

# La realidad supera a la Inspección: ¿Qué pasa con el registro diario de la jornada?

-----

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017.

Según la Encuesta de Población Activa, en el tercer trimestre de 2016 se realizaron en España tres millones y medio de horas extraordinarias que, ni se pagaron, ni se compensaron con descansos.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social constató, en muchas de sus visitas a centros de trabajo de Empresas de diversos sectores de actividad, que si no se disponía de un registro diario de jornada era materialmente imposible saber si un trabajador había hecho horas extraordinarias o no.

Elo ha sido sin duda el objeto de debate de sendos pronunciamientos judiciales entre otros, la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015 que puso en pie de guerra a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Como es conocido por las innumerables noticias que la prensa ha publicado al respecto, el origen del litigio se encontraba en la demanda de conflicto colectivo interpuesto contra Bankia por seis organizaciones sindicales. Solicitaban que se estableciera un sistema de registro de jornada diaria efectiva que permitiera comprobar el cumplimiento del horario pactado, así como que se procediera a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información de las horas extraordinarias realizadas en cómputo mensual.

La Audiencia Nacional resolvió en este caso y en otros más que se sucedieron con posterioridad ("Caso Abanca" y "Caso Banco Sabadell") a favor de los trabajadores, imponiendo la obligación a la empresa de llevar a cabo un registro diario de las horas realizadas por cada trabajador con independencia del tipo de contrato, a fin de poder asegurar un control fehaciente de las horas extraordinarias.

La situación creada tras estas Sentencias provocó que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se adelantara al pronunciamiento del Tribunal Supremo y emitiera la Instrucción 3/2016, instrucción encaminada a evitar el fraude en la realización de las horas extraordinarias mediante el control de: (i) la posible superación del límite máximo de horas extraordinarias en las Empresas, (ii) la verificación de la existencia o no de un sistema de registro de jornada con independencia de que se realizaran o no horas extraordinarias (que se entendía obligatorio por efecto de la doctrina de la Audiencia Nacional), (iii) la realización de horas extraordinarias no declaradas, (iv) el cumplimiento por parte de las Empresas de la obligación de comunicar a la representación de los trabajadores las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores y (v) el posible encubrimiento del abono de tales horas mediante conceptos salariales diferentes.

De esta forma, y en relación con cada incumplimiento corroborado, la Instrucción anticipaba ya que se levantarían actas de infracción con la consecuente sanción a todas las empresas incumplidoras lo que, de hecho, ha venido ocurriendo en multitud de supuestos desde entonces.

Meses después de la puesta en marcha de la medida, tras una campaña de la ITSS en búsqueda de "incumplidores", gastos y problemas ocasionados a las Empresas que procedían a buscar e implementar sistemas de gestión y, como no, imposición de infracciones a quienes no cumplían con las supuestas "obligaciones" legales de llevanza de un registro horario, por fin ha llegado el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en sentencia del 23 de marzo de 2017 con un Fallo que no ha estado exento de polémica desde su publicación pero que, en resumen, ha resuelto que no existe, al día de hoy, obligación de llevanza de un registro de jornada en las Empresas.

**En el tercer trimestre de 2016 se realizaron en España tres millones y medio de horas extraordinarias**



### La falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante

Así, la sentencia del Alto Tribunal ha casado y anulado la previa sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015 (“Caso Bankia”) por considerar que no se puede hacer una interpretación extensiva del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, imponiendo obligaciones que limitan el principio de libertad de empresa y podrían suponer una amenaza a la privacidad de los trabajadores, al amparo de un Reglamento que ni siquiera ha entrado en vigor.

Asimismo, la Sala considera que la falta de llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción laboral de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva del artículo 7.5 de la LISOS que, en su condición de norma de naturaleza sancionadora, impide una interpretación extensiva de los preceptos legales, señalándose también en la resolución, que tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro de jornada o que no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituiría, solamente, una falta leve.

En definitiva, un golpe directo a la línea de flotación argumental de la Instrucción 3/16 y a los motivos por los que la ITSS ha venido exigiendo a las Empresas el registro de jornada y ha venido sancionando cuando no se disponía del mismo en la Empresa.

Eso sí, a pesar del rechazo de su obligatoriedad, el Alto Tribunal reconoce la conveniencia de una reforma legislativa que clarifique la obligación de llevar un control horario y facilite al trabajador la realización de horas extraordinarias, lo que podría anticipar lo que vendrá en el futuro.

Es conveniente saber, no obstante, que la sentencia incorpora tres votos particulares, suscritos por cinco magistrados, que defienden una posición distinta y consideran que la sentencia de la Audiencia Nacional y, por lo tanto, la obligatoriedad de contar con sistemas que permitan conocer la jornada efectivamente realizada, debería haber sido confirmada lo que podría apuntar a que en un futuro la doctrina cambiase.

Dicho lo anterior y desde un punto de vista práctico lo que hoy nos interesa saber es ¿cuáles son las repercusiones más notables para las empresas que como consecuencia de esta sentencia se podrían derivar? y ¿cómo deben actuar las mismas a raíz de este pronunciamiento judicial?

Pues bien, por lo que respecta a la repercusión del Fallo de la sentencia, podemos destacar:

(i) Que los motivos por los que se consideró obligatorio la llevanza de un registro de horas (que se sostenían fundamentalmente en la interpretación dada por la sentencia nacional a los preceptos legales involucrados), desaparecen ahora con la sentencia del Tribunal Supremo, por lo que podría afirmarse que desaparecería la obligatoriedad del control de la jornada laboral y se mantendrían, únicamente, las obligaciones de registro en contratos a tiempo parcial y jornadas

especiales, así como la obligación de registro de las horas extraordinarias al amparo del artículo 35.5 ET.

(ii) Que aquellas empresas con procedimientos administrativos sancionadores abiertos por la ITSS tienen en la sentencia del Tribunal Supremo el argumento jurídico en el que basarse para desmontar las infracciones impuestas.

En definitiva, podemos afirmar que no resultará sancionable la ausencia de un registro global de la jornada pues, en palabras del Tribunal Supremo “la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante”.

Hasta la fecha de la publicación del presente artículo, no se ha divulgado ninguna valoración o comentario de la sentencia ni en la página oficial ni en la página web del sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social acerca de su forma de proceder a raíz del pronunciamiento emitido por el Alto Tribunal, si bien, existen opiniones respecto de que la ITSS debería seguir actuando de la misma forma y, por consiguiente y pese al criterio del Tribunal Supremo, manteniendo la obligatoriedad del registro y la posibilidad de sancionar por su no existencia.

Por último y en vista del mensaje lanzado por el Tribunal Supremo al poder ejecutivo orientado a realizar una reforma legislativa que clarifique la obligación de llevar un registro horario (que podría no tardar mucho en llegar), nuestra recomendación pasaría por:

- aprovechar la herramienta de la negociación colectiva para elaborar junto con la representación de los trabajadores fórmulas o sistemas de registro que fueran de interés para ambas partes, aprovechando el momento en el que estamos, más favorable a la no exigencia legal de registro, para suavizar el ímpetu de los trabajadores por el establecimiento de sistemas de control complejos y que limiten en exceso la flexibilidad en las empresas.
- Introducir, quien no lo haya hecho ya y pueda hacerlo, sistemas sencillos de control que permitan evitar sanciones y no dificulten la organización empresarial (más allá del hecho de que exista un potente argumento jurídico en contra de dichas sanciones) o mantener vivos y aplicables aquellos sistemas ya implementados previamente por efecto de la sentencia de la Audiencia Nacional y de la Circular de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Llevar hasta el final del proceso administrativo y judicial la impugnación de aquellas sanciones impuestas como consecuencia de la Circular 3/2016 y discutir los requerimientos que la ITSS pueda hacer para implantar un sistema de registro a las Empresas.

Desde Chávarri Abogados asesoramos y ayudamos a nuestros clientes a recurrir aquellas resoluciones de la ITSS contrarias a sus intereses, pero también les aconsejamos y ayudamos a implementar y negociar la implantación de sistemas de control horario compatibles con la organización de las empresas.

Samantha Aparicio  
Abogada

Departamento de Derecho Laboral  
Chávarri Abogados