**STS 1748/2017, de 20 de abril, Rec. 116/2016, caso Abanca**

**Breves reflexiones**

 **Gemma Fabregat Monfort**

**Carlos L. Alfonso Mellado**

La reciente STS 1748/2017, de 20 de abril, Rec. 116/2016, caso Abanca, dictada a propósito del registro de jornada a tiempo completo, ratifica la doctrina principal de la ya comentada STS 246/2017, de 23 de marzo, Rec. 81/2016, en el sentido de entender que no resulta deducible del art. 35.5 ET la obligación de registro de la jornada a tiempo completo en las empresas en las que no se realicen horas extraordinarias.

Los argumentos, en lo esencial, son idénticos en ambas sentencias[[1]](#footnote-1). Ahora bien, al contrario de lo que ocurre al respecto de la primera - la sentencia de 23 de marzo-, la STS de 20 de abril no cuenta con votos particulares.

Importa igualmente destacar que ambas sentencias coinciden en entender que "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 (a ese respecto)”.

A la espera de ver cómo evoluciona la cuestión desde la norma –en el sentido de si se da o no una nueva redacción al precepto legal- , dos sentencias en el mismo sentido clarifican mucho la posición de las empresas que no realizan horas extraordinarias a propósito de la no obligatoriedad del registro de la jornada ordinaria. Máxime teniendo en cuenta que esta segunda sentencia sienta jurisprudencia. Y eso al margen de ser positivo desde la perspectiva de la garantía de mayor seguridad jurídica, por lo que aquí interesa, parece que puede tener otro efecto inmediato: y es que la reiteración de sentencias puede afectar a la posición que ha adoptado la Inspección de trabajo y Seguridad Social a este respecto, habida cuenta que difícilmente se justificará a partir de ahora solicitar un control de registro de jornada a tiempo completo cuando no se realicen horas extraordinarias.

ANEXO: COMENTARIO DE LA SENTENCIA

**LA OBLIGACIÓN DEL REGISTRO DE LA JORNADA**

**Una nueva interpretación de la obligación legal de registro según la STS 246/2017, de 23 de marzo, Rec. 81/2016**

**Sumario**

1.- INTRODUCCIÓN

2.- EL REGISTRO DE LA JORNADA A TIEMPO COMPLETO

2.1.- El origen de la controversia

2.2.- El contenido de la sentencia

2.3.- Conclusiones

3.- EL REGISTRO DE LA JORNADA A TIEMPO PARCIAL

**1.- INTRODUCCIÓN**

La reciente interpretación de la STS 246/2017, de 23 de marzo, Rec. 81/2016 (con tres votos particulares de cinco magistrados) respecto la inexistencia de obligación empresarial del registro del horario en jornadas ordinarias a tiempo completo, ha vuelto a generar interés, debate y controversias varias al respecto de todo cuanto tiene que ver con el tiempo de trabajo y la obligación de su registro.

En realidad, la problemática a este respecto se centra en aquello que afecta a la existencia o no de obligación de registrar el horario del trabajador en la jornada ordinaria a tiempo completo. La cuestión es, por otra parte, pacífica en lo que afecta al mantenimiento de la obligación de registro del horario en la jornada a tiempo parcial, en la realización de horas extraordinarias y en las jornadas especiales de trabajo a las que la norma se refiere de forma expresa. En este caso, el debate podría tener que ver con el modo en que se realiza el registro y no tanto por la obligación de ese registro, que es en ese caso por clara por imposición legal.[[2]](#footnote-2)

No obstante, a efectos de clarificar conceptos, este breve comentario diferencia entre aquellas situaciones respecto las que no existe obligación de registro y las que sí existe, sistematizándose en dos apartados, uno por cada una de las realidades objeto de estudio: jornada a tiempo completo; jornada a tiempo parcial.

**2.- EL REGISTRO DE LA JORNADA A TIEMPO COMPLETO**

**2.1.- El origen de la controversia**

El problema al respecto del registro de la jornada ordinaria de trabajo se produce fundamentalmente a raíz de dos sentencias de la Audiencia Nacional, que interpretan que del art. 35.5 ET puede deducirse la obligatoriedad empresarial de registrar diariamente el horario del trabajador con la finalidad de controlar la realización de horas extraordinarias; Sobre todo porque estas sentencias le sirven de argumento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para ratificarse en la obligatoriedad de ese registro en la instrucción 3/2016, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

En efecto, es primero con la SAN de 4 de diciembre de 2015, Rec. 301/2015, caso Bankia, y después con la SAN de 19 de febrero de 2016, Rec. 383/2015, caso Abanca, fundamentalmente cuando los tribunales entienden imperativo llevar un control diario del horario del trabajador en la jornada ordinaria a tiempo completo.

En realidad la norma se refiere a esta obligación en tres preceptos en concreto: el art. 35.5 ET[[3]](#footnote-3); el art. 64.7 ET y la D.A. 3ªRD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo[[4]](#footnote-4), en las que se establece una obligación de registro y comunicación para el trabajador afectado, para los representantes de los trabajadores, y específicamente en jornadas especiales de empleo.

Dejando al margen estas últimas, respecto la que es clara la obligación de registro y comunicación, la cuestión central radica en entender si la obligatoriedad del art. 35.5. ET es una obligación condicionada a las horas extraordinarias o si, por el contrario, puede predicarse incluso de la jornada a tiempo completo siendo ordinaria. En ese sentido, y en la medida que la prueba de la realización de las horas extraordinarias le corresponde al trabajador, lo que se plantea es si la empresa no debe controlar ni registrar diariamente la jornada ordinaria de trabajo por la referencia expresa que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias” realiza el art. 35.5.ET; o si, por el contrario, es necesario llevar a cabo siempre el registro de las horas ordinarias habida cuenta que en la medida en que las horas extraordinarias son las que sobresalen de las ordinarias, solo un registro diario de la jornada ordinaria podrá permitir demostrar al trabajador que efectivamente ha realizado horas extraordinarias.

Como acaba de mencionarse, las SsAN de 4 de diciembre de 2015 y de 19 de febrero de 2016, defienden este último argumento e imponen la obligación de registro de la jornada ordinaria desde la necesidad de procurar al trabajador un medio de prueba documental para demostrar la existencia de horas extraordinarias. Entender lo contrario, nos dicen, *“provocaría un círculo vicioso que vaciaría de contenido la institución y sus fines y no permitiría que el trabajador pudiese demostrar cuando su tiempo de trabajo está por encima de la hora ordinaria de trabajo”.*

De esa misma consideración parte la Instrucción 3/2006, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre intensificación del control en materia de trabajo y horas extraordinarias, que exigiría además de que exista el registro, que este cumpla con los siguientes requisitos:

* + 1) debe ser diario
	+ 2) incluir el horario de entrada y de salida de cada trabajador
	+ 3) debe poderse comprobar en el propio centro para evitar la posibilidad de creación posterior, manipulación o alteración de los registros de jornada
	+ 4) Cualquiera que sea el modelo debe garantizar la fiabilidad y la invariabilidad de datos
		- Si se produce por medios electrónicos o informáticos (tarjeta magnética o similar) el Inspector podrá requerir que se impriman los registros de un periodo determinado
		- Si el registro se produce por medios manuales, como por ejemplo, la firma en soporte papel, el Inspector puede requerir copia, tomar apuntes, fotografías del mismo o incluso cautelarmente tomar el original
	+ 5) lo que se requiere a los trabajadores y a los representantes es el resumen mensual de la jornada realizada por los trabajadores que se ha tenido en cuenta para el abono de las retribuciones

**2.2.- El contenido de la sentencia**

Estando así las cosas, y habiéndose recurrido la SAN de 4 de diciembre de 2015, caso Bankia, el TS debe pronunciarse al respecto del carácter imperativo o no del registro de la jornada ex. art. 35.5. ET. Y así lo hace en la STS 246/2017, de 23 de marzo, Rec. 81/2016, que ha dado lugar a este comentario. Con tres votos particulares de cinco magistrados, el TS concluye en una polémica sentencia que ex. art. 35.5. ET no existe obligación de registrar la jornada si no se realizan horas extraordinarias.

Lo anterior no significa que el registro diario no sea pertinente, aconsejable o razonable. Lo único que dice es que no es obligatorio. De hecho, dice la sentencia expresamente, “*convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias”,* pero *“esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”.*

En efecto, en opinión del TS, cuando el legislador ha querido establecer esa obligación expresamente, lo ha hecho (jornada a tiempo parcial y jornadas especiales de trabajo). Y no lo hace con la jornada ordinaria a tiempo completo, por lo que no se puede deducir que esa obligación existe de la mera interpretación del art. 35.5. ET como un medido de prueba a favor del trabajador.

Es más, según el TS, su consideración “*no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de las horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extraordinarias o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación”.* Y, en consecuencia,*“(el trabajador) a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor el art. 217.6 LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó”.*

**2.3.- Conclusiones**

Las anteriores consideraciones expuestas permiten concluir resaltando la no obligatoriedad empresarial de registrar diariamente la jornada de trabajo si no se realizan horas extraordinarias; No obstante, se insiste en la conveniencia de que ese registro se realice a efectos del control y de la prueba de las horas extraordinarias. Pues si el trabajador consigue demostrar que ha realizado esas horas extraordinarias (aún sin concretar cuantas, en qué días, etc.) el no llevar un registro de la jornada ordinaria jugará en contra del empleador ex. art. 217.6 LEC[[5]](#footnote-5).

**3.- EL REGISTRO DE LA JORNADA A TIEMPO PARCIAL**

En cuanto a la obligación de registro de la jornada a tiempo parcial el TS también se refiere a ello en la STS 246/2017, de 23 de marzo, si bien tangencialmente y en los *obiter dicta.* No es sustancialmente relevante, de todas formas. La obligación a este respecto queda clara desde que en el año 2013 y tras el RD-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores se modificó el ET estableciendo, en lo que aquí interesa, la necesidad del registro diario de la jornada de los trabajadores y la obligación del empresario de llevar el cómputo de las horas de sus trabajadores a tiempo parcial. Así, el actual art. 12.4.c) ET dice que *“la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5. El empresario deberá conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años*. *En caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios prestados”*.

De la redacción del precepto legal resulta evidente la existencia de esa obligación de control del tiempo en el trabajo a tiempo parcial, aunque normativamente no se haya determinado la forma de llevar a cabo ese registro. Con todo, conviene insistir en una idea fundamental, cual es, que en realidad existen en el trabajo a tiempo parcial dos obligaciones de control: de un lado, la del el registro diario; de otro, su totalización mensual.

En cuanto a lo primero, aunque la obligación de registro es clara; no es del todo pacífico que pueda resultar exigible la firma del trabajador. Respecto el resumen mensual que se acompañara a la nómina o se incluirá en la misma, sí parece que deberá existir una referencia concreta a: a) Identificación de la Empresa; b) Identificación del Trabajador; c) Expresión de la jornada de trabajo recogida en el contrato de trabajo; d) Detalle de las horas de trabajo realizadas (de tipo Ordinario y de tipo Complementario) desglosadas por día efectivo de trabajo; e) Firma del representante legal de la empresa; f) Recibí del Trabajador

Todo a ello pese a que, insisto, tampoco a este respecto existe un modelo normativo oficial aprobado.

En cualquier caso, en este supuesto, la obligación legal en su doble manifestación es clara: en el tiempo parcial se debe llevar un registro diario de la jornada del trabajador y además totalizarse mensualmente.

1. Se adjunta comentario de dicha sentencia [↑](#footnote-ref-1)
2. Cfr., por todos con, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R., -El registro de la jornada ordinaria de trabajo: pronunciamientos judiciales y criterios de actuación de la Inspección de Trabajo. En Revista de Información Laboral, n.º 8, 2016; GOERLICH PESET, J.M. El control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias: análisis de la actual normativa, la doctrina judicial y las actuaciones de la Inspección de Trabajo; Lousada Arochena, J.F., Registro y control de la jornada de trabajo. [Nueva revista española de derecho del trabajo](https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=21865), ISSN 0212-6095, [Nº. 192, 2016](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/446707), págs. 243-260; Micó Morros, D. El registro de jornada y el exhaustivo control sobre las horas extraordinarias por parte de los trabajadores y sus representantes. [Actualidad jurídica Aranzadi](https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1722), ISSN 1132-0257, [Nº 918, 2016](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/425236), págs. 8-8; Chacón Cartaya, A., El obligatorio registro de jornada para todo tipo de contrato laboral. [La Toga](https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=16643), [Nº. 193, 2016](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/449027), págs. 29-32; Mercader Uguina, J.R., 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](https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=22997), ISSN 2386-8090, [Nº. 25, 2017](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/451080), págs. 114-121 [↑](#footnote-ref-2)
3. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. [↑](#footnote-ref-3)
4. • Art. 35.5 ET

– 5. A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

• Art. 64.7 ET,

– Derecho de vigilancia y control mensual por parte de los representantes de los trabajadores. De forma mensual.

• DA 3ªRD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo

– b) Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. [↑](#footnote-ref-5)