horas» que ya preveían algunos convenios colectivos, aunque se tratara en tales casos de flexibilidad «consensuada» y no impuesta *ex lege*. El trabajador solamente deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. Reténgase que [el propio Comité Europeo de Derechos Sociales –del Consejo de Europa– reprobó esta regulación](#) por la incertidumbre que genera al trabajador (y que fortalece –«blinda»– de manera más que notable el poder empresarial en la determinación del momento concreto de la prestación de servicios).

2. Frente a las situaciones de incumplimiento de las reglas del tiempo de trabajo, y especialmente de las prolongaciones indebidas o no declaradas de jornada, son loables las campañas de la ITSS al objeto de intensificar el control en esta materia. Basta aquí recordar los datos de la EPA, que indican que el pasado año en España se realizaron 3,5 millones de horas extraordinarias a la semana no pagadas ni con dinero ni compensadas con tiempo de descanso; y ello frente a 2,8 millones de horas que sí fueron retribuidas, lo que supone que el 56% de las horas extra realizadas el pasado año no se retribuyeron (porcentaje que ha sufrido un incremento muy acusado en los últimos años). La cuestión tiene que ver –a un nivel más profundo– con el «desequilibrio de poder contractual» generado en las relaciones laborales, fruto de las políticas de flexibilidad laboral y de la propia precarización del empleo. Además de la cuestión relativa a la reciprocidad contractual, resulta claro que debe combatirse, también mediante la actuación administrati-

¹ *Vid.* LANG, C.; CLAUWAERT., S. y SCHÖMANN, I.: *Working time reforms in times of crisis*, Working Paper 2013.04, ETUI, Bruselas, 2013.

va, la «in-cultura laboral» asentada sobre la «puesta a disposición total» del trabajador al servicio de la empresa, y en pro de un balance equilibrado entre la vida privada y el tiempo de trabajo.

Ahora bien, las dudas surgen sobre si los instrumentos jurídicos utilizados son los idóneos para exigir e instaurar las adecuadas medidas de control del tiempo de trabajo.

En este contexto se enmarca la [Instrucción 3/2016, de la Dirección General de la ITSS](#), sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias (aplicable a los contratos a tiempo completo, pues las comprobaciones sobre el tiempo de trabajo respecto de los contratos a tiempo parcial se rigen por la Instrucción 1/2015, sobre intensificación del control de la contratación a tiempo parcial). El objetivo de esta actuación consiste en la intensificación del «control en determinados sectores del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo en general y en particular la realización de horas extraordinarias, verificando la no superación del máximo legal así como la adecuada remuneración y cotización de aquellas»; asimismo, «se prestará especial atención a la llevanza del registro de jornada y a los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la materia» (Instrucción 2.^a). La determinación de los sectores objeto de esta medida se ha realizado con base en los datos de la EPA, siendo las siguientes ramas de actividad las seleccionadas con base en su volumen de horas extraordinarias: Banca, Industria manufacturera, Comercio al por mayor y al por menor/reparación de vehículos de motor y motocicletas, Actividades sanitarias y de servicios sociales, Actividades financieras y de seguros, teniendo presente que ya la Hostelería es objeto de múltiples controles en marco de otras campañas. Criterio funcional que se complementa por el número de trabajadores de la empresa, debiendo seleccionarse aquellas que tengan entre 4 y 50.

3. El aspecto nuclear y más polémico es que la Instrucción sienta una obligación incondicionada de registro de jornada, en cumplimiento del [artículo 35.5 del ET](#), e incluso la Instrucción «norma» –algo que competencialmente no le corresponde² determinados aspectos centrales de dicha obligación. La primera aserción de la Instrucción al respecto es que el registro de jornada diaria «*es obligatorio, se realicen o no horas extraordinarias*». Y a partir de ahí precisa: que el registro deberá ser diario e incluir el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador,

² Recuérdese que las instrucciones administrativas son la mera expresión de un poder de dirección (su dimensión normativa en todo caso es *ad intra*), tratándose de actos administrativos que no tienen naturaleza normativa en sentido material (y menos cuando no cumplen con el principio de publicidad).

El registro de jornada diaria «es obligatorio, se realicen o no horas extraordinarias», y deberá incluir el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador, con el fin de determinar las horas realmente realizadas cada día por cada uno de ellos

con el fin de determinar las horas realmente realizadas cada día por cada uno de ellos (sin que valga la exhibición del horario general de aplicación en la empresa o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, sino un registro que refleje *ex post* las horas efectivamente realizadas); que la comprobación de la existencia del registro debe poder realizarse en el centro de trabajo, lo que evita la posibilidad de la creación posterior, manipulación o alteración de los registros.

Conforme a la Instrucción, el registro es taxativamente obligatorio, sin que sea aceptable admitir su ausencia invocando la falta de realización de horas extraordinarias, por considerar que dicho registro «es el presupuesto que permite la contabilización de todas las horas que se hagan para deducir luego la existencia de las extraordinarias». Ahí reside el problema de hermenéutica jurídica, pues no hay propiamente jurisprudencia que avale esa interpretación, y los fundamentos jurídicos sobre los que la Dirección General de la ITSS asienta dicha afirmación se basan en «cierta» doctrina judicial así como en la exégesis de sendos informes de la Dirección General de Empleo, de 31 de julio de 2014 y 1 de marzo de 2016.

La doctrina judicial empleada por la Instrucción concibe, de manera reduccionista, el registro de jornada como único medio de control de la realización de horas extraordinarias [a esta consideración se abonan también las SSAN (Sala de lo Social) [207/2015, de 4 de diciembre](#) y [25/2016, 19 de febrero –comentada por la profesora MIÑARRO YANINI en el núm. 397 de esta revista–\]. Y aquí viene la primera confusión, una cosa son los medios de control de las prolongaciones de jornada y otra bien diferente los medios de prueba admitidos en derecho para constatar su realización efectiva. El incumplimiento de la obligación legal de registrar las horas extraordinarias no puede considerarse que conlleve que la carga de la prueba –que corresponde al trabajador– se convierta en un medio de defensa de la empresa incumplidora, pues siempre podrá acudir a otros medios probatorios admitidos en el orden social para acreditar la realización de las mismas. En concreto, la Instrucción se apoya en la STSJ de Andalucía/Sevilla \(Sala 3.^a\), de 19 de diciembre de 2002 –rec. núm. 968/1998–, donde se considera que, aunque el \[artículo 35.5 del ET\]\(#\) contempla el registro a efectos del cómputo de horas extraordinarias, «dicho control solo es posible mediante el registro de la jornada, se realicen o no horas extraordinarias \(...\) siendo evidente que la falta de registro impide todo control». En esta misma dirección, se cita la STSJ de Andalucía/Málaga \(Sala 3.^a\), 1509/2006, de 6 de noviembre –rec. núm. 2046/2001–, que también, en una especie de interpretación «correctora» de la literalidad del \[artículo 35.5 del ET\]\(#\) y aludiendo a que la «finalidad de la norma» sería «el que los trabajadores puedan conocer la totalidad de las horas trabajadas a fin de poder determinar si el cómputo total así como el concepto aplicado, ordinarias y extraordinarias, es ajustado a la realidad del trabajo realizado así como a los límites legales». Doctrina que –aunque no la refiera la Instrucción– también sigue el Tsj de Andalucía/](#)

Málaga (Sala 3.^a) en su Sentencia 1564/2006, de 27 de noviembre –rec. núm. 220/1999–, matizando incluso que el registro es exigible «ya sea su horario rígido o flexible».

El posicionamiento de la ITSS (sobre lo que denomina «presunta paradoja» interpretativa del art. 35.5 ET) viene también avalado por una serie de pronunciamientos de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, iniciados por la [Sentencia 207/2015, de 4 de diciembre](#) –caso Bankia– (seguida luego por las SSAN [25/2016, de 19 de febrero](#) –caso Abanca– y [77/2016, de 6 de mayo](#) –caso Banco de Sabadell–), donde se considera presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias la existencia previa del registro diario de jornada, ya que «si el registro diario de jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines (...) sin el registro diario de la jornada [sería] imposible controlar la realización de horas extras».

En honor a la verdad, la doctrina judicial aplicable en esta materia no ha sido uniforme. Conviene traer a colación aquí dos pronunciamientos del Tribunal Supremo [SSTS (Sala 3.^a) de 2 y 5 de junio de 1989]³ –en aplicación de la versión originaria del ET– en los que no se admite la posibilidad de sancionar por falta de registro y declaran improcedente la sanción impuesta a la empresa por no haber sido acreditado debidamente, ni ser constatado directamente por el inspector actuante, que se hacían efectivamente horas extraordinarias. También en la doctrina de suplicación, a favor de la imposibilidad de sancionar por falta de registro cuando no queda acreditada la realización de horas extraordinarias, se ha inclinado la STSJ de Castilla y León/Burgos (Sala 3.^a), 135/2001, de 8 de junio –rec. núm. 133/2000–.

4. Todo este asunto debiera haber sido objeto de una reflexión más serena y especialmente haber venido acompañado de las correspondientes modificaciones (legales y reglamentarias) que determinarían –de manera clara– el alcance del deber de registro diario de jornada para los contratos a tiempo completo.

Dado el marco positivo vigente, solo salvando la primera regla interpretativa (*in claris non fit interpretatio*), cabría acudir a otros criterios interpretativos. Evidentemente los juristas somos expertos en dar el sentido a la norma más acorde con los intereses de los que cada uno somos portadores y a tal efecto acudimos a alguno de los otros principios o criterios interpretativos (que conviene recordar, no están jerarquizados y operan sin prelación). La norma en cuestión (art. 35.5 ET)

Todo este asunto debiera haber sido objeto de una reflexión más serena y haber venido acompañado de las correspondientes modificaciones (legales y reglamentarias) que determinarían –de manera clara– el alcance del deber de registro diario de jornada para los contratos a tiempo completo

³ Id. CENDOJ: 28079130011989101827 y 28079130011989101834, respectivamente.

es bastante clara en su literalidad: *A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.* El precepto –atendiendo además a su ubicación sistemática– solamente lo prevé para esta cuestión, dados los tradicionales problemas de «prueba» para acreditar la realización de horas de trabajo extraordinario por parte del trabajador.

Hemos de ser conscientes de las dificultades para la determinación del «trabajo extraordinario» frente a la creciente flexibilidad en materia de ordenación del tiempo de trabajo, pues ahora no resulta obligatoria la totalización mensual de las jornadas irregulares de trabajo en todo caso, pues podrían utilizarse módulos temporales superiores al mes, máxime cuando los propios ajustes –en distribución irregular de jornada– los refiere el propio ET también al «año» en hipótesis de jornadas irregulares de trabajo [v. gr. la STSJ de Cantabria (Sala 4.^a), 847/2000, de 31 de julio –rec. núm. 691/2000–, precisa que la distribución irregular de la jornada es cuestión distinta del cómputo y abono de las horas extraordinarias, pues no se puede obviar que tal distribución irregular condiciona la aparición y delimitación de las mismas]. La variación normativa operada por la reforma de 1994 afectó a su totalización, que era semanal en la versión originaria del ET, para pasar a ser mensual –de ordinario– con la vigente regulación («periodo fijado para el abono de las retribuciones»). Ese sería exclusivamente el sentido del cambio normativo operado en esta obligación en su momento, no el de imponer en todo caso el registro horario a los trabajadores a jornada completa, incluso para el caso de que no se realicen horas extraordinarias.

El artículo 35.5 del ET también permite una interpretación en el sentido de que no sería exigible tal registro en caso de que en la empresa o centro de trabajo concretos no se realicen horas extraordinarias. La obligación jurídica propia y exclusivamente nacería si se produce la premisa de la existencia de horas extraordinarias. Parece obvio que solamente la realización efectiva de horas extraordinarias conformaría el propio «supuesto de hecho» de la norma. Una opinión en otro sentido, al menos con el marco normativo actual, sería contraria también a la idea de no introducir más cargas a las empresas, especialmente a las empresas de pequeña y mediana dimensión que conforman el tejido productivo que predomina en nuestro país. Por tanto, de cara a una futura intervención legislativa que clarifique la materia, la dimensión de la empresa debería tenerse en cuenta.

A favor de esta interpretación está también un argumento sistemático, pues la norma se ubica en la ordenación específica de las horas extraordinarias (art. 35 ET), no en la más genérica relativa a la jornada de trabajo (art. 34 ET). Si el legislador –en atención a la mayor complejidad que tiene el tiempo de trabajo en el actual marco normativo– hubiera querido establecer el registro como obligación general (para todo tipo de contratos), lo lógico hubiera sido ubicarla en el precepto relativo

El artículo 35.5 del ET también permite una interpretación en el sentido de que la obligación jurídica propia y exclusivamente nacería si se produce la premisa de la existencia de horas extraordinarias. Solamente la realización efectiva de las mismas conformaría el propio «supuesto de hecho» de la norma

a la ordenación general de la jornada. Podría sostenerse que se trata de una obligación «extra-sistemática» en la lógica estatutaria, pero entonces: ¿por qué dicha obligación no se cambió sistemáticamente de precepto en las sucesivas reformas laborales? Puede deducirse que también el legislador reformista del 1994 seguía circunscribiendo la obligación de registro para el caso de que en la empresa se realicen tales horas extraordinarias (tal como había sostenido la propia «jurisprudencia» contencioso-administrativa con anterioridad).

Por otra parte, los razonamientos basados en una presunta *voluntas legislatoris* son realmente muy forzados cuando entienden que el legislador ha querido imponer esta exigencia documental en todo caso (incluso cuando en la empresa no se realicen tales horas). ¿Qué sucedería en empresas o sectores donde –como medida de política de empleo– se haya acordado la prohibición de realizar horas extraordinarias? No parece razonable en tales casos que se inicie un expediente administrativo sancionador por este motivo, cuando el propio convenio colectivo –o acuerdo de empresa– haya vetado de raíz tal posibilidad. Si el legislador quería imponer el registro de jornada para todo tipo de contrato, hubiera sido también coherente hacer alguna alusión en relación con el cómputo –y registro– del porcentaje de horas –ordinarias– cuya determinación precisa corresponde ahora al empleador, en defecto de convenio o acuerdo al respecto, de acuerdo con el nuevo marco legal instaurado por la reforma de 2012.

Cuando las «normas laborales» regulan este tipo de obligación de registro, lo hacen de una manera indubitada –y en algunos casos detallada–, abarcando en su totalidad cualquier tipología de horas realizadas por los trabajadores

Cuando las «normas laborales» regulan este tipo de obligación de registro, lo hacen de una manera indubitada –y en algunos casos detallada–, abarcando en su totalidad cualquier tipología de horas realizadas por los trabajadores (e incluso en algunos casos también de las horas de descanso). Si existiera una obligación legal generalizada de registro de jornada para todo tipo de contratación laboral, ¿qué sentido tienen todas las normas específicas sobre registro diario del tiempo de trabajo? Existen buenos ejemplos de ello, *v. gr. cfr.* el [Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre](#), sobre jornadas especiales de trabajo, contempla tales registros: en el artículo 10 bis.5, para el control del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles; en el artículo 18 bis.2, para el control del tiempo de trabajo en la marina mercante; así como en la disposición adicional séptima, sobre aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario. Quizá el argumento sistemático más decisivo es que en relación con el trabajo a tiempo parcial, el propio ET contempla estrictas obligaciones documentales de control mediante registro diario y totalización mensual, sancionando con la presunción *iuris tantum* de que el contrato es a jornada completa en caso de incumplimiento de tales obligaciones de registro [*vid. art. 12.5 h) ET*], luego también es un argumento para sostener que no puedan extrapolarse a los contratados a tiempo completo tales obligaciones (por no estar expresamente previsto en la propia legislación, salvo para el caso de que se realicen horas extraordinarias). Si ya existía esa obligación general de registro diario de la jornada, ¿qué sentido tiene reiterarlo para otras modalidades contractuales o para trabajos específicos?

Desde una interpretación teleológica parece poco admisible entender que tal obligación deba imponerse en todo tipo de situación, en la medida de que la ordenación legal de la obligación se inicia por su estricto campo aplicativo: *a efectos del cómputo de horas extraordinarias*. Asimismo, si consideramos que la lógica reformadora del tiempo de trabajo es «flexibilizadora», tampoco tiene sentido alguno derivar nuevas obligaciones formales o documentales a las empresas, sino más bien todo lo contrario. Tampoco creo que sea posible una «interpretación evolutiva» de la norma frente a las tendencias hacia la flexibilización del tiempo de trabajo y la necesidad de reforzar el control del mismo, pues supone forzar en demasía la literalidad de la norma.

Hay otras vertientes en el análisis jurídico de esta situación que conviene tener presentes, dado que lo que está en juego con esta polémica –sobre al alcance del [art. 35.5 ET](#)– es su propia virtualidad en el plano administrativo-sancionador (y «recaudatorio»), de manera que quedaría vetada la analogía o la interpretación extensiva. Dicho en otros términos, la norma sancionadora –«en blanco» y al margen de la calificación como leve o grave (*vid. infra*)– no puede extenderse a obligaciones inexistentes –o cuando menos muy dudosas– en la propia norma sustantiva –material– remitida. Especial prudencia que también deriva del principio de tipicidad, por el cual la interpretación de las normas sancionadoras ha de ser bastante estricta.

Exigir –en todo caso– esta obligación de registro no se cohonesto con la literalidad del texto legal de base y, a mi juicio, supone forzar en exceso el precepto que, en todo caso, requeriría de una reforma legislativa clarificadora, especialmente al encuadrarnos posteriormente en la lógica del derecho administrativo sancionador.

Conviniendo que el tema es discutible –en una «lógica argumentativa» las soluciones no serán correctas o incorrectas, sino más o menos compatibles– el «garantismo» –sancionador en este caso– no puede llevarse más allá de lo que el propio derecho positivo impone, so pena de vulnerar garantías para la otra parte de la relación laboral. Lo que está en juego es el principio de seguridad jurídica. No es posible imponer –o extender– por vía interpretativa obligaciones que no están presentes con claridad en el derecho positivo para todo tipo de situaciones (realización o no de horas extraordinarias), máxime cuando las mismas luego despliegan efectos sancionadores que perjudican a las empresas.

5. Entiéndase que no se está en desacuerdo con este tipo de instrumento de control del tiempo de trabajo, pues beneficia –y concede más seguridad jurídica– tanto al trabajador, a efectos de facilitación de prueba, como a la ITSS, dado que facilita su labor inspectora en esta materia. Todos los operadores jurídicos somos conscientes de las dificultades de control efectivo y de prueba de las horas efectivamente realizadas por el trabajador y de su naturaleza jurídica. Lo que no

Exigir –en todo caso– esta obligación de registro no se cohonesto con la literalidad del texto legal de base y supone forzar en exceso el precepto que, en todo caso, requeriría de una reforma legislativa clarificadora, especialmente al encuadrarnos posteriormente en la lógica del derecho administrativo sancionador

El registro diario de jornada es un instrumento que, incluso entendible como una mera «facultad» empresarial, resulta necesario para determinar en muchos casos con precisión si las horas de trabajo tienen o no carácter extraordinario; en especial para diferenciarlas de manera precisa de las incluidas en el porcentaje de tiempo ordinario de trabajo que ahora podría gestionar unilateralmente el empresario por imperativo legal

está en absoluto claro es que el ET imponga en todo caso el deber de registro, se realicen o no horas extraordinarias en la empresa.

Dada la situación, lo cierto es que los asesores jurídicos de las empresas prudentemente vienen aconsejando a las empresas la llevanza, en todo caso, de estos registros de jornada y ello a pesar de que, como obligación propiamente jurídica, sea discutible. En todo caso, tales registros son instrumentos útiles en el plano de la gestión de recursos humanos. Es sin duda conveniente el control empresarial del tiempo de trabajo efectivamente realizado. Esto obligará a diseñar en cada empresa el sistema de control de jornada que se estime más adecuado para cumplir con la exigencia

que se ha impuesto mediante la práctica inspectora. Como ya señalara la doctrina, es lógico que se realice un control diario de las horas efectivamente realizadas por el trabajador, pues la proliferación de jornadas irregulares de trabajo puede dificultar su determinación, ya que será necesario esperar a la finalización de cada uno de los ciclos o módulos en los que se haya distribuido la jornada anual⁴. El registro diario de jornada es un instrumento que, incluso entendible como una mera «facultad» empresarial, resulta necesario para determinar en muchos casos con precisión si las horas de trabajo tienen o no carácter extraordinario; en especial para diferenciarlas de manera precisa de las incluidas en el porcentaje de tiempo ordinario de trabajo que ahora podría gestionar unilateralmente el empresario por imperativo legal.

Razones de seguridad jurídica demandarían, en clave *de lege ferenda*, la conveniencia de una reforma legislativa que clarificara –extendiera– la obligación de registro diario, semanal y mensual de las horas de trabajo realizadas y su naturaleza (ordinaria, extraordinaria, complementaria), especialmente para determinadas situaciones (o incluso con carácter general). La mayor complejidad de las reglas de ordenación del tiempo de trabajo –y las exigencias de control y «seguridad jurídica»– justificarían una reforma legislativa en este sentido, especialmente en los casos de distribución irregular de la jornada (*ex art. 34.2 ET*). En este ámbito el registro diario es un instrumento muy adecuado para controlar lo que encaja en ese porcentaje de tiempo de trabajo –ordinario– y lo que es trabajo extraordinario, y ello a fin de garantizar que los excesos de jornada sobre ese porcentaje legal o convencional de horas ordinarias, que integrarían ya el trabajo extraordinario, tengan también verdaderamente carácter «voluntario» como se exige para las horas extraordinarias de tipo estructural (no las excepcionales por fuerza mayor). Importa tener en consideración que, si se controla el horario efectivo diario de los trabajadores a jornada com-

⁴ DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Granada: Comares, 2002, págs. 196-197.

pleta, habrá que diferenciarse en cuanto a esos tiempos de trabajo: jornada ordinaria regularmente prefijada; jornada ordinaria encomendada por el empresario dentro de los márgenes y porcentajes que le permita la distribución irregular de jornada; jornada extraordinaria (con el correlativo tratamiento de horas extraordinarias –compensación económica o con tiempo de descanso–).

Por otra parte, el registro de jornada es un instrumento muy útil también a otros muchos efectos, como: el control del descanso entre jornadas ([art. 34.3 ET](#)); el descanso obligatorio en jornada continuada ([art. 34.4 ET](#)); las medidas adoptadas para garantizar el derecho del trabajador para adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella ([art. 34.8 ET](#)); así como para determinar con precisión si estamos ante un trabajador nocturno ([art. 36.1 ET](#)).

6. Otro aspecto relevante de la Instrucción tiene que ver con la calificación jurídica de la infracción. Conforme a la misma, el resultado de la actuación inspectora, en caso de ausencia de registro de jornada diaria (al margen de la constatación de existencia o no de horas extraordinarias), culmina con un requerimiento para el cumplimiento de dicha obligación así como la extensión de acta de infracción, considerándose la existencia de infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS, como transgresión de norma en materia de tiempo de trabajo («(...) transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo»). La maniobra argumental de la dirección general es que la adecuada llevanza del registro de jornada constituye el «medio habilitado por el Estatuto de los Trabajadores para la oportuna comprobación y prueba de la jornada efectiva realizada (...) así como el medio para poder verificar la adecuación a la legalidad de la actuación de la empresa» por parte de la ITSS; aseverando que «el registro tiene un carácter esencial de la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornadas de trabajo». Mediante esta exégesis, una infracción por defecto documental («formal») se «sublima» en una infracción sustantiva del ordenamiento laboral, y ello incluso aunque no haya quedado acreditada prolongación alguna de la jornada de trabajo.

Además de esta asimilación a una infracción de carácter «material», según el criterio establecido en la Instrucción opera de manera independiente si además se apreciara la existencia de prolongaciones de jornada u otros datos indicativos de la aparición de horas extraordinarias, acumulándose entonces con otras posibles infracciones del artículo 7.5 de la LISOS.

Debemos discrepar en este punto, pues solamente cuando se acredite la realización de horas extraordinarias, y en caso de inexistencia de dicho registro, se incurriría en una infracción social independiente, pero entendemos que de las tipificadas en el artículo 6.6 de la LISOS (norma «en blanco» y de cierre de las infracciones leves en materia de relaciones laborales): «Cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales». Al tratarse el registro de jornada de un deber «formal» o «documental», tampoco se comparte la opi-

nión de que estemos ante el tipo infractor grave del artículo 7.5 de la LISOS (entendible en el sentido de que se trata de transgresiones de las reglas «sustantivas» sobre tiempo de trabajo). La propia SAN 207/2015, de 4 de diciembre, parte de considerar que el fin de la obligación de registro horario es «procurar al trabajador un

medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias». El criterio seguido por la Instrucción es poco respetuoso con el principio de tipicidad y fricciona también con el de «proporcionalidad» que rige el derecho sancionador. Convendría diferenciar el plano «formal» del plano «sustantivo» en una infracción relativa a la ordenación del tiempo de trabajo. La Instrucción asume el posicionamiento de la STSJ de Andalucía/Sevilla (Sala 3.^a), de 19 de diciembre de 2002 –rec. núm. 968/1998–, donde se considera que la falta de registro de jornada «no supone un mero incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornadas de trabajo» [lo cierto es que también dicho incumplimiento se sanciona como infracción grave, pero en grado mínimo, según el criterio de la STSJ de Extremadura/Cáceres (Sala 3.^a), 1094/2001, de 12 de junio –rec. núm. 8/1998–]. Lo que supone también una extralimitación, por vía judicial, dado que se desvirtúa la tipificación legal de las infracciones administrativas, para elevar el incumplimiento de un deber documental en una infracción de carácter sustantivo.

Creemos que la falta de registro –*per se*– solamente conllevaría una infracción formal, no material y que sería susceptible de una sanción autónoma (tiene «autonomía propia»), pues el no registro no integra necesariamente ningún otro tipo infractor sustantivo en materia de trabajo, ni tampoco puede considerarse el medio –o instrumento– para cometer otra infracción sustantiva más grave (como sería la efectiva realización de horas extraordinarias no declaradas o por encima de los límites legal o convencionalmente establecidos). Como había señalado tradicionalmente la doctrina, estamos ante un mero deber «instrumental» destinado a facilitar: por un lado, la posible reclamación del trabajador en caso de no retribución o compensación adecuada de las horas extraordinarias que haya realizado; y de otro, el control por la Inspección de Trabajo del respeto a los límites máximos anuales de horas extraordinarias.

De manera especial, la Instrucción también establece que, si la actuación inspectora hubiera finalizado mediante la extensión del acta de infracción por ausencia de la adecuada llevanza del registro diario de jornada y la formulación del correspondiente requerimiento para su futuro cumplimiento, dicha empresa «deberá ser necesariamente objeto de nueva actuación inspectora a más tardar en la campaña correspondiente al ejercicio siguiente, a fin de comprobar que la empresa cumple adecuadamente con la obligación aludida y con el resto de la normativa en la materia» (Instrucción 5.^a párr. 2.^o).

En esta dirección, también interesa llamar la atención sobre las nuevas previsiones de la Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, por la que se regula el modelo de diligencia de actuación de la ITSS, donde se establece que cada ejemplar de diligencia entregado o remitido a la empresa, deberá ser conservado a disposición de la ITSS durante un plazo de cinco años, a contar desde la

Convendría diferenciar el plano «formal» del plano «sustantivo» en una infracción relativa a la ordenación del tiempo de trabajo

fecha de expedición de cada uno de ellos (art. 5.1), y asimismo deberán conservarse a disposición de la ITSS los Libros de Visitas así como los modelos de diligencia extendidos con anterioridad a la entrada en vigor de la citada orden, por un periodo de cinco años, a contar desde la fecha de la última diligencia realizada (art. 5.2).

7. Mucho nos tememos que –a falta de una intervención normativa clarificadora– serán los tribunales los que deban ir precisando el polémico alcance material de la obligación de registro de jornada y de sus correlativas consecuencias en el plano administrativo-sancionador. Dada la «judicialización» en curso, cuantos más elementos de reflexión jurídica se pongan sobre la mesa para esta dialógica argumentativa, más equilibradas serán seguramente las soluciones.

José Antonio Fernández Avilés
Subdirector