



# Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo

**Anna Ginès i Fabrellas**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo.  
Universitat Ramon Llull, ESADE*

**Juan Peña Moncho**

*Estudiante doctorado. Universitat Pompeu Fabra  
Abogado en Ibáñez Labor Lawyers*

## Extracto

El objeto del presente trabajo es analizar, desde una perspectiva crítica, el alcance y el contenido del registro horario y el derecho a la desconexión digital, con la finalidad de identificar las nuevas y viejas obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo. El estudio concluye que ya existía una obligación de control del tiempo de trabajo fundamentada en la obligación empresarial de prevención de riesgos laborales, de respetar los límites legales sobre el tiempo de trabajo y de retribuir adecuadamente en atención al tiempo de trabajo. Por tanto, la obligación de registro horario y el derecho a la desconexión digital van más allá de esta obligación genérica de control del tiempo de trabajo, introduciendo nuevas obligaciones de documentación de la jornada diaria efectiva realizada y de adopción de políticas que prohíban el contacto fuera de tiempo de trabajo para garantizar la desconexión digital.

**Palabras clave:** tiempo de trabajo; control empresarial; registro de jornada; derecho a la desconexión digital.

Fecha de entrada: 10-06-2020 / Fecha de aceptación: 01-07-2020

**Cómo citar:** Ginès i Fabrellas, Anna y Peña Moncho, Juan. (2020). Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 63-107.





# Old and new obligations regarding control of working time

Anna Ginès i Fabrellas

Juan Peña Moncho

## Abstract

The aim of this paper is to analyze, from a critical perspective, the scope and content of the obligation to register working days and the right to digitally disconnect, in order to identify new and old employer obligations regarding control of working time. The paper concludes that there was already an obligation to control working time based on the employer's obligation to prevent occupational risks, to respect the legal limits on working time and to pay adequately for work time. Therefore, the obligation to register hours and the right to digitally disconnect go beyond this generic obligation to control working time, introducing new documentation obligations regarding effective working time and to adopt policies that prohibit contact outside working time to ensure digital disconnection.

**Keywords:** working time; employer's control; working time registry; right to digitally disconnect.

**Citation:** Ginès i Fabrellas, Anna y Peña Moncho, Juan. (2020). Old and new obligations regarding control of working time. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 63-107.





## Sumario

1. Introducción. Los excesos de jornada como problema sistémico del derecho del trabajo
  2. La ya existente obligación empresarial de control del tiempo de trabajo
  3. Control del tiempo de trabajo vs. registro de jornada: de la generalidad a la concreción normativa
    - 3.1. ¿El registro horario como obligación intrínseca al cumplimiento de los límites sobre tiempo de trabajo?
      - 3.1.1. La problemática del control de las horas extraordinarias en el ordenamiento jurídico-laboral español
      - 3.1.2. El registro de jornada en la Directiva 2003/88/CE
    - 3.2. La obligación legal del registro diario de la jornada
  4. Derecho al descanso vs. derecho a la desconexión digital: del derecho laboral a la obligación empresarial
    - 4.1. El derecho a la desconexión digital
    - 4.2. La configuración del derecho a la desconexión digital como una obligación empresarial de control del tiempo de descanso
  5. Los ámbitos del control del tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión
    - 5.1. El registro horario como herramienta de control del tiempo de trabajo
    - 5.2. El control del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia
    - 5.3. El derecho a la desconexión como instrumento de control del tiempo de descanso
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción. Los excesos de jornada como problema sistémico del derecho del trabajo

En la esencia del derecho del trabajo siempre ha estado intrínseca la regulación y ordenación del tiempo de trabajo<sup>1</sup>. En este sentido, solamente hace falta recordar el primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las horas de trabajo de 1919, que, entre sus proposiciones, incluía la adopción de una jornada de 8 horas al día y 48 a la semana.

Más de 100 años después, en el actual contexto de globalización y sociedad hiperconectada, la regulación y ordenación del tiempo de trabajo continúa siendo un elemento esencial para garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses empresariales y de las personas trabajadoras.

Sin embargo, más allá de reconocer nuevos derechos subjetivos, en la actualidad la aproximación legislativa viene por la introducción de obligaciones empresariales de carácter instrumental, como son el registro horario y el derecho a la desconexión digital. El registro horario como herramienta específica de control del tiempo de trabajo fue inicialmente insertado en el ordenamiento jurídico español a través de los órganos judiciales, para luego trasladarse el debate al ámbito europeo. Sin embargo, la actuación legislativa acabó adelantándose a la judicial y, por medio del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, se estableció la obligación empresarial de garantizar un registro de jornada. El derecho a la desconexión digital, original del ordenamiento jurídico francés (Alemán Páez, 2017), fue también introducido por vía legislativa en los artículos 20 bis del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), como fórmula para limitar los posibles excesos derivados de la conectividad tecnológica.

La limitación del tiempo de trabajo ya estaba, antes de la aprobación de registro horario y el derecho a la desconexión, garantizada en el ordenamiento jurídico-laboral. El artículo 40.2 de la Constitución española (CE) establece la obligación de los poderes públicos de garantizar «el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral,

---

<sup>1</sup> El primer Proyecto de ley obrera en España «sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección de la industria manufacturera», presentado en las Cortes el 8 de octubre de 1855, incluía una limitación de 10 horas diarias para la jornada de niños de entre 12 y 18 años (Elorza Domínguez, 1969).

las vacaciones retribuidas y la promoción de centros adecuados». Y los artículos 34 y 35 del ET establecen límites máximos de jornada –9 horas diarias y 40 horas semanales–, periodos mínimos de descanso –12 horas entre jornada y jornada– y limitaciones a las horas extraordinarias, respectivamente (Basterra Hernández, 2017). Además, el artículo 37.1 del ET reconoce 1 día y medio ininterrumpido de descanso a la semana, acumulable en periodos de 14 días.

También la normativa de la Unión Europea (UE) establece limitaciones al tiempo de trabajo. Así, el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que toda persona trabajadora «tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas». Y la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores», la duración media del trabajo no supere las 48 horas por cada 7 días, incluyendo las horas extraordinarias y un periodo mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas (art. 6). Respecto del descanso semanal, el artículo 5 de la Directiva 2003/88 prevé que, por cada 7 días, todas las personas trabajadoras deben disfrutar de un periodo mínimo de descanso de 24 horas, al que habrá que añadirle dichas 11 horas de descanso diario.

Teniendo en cuenta la regulación ya existente, tanto a nivel estatal como comunitario, en materia de limitación del tiempo de trabajo, ¿qué hay de nuevo en el registro de jornada y derecho a la desconexión digital?

Concretar las obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo es especialmente importante en el actual contexto de pandemia, donde el confinamiento y el teletrabajo como consecuencia de la COVID-19 han dilapidado toda división entre tiempo de trabajo y tiempo personal. Según el informe *Living, working and COVID-19* elaborado por el Eurofound, el 37 % de las personas trabajadoras en la UE ha pasado a teletrabajar a raíz de la pandemia. Respecto de estas personas, el 27 % declara verse obligado a trabajar durante su tiempo libre, al menos cada 2 días, para cumplir con las exigencias del trabajo.

No obstante, también en un contexto de normalidad es esencial el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo. 100 años después del reconocimiento de la jornada laboral de 8 horas, dicha lucha sigue vigente, especialmente a raíz de las nuevas tecnologías y las fórmulas de trabajo flexible que estas ofrecen. Según el informe *Working conditions in a global perspective* elaborado por Eurofound y la OIT en 2019 (Aleksynska *et al.*, 2019, p. 27), el 22 % de las personas trabajadoras a nivel de la UE trabaja durante su tiempo libre para cumplir con las demandas del trabajo, el 15 % reporta cambios en el horario el día antes o el mismo día y el 15 % trabaja más del límite de las 48 horas semanales permitidas por la Directiva 2003/88/CE. En sentido similar

aparecen los datos en el Estado español. Según la *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015 6.ª EWCS*, el 7 % de las personas trabajadoras trabaja los 7 días de la semana, aproximadamente el 20 % trabaja más de 40 horas a la semana y el 27 % realiza una jornada diaria superior a 10 horas.

El impacto de género de esta cultura del tiempo de trabajo es indiscutible, registrándose diferencias significativas en el número de horas retribuidas pagadas entre hombres y mujeres. Así, según el citado informe de Eurofound y la OIT, existen diferencias importantes en el número de personas que trabajan más de 48 horas semanales; en la UE, representan el 21 % de los hombres en comparación con el 9 % de las mujeres. Estas diferencias son una clara consecuencia de la desigual distribución de las responsabilidades familiares, mayoritariamente asumidas por las mujeres, y contribuyen, a su vez, a perpetuar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

En este contexto, el objeto del presente trabajo es analizar, desde una perspectiva crítica, el alcance y el contenido de estas dos nuevas medidas, con la finalidad de identificar las nuevas y viejas obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo.

El estudio concluye que ya existía una obligación de control del tiempo de trabajo fundamentada en la obligación empresarial de prevención de riesgos laborales, de respetar los límites legales sobre el tiempo de trabajo y de retribuir adecuadamente en atención al tiempo de trabajo. Por tanto, la obligación de registro horario y el derecho a la desconexión digital van más allá de esta obligación genérica de control del tiempo de trabajo, introduciendo nuevas obligaciones de documentación de la jornada diaria efectiva realizada y de adopción de políticas que prohíban el contacto fuera de tiempo de trabajo para garantizar la desconexión digital.

## 2. La ya existente obligación empresarial de control del tiempo de trabajo

La existencia de una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras es, en la actualidad, incuestionable con la reciente introducción del derecho a la desconexión digital y el registro horario. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, es una obligación que ya existía con anterioridad a la adopción de estas nuevas medidas.

Una de las conclusiones del presente trabajo es, como se ha avanzado anteriormente y se analiza en detalle a continuación, la existencia de una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo distinta e independiente del registro horario y el derecho a la desconexión. Sin perjuicio de que el Tribunal Supremo (TS), en sus Sentencias de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) y 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016), rechazara la existencia de una obligación empresarial de registro de la jornada diaria, a nuestro juicio, ya existía una

obligación genérica de control del tiempo de trabajo fundamentada en la obligación de prevención de riesgos laborales y de respetar los límites legales sobre el tiempo de trabajo.

En primer lugar, la empresa tiene la obligación de garantizar a las personas trabajadoras su derecho a la «integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales» (art. 4.2 d) ET) y a una «protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» (art. 19 ET). Este derecho de las personas trabajadoras se traduce en la obligación empresarial de adoptar «cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores» (art. 14.2 Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL–).

La obligación empresarial de protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras implica también la obligación de adopción de medidas de control del tiempo de trabajo. El tiempo de trabajo es una variable directamente relacionada con el estado de salud de las personas trabajadoras, por cuanto las características del tiempo de trabajo o de la distribución del tiempo de trabajo pueden tener efectos perjudiciales sobre la seguridad y salud de estas.

Esta conexión entre tiempo de trabajo y salud laboral se observa claramente en la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo, que fue adoptada con base en el título competencial del artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que establece que se apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en la mejora del entorno laboral y la protección de la salud y seguridad de las personas trabajadoras (considerando 2). Además, en su artículo 6, se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para, «en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores», limitar la duración del tiempo de trabajo semanal.

En segundo lugar, la empresa tiene la obligación de respetar los límites legales máximos y mínimos en materia de jornada y descansos. Corresponde a la empresa garantizar que las personas trabajadoras no superan la jornada laboral máxima y periodos de descanso mínimos legal, convencional o contractualmente estipulados. Si bien es cierto que la jornada máxima y los periodos mínimos de descanso se configuran como derechos laborales de las personas trabajadoras –por otra parte, derechos irrenunciables en virtud del art. 3.5 ET–, conllevan una correlativa obligación empresarial de respetar dichos límites.

En este sentido, téngase en cuenta que el artículo 7.5 de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) ya tipificaba como infracción laboral grave «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada». Por consiguiente, con anterioridad a la introducción legislativa del Real Decreto-Ley 8/2019, aunque la empresa no hubiese establecido un sistema de control por tener una política basada en el autocontrol del tiempo de trabajo por parte de las personas trabajadoras, la acreditación de la superación de los límites máximo de la jornada o el no respeto de los periodos de descanso mínimos podía dar lugar a la infracción laboral grave de dicho artículo 7.5

de la LISOS<sup>2</sup>. Por tanto, el respeto de las normas mínimas en materia de tiempo de trabajo siempre ha sido una verdadera y efectiva obligación empresarial, independiente de la actual obligación de registro de la jornada.

En la normativa comunitaria también puede observarse la obligación empresarial de control del tiempo de trabajo. En este punto, es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de septiembre de 2006 (asunto C-484/04, en el caso Comisión vs. Reino Unido), que establece la obligación empresarial de garantizar que las personas trabajadoras cumplen con su derecho al descanso. Según afirma contundentemente una normativa interna que establece que:

[...] el empresario no tiene obligación de velar por que los trabajadores disfruten efectivamente de este [derecho al descanso], no garantiza el cumplimiento ni de las disposiciones mínimas reguladas en los artículos 3 y 5 de dicha directiva ni del objeto esencial de esta.

Ciertamente, aclara, esto no implica la exigencia empresarial de obligar a las personas a utilizar efectivamente los periodos de descanso que les corresponden. Sin embargo, la empresa sí tiene la obligación «de hacer lo necesario para que los trabajadores se encuentren efectivamente en condiciones de ejercer tal derecho».

En tercer lugar, el derecho de las personas trabajadoras a «la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida» (art. 4.2 f) ET) es también un argumento para tener en cuenta a efectos de determinar la existencia de una obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo. El derecho de percibir la remuneración puntual implica la obligación empresarial de calcular dicha retribución en atención a la jornada efectivamente realizada, retribuyendo, en su caso, las horas extraordinarias realizadas.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que, previamente a la introducción de la obligación de registro y del derecho a la desconexión digital, ya existía una obligación empresarial genérica de control del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras<sup>3</sup>. Nótese que la

<sup>2</sup> En este sentido, la Instrucción 1/2017 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) establece que «el control del tiempo de trabajo –la jornada– siempre ha sido y sigue siendo posible, más aún por tratarse de una de las contraprestaciones básicas del contrato de trabajo». Así, continúa diciendo que «la no obligatoriedad del registro de la jornada diaria de trabajo no exime a las empresas de respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias».

<sup>3</sup> En este sentido se posiciona el segundo voto particular de la Sentencia del TS (STS), Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017, suscrito por el magistrado Antonio V. Sempere Navarro, que establece que:

De los títulos anteriores (remuneración adecuada, prevención de riesgos laborales, control sobre el tiempo de trabajo) deriva una clara conclusión para nuestro caso: la empresa viene obligada a controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando los mismos están sujetos a un control horario.

obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo se refiere tanto al control de defectos como de posibles excesos de las personas trabajadoras respecto del tiempo de trabajo. Esto es, la empresa tiene la obligación de controlar a las personas trabajadoras para garantizar no solo que cumplen con la jornada laboral, sino también que no exceden de los límites de la misma establecidos legal, convencional o contractualmente.

A modo de conclusión, como consecuencia de la obligación empresarial de respetar la normativa sobre tiempo de trabajo, de garantizar a las personas trabajadoras su seguridad y salud en el trabajo y de retribuir en atención al tiempo de trabajo –abonando, en su caso, la realización de horas extraordinarias–, existe un deber empresarial genérico de adoptar medidas de control del tiempo de trabajo.

### **3. Control del tiempo de trabajo vs. registro de jornada: de la generalidad a la concreción normativa**

#### **3.1. ¿El registro horario como obligación intrínseca al cumplimiento de los límites sobre tiempo de trabajo?**

El control del tiempo de trabajo es, como se ha analizado en el epígrafe anterior, una obligación empresarial previa al Real Decreto-Ley 8/2019, fundamentada en la obligación empresarial de respetar la normativa sobre tiempo de trabajo, de garantizar a las personas trabajadoras su seguridad y salud en el trabajo, y de retribuir en atención al tiempo de trabajo.

Sin embargo, la concreción de la forma de control estaba en cuestionamiento con posiciones judiciales contradictorias. Como se analiza a continuación, el TS<sup>4</sup> rechazó que la obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo pudiera traducirse en la obligación de llevar un registro de la jornada. Sin embargo, por el contrario, la Audiencia Nacional (AN)<sup>5</sup> y, posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>6</sup> defendieron el registro horario como intrínseco en los límites de tiempo de trabajo.

#### **3.1.1. La problemática del control de las horas extraordinarias en el ordenamiento jurídico-laboral español**

El artículo 35.5 del ET prevé, en el marco de la regulación de las horas extraordinarias, la obligación empresarial de registrar la jornada de las personas trabajadoras. En concreto,

<sup>4</sup> Vid. SSTS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) y 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016).

<sup>5</sup> Sentencia de la AN (SAN) de 4 de diciembre de 2015 (proc. núm. 301/2015).

<sup>6</sup> Sentencia del TJUE (STJUE) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18, CC. OO. vs. Deutsche Bank).

este precepto establece que «[a] efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente».

La redacción de este precepto y la referencia a la obligación empresarial de registrar día a día la jornada han generado un debate jurisprudencial importante respecto de su carácter autónomo o condicionado a la realización de horas extraordinarias<sup>7</sup>.

El debate se abrió nuevamente por la importante SAN de 4 de diciembre de 2015 (proc. núm. 301/2015)<sup>8</sup>, que resuelve la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos UGT, CC.OO., CSICA, ACCAM-BANKIA, SATE, CGT y ACB BANKIA<sup>9</sup> contra la empresa Bankia para que se declare la obligación de la empresa de establecer un registro de

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 24 de octubre de 2002 (rec. 5241/2002) establece que el artículo 35.5 del ET:

[...] no significa que la jornada de cualquier trabajador deba registrarse día a día, con independencia de que realice o no horas extraordinarias y que necesariamente deba entregarse copia del resumen en la nómina correspondiente, pues tal registro y resumen no tienen sentido cuando no se efectúan horas extraordinarias.

En sentido similar, *vid.* la STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2016 (rec. 1070/2016), que también descarta la obligación de llevar un registro de la jornada en el marco de un contrato a tiempo parcial ante la ausencia de realización de horas complementarias en un mes concreto.

No obstante, en algunas sentencias, el TSJ de Andalucía ya había abogado por el carácter autónomo de la obligación empresarial de registro de la jornada. A modo de ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de noviembre de 2006 (rec. 2046/2001) establece que:

[...] ante el hecho de que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores establezca que «a efectos del cómputo de horas extraordinarias...» no se puede concluir que solamente cuando estas existan haya de hacer constar las ordinarias y ello porque [...] nunca podrían computarse aquellas, toda vez que para determinar su existencia es obvio que es preciso computar las horas ordinarias.

Similarmente, la Sentencia de 19 de diciembre de 2002 (rec. 301/2015) establece que:

[...] el registro de la jornada es esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un mero incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de tiempo de trabajo.

En sentido similar, también se posiciona la STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2016 (rec. 1242/2016).

<sup>8</sup> En relación con esta sentencia, *vid.*, entre otros, García-Perrote Escartín y Mercader Uguina (2016b), Moll Noguera (2016) y Morales Vázquez (2016).

<sup>9</sup> Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (UGT), Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.), Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA), Asociación de Cuadros y Profesionales de Bankia (ACCAM-BANKIA), Sindicat Autònom de Treballadors d'Estalvi (SATE), Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT) y ACB-BANKIA.

la jornada diaria efectiva realizada por las personas trabajadoras, a efectos de comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio colectivo sectorial como en los pactos de empresa, en cumplimiento del artículo 35.5 del ET.

Bankia se opone a la demanda por entender que, en tanto en la empresa no se realizan horas extraordinarias, no existe la obligación de llevar registro de la jornada diaria efectiva realizada por las personas trabajadoras. Argumenta que la facultad empresarial de establecer un sistema de control de la jornada –amparada en el art. 20.3 ET– es una opción potestativa, por cuanto no existe obligación legal o convencional de establecer un sistema de control horario. En consecuencia, Bankia apuesta por la presunción del cumplimiento de la jornada por parte de las personas trabajadoras y, por tanto, decide no ejecutar sistema de control de la jornada, con la excepción del control de ausencias, que las personas trabajadoras deben registrar en la intranet de la empresa.

Sin embargo, contraria a esta posición empresarial, la AN concluye que existe una obligación empresarial de registrar diariamente la jornada de las personas trabajadoras ex artículo 35.5 del ET.

La audiencia fundamenta su decisión en la posición del TS acerca de la finalidad del registro del artículo 35.5 del ET, según la cual dicho registro «tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe»<sup>10</sup>. En atención a lo anterior, la audiencia entiende que debe exigirse el registro de la jornada laboral diaria a todas las empresas, independientemente de la realización o no de horas extraordinarias, por cuanto es la herramienta disponible para asegurar el control de las horas extraordinarias, al proporcionar un medio de prueba documental para acreditar su realización.

Según afirma la Sala Social de la AN:

[...] si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo.

En ausencia de un registro diario de la jornada, resultaría imposible controlar la superación o no de los límites de la jornada laboral máxima; esto es, la efectiva realización o no de horas extraordinarias.

<sup>10</sup> STS, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2003 (rec. 63/2003). Posición jurisprudencial reiterada en la STS, Sala Cuarta, de 25 de abril de 2006 (rec. 147/2005).

La existencia de múltiples horarios distintos –algunos de ellos horarios flexibles– entre las personas trabajadoras de la empresa o el hecho de que algunos trabajadores realicen su jornada total o parcialmente fuera de los locales de la empresa no son elementos que excluyan la obligación empresarial de registrar la jornada. Por el contrario, la AN afirma que «dicha circunstancia obliga, con mayor razón, a que la empresa contribuya a la transparencia de su prestación, evitando desbordamientos de la jornada pactada, que nunca podrían acreditarse». Asimismo, la sala desmerece la argumentación de la empresa según la cual ha apostado por la presunción de la realización de la jornada por parte de las personas trabajadoras, por cuanto sí controla pormenorizadamente las ausencias de las mismas –las personas trabajadoras tienen la obligación de reportar en la intranet de la empresa cualquier ausencia al trabajo–.

Esta posición de la Sala Social de la AN fue confirmada en sus Sentencias posteriores de 19 de febrero de 2016 (asunto ABANCA, proc. núm. 383/2015) y 6 de mayo de 2016 (asunto Banc de Sabadell, proc. núm. 59/2016), que insisten en la obligación empresarial de establecer un registro de la jornada diaria efectiva que realizan las personas trabajadoras como herramienta para comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados y las horas extraordinarias que se puedan realizar.

La ITSS, como consecuencia de este posicionamiento jurisprudencial por parte de la AN, adoptó la Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias, iniciando una campaña de intensificación del control del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo y, en especial, la llevanza de un registro diario de la jornada y el cumplimiento de los derechos de información de la representación de las personas trabajadoras en esta materia.

Según esta instrucción, la ITSS comparte la posición de la AN según la cual:

[no puede] admitirse la ausencia de registro por no realizarse horas extraordinarias, por cuanto el registro diario de la jornada es el presupuesto que permite la contabilización de todas las horas que se hagan para deducir luego la existencia de las extraordinarias.

Por consiguiente, en esta instrucción se estableció la obligación de adoptar un registro diario de la jornada laboral, incluyendo las horas concretadas de entrada y salida de cada persona trabajadora. Según establecía expresamente la instrucción:

[no era] aceptable para la acreditación de su cumplimiento la exhibición del horario general de aplicación en la empresa o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues estos se formulan «ex ante» y determinarán la previsión de trabajo para dicho periodo, pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo, que solo se conocerán «ex post» como consecuencia de la llevanza del registro de jornada.

Únicamente mediante un registro diario que incluyera las horas efectivas trabajadas por cada persona trabajadora podía determinarse la realización de horas por encima de la jornada laboral legal o pactada.

No obstante, la ITSS admitía el carácter de libre configuración del sistema de registro de jornada, en tanto se garantizase la fiabilidad e invariabilidad de los datos. Por tanto, el modelo o tipo de registro a utilizar podía ser un registro por medios electrónicos o informáticos –como un sistema de fichaje mediante tarjeta, huella dactilar u ordenador– o por medios manuales –tales como la firma del trabajador en soporte papel–.

Según estipulaba la propia Instrucción 3/2016, la ausencia de registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras podía dar lugar a una infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS de transgresión de las normas y límites legales o pactados en materia de jornada. En consecuencia, «el registro tiene un carácter esencial en 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». Adicionalmente, en los supuestos de superación de los límites de la jornada máxima procedía infracción grave adicional por dicha superación de la jornada máxima de trabajo del artículo 7.5 de la LISOS, además de infracción grave por impago de salario de los artículos 8.1 o 7.10 de la LISOS.

Sin perjuicio de la posición de la AN y de la ITSS, la Sala Social del TS reunida en Pleno, en su Sentencia de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016)<sup>11</sup>, rechazó la existencia de una obligación empresarial de llevar un registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras a efectos de comprobar el cumplimiento de la normativa de tiempo de trabajo.

Según establece la sala, el tenor literal del artículo 35.5 del ET exige interpretarse en el sentido de que dicho precepto se refiere exclusivamente a las horas extraordinarias, por cuanto su redactado específicamente establece «a efectos del cómputo de horas extraordinarias». Por consiguiente, afirma que la obligación de la empresa de registrar las horas trabajadas se extiende solo a las horas extraordinarias realizadas<sup>12</sup>.

Asimismo, el TS fundamenta su posición en una interpretación lógica sistemática del precepto; el deber de registrar la jornada laboral se contempla en el artículo 35 del ET dedicado al régimen jurídico de las horas extraordinarias y no en el artículo 34 del ET que regula la

<sup>11</sup> Para un comentario de esta sentencia, *vid.*, entre otros, Arias Domínguez (2017), Moll Noguera (2017) y Preciado Domènech (2017).

<sup>12</sup> Es interesante apuntar, no obstante, la crítica a este argumento que realiza Preciado Domènech (2017) al entender que una interpretación literal del precepto precisamente implica llegar a la conclusión de la obligación de registrar la jornada independientemente de la realización de horas extraordinarias, en tanto que el precepto se refiere a «jornada» y no a «jornada extraordinaria».

En este mismo sentido, *vid.* Lousada Arochena (2016, p. 254).

jornada ordinaria. Más allá, el tribunal entiende que la obligación de registrar diariamente la jornada en los contratos a tiempo parcial sería un mandato innecesario «si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento del horario pactado». También la obligación de registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y ferroviarios<sup>13</sup> son evidencias de que:

[...] cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el artículo 34 del ET.

La sala entiende que su posición es acorde con su doctrina sobre el carácter condicionado de la obligación de informar a la representación de las personas trabajadoras de las horas extraordinarias realizadas ex disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995 a la efectiva existencia de horas extraordinarias en la empresa<sup>14</sup>. Así como con su posición doctrinal anterior respecto de la inexistencia de llevar un registro para el control de la jornada ordinaria<sup>15</sup>.

La Sala Social del TS también argumenta que su posición respecto a esta cuestión se ajusta a lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo. La obligación de llevar un registro de la jornada de las personas trabajadoras contenida en el artículo 18 b) i) de la Directiva 93/104/CE se refiere únicamente a aquellos supuestos en los que no se respeta la limitación del artículo 6 de la duración de la jornada de 48 horas semanales incluyendo las horas extraordinarias. Asimismo, también existe tal obligación en supuestos de jornadas laborales especiales<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Apartado 4 del artículo 10 bis, apartado 2 del artículo 18 bis y apartado 9 de la disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, respectivamente.

<sup>14</sup> *Vid.*, en este sentido, las SSTs, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2006 (rec. 63/2003), 25 de abril de 2006 (rec. 147/2005) y 18 de junio de 2013 (rec. 99/2012).

<sup>15</sup> En este sentido, su STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2006 (rec. 146/2005) establece que:

[...] la primera postulación de la demanda, en cuanto interesa «el derecho de los trabajadores a la existencia de un sistema de marcaje horario que refleje la verdadera jornada realizada por los trabajadores» no se presente avalada por un sustrato fáctico y normativo [...] y no entra en desacuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, que solo exige el registro diario de la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de horas extraordinarias.

<sup>16</sup> A modo de ejemplo, el artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2015, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patronos de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF), el artículo 8 de la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de

Asimismo, establece que debe tenerse en cuenta la normativa estatal y comunitaria sobre protección de datos, por cuanto:

[...] la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales.

Finalmente, la sala argumenta que la falta de llevanza o incorrecta llevanza de un registro de la jornada no se encuentra tipificada como infracción:

[...] lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7.5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones en el orden social, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del artículo 35.5 del ET, pues es principio de derecho el de la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y sancionadoras.

Por todo lo anterior, la Sala Social del TS concluye que el artículo 35.5 del ET no puede interpretarse en el sentido que impone la obligación empresarial de llevar un registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras a efectos de comprobar el cumplimiento de la normativa de tiempo de trabajo. Y precisa que esta solución no coloca a la persona trabajadora en una situación de indefensión a la hora de probar la eventual realización de horas extraordinarias, por cuanto la notificación o ausencia de la misma por parte de la empresa de realización de horas extraordinarias permitirá a la persona trabajadora reclamar.

Termina la argumentación, no obstante, con una reflexión acerca de la conveniencia de adoptar una reforma legislativa que clarifique esta cuestión:

Cierto que de «lege ferenda» convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de «lege data» esa obligación no existe por ahora y los tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada

---

Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) o el artículo 9 de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

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.

La STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 contiene, no obstante, tres votos particulares que se manifiestan en contra de la posición mayoritaria.

El primer voto particular, formulado por la magistrada Lourdes Arastey Sahún y al que se adhiere la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga, aboga por la necesidad de emplear una interpretación finalista del artículo 35.5 del ET que confirme la obligación de llevar un registro diario de la jornada:

La obligación de registrar las horas extraordinarias se vacía de contenido si no se efectúa un seguimiento o control de la jornada realizada por el trabajador, pues el concepto de hora extraordinaria solo surge cuando se produce la superación de la jornada ordinaria y, por ello, no cabe argumentar que el cumplimiento de la obligación legal para la empresa se satisface cuando esta registra las horas extraordinarias, ya que la calificación como tales solo será posible «ex post», esto es, tras haberse efectuado un determinado número de horas, al día, a la semana, al mes o al año.

El segundo voto particular, formulado por el magistrado Antonio V. Sempere Navarro, argumenta que debería haberse aceptado la obligación de la empresa de llevar a cabo un control del tiempo de trabajo efectivamente realizado por las personas trabajadoras (*vid.* también Sempere Navarro, 2017). Sin embargo, considera que la base de esta obligación no se encuentra en el artículo 35.5 del ET, sino en las obligaciones empresariales de respetar la integridad física de las personas trabajadoras y cumplir con las normas de seguridad y salud laboral (arts. 4.2 d) y 19 ET y 14 LPRL), satisfacer a la persona trabajadora la remuneración pactada o legalmente establecida en atención al número de horas trabajadas (art. 4.2 f) ET) y respetar los descansos legal y convencionalmente establecidos ex artículo 7.5 de la LISOS. Según apunta el magistrado:

[...] la petición formulada por los sindicatos no debiera haberse agotado en el examen sobre el alcance del artículo 35.5 del ET. Aunque el mismo no derive la obligación ni de crear un registro, ni de registrar la jornada diaria en sitio alguno, recordemos que lo solicitado es que el empleador establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados.

Si bien el magistrado acepta que el artículo 35.5 del ET no impone la obligación a todas las empresas de llevar un registro sobre la jornada diaria realizada por cada persona trabajadora, sí concluye que, como consecuencia de las anteriores obligaciones empresariales,

«la empresa viene obligada a controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando los mismos están sujetos a un control horario». En resumen, según afirma el magistrado:

No es el artículo 35.5 del ET, sino toda una serie de preceptos concordantes, la base a partir de la cual surge la necesidad de que Bankia, una empresa de grandes dimensiones, fuertemente tecnificada, y con una rica regulación convencional del tiempo de trabajo, lleve a cabo un control sobre el tiempo de trabajo efectivamente desempeñado por cada una de las personas que integran la plantilla.

Finalmente, el tercer voto particular, formulado por el magistrado Jordi Agustí Julià y al que se adhiere la magistrada Rosa María Virolés Piñol, discrepa también de la decisión mayoritaria, por entender que la interpretación actual del artículo 35.5 del ET exige apreciar la obligación empresarial de llevar un registro de la jornada. Entre otros argumentos, apunta que, mientras que en la redacción original de dicho precepto<sup>17</sup> el registro se refería a las horas extraordinarias, la redacción actual exige el registro de la jornada. Según apunta el magistrado, la finalidad del cambio normativo obedece «a que no se pudiera eludir la obligación de registrar las horas extraordinarias simplemente negando su existencia». En concreto, afirma que:

[...] es público y notorio que existe una problemática y un debate social sobre el gran número de horas extraordinarias no abonadas que se vienen efectuando, y la necesidad de su control [y, en consecuencia], la actitud «abstencionista» de la posición mayoritaria –reacia a una interpretación evolutiva del art. 35.5 ET en línea con lo resuelto por la sentencia de instancia–, tal como propugna la mayoría, no parece que se coheneste bien con la política del Estado al respecto.

En cualquier caso, sin perjuicio de los tres votos particulares analizados, la Sentencia posterior de 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016) dictada por la Sala Social del TS confirma la posición mayoritaria de la sentencia<sup>18</sup>.

Como consecuencia de la posición del TS, la ITSS adaptó su criterio de actuación mediante la Instrucción 1/2017<sup>19</sup>. En esta instrucción se aclaraba que, a la luz de la posición

<sup>17</sup> El artículo 35.5 del ET en versión de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, establecía que «la realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente».

<sup>18</sup> A favor de la posición mantenida por el TS se posiciona Arias Domínguez (2017) y en sentido contrario Preciado Domènech (2017).

<sup>19</sup> Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

del TS, no existía la obligación empresarial de llevar un registro diario de las personas trabajadoras y, por consiguiente, la ausencia de dicho registro no podía considerarse una infracción laboral<sup>20</sup>. Sin embargo, se mantuvo la campaña de intensificación del control en materia de tiempo de trabajo, por cuanto, como se aclaraba en la propia instrucción, la ausencia de una obligación empresarial de llevar un registro diario «no exime a las empresas a respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias».

### 3.1.2. El registro de jornada en la Directiva 2003/88/CE

La AN, sin perjuicio de la posición contraria mantenida por el TS analizada anteriormente, planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE (auto núm. 3/2018, de 19 de enero), referente a la obligación del registro de jornada en la normativa europea; cuestión que no había sido abordada por los tribunales españoles de forma exhaustiva. Resumidamente, formuló la cuestión de si la normativa europea en materia de limitación de jornada requiere una normativa estatal que exija un registro de jornada diaria efectiva de trabajo para las personas trabajadoras a tiempo completo que oficialmente no realizan horas extraordinarias.

El TJUE emite su sentencia el 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18, CC. OO. vs. Deutsche Bank). En primer lugar, el TJUE expone el mandato que se extrae tanto de la propia norma como de la jurisprudencia que la interpreta y afirma que, «para asegurar la plena efectividad de la Directiva 2003/88, es necesario que los Estados miembros garanticen el respeto de esos periodos mínimos de descanso e impidan que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal».

Una vez indicado lo anterior, el TJUE entra en el fondo del asunto y anticipa que es necesario que se establezca un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de forma objetiva y fiable. Pues de esta forma se podrá controlar que se respeta, primero, la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, del artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE, y, segundo, los periodos mínimos de descanso diario y semanal, establecidos en sus artículos 3 y 5.

El tribunal europeo entiende que un sistema de registro de la jornada diaria es perceptivo para garantizar el efecto útil de la Directiva 2003/88/CE y del artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la misma línea que las conclusiones

---

<sup>20</sup> «A la vista de las sentencias citadas, la única materia que queda afectada en las futuras actuaciones inspectoras es la relacionada con la llevanza del registro de jornada, por cuanto no siendo una obligación exigible a las empresas con carácter general, la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no es constitutiva, en cuanto tal, de una infracción del orden social».

del abogado general<sup>21</sup>. En primer lugar, en sentido contrario a la posición manifestada por el TS<sup>22</sup>, el TJUE entiende que sin computar las horas ordinarias no es posible conocer las horas extraordinarias de cada persona trabajadora, por cuanto, además, los medios a los que puede recurrir una persona trabajadora para demostrar el número diario de horas trabajadas y que se respeta el descanso semanal establecido no son tan objetivos ni tan fiables como un registro de la jornada diaria. Así, un sistema fiable y objetivo de registro permite que tanto las personas trabajadoras como las autoridades competentes puedan apreciar si las empresas han vulnerado los límites del tiempo de trabajo y permite proteger la salud y seguridad de las personas trabajadoras, que no puede someterse a consideraciones meramente económicas. Finalmente, el TJUE afirma que un sistema de registro permite mantener informada a la representación de la plantilla, con funciones en esta materia, para que puedan supervisar y proponer medidas a la empresa.

En conclusión, el TJUE confirma la existencia de una obligación de registro diario de la jornada de las personas trabajadoras fundamentada en los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE. Sin embargo, no se establecen los criterios de configuración de dicho registro, resultando obligación de los Estados miembros concretar dichos criterios y características.

Por último, el TJUE recalca que, de acuerdo con el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los órganos jurisdiccionales estatales deben interpretar su normativa nacional de forma que se respeten los derechos que emanan de la normativa europea. Ello obliga a recurrir a la interpretación conforme, si fuese necesaria, para modificar una jurisprudencia ya consolidada.

Valorando críticamente la sentencia, entendemos que la posición defendida por el TJUE es acertada en cierta forma. Pues llegamos a la conclusión de que de la regulación europea analizada se desprende la obligación de instaurar medidas útiles que permitan garantizar los derechos al descanso diario, semanal y a la limitación de la jornada. Lo que no compartimos es que de esa misma normativa se derive la obligación concreta y expresa de instaurar un registro diario de jornada, puesto que no hay ningún precepto que así lo establezca. Si bien es cierto que el registro es un medio apto para controlar el respeto de los límites de jornada, entendemos que existen otros instrumentos de control que permitirían garantizar la efectividad de la norma comunitaria, como lo puede ser el derecho a la desconexión que se analiza más adelante.

<sup>21</sup> Efectivamente, en las conclusiones del abogado general de la Unión Giovanni Pitruzzella emitidas el 31 de enero de 2019 en este asunto se afirma que la normativa europea exige la implantación de un registro de jornada por parte de la empresa para controlar la jornada de las personas empleadas a tiempo completo. Llega a esta conclusión con base en, principalmente, dos argumentos. El primero es que, de la interpretación sistemática de la normativa europea, en general, y de la Directiva 2003/88/CE, en particular, se desprende dicha obligación. El segundo, que los Estados miembros han de asegurarse de que se cumpla el efecto útil de la Directiva 2003/88 y, para ello, un sistema de registro de jornada es el elemento necesario.

<sup>22</sup> SSTS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) y 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016).

## 3.2. La obligación legal del registro diario de la jornada

El Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, entre otras medidas, introdujo la obligación de registro de jornada, cerrando el debate jurisprudencial sobre el carácter autónomo o no del registro horario referido en el artículo 35.5 del ET y adelantándose a la resolución del TJUE anteriormente analizada.

El artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 8/2019 modifica el artículo 34 del ET e incorpora un apartado noveno que establece un concreto instrumento de control del tiempo de trabajo como es el registro de la jornada. Así, este precepto establece que:

La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante 4 años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De este precepto se derivan cinco cuestiones importantes que merecen ser destacadas.

Primero, el mandato del artículo 34.9 del ET es claro: «la empresa garantizará el registro diario de la jornada». Es decir, todas las empresas tienen la obligación de adoptar un sistema de registro de la jornada diaria de todas las personas trabajadoras contratadas<sup>23</sup>.

Segundo, la finalidad del registro es verificar la jornada diaria efectiva de las personas empleadas. Por tanto, como establece expresamente el precepto, debe registrarse el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de todas las personas trabajadoras. Por consiguiente, en sentido contrario, no es suficiente con el registro previo del horario, sino que requiere un registro posterior de la jornada efectivamente realizada.

Tercero, la obligación de registro horario es independiente de jornadas flexibles. A pesar de que un sistema de registro puede parecer más bien apto para jornadas rígidas, la redacción del precepto deja constancia de que el registro horario debe ser compatible con las

<sup>23</sup> Es importante recordar, no obstante, que se estableció un plazo de 2 meses desde el 12 de marzo de 2019, fecha de la publicación del Real Decreto-Ley 8/2019 en el BOE, para su aplicación (disp. final sexta).

medidas de flexibilidad horaria previstas en el artículo 34 del ET. Es decir, con la distribución irregular de la jornada y con el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral.

Cuarto, el registro de jornada debe negociarse con la representación legal de la plantilla mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en defecto, establecerse por decisión de la empresa previa consulta con la representación legal. Por tanto, la empresa tiene la obligación de negociar con la representación de la plantilla y, solo en defecto de acuerdo, podrá aplicarse unilateralmente por la empresa.

Quinto, la empresa debe conservar los registros durante 4 años y debe hacerlos accesibles tanto a las personas trabajadoras y a la representación legal, como a la ITSS.

Además de la modificación del artículo 34.9 del ET, el Real Decreto-Ley 8/2019 incorporó una medida disuasoria del incumplimiento de la obligación de registro en su artículo 11. En concreto, se modificó el artículo 7.5 de la LISOS, incorporando la vulneración de las normas en materia de registro de jornada como infracción grave. Esto quiere decir que en caso de que no exista registro o este sea defectuoso se podrá imponer a las empresas una sanción de entre 626 euros y 6.250 euros, de acuerdo con el artículo 40.1 b) de la LISOS.

La redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2019, pese a establecer unos principios claros, deja serias dudas en cuanto al ámbito de aplicación, sujetos obligados y configuración.

Una primera cuestión importante se refiere al ámbito de aplicación del registro de jornada. En este punto, si bien el artículo 34.9 del ET es claro en establecer que el registro deberá incluir «el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora», han surgido dudas entre la doctrina en cuanto a su ámbito de aplicación.

En este sentido, resulta de interés la Guía sobre el registro de jornada publicada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social «con el fin de facilitar la aplicación práctica de la norma [...] sin perjuicio de la interpretación de la norma que corresponde a los juzgados y tribunales del orden social». Dicha guía confirma que la obligación de registro de jornada se aplica a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena sin distinción respecto a su modalidad contractual o de prestación de servicios. Por tanto, a todas las personas que se encuentren dentro de la definición del artículo 1.1 del ET, con independencia de si prestan servicios mediante horarios flexibles, en centros de trabajo móviles o itinerantes, a distancia, mediante contratos temporales o prestan servicios en el marco de una subcontrata.

La cuestión respecto del alcance de la obligación de registro es especialmente importante en cuanto a las relaciones laborales de carácter especial del artículo 2 del ET. La regulación de dichas actividades mediante normativa específica genera la duda de si resulta o no de aplicación el registro horario. En este punto, por tanto, resultará esencial analizar

la normativa específica para determinar si existe o no obligación de registro de la jornada por remisión a la norma laboral.

En este sentido, por ejemplo, es posible concluir que no existe obligación de registro respecto de las personas que actúan como representantes de comercio, por cuanto el artículo 4 del Real Decreto 1438/1985<sup>24</sup> establece que esta relación laboral «no implicará sujeción a jornada u horario de trabajo concreto, sin perjuicio de las previsiones contenidas en los pactos colectivos o individuales». Por el contrario, sí que existe tal obligación respecto a las personas que trabajan en el hogar familiar, por cuanto la normativa laboral común resulta de aplicación con carácter supletorio. Así, dado que el artículo 9.3 bis del Real Decreto 1620/2011<sup>25</sup> solamente excluye la obligación de registro ex artículo 12.5 h) del ET de las personas contratadas a tiempo parcial, debe entenderse que se mantiene la obligación ex artículo 34.9 del ET respecto de las personas contratadas a tiempo completo. En sentido similar, a pesar de cierta discusión doctrinal (Junceda Moreno, 2019), también existe dicha obligación de registro respecto de las personas que prestan servicios en despachos jurídicos. El artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006<sup>26</sup> se remite expresamente al ET respecto de los límites de la duración de la jornada anual.

Existe una duda importante, sin embargo, respecto del personal de alta dirección, por cuanto, si bien no existe remisión expresa en materia de tiempo de trabajo a la norma laboral común, sí tienen reconocido, como se analiza más adelante, el derecho a la desconexión digital. En cualquier caso, la interpretación más acorde con la norma es entender excluida la obligación de registro, por cuanto el artículo 7 del Real Decreto 1382/1985<sup>27</sup> establece que el tiempo de trabajo será fijado por las partes en el contrato de trabajo, con el límite de que no «excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente». Esta exclusión queda amparada en el artículo 17.1 de la Directiva 2003/88/CE, que admite que los Estados miembros puedan establecer excepciones a los límites de jornada y tiempo de descanso respecto de distintos colectivos, entre los que se incluiría el personal de alta dirección.

En este punto, no obstante, la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo citada anteriormente introduce un matiz, a nuestro juicio, problemático respecto de las personas que, no siendo personal de alta dirección, ocupan mandos intermedios, cargos de confianza o con ejercicio de especiales responsabilidades y tienen pactado un régimen

<sup>24</sup> Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellos.

<sup>25</sup> Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

<sup>26</sup> Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

<sup>27</sup> Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

de libre disponibilidad del tiempo de trabajo o sus obligaciones contractuales requieran de una plena disponibilidad horaria. Respecto de este colectivo de personas, si bien también existe obligación de registro de la jornada, la acreditación del tiempo de trabajo podrá realizarse mediante el pacto de disponibilidad horaria, «interpretándose que la retribución obtenida por el trabajador ya compensa de manera proporcionada esa mayor exigencia de tiempo de trabajo». Por tanto, recomienda que mediante la negociación colectiva o acuerdo de empresa se deje constancia de tal circunstancia «para evitar situaciones indiciariamente abusivas o desproporcionadas».

Como adelantábamos, desde nuestro punto de vista, esta referencia resulta problemática, por cuanto parece indicar que los posibles excesos de jornada que refleje el registro horario deben entenderse que son compensados por la retribución obtenida por estas personas. A nuestro parecer, no es ajustado a derecho admitir la legalidad de excesos de jornada no remunerados en consecuencia respecto de colectivos que no tienen la consideración de alta dirección, a pesar de ocupar cargos intermedios o de confianza. Efectivamente, como se ha apuntado anteriormente, el artículo 17 de la Directiva 2003/88/CE admite que los Estados miembros puedan establecer excepciones a la regulación en materia de tiempo de trabajo respecto de «ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo». Sin embargo, en el ordenamiento jurídico-laboral español, esta posibilidad se ha ejercido únicamente respecto del personal de alta dirección, quedando las demás personas que ocupan cargos intermedios sujetas a la relación laboral y a la normativa común en materia de tiempo de trabajo. Por consiguiente, desde nuestro punto de vista, los excesos de jornada respecto de personas que ocupan cargos intermedios o de dirección sectorial no pueden entenderse ajustados a derecho a no ser que se retribuyan como horas extraordinarias.

Además, es importante recordar que el apartado 7 del artículo 34 del ET también fue modificado por el Real Decreto-Ley 8/2019, habilitando al Gobierno a adoptar «especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran». La ausencia de regulación especial, a pesar de esta habilitación, respecto de la obligación de registro de las personas que ocupan cargos intermedios o de dirección sectorial indica la voluntad de mantener la integridad de dicha obligación.

En relación con el alcance de la obligación del registro horario, es importante mencionar también que respecto a las personas que con anterioridad ya existiese obligación de registrar la jornada en virtud del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (como las personas trabajadoras móviles, de la marina mercante y de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario) o del artículo 12.4 c) del ET respecto a las personas que trabajan a tiempo parcial, se mantendrá su régimen específico.

En segundo lugar, respecto de los sujetos obligados a cumplir con el registro horario, es importante recalcar que esto recae sobre la empresa empleadora. Por tanto, en supuestos de subcontratación, la obligación de registro horario recae sobre la empresa contratista o

subcontratista respecto de las personas por ellas contratadas. Sin embargo, como establece la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo, cuando las personas contratadas por la empresa contratista presten servicios en las instalaciones de la empresa principal, es posible que las dos empresas concurrentes acuerden utilizar el sistema de registro de la empresa principal, facilitando:

[...] mayor fiabilidad de la jornada efectivamente realizada por los trabajadores de la contratista, así como su control por esta última de defectos o excesos de la jornada que puedan contradecir los términos acordados en la relación interempresarial y ser objeto de responsabilidad.

En todo caso, la obligación de conservación y mantenimiento de datos del registro radica en la empresa contratista.

En supuestos de personas trabajadoras contratadas vía empresas de trabajo temporal (ETT), la regulación propia de estas personas trabajadoras especifica que el poder de dirección y control es ejercitado por la empresa usuaria (art. 15 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal –LETT–). Por consiguiente, como confirma la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo, la obligación de cumplir con el registro horario corresponde a la empresa usuaria. En consecuencia, será esta quien tenga que cumplir con la obligación de registrar la jornada y conservar dichos registros durante el plazo de 4 años. No obstante, en tanto que la obligación de abono de los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social corresponde a la ETT (art. 12 LETT), se deben comunicar los datos del registro entre las dos empresas.

En tercer lugar, respecto a la configuración concreta del registro, el artículo 34.9 del ET solamente se refiere a la necesidad de negociar o, en defecto, consultar con la representación legal de la plantilla la organización y documentación del registro. Sin embargo, nada especifica respecto a las exigencias técnicas del sistema de registro.

En este punto, parece que la opción es ofrecer libertad a la configuración del sistema de registro, dejándolo al arbitrio de la negociación colectiva o la decisión de la empresa en atención a las características del puesto de trabajo y de la empresa. Esta previsión está en consonancia con el artículo 20.3 del ET que establece que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones».

En este sentido, es interesante destacar nuevamente la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo, que establece que será válido cualquier sistema o medio, en soporte papel o telemático, que proporcione información fiable, inmodificable y no manipulable *a posteriori* –ni por la empresa ni por la propia persona trabajadora–. Con esta intención, se debe conservar el registro en un formato inalterable tras determinarse la jornada. En tanto se respeten estos requisitos, el sistema de registro puede consistir en registros

telemáticos u hojas de horas que permiten la autogestión del tiempo de trabajo por parte de la persona trabajadora.

En todo caso, es importante recordar que si se utilizan sistemas de videovigilancia o geolocalización se debe respetar la LOPD.

Con todas estas novedades, la ITSS emitió el Criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada. La contribución de este criterio se basa principalmente en ratificarse en los contenidos expuestos por el Real Decreto-Ley 8/2019, la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) y la guía del Ministerio de Trabajo. En definitiva, que la obligación de registro de jornada incluye a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena, que el registro debe ser diario, objetivo, fiable y accesible en cualquier momento para cuando lo soliciten las personas trabajadoras, la representación legal de la plantilla y la ITSS.

## 4. Derecho al descanso vs. derecho a la desconexión digital: del derecho laboral a la obligación empresarial

### 4.1. El derecho a la desconexión digital

Con la aprobación de la LOPD se reconoce en el ordenamiento jurídico-laboral español el derecho a la desconexión digital de los trabajadores en su artículo 88<sup>28</sup>.

Desde que Francia introdujo la figura del derecho a la desconexión digital (Loïc, 2016) en la denominada Ley El Khomri<sup>29</sup> –por el apellido de la ministra de Trabajo que la promovió–, se generó un debate interesante sobre la conveniencia de reconocer también este derecho en el ordenamiento jurídico-laboral español, que finalmente se materializó con la aprobación del artículo 88 de la LOPD. Según este precepto:

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente

<sup>28</sup> Sin perjuicio de su carácter de ley orgánica, la disposición final primera de la norma precisa que el derecho a la desconexión digital tiene carácter de ley ordinaria. Es decir, se entiende que el derecho a la desconexión no es un derecho fundamental, a pesar de que de la misma redacción del artículo se entiende que está estrechamente vinculado a algunos de ellos y que en el preámbulo de la norma destaca que «ocupa un lugar relevante [...] en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral».

<sup>29</sup> *LOI n.º 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.*

establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

El primer apartado del artículo 88, a modo de declaración formal, reconoce el derecho a la desconexión a personas trabajadoras y empleadas públicas. Asimismo, dota al derecho a la desconexión del objetivo de garantizar que se respeta el tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar. Además, según el apartado segundo del precepto, la política empresarial de desconexión digital debe buscar fortalecer el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, sin perjuicio de tener en cuenta las características propias de la actividad realizada.

La norma legal posa el desarrollo y concreción del derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva y en la política de empresa. La efectividad del control de la jornada y del derecho a la desconexión pasa por su adaptación a cada realidad empresarial, tal y como prevé el apartado 2 de la norma cuando establece que el ejercicio del derecho atenderá «a la naturaleza y objeto de la relación laboral». Pues consideramos que difícilmente una norma legal podría establecer una regulación suficientemente detallada y, a la vez, flexible para adaptarse a la diferente casuística empresarial.

En este sentido, es interesante destacar que un sector de la doctrina iuslaboralista se había posicionado a favor de la regulación del derecho a la desconexión, abogando por su concreción por vía de la negociación colectiva o políticas empresariales (Del Rey Guanter y Tena Planas, 2017; Del Rosal Segura, 2017; García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2016a; Mercader Uguina, 2017; Rodríguez Fernández, 2017). De esta manera, entendían que se debería permitir que el derecho a la desconexión fuese concretado para cada empresa, actividad e, incluso, para las distintas responsabilidades profesionales (Molero Navarro, 2017), modalidades de horario –estableciéndose, por tanto, especialidades para las personas trabajadoras que gozan de cierta autonomía y flexibilidad horaria– o colectivos de personas trabajadoras existentes en la empresa (Del Rey Guanter y Tena Planas, 2017).

La aplicación del derecho a la desconexión se refiere únicamente respecto de aquellas empresas que tienen a personas trabajadoras conectadas. Esto es, solamente en relación con aquellos puestos de trabajo que emplean medios y dispositivos electrónicos de comunicación, por cuanto es respecto de estos que existe la necesidad de aplicar, además del actual derecho al descanso, un derecho a la desconexión digital.

No obstante, el artículo 88.3 de la LOPD específicamente establece que la política de desconexión digital adoptada en la empresa debe incluir también a las personas trabajadoras que ocupan puestos directivos en la empresa, así como establecer medidas concretas para las personas que prestan servicios, total o parcialmente, a distancia o desde el domicilio habitual.

En cuanto a la configuración o concreción del derecho a la desconexión digital, el apartado 3 del artículo 88 de la LOPD amplía el poder de control y dirección de la empresa a la modulación y diseño del derecho a la desconexión. Sin perjuicio de la obligación de dar audiencia previa a la representación legal de la plantilla, la norma no exige ninguna modalidad de regulación o concreción del derecho a la desconexión. Es más, es flexible en la medida en que pretende que este se configure de acuerdo con la actividad en cuestión, siempre que sirva para la finalidad de garantizar el tiempo de descanso.

Las posibilidades, por tanto, son muchas y muy variadas: bloqueo técnico del acceso a las aplicaciones o plataformas de trabajo de la empresa (intranet, *cloud*, etc.), instalación de un *software* que impida el envío o recepción de mensajes, introducción de una alerta que indique a la persona trabajadora que ha alcanzado el límite de su jornada o, incluso, una política empresarial que, sin empleo de dispositivo técnico alguno, expresamente prohíba el contacto con y entre personas trabajadoras durante el tiempo de descanso, garantizando, por tanto, el derecho de las personas trabajadoras a desconectarse de los dispositivos tecnológicos y digitales.

Existe solamente una exigencia mínima del contenido del derecho a la desconexión digital. La política empresarial de desconexión, determinada unilateralmente por la empresa o adoptada por acuerdo con la representación legal de la plantilla, debe incluir, además de los términos de ejercicio del derecho, acciones de formación y sensibilización para que la plantilla use razonablemente los dispositivos digitales en aras de evitar la fatiga informática. Como puede observarse, por tanto, el derecho a la desconexión digital se configura como un instrumento de prevención de riesgos laborales.

Finalmente, en cuanto a la adopción de la política de desconexión digital, el apartado tercero del artículo 88 de la LOPD establece que la empresa, «previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores». Por tanto, según este precepto, no existe obligación de negociación entre la empresa y la representación legal de la plantilla.

Es cierto que el apartado segundo de este mismo precepto establece que las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital «se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores». Sin embargo, pese a que de la literalidad del apartado segundo del artículo 88 puede parecer que se requiere un acuerdo convencional para fijar la efectividad de este derecho, debe interpretarse que se refiere al ejercicio del derecho y no a la configuración de la política empresarial de desconexión. Especialmente por cuanto el apartado tercero prevé que bastará la previa audiencia con la representación de las personas trabajadoras para que la empresa pueda establecer una política interna que defina las modalidades de ejercicio del derecho.

Por consiguiente, cumpliendo con la obligación de audiencia previa, la empresa puede adoptar la política de desconexión digital de forma unilateral. En este sentido, tanto la redacción defectuosa como la posibilidad de que la empresa pueda fijar unilateralmente los modos de ejercicio de este derecho han sido criticadas por Serrano Olivares (2018), que entiende que da lugar a una regulación descafeinada del derecho.

## 4.2. La configuración del derecho a la desconexión digital como una obligación empresarial de control del tiempo de descanso

El derecho a la desconexión digital se configura como una fórmula para garantizar el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones y a la intimidad personal y familiar. Así, como establece el propio artículo 88.1 de la LOPD, se reconoce el derecho a la desconexión «a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones».

Existe un sector de la doctrina que considera que este derecho se encontraba ya regulado en el ordenamiento jurídico-laboral mediante el reconocimiento de periodos mínimos de descanso a las personas trabajadoras y la obligación empresarial de respetar los mismos (Todolí Signes, 2017; Vallecillo Gámez, 2017; Vidal, 2017). Efectivamente, la normativa sobre jornada laboral máxima y descansos mínimos (arts. 34 y 37.1 ET) implica el derecho de las personas trabajadoras a no trabajar durante los periodos de descanso –salvo, claro está, en supuestos de realización de horas extraordinarias–. Este sector defiende que las personas trabajadoras, por tanto, siempre han tenido el derecho a no contestar correos electrónicos, wasaps o llamadas telefónicas durante su tiempo de descanso. Correlativamente, por tanto, la empresa no puede –tampoco antes de la aprobación del derecho a la desconexión– exigir trabajo fuera del tiempo de trabajo, ni, por tanto, sancionar la negativa de la persona trabajadora de prestar servicios durante los periodos de descanso. Según establece Molina Navarrete (2017), no hay ningún tipo de diferencia entre desconectar digitalmente y disfrutar realmente del periodo de descanso.

Efectivamente, el ordenamiento jurídico-laboral español reconoce y reconocía, previo al derecho a la desconexión, derechos de descanso a las personas trabajadoras, que deben ser respetados por parte de la empresa.

En este sentido, es interesante citar la SAN 94/1997, de 17 de julio, que declara la nulidad de una política empresarial que obligaba a las personas trabajadoras a mantener conectados sus teléfonos móviles con los de la empresa una vez finalizada la jornada laboral. En concreto, la sentencia establece que:

[...] se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento.

Esta sentencia es interesante por cuanto, si bien no reconoce la existencia del derecho a la desconexión en el ordenamiento jurídico laboral, sí que declara la imposibilidad empresarial de exigir una conexión permanente por parte de las personas trabajadoras.

Asimismo, es también interesante destacar la STS, Sala Cuarta, de 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014), que declara abusiva una cláusula contractual establecida por la empresa en virtud de la cual:

[...] las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico [...] según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto.

El TS entiende que una cláusula de estas características requiere el consentimiento expreso y voluntario de la persona trabajadora, características que no se cumplen en este caso al establecerse genéricamente en el contrato de trabajo. La persona trabajadora, parte contratante en posición de debilidad, puede verse forzada a aceptar dicha cláusula y, por ende, el tribunal entiende que debe considerarse nula por vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Esta sentencia es interesante en este contexto por cuanto, al impedir que –salvo consentimiento expreso– la empresa pueda contactar con las personas trabajadoras mediante medios o dispositivos tecnológicos y digitales personales, garantiza, en cierta medida, la desconexión –al menos de aquellas personas cuya empresa no les ha facilitado dispositivos electrónicos corporativos–.

No obstante, el derecho a la desconexión digital no es equiparable a los derechos de descanso ya reconocidos en el ordenamiento jurídico-laboral, configurándose como un derecho

autónomo y diferenciado del descanso. A nuestro entender, es importante diferenciar entre derecho al descanso y derecho a la desconexión digital. Mientras que el primero es definido como el respeto de los periodos mínimos de descanso diario, semanal y anual establecidos legal, convencional o contractualmente, el segundo es definido como el derecho de las personas trabajadoras a estar desconectadas de dispositivos y medios tecnológicos durante dichos periodos de descanso.

Ciertamente, el derecho a la desconexión digital garantiza un derecho efectivo y real al descanso; al respeto de los periodos de los descansos por parte de la empresa. Sin embargo, no son instituciones idénticas. El derecho a la desconexión es un derecho complementario por cuanto garantiza no solo el descanso y el respeto a los límites de jornada, sino la desconexión de los medios y dispositivos tecnológicos. Es decir, el derecho a la desconexión aplica en la medida en que se presten servicios con dispositivos tecnológicos.

Téngase en cuenta que, como se ha apuntado anteriormente, el derecho a la desconexión está relacionado también con la prevención de riesgos laborales asociados al uso continuado y prolongado de nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En este sentido, el derecho a la desconexión aparece como la medida necesaria para abordar no solamente el respeto al derecho al descanso en un entorno donde cada vez se difumina más la línea entre vida privada y vida laboral, sino también los nuevos riesgos laborales surgidos de las tecnologías de la información y la comunicación.

En otras palabras, el derecho a la desconexión digital se configura como un derecho instrumental de control del tiempo de trabajo. En consecuencia, como una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo; o, mejor dicho, de control del tiempo de descanso.

Efectivamente, el derecho a la desconexión, en consonancia con la redacción del artículo 88 de la LOPD, requiere que sea entendido como una obligación empresarial de adoptar medidas para garantizar la efectiva desconexión de los medios y dispositivos tecnológicos por parte de las personas trabajadoras durante el tiempo de descanso (Gutiérrez Colominas, 2020).

La efectividad del derecho a la desconexión digital requiere que la política adoptada en la empresa, más allá de reconocer genéricamente el derecho ya regulado en el artículo 88 de la LOPD, establezca medidas específicas de desconexión. En concreto, el diseño de la política empresarial de desconexión requiere que se centre no solo en la persona trabajadora como destinataria, sino especialmente en el origen de la comunicación. Esto es, debe incluir medidas específicas para evitar las comunicaciones con y entre las personas trabajadoras fuera del tiempo de trabajo.

En consecuencia, el derecho a la desconexión implica la obligación empresarial de no comunicación con las personas trabajadoras fuera de su tiempo de trabajo. Es decir, la efectividad del derecho a la desconexión –especialmente en un contexto en el que

muchas personas trabajadoras se encuentran sujetas a una importante presión laboral—requiere basarse en el origen de la comunicación y no solamente en el destinatario. Esto es, la efectividad del derecho a la desconexión requiere, además de reconocer el derecho de las personas trabajadoras a desconectar los dispositivos tecnológicos y digitales, la obligación empresarial de no comunicarse con ellas durante los periodos de descanso. Si no se configura el derecho a la desconexión como una correlativa obligación empresarial, se convertiría en un derecho carente de contenido, al existir el riesgo de recompensar a las personas trabajadoras menos desconectadas con promociones, aumentos salariales, incentivos, etc.

Pese a todo, a nuestro juicio, el punto más criticable de la introducción legislativa del derecho a la desconexión digital es que no se recoge una infracción expresa en caso de incumplimiento. En este sentido, las infracciones pueden ser desde no desarrollar ni siquiera la política interna de uso del derecho a la desconexión a, a pesar de existir una política de desconexión, ignorar sus disposiciones.

Desde nuestra perspectiva, por analogía con el registro de jornada y de acuerdo con el primer apartado del artículo 88 de la LOPD, se trataría de una infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS, ya que se produciría:

[una] transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.

Ello conllevaría la imposición de una sanción de entre 626 a 6.250 euros de acuerdo con el artículo 40.1 b) de la LISOS.

## 5. Los ámbitos del control del tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión

El control del tiempo de trabajo es una obligación empresarial previa al reconocimiento del derecho a la desconexión digital y del registro horario, fundamentada en la obligación empresarial de respetar la normativa sobre tiempo de trabajo, de garantizar a los trabajadores su seguridad y salud en el trabajo y de retribuir en atención al tiempo de trabajo.

Por consiguiente, el registro horario y el derecho a la desconexión digital no añaden nuevos derechos a las personas trabajadoras, sino que concretan dos modalidades o esferas de control del tiempo de trabajo. Efectivamente, como se ha analizado en el presente estudio, mientras que el registro horario supone el control del tiempo de trabajo, el derecho a la desconexión permite el control del tiempo de descanso.

A continuación se analizan las esferas del control empresarial del tiempo de trabajo, diferenciando tres escenarios: control del tiempo de trabajo en el lugar de trabajo, control del tiempo de trabajo de la prestación de servicios a distancia y control del tiempo de descanso, como manifestación específica de tiempo de trabajo.

## 5.1. El registro horario como herramienta de control del tiempo de trabajo

El control del tiempo de trabajo, desde la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2019, debe realizarse, como mínimo, mediante el registro de la jornada diaria. Efectivamente, como se ha apuntado anteriormente, el nuevo artículo 34.9 del ET exige a la empresa adoptar un registro horario de la jornada, consignándose el horario de inicio y fin de la jornada, como instrumento de control del tiempo de trabajo.

Nótese, no obstante, que el sistema de registro no es la única medida de control del tiempo de trabajo que puede adoptar la empresa. El control en el lugar de trabajo podrá realizarse, como establece el artículo 20.3 del ET, mediante la adopción de «las medidas que estime más oportunas», siempre que se garantice la objetividad y veracidad de los datos. Por tanto, además del registro horario, la empresa puede adoptar las medidas de control del tiempo de trabajo que estime oportunas en atención a las circunstancias concretas.

El control del tiempo de trabajo en el lugar de trabajo generalmente se realizará de forma presencial en el centro de trabajo, pudiendo variar desde formas rígidas de control del tiempo de trabajo como el fichaje mediante tarjeta magnética, huella dactilar, control del ordenador o teléfono móvil a formas más laxas o flexibles como hojas volantes o el autocontrol por parte de las personas trabajadoras.

Existe, como se ha apuntado anteriormente, libertad empresarial en la determinación del tipo de registro horario, pudiéndose adaptar a las necesidades de la empresa y a las diversas fórmulas de tiempo de trabajo en ella existentes. Debe tratarse, no obstante, de un sistema objetivo, fiable y accesible, debe incluir el horario efectivo de entrada y salida y, como establece la Instrucción 101/2019 de la ITSS, adecuado para satisfacer la «obligación de resultado en el sentido de establecer fácticamente un registro».

La utilización del registro horario como instrumento de control del tiempo de trabajo puede generar problemas de aplicación práctica que merecen ser abordados.

En primer lugar, el registro de la hora de inicio y fin de la jornada no implica necesariamente que todo el tiempo que media deba ser considerado como tiempo de trabajo efectivo, debiéndose identificar qué constituye tiempo de trabajo y qué tiempo de descanso.

Como es bien sabido, el artículo 34.4 del ET reconoce a las personas trabajadoras un descanso mínimo de 15 minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de 6 horas

–30 minutos cada 4 horas y media para las personas trabajadoras menores de edad–. Este periodo de descanso, según establece el propio precepto, se considerará tiempo de trabajo efectivo si así se establece por convenio colectivo o contrato de trabajo.

En ausencia de previsión expresa, se entiende que este tiempo de descanso no tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, como establece la Instrucción 101/2019 de la ITSS, es recomendable que, mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa, se detalle qué aspectos son o no tiempo de trabajo. En sentido similar, la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo también recomienda que se registren todas las partes de la jornada:

[...] en especial lo relativo a pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, o voluntarias, para permitir eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y la finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo.

En todo caso, el trabajo durante el periodo de descanso lo convierte, necesariamente, en tiempo de trabajo (Del Rey Guanter y Tena Planas, 2017), debiéndose retribuir acordemente. En este punto, es interesante recordar el conflicto acerca de la naturaleza de las horas de trabajo realizadas durante el periodo de descanso. La Sala Social de la AN en su Sentencia de 2 de julio de 2014 (proc. núm. 114/2014) determinó la naturaleza de horas extraordinarias del tiempo de trabajo durante la denominada «pausa bocadillo». Según la sala, «si dicho periodo no puede descansarse, incrementa la jornada de los trabajadores que no disfrutaron el descanso y el periodo no descansado, al aumentar necesariamente la jornada ordinaria de trabajo, debe considerarse como horas extraordinarias». Sin embargo, el TS, en su Sentencia de 12 de noviembre de 2015 (rec. 14/2015), desestima el recurso planteado ante la sentencia de la audiencia y entiende que el trabajo durante el tiempo de descanso no tiene la consideración de hora extraordinaria, sin perjuicio de la obligación empresarial de compensarlo con una retribución adicional en atención a la normativa de la empresa –en este caso, reconoce a las personas trabajadoras el plus salarial que se reconoce a aquellas que no tienen derecho a dicho periodo de descanso–.

Independientemente de su consideración como tiempo de trabajo efectivo o no, la empresa mantiene ciertas facultades de control respecto de la persona que se encuentra en periodo de descanso. Si la persona trabajadora permanece dentro de las instalaciones de la empresa –despacho, cafetería, comedor, salas de descanso, etc.–, continuará sujeta a ciertas obligaciones laborales, tales como la buena fe, observar las medidas de prevención adoptadas o cumplir las instrucciones u órdenes empresariales en cuanto al uso de los medios electrónicos proporcionados por la empresa (art. 5 ET). Por ejemplo, si la empresa ha prohibido el uso extralaboral de los medios electrónicos –ordenador, tableta, *smartphone*, etc.–, tampoco podrán ser utilizados durante el periodo de descanso, pudiendo dar lugar a sanciones en caso de utilizarse. Por el contrario, si la empresa ha permitido su uso personal, estos pueden ser utilizados durante los periodos de descanso.

La retribución del tiempo de descanso dependerá de su consideración como tiempo de trabajo efectivo o no. En aquellos supuestos en los que el periodo de descanso tenga la consideración de tiempo de trabajo efectivo será retribuido como tal. Sin embargo, es interesante apuntar una línea jurisprudencial que parece admitir la diferente retribución del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. En este sentido se posiciona la STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-266/14) en el asunto Tyco Integrated Security, que dispone que puede establecerse una retribución diferente por el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de desplazamiento o tiempo de disponibilidad. Similarmente, la ya mencionada STS, Sala Cuarta, de 12 de noviembre de 2015 (rec. 14/2015) admite la posibilidad de retribuir de forma distinta el trabajo realizado en tiempo de descanso. En el caso enjuiciado, el tribunal considera que una correcta compensación de dicho trabajo es el plus salarial que reciben las personas trabajadoras que no tienen dicho periodo de descanso, sin que deba retribuirse este tiempo de trabajo necesariamente como horas ordinarias de trabajo.

En segundo lugar, la identificación de excesos de jornada requiere una valoración global del registro horario por cuanto, como establece el artículo 34.9 del ET, el registro horario es independiente de la flexibilidad horaria que regula el propio precepto.

Como es bien sabido, el artículo 34.2 del ET que regula la distribución irregular de la jornada admite la superación de los límites de la jornada máxima ordinaria. Es decir, vía distribución irregular de la jornada es posible la superación de 9 horas diarias, 40 horas semanales y 1 día y medio de descanso ininterrumpido a la semana. Lo anterior es posible siempre que la distribución irregular de la jornada se haya introducido por acuerdo entre la empresa y la representación legal o, en defecto, por decisión unilateral de la empresa limitada al 10% de la jornada de las personas trabajadoras en este último caso. Además, es necesario garantizar el descanso de 12 horas entre jornada y jornada, el respeto de 40 horas semanales en cómputo anual, 1 día y medio a la semana en cómputo de 14 días y la compensación de los excesos o defectos.

En atención al régimen jurídico de la distribución irregular de la jornada, es importante que el registro de jornada sea ponderado de forma global a efectos de controlar el respeto de la jornada laboral máxima. Pues es posible que durante un determinado periodo se reflejen excesos de jornada que, en realidad, no equivalen a incumplimientos ni horas extraordinarias por compensarse en meses anteriores o posteriores.

No obstante, existe una corriente doctrinal y jurisprudencial que aprecia una inversión de la carga de la prueba en la acreditación de horas extraordinarias en ausencia de registro de jornada. En este sentido, existen algunas sentencias que entienden que se produce una inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que la empresa haya incumplido su obligación de llevar el registro de la jornada ex artículo 35.5 del ET. Sin embargo:

[...] para que dicho incumplimiento lleve a invertir la carga de la prueba no basta con que se acredite la falta de registro y el trabajador alegue la realización de horas

extraordinarias, sino que ha de presentarse un panorama indiciario suficiente de la realización de excesos de jornada que permitan una mínima cuantificación, en cuyo caso y frente a la prueba de tales excesos, no podría desestimarse la demanda por la falta de concreta cuantificación de las horas extraordinarias realizadas, puesto que es el empresario el que, cumpliendo con sus deberes legales, puede aportar dicha cuantificación<sup>30</sup>.

La STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015) adopta una posición similar en relación con la realización de horas extraordinarias por parte de personas teletrabajadoras. Según esta sentencia:

[...] solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo.

Esto es, únicamente si en la empresa existen normas claras sobre tiempo de trabajo y sistemas de control, las horas realizadas voluntariamente por la persona trabajadora fuera de este tiempo de trabajo no conllevan obligaciones laborales, como su cómputo como tiempo de trabajo o la compensación como horas extraordinarias. Por el contrario, la ausencia de pautas claras sobre tiempo de trabajo e instrumentos de control conlleva la obligación de la empresa de computar como tiempo de trabajo y abonar el pago de las horas realizadas por la persona trabajadora. Según declara la sentencia, en este último supuesto, la empresa no puede eximirse de la compensación de las horas extraordinarias, por cuanto implicaría «crear un espacio de total impunidad y alegaldad en el trabajo a distancia y en el domicilio».

Más recientemente, la STSJ de Castilla y León de 24 de mayo de 2019 (rec. 272/2019) asevera que:

[...] a partir de la inexistencia de registro, las reglas de distribución de la carga de la prueba determinan que es la empresa a la que corresponde acreditar una jornada a tiempo parcial y no a la trabajadora demostrar que su jornada es a tiempo completo.

<sup>30</sup> STSJ de Castilla y León de 28 de julio de 2010 (rec. 1189/2010). Posición empleada también recientemente en las SSTSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2017 (rec. 765/2017) y 24 de mayo de 2019 (rec. 272/2019).

Asimismo, conviene hacer en este punto también una advertencia. Si se requiere para el juicio la aportación del registro de jornada y la empresa ignora el requerimiento, se tendrán por probadas las cuestiones alegadas en virtud del artículo 94.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, tal y como expone claramente la STSJ de Catalunya de 5 de septiembre de 2019 (rec. 2717/2019).

En sentido similar se posiciona Lousada Arochena (2016), que afirma que, en caso de incumplimiento empresarial de la obligación de registrar la jornada, si bien no se produce una auténtica inversión de la carga de la prueba, «atribuirá necesariamente una mayor credibilidad en relación con las alegaciones y pruebas del/a demandante y una menor credibilidad en relación con las alegaciones y pruebas de la empresa demandada dado que nadie se puede aprovechar de sus incumplimientos»<sup>31</sup>.

No existe un derecho individual de la persona trabajadora de determinar su tiempo de trabajo. La persona trabajadora no tiene la capacidad para, unilateralmente y sin el consentimiento expreso o tácito de la empresa, ampliar el número de horas trabajadas mediante la realización de horas extraordinarias –u horas complementarias respecto a las personas trabajadoras a tiempo parcial–. Sin embargo, como puede observarse de los más recientes pronunciamientos judiciales, la realización de horas extraordinarias en ausencia de registro horario presume la existencia de estas horas extraordinarias.

En tercer lugar, la introducción del registro horario no puede conllevar cambios sobre el tiempo de trabajo que constituyan modificaciones sustanciales de las condiciones laborales ex artículo 41 del ET, tampoco la flexibilidad de la gestión del tiempo de trabajo.

Como se ha analizado anteriormente, la introducción de un registro de la jornada constituye una obligación empresarial, cuyo incumplimiento puede ser objeto de sanción. Por consiguiente, sin perjuicio de la obligación de audiencia previa de la representación legal de la plantilla, es obligación de la empresa cumplir con dicha exigencia, sin que su introducción del registro pueda considerarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sin embargo, sí constituiría modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando la introducción del sistema de registro conlleve, adicionalmente, la modificación de condiciones de tiempo de trabajo.

A modo de ejemplo, no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo la introducción de un sistema de registro respecto de aquellas personas que gozaban de autonomía en la gestión del tiempo de trabajo. Si bien es cierto que anteriormente estas personas no reportaban a la empresa el uso del tiempo de trabajo, la introducción del registro horario no puede entenderse como una modificación sustancial de condiciones de

---

<sup>31</sup> Esta posición fue manifestada con anterioridad a la STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) sobre la no obligación de registro diario de la jornada laboral.

trabajo, sino como el cumplimiento por parte de la empresa de una exigencia legal. Sin embargo, la introducción del registro no puede, a nuestro entender, suprimir dicha autonomía en la gestión del tiempo de trabajo. Es decir, si el registro de las horas de inicio y fin de la jornada conlleva el cambio a un horario fijo y determinado, sí debería tratarse como una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En este punto, resulta interesante citar la SAN de 10 de diciembre de 2019 (proc. núm. 232/2019). En este supuesto, la empresa Galp, ante la ausencia de acuerdo con la representación legal de la plantilla respecto del sistema de funcionamiento del registro, determina de forma unilateral el modo de funcionamiento del mismo. En concreto, establece que, a partir de la fecha en la que se ejecuta el nuevo sistema de registro, (i) en caso de que una persona trabajadora termine sus 7 horas y 45 minutos de jornada fuera de su centro de trabajo, podrá volver a su domicilio sin que este tiempo se considere tiempo de trabajo; (ii) si el registro refleja la realización de horas adicionales a una jornada ordinaria, estas no se considerarán horas extraordinarias a no ser que cuenten con la autorización previa de los superiores jerárquicos; y, (iii) las personas trabajadoras deberán fichar la salida en caso de ausencias para fumar, tomar café o desayunar, pues estas situaciones no computan como tiempo de trabajo.

El sindicato CC. OO. ejercita una acción de impugnación contra la medida, alegando que se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo y que, al no haberse seguido el procedimiento del artículo 41 del ET, debe considerarse nula. La AN desestima la demanda al considerar que ninguna de las tres medidas anteriores modifica condiciones de trabajo preexistentes en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo y, por tanto, no existe incumplimiento del artículo 41 del ET.

En cualquier caso, la sentencia de la AN es especialmente interesante por cuanto establece que la ausencia de control del tiempo de trabajo no necesariamente se traduce en una condición más beneficiosa. Así, la ausencia de control por parte de la empresa en las pausas realizadas por parte de las personas trabajadoras para tomar café o fumar no puede derivarse una condición más beneficiosa de entender como tiempo efectivo de trabajo dicha pausa. Es decir, si bien sí que es condición más beneficiosa la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo otorgada por la empresa a las personas trabajadoras, no lo es el carácter de tiempo de trabajo efectivo. Según la AN:

[...] se venía tolerando, por una política de confianza empresarial en virtud de la cual cada trabajador es responsable de desarrollar la jornada comprometida, que los trabajadores salieran de las instalaciones para fumar o para tomar café, sin que quepa deducir de tal circunstancia, que la empresa reputase dichas interrupciones de la prestación de servicios como trabajo efectivo, entre otras cosas, porque no existía un efectivo control y seguimiento de la jornada desarrollada por cada trabajador.

## 5.2. El control del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia

El control del tiempo de trabajo respecto a la prestación de servicios a distancia merece mención especial. Es decir, el control del tiempo de trabajo en aquellos supuestos en los que la prestación de servicios se realiza fuera de las instalaciones de la empresa en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta.

En concreto, según el artículo 2 a) del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, se define el trabajo a distancia como:

[...] forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

Específicamente, según su artículo 1, se entiende que el trabajo a distancia es regular cuando se preste, en un periodo de referencia de 3 meses, un mínimo del 30 % de la jornada –o porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato–.

La empresa, efectivamente, también tiene capacidad para controlar el trabajo –y, por tanto, el tiempo de trabajo– de las personas trabajadoras que prestan servicios fuera de las instalaciones de la empresa, incluso cuando prestan servicios desde su domicilio en régimen de teletrabajo.

Con anterioridad a la publicación del Real Decreto-Ley 8/2019 en materia de registro de jornada, la STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015) entendió la obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo de las personas teletrabajadoras. La empresa argumenta, en primer lugar, que el tiempo de trabajo realizado en el domicilio de la persona trabajadora también tiene la consideración de tiempo de trabajo. En consecuencia, el respeto de los límites máximos de jornada y mínimos de descanso forma parte de la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del domicilio son derechos de la persona trabajadora que pueden ceder ante actuaciones empresariales justificadas, necesarias y proporcionales, y, por tanto, no pueden ser invocados por la empresa como forma para eximirse del control del tiempo de trabajo. Por todo lo anterior, la sentencia concluye que, también respecto de las personas trabajadoras a distancia, «corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos».

Tras la aprobación del registro de jornada, resulta indiscutible su aplicación respecto de las personas que prestan servicios a distancia y, específicamente, en régimen de teletrabajo. Así lo establece el artículo 14 del Real Decreto-Ley 28/2020, según el cual:

El sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

Asimismo, es interesante destacar la Guía sobre el registro horario del Ministerio de Trabajo que, previa a la adopción del Real Decreto-Ley 28/2020 sobre el trabajo a distancia, entendía que la obligación de registrar la jornada permanece vigente para las personas sujetas a regímenes de flexibilidad laboral, entre los que incluye expresamente a las personas trabajadoras a distancia. Pues:

[...] el registro diario de jornada ni obsta su operatividad ni constituye impedimento alguno a su continuidad o ampliación, considerándose un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo.

El control del tiempo de trabajo cuando la prestación de servicios se realiza a distancia generalmente se llevará a cabo, lógicamente, mediante formas telemáticas o no presenciales. Esto es, en los supuestos de trabajo a distancia, la empresa deberá adaptar los instrumentos de control del tiempo de trabajo a la realidad de la prestación de servicio y adoptar medidas de control de conexión. Esto es, medidas de control telemático y no presencial como, por ejemplo, el fichaje electrónico, sistemas de grabación o videovigilancia, sistemas biométricos como la huella digital, el control remoto del ordenador, o controles de geolocalización como uso de tarjetas de identificación personal o sistemas de GPS (Munín Sánchez, 2015). En este punto, es interesante mencionar nuevamente la STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015) que confirma la adecuación del control del tiempo de trabajo de la persona teletrabajadora mediante «la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red».

El control de conexión –esto es, como se ha apuntado, las medidas de control a distancia o telemáticas– será exclusivo o complementario dependiendo de la modalidad concreta de la prestación de servicios. En aquellos supuestos en los que el trabajo se realice íntegramente fuera de las instalaciones de la empresa, las formas de control de conexión serán exclusivas; mientras que en aquellos supuestos en los que la prestación de servicios a distancia se complemente con trabajo presencial, las formas de control de conexión serán compatibles con formas de control físicas.

Es esencial, no obstante, que los medios de control del tiempo de trabajo empleados por parte de la empresa garanticen el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE). Esto es, los medios de control empleados por la empresa deberán cumplir las exigencias constitucionales de justificación,

necesidad y proporcionalidad para garantizar el respeto de dichos derechos fundamentales de las personas trabajadoras<sup>32</sup>.

El artículo 22 del Real Decreto-Ley 28/2020 sobre el trabajo a distancia reconoce la facultad empresarial de establecer medidas de vigilancia y control de la actividad laboral de las personas que trabajan a distancia. Así, establece que:

La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

En esta misma línea, según establece el artículo 6 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo<sup>33</sup>, existe la obligación de la empresa de «respetar la vida privada del teletrabajador» y, por tanto, si «se instala un sistema de vigilancia, este debe ser proporcional al objetivo perseguido e introducido según lo establecido en la Directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización».

Según el artículo 17 del Real Decreto-Ley 28/2020, la utilización de medios telemáticos y el control de la actividad laboral mediante dispositivos automáticos deberán garantizar, en todo caso, los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas que trabajan a distancia, de acuerdo con la legislación vigente y los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En concreto, la empresa deberá respetar lo dispuesto en los artículos 87 y 90 de la LOPD, que regulan el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, respectivamente. En ambos casos, la legislación permite que la empresa acceda a estos dispositivos digitales con el fin de controlar a las personas trabajadoras, exigiendo, en todo caso, la información previa a las personas trabajadoras y a la representación legal de la plantilla.

En este punto, es interesante citar la SAN de 31 de mayo de 2004 (proc. núm. 207/2003), que considera que es necesario «conciliar el derecho del empresario a controlar la actividad laboral (art. 20.3 ET) y el del trabajador a proteger su intimidad personal y familiar y su domicilio (art. 18.1 y 2 CE)». La sala entiende que es posible establecer medios de control

<sup>32</sup> *Vid.*, por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 186/2000, 196/2004 y, más recientemente, 39/2016.

<sup>33</sup> Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

telemático en caso de personas teletrabajadoras, si bien deben guardar la necesaria proporcionalidad para evitar «cualquier intromisión ilegítima, injustificada o desproporcionada en las vidas de los teletrabajadores so pretensión de un pretendido control legal de su actividad laboral por medio de estos controles telemáticos». En concreto, se requiere el conocimiento por parte de las personas –así como de la representación legal de la plantilla– de los medios de control empleados por la empresa.

Especial atención se debe prestar en estos casos al derecho a la desconexión. Pues, como ya se ha indicado anteriormente, el apartado 3 del artículo 88 de la LOPD le concede una gran relevancia al trabajo a distancia, sea este total o parcial. De esta manera, la obligación de garantizar el tiempo de descanso, la conciliación de la vida familiar y laboral, y el derecho a su intimidad en estos supuestos cobra una especial trascendencia respecto las personas teletrabajadoras. En este mismo sentido, el artículo 18 del Real Decreto-Ley 28/2020 reconoce el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo a las personas que trabajan a distancia y, en particular, a las que teletrabajan en los términos establecidos en el artículo 88 de la LOPD.

Finalmente, cabe destacar que, según ha apuntado la doctrina, cuando la instalación de los medios telemáticos de control del tiempo de trabajo requiera la entrada en el domicilio de la persona trabajadora, se requerirá su autorización para respetar su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) (Munín Sánchez, 2015).

### 5.3. El derecho a la desconexión como instrumento de control del tiempo de descanso

La facultad empresarial de control del tiempo de trabajo incluye la capacidad de control del tiempo durante el cual la persona presta servicios.

Sin embargo, debe determinarse si la facultad empresarial de control del tiempo de trabajo incluye también la capacidad para controlar el tiempo de descanso; esto es, la capacidad para controlar que las personas trabajadoras efectivamente cumplen con los periodos mínimos de descanso y no se produce trabajo en este tiempo.

Incluso con anterioridad al reconocimiento del derecho a la desconexión digital, desde nuestro punto de vista, la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. Efectivamente, la capacidad empresarial de controlar el tiempo de trabajo de las personas trabajadoras incluye el control del tiempo de descanso. La facultad empresarial de control del tiempo de trabajo incluye la capacidad para controlar tanto defectos como excesos de trabajo y la forma de controlar excesos de trabajo requiere el control del tiempo de descanso.

El control del tiempo de descanso no difiere mucho del control del tiempo de trabajo. Así, el control del tiempo de descanso pasa por el establecimiento de pautas claras sobre el tiempo de trabajo mediante la negociación colectiva o, en su defecto, disposiciones de la

empresa y, esencialmente, el derecho a la desconexión. El derecho a la desconexión digital es el instrumento requerido legalmente para el control del tiempo de descanso.

La empresa, como se ha analizado anteriormente, tiene la obligación de establecer mecanismos de control para garantizar el derecho a la desconexión digital y garantizar que el tiempo de descanso no es empleado para la prestación de servicios. En concreto, tiene la obligación de adoptar una política empresarial interna para garantizar la ausencia de comunicaciones laborales fuera del tiempo de trabajo.

El control del tiempo de descanso incluye también la facultad empresarial disciplinaria de sancionar a las personas trabajadoras que incumplan dichas normas. Recuérdese, como se ha apuntado anteriormente, que, únicamente cuando en la empresa existen pautas claras sobre el tiempo de trabajo y sistemas de control, el trabajo realizado fuera de este tiempo no tiene la consideración de tiempo de trabajo y, por ende, no debe ser retribuido por la empresa (STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016, rec. 2229/2015).

Finalmente, el derecho a la desconexión digital también debe garantizar la desconexión durante el disfrute de permisos y vacaciones. La política interna de desconexión digital debe garantizar también la efectividad de permisos y vacaciones, estableciendo instrucciones y mecanismos que limiten y prohíban el contacto de las personas trabajadoras durante estos periodos de descanso.

En este punto, es interesante citar la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-619/16, asunto Kreuziger, y C-684/16, asunto Shimizu vs. Max-Planck), que declara que las personas trabajadoras que, habiendo tenido la posibilidad efectiva de ejercer el derecho a vacaciones, no lo hayan hecho, pierden sus vacaciones. Según el tribunal, no obstante, corresponde a la empresa probar que había informado de forma precisa y oportuna a la persona de la posibilidad de disfrutar de las vacaciones. Esta sentencia es interesante en este punto por cuanto, a nuestro juicio, reconoce la imposibilidad de la empresa de obligar a las personas a utilizar de forma efectiva las vacaciones; es decir, la incapacidad de la empresa para garantizar que el tiempo de permiso o vacaciones es utilizado para el descanso real.

Efectivamente, la capacidad de la empresa de control del tiempo de descanso no alcanza la injerencia sobre la vida privada de las personas para garantizar que el tiempo de descanso es utilizado para el descanso. Sin embargo, a nuestro juicio, sí alcanza la capacidad de la empresa de exigir la utilización del periodo de vacaciones. Así, a diferencia de la posición del TJUE, entendemos que la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras incluye la capacidad para exigir el disfrute de las vacaciones. Además, el derecho a la desconexión digital obliga a la empresa a adoptar instrumentos para evitar el contacto durante dicho periodo de permiso o vacaciones. Por consiguiente, si bien la empresa no puede controlar que el tiempo de descanso es utilizado para el descanso, sí tiene la obligación de garantizar que no se producen injerencias empresariales durante este tiempo, limitando y prohibiendo comunicaciones empresariales durante este periodo.

## 6. Conclusiones

El análisis realizado en el presente estudio permite concluir que la nueva regulación en materia de registro horario y derecho a la desconexión digital supone un avance en materia de control del tiempo de trabajo respecto de la indeterminación existente con anterioridad.

Ciertamente, como se ha concluido, ya existía la obligación empresarial de control del tiempo de trabajo. La normativa sobre tiempos máximos de trabajo y periodos mínimos de descanso, la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras y de retribuir en atención al tiempo de trabajo conllevaban una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo.

Sin embargo, la importante conflictividad judicial aparecida en torno al registro de la jornada y las horas extraordinarias obligaba a concretar este deber genérico de control del tiempo de trabajo. Es decir, establecer por vía legislativa la obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para controlar el tiempo de trabajo de las personas trabajadoras en la empresa. En este sentido, se introdujo la obligatoriedad de establecer un registro diario de la jornada por parte de las empresas –medida posteriormente reforzada por la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18, CC.OO. vs. Deutsche Bank), que la identifica como una medida intrínseca del respeto de la normativa comunitaria de tiempo de trabajo– y de adoptar una política interna de desconexión digital.

Las modalidades de registro del tiempo de trabajo pueden ir desde la introducción de un registro mecánico de la jornada, hojas de servicios, hasta fórmulas de autocontrol digital o geolocalización de las personas. Aquello esencial es que se trate de un sistema de control adecuado, objetivo, inalterable y eficaz para garantizar el respeto de la jornada laboral máxima y los periodos de descanso mínimos. Esto es, medios de control que permitan verificar la jornada real realizada por la persona trabajadora –y no solamente su previsión horaria– y sean fiables en el sentido de que no permitan su manipulación posterior.

La obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo conlleva, asimismo y en relación con aquellas personas trabajadoras conectadas, la obligación de aplicar el derecho a la desconexión digital como medida instrumental de la obligación de control del tiempo de trabajo y de prevención de riesgos laborales. En este sentido, en el trabajo se concluye que la obligación de la empresa de adoptar una política interna de desconexión en cumplimiento del artículo 88 de la LOPD implica, más allá del mero reconocimiento del derecho, la obligación de la empresa de instrumentos o mecanismos que prohíban o impidan el contrato entre personas trabajadoras fuera del tiempo de trabajo. Solamente la consideración del derecho a la desconexión digital como una obligación empresarial de prohibir el contacto fuera del tiempo de trabajo garantiza su efectividad.

A modo de conclusión, el registro horario y el derecho a la desconexión digital se configuran como nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo. Sin embargo, a pesar de ser nuevas obligaciones, deben identificarse como complementarias e instrumentales a las viejas obligaciones de respetar los límites de la jornada y los derechos al descanso diario, semanal y las vacaciones de las personas trabajadoras.

## Referencias bibliográficas

- Aleksynska, Mariya; Berg, Janine; Foden, David; Johnston, Hannah; Parent-Thirion, Agnès y Vanderleyden, Julie. (2019). *Working conditions in a global perspective*. Eurofound, OIT.
- Alemán Páez, Francisco. (2017). El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la «Loi Travail N.º 2016-1088». *Trabajo y Derecho*, 30, 1-29.
- Arias Domínguez, Ángel. (2017). Registro de jornada y suspensión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo. *IUSLabor*, 2, 1-22.
- Basterra Hernández, Miguel. (2017). *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Tirant lo Blanch.
- Elorza Domínguez, Antonio. (1969). El Proyecto de Ley de Alonso Martínez sobre el trabajo en la industria (1855). *Revista de Trabajo*, 27-28, 253-483.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2016a). El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo). *Revista de Información Laboral*, 10.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2016b). El registro de la jornada ordinaria de trabajo: pronunciamientos judiciales y criterios de actuación de la Inspección de Trabajo. *Revista de Información Laboral*, 8.
- Gutiérrez Colominas, David. (2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, 1-13.
- Junceda Moreno, Javier. (14 de mayo de 2019). ¿Continúa siendo «especial» la relación laboral de los abogados con el registro de entrada de los trabajadores? *Confilegal*. <https://confilegal.com/20190514-continua-siendo-especial-la-relacion-laboral-de-los-abogados-con-el-registro-de-entrada-de-los-trabajadores/>.
- Loïc, Lerouge. (2016). Le droit à la déconnexion «à la française». *CIELO Laboral*. <http://www.cielolaboral.com/fr/francais-le-droit-a-la-deconnexion-a-la-francaise/>.
- Lousada Arochena, José Fernando. (2016). Registro y control de la jornada de trabajo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192, 243-260.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo: sus riesgos y sus dudas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 25, 114-121.

- Molero Navarro, Inés. (2017). El derecho a desconectar digitalmente. *Iuris&Lex El Economista*, 11-08-2017, 62.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: «desconexión digital», garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 249-283.
- Moll Noguera, Rafael. (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*, 3, 111-126.
- Moll Noguera, Rafael. (2017). El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de jornada: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2017 de 23 de marzo de 2017. *Revista de Información Laboral*, 5, 105-130.
- Morales Vález, Concepción Esther. (2016). El registro diario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de horas extraordinarias. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 207/2015, de fecha 04/12/2015. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 137-144.
- Munín Sánchez, Lara María. (2015). Los poderes del empresario ante el teletrabajo: el control y sus límites. En Lourdes Mella Méndez (Ed.), *Trabajo a distancia y teletrabajo* (pp. 107-128). Thomson Reuters Aranzadi.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2017). El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS. Comentario a la STS 23 de marzo de 2017 (RCUD 81/2016). *Revista de Información Laboral*, 7, 147-162.
- Rey Guanter, Salvador del (Dir.) y Tena Planas, Guillermo (Coord.). (2017). *Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Technos: Impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico*. La Ley y Cuatrecasas.
- Rodríguez Fernández, María Luz. (26 de julio de 2017). Desconexión digital vía negociación colectiva. *infoLibre*. [https://www.infolibre.es/noticias/luces\\_rojas/2017/07/26/desconexion\\_digital\\_via\\_negociacion\\_colectiva\\_67954\\_1121.html](https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/07/26/desconexion_digital_via_negociacion_colectiva_67954_1121.html).
- Rosal Segura, Pedro del. (2017). La desconexión digital en la negociación. *Iuris&Lex El Economista*, 11-08-2017, 26-27.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. (2017). El registro empresarial de la jornada efectiva. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 13-24.
- Serrano Olivares, Raquel. (2018). Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *IUSLabor*, 3, 216-229.
- Todolí Signes, Adrián. (29 de marzo de 2017). El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere. *Argumentos en Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/>.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2017). El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 167-178.
- Vidal, P. (2017). ¿Es necesario regular un «derecho a la desconexión»? *Iuris&Lex El Economista*, 11-08-2017, 61.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0