

O rexistro da xornada diaria.
Comentario sobre unha sentenza do
Tribunal Supremo do 23 de marzo de 2017

*Record of Working Time. Comment on a Judgment
of the Supreme Court of date 23th March 2017*



LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

Maxistrado especialista da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia,
doutor en Dereito e profesor asociado da UDC

Recibido: 30/06/2017

Aceptado: 28/07/2017

Resumo

Este comentario faise sobre unha importante sentenza do Tribunal Supremo, ditada no recurso de casación ordinaria n.º 81/2016, que revoga outra da Sala do Social da Audiencia Nacional do 4 de decembro de 2015 sobre Bankia, SA, e en que se mantén que non é obrigatorio establecer un sistema de control horario –e rexistro– da xornada ordinaria, senón que tal obriga se refire en exclusiva ao suposto de se realizaren horas extra.

O argumento parte de que o artigo 35.5 do Estatuto dos traballadores, conforme a súa interpretación literal, se refire só ás horas extraordinarias, o que emenda a liña interpretativa implantada nos tribunais inferiores, que antes entendían que si era obrigatorio instaurar un rexistro diario de toda a xornada.

Neste artigo analízase a devandita resolución e os efectos que dela se derivan, desde o punto de vista probatorio, para os traballadores que aleguen a realización de horas extra.

Palabras chave: rexistro horario, xornada diaria, horas extra, proba.

Abstract

This comment is on an important judgement of the Supreme Court, given in the appeal No. 81/2016, coming to revoke another room of the Social of the National Court of date 4th December 2015, about Bankia, SA. This judgement remains that it is not obligatory to establish a system that keeps a record of the number of hours worked during a regular working day. The obligation refers only to the record of so-called perform of overtime.

The argument is based on the 35.5 of the Workers' Statute, which according to its literal interpretation refers exclusively to overtime. This comes to amend the line of interpretation that was implanted in the lower Courts, which used to understand that it was indeed required to establish and keep a record of the working day.

In this article I analyse the resolution and the effects that arise from it from an body of evidence point of view, in case of workers claiming for the payments of overtime worked.

Keywords: Hour record, Working day, Overtime, Evidence.

1. Este comentario trata de examinar unha decisiva sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo, do 23 de marzo de 2017, ditada no recurso de casación ordinaria n.º 81/2016 e con tres votos particulares, que revoga outra da Audiencia Nacional, con data do 4 de decembro de 2015, sobre Bankia, SA¹, en que se resolve unha das cuestións laborais máis polémicas: o rexistro obrigatorio da xornada diaria dos traballadores por parte das empresas, e, máis concretamente, das entidades bancarias.

Mentres a resolución recorrida –e outras do mesmo órgano– concluía que o rexistro da xornada diaria era obrigatorio con independencia de que na empresa se realizasen ou non horas extraordinarias, o que foi asumido pola Dirección Xeral da Inspección de Traballo e da Seguridade Social², o Tribunal Supremo bóttalle un remendo á Audiencia Nacional e declara que non é esixible levar ese rexistro diario da xornada cando non se efectúan horas extraordinarias. Reitera ademais este criterio nunha sentenza posterior do 20 abril de 2017, que motivou que se ditase a Instrución 1/2017, da Inspección de Traballo, para se adaptar a esta nova doutrina xurisprudencial.

Antes de entrarmos na argumentación xurídica que levou o Tribunal Supremo a esa decisión cómpre acoutar o marco fáctico e procesual en que se produciu:

- a) En 2012 diversas centrais sindicais e Bankia alcanzaron un acordo polo que regularon, entre outras materias, o réxime horario. Conviñeron nun horario xeral e seis horarios singulares de oficinas, con algunhas cláusulas comúns, amais de cadanseu horario singular na Dirección de Negocios Grosistas, a Dirección Financeira e de Riscos, a Dirección de Operacións e Procesos, e a Dirección de Sistemas, xunto con algunhas regras aplicables a estes últimos horarios singulares.
- b) A empresa demandada non ten un sistema de rexistro da xornada diaria, mais si rexistra o control de ausencias, de maneira que os traballadores que non cumpren a súa xornada por algunha razón teñen a obriga de rexistralo na intranet de Bankia.
- c) Os representantes dos traballadores solicitaron á dirección da empresa que establecese sistemas de rexistro da xornada, ao que esta lles respondeu que xa existía un control de ausencias.

¹ Pode consultarse o texto completo na seguinte ligazón: <<https://bit.ly/2BW6nz4>>

² A través da Instrución 3/2016, do 21 de marzo, sobre a intensificación do control en materia de tempo de traballo e de horas extraordinarias. Comezou daquela unha campaña de verificación do mantemento do mencionado rexistro e de elaboración de actas de infracción, coa correspondente sanción, para o caso de non contar con el.

d) A Inspección de Traballo emitiu un informe sobre a denuncia, promovida por CC. OO., referida ao intento de implantar un horario flexible na empresa, sen que se elaborase ningunha acta de infracción, aínda que se comunicou que nunha actuación previa xa se elaborara unha acta de infracción pola falta de levanza dun rexistro diario individual da xornada, e requiriuse ás partes para a súa implantación co debido consenso.

Noutra actuación da Inspección comprobouse que na empresa non había rexistro diario da xornada, o cal lle impediu constatar se se realizaban ou non horas extraordinarias. Iniciouse, a continuación, o correspondente expediente sancionador como consecuencia da falta de rexistro diario da xornada.

e) A empresa demandada non notifica aos representantes dos traballadores a información mensual sobre horas extraordinarias, dado que non existen resumos de horas extraordinarias nela.

f) Tentouse a mediación con anterioridade á presentación da demanda.

g) O 4 de decembro de 2015 a Audiencia Nacional dita unha sentenza estimatoria en que se condena a Bankia, SA a establecer un sistema de rexistro da xornada diaria efectiva que realiza o cadro de persoal, que permita comprobar o axeitado cumprimento dos horarios pactados tanto no convenio sectorial como nos pactos de empresa que foren de aplicación. Tamén se indica nesta sentenza que a empresa debe enviar á representación legal dos traballadores a información sobre as horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual.

h) Como queira que a anterior resolución foi recorrida pola empresa condenada ante o Tribunal Supremo, dítase a sentenza que se analiza neste comentario.

2. Tras resumir os datos fácticos, corresponde agora expor as liñas mestras da argumentación empregada pola maioría da Sala do Social e, despois, os tres votos particulares, algún dos cales contén elementos moi interesantes con respecto ao tema. No tocante á liña maioritaria, pódense establecer dous puntos substanciais e unha conclusión.

a) Primeiro, o artigo 35.5 do Estatuto dos traballadores (ET) refírese exclusivamente ás horas extraordinarias, isto é, a súa mención é só a elas conforme a súa interpretación literal: a obriga do empregador de rexistrar as horas só concirne ás extraordinarias, de forma que cando se realicen se apuntará o seu número diario e, daquela, se dará unha copia do apuntamento aos empregados ao final do mes.

A base deste razoamento parte do teor do artigo 3.1 do Código civil –e dos seus criterios hermenéuticos–, que expresa o seguinte: «As normas interpretaranse segundo o sentido propio das súas palabras, en relación co contexto, os antecedentes históricos e legisla-

tivos, e a realidade social do tempo en que han ser aplicadas, atendendo fundamentalmente ao espírito e a finalidade daquelas». E neste caso así o imponen a interpretación histórica, a sistemática e a a teleolóxica, porque, dunha banda, nunca houbo ningunha obriga deste tipo; e, da outra, o artigo 35.5 leva a rúbrica de «horas extraordinarias», mentres que a xornada se regula no precepto anterior –o artigo 34–, polo que se o lexislador pensase nesta obriga de rexistro diario da xornada sempre, sería imposto no artigo 34 e non no 35. É máis, cando o lexislador quixo facelo, recólleo expresamente:

– para traballadores a tempo parcial, preve o artigo 12.4.c) que «a xornada dos traballadores a tempo parcial rexistrárase día a día, totalizárase mensualmente e entregárase copia ao traballador, xunto co recibo de salarios, do resumo de todas as horas realizadas en cada mes, tanto as ordinarias como as complementarias»;

– e para os traballadores móbiles, da mariña mercante e ferroviarios, establécense nos artigos 10.bis.5 e 18.bis.2 do Real decreto 1561/1995, sobre xornadas especiais de traballo, e a súa disposición adicional sétima, idénticas obrigas rexistras.

Por último, a súa finalidade é o control da realización de horas extraordinarias, para evitar excesos con que se superan os límites que establece, pero non implantar un control da xornada ordinaria, rexistro a que non obriga no artigo 34 e si impón nos supostos especiais.

Conclúese, xa que logo, cunha frase que –considero– resume a doutrina do Tribunal Supremo: «Fronte a isto, non cabe dicir que o impón a realidade social do século en que vivimos, nin utilizar argumentos como o de que outros o fan, por canto non se coñece en que condicións, nin que a empresa si controla as ausencias por intranet, onde o empregado que falta debe rexistrar as súas ausencias e xustificálas, porque, precisamente, por ese medio ou outro pode rexistrar as horas de entrada e saída, así como o exceso de xornada, o que lle permitirá coñecer as horas que traballa, sen necesidade de que a empresa leve un complicado rexistro xeral da xornada diaria realizada por cada un dos seus empregados» (sobre este argumento volveremos máis adiante).

b) Segundo, realízase despois dunha análise da nosa xurisprudencia e mais da normativa da Unión Europea, para concluír que a primeira postulación da demanda, en canto interesa «o dereito dos traballadores á existencia dun sistema de marcaxe horaria que reflecta a verdadeira xornada realizada», non se presenta avalada por un substrato fáctico e normativo que propicie a súa estimación. Isto, sen que a Directiva 93/104/CE, do 23 de novembro, impoña a obriga de levar rexistros actualizados, salvo naqueles casos en que non se aplican as limitacións do artigo 6 sobre a duración da xornada (corenta e oito horas) ou en supostos excepcionais (traballo de transporte de navegación, navegación aérea, traballo no mar, transporte por estrada...).

Como conclusión, proclámase que o referido artigo 35.5 do ET non esixe a levanza dun rexistro da xornada diaria efectiva de todo o cadro de persoal para poder comprobar o cumprimento dos horarios pactados; aínda que se engade unha concesión, porque se afirma que *lege ferenda* conviría unha reforma lexislativa que clarificase a obriga de levar un rexistro horario e facilitase aos traballadores a proba da realización de horas extraordinarias, pero *lege data* esa obriga non existe por agora e os tribunais non poden suplir o lexislador.

Engádesse o argumento de que non poden esquecerse as normas reguladoras da protección de datos, da creación de ficheiros de datos e do seu control, que deberán ser tratados con respecto do disposto na Lei 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, e no novo Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, do 27 de abril de 2016. Esta última norma, malia non ser de aplicación ata o 25 de maio de 2018, debe terse en conta, porque a creación deste rexistro diario implica un aumento do control empresarial da prestación de servizos e un tratamento dos datos obtidos, máxime nos supostos de xornada flexible, de traballo na rúa ou na casa, que poden supor unha inxerencia indebida da empresa na intimidade e liberdade do/a traballador/a.

c) Como culminación a toda a argumentación, sostense o seguinte: «A solución dada non deixa indefenso o traballador á hora de probar a realización de horas extraordinarias, pois ao final de mes a empresa notificaralle o número de horas extra realizadas, ou a súa non realización, o que lle permitirá reclamar fronte a esa comunicación e á hora de probar as horas extraordinarias realizadas terá ao seu favor o artigo 217.6 da LAC [Lei de axuizamento civil], norma que non permite presumir a realización de horas extra cando non se leva o seu rexistro, pero que xoga en contra de quen non o leva cando o traballador proba que si as realizou».

3. A doutrina clásica admitiu a existencia de dúas clases de votos particulares: o voto discrepante e o voto concorrente, segundo se a opinión que disente se refire a todas as partes da decisión ou unicamente á súa fundamentación. Neste caso, os tres votos particulares son discrepantes, aínda que concorrentes entre eles –de feito, repítense razoamentos–, mais cómpre clarificalos de maneira separada:

a) O primeiro voto particular foi emitido por unha maxistrada, á cal se adhire outra, que resume nunhas liñas a contradición da argumentación do voto maioritario: o concepto de hora extraordinaria só xorde cando se produce a superación da xornada ordinaria, e, por iso, non cabe soste que o cumprimento da obriga legal para a em-

presa se satisfai cando esta rexistra as horas extraordinarias, xa que a cualificación como tales só será posible *ex post*. De feito, resáltase que o espírito do lexislador é que se estableza un sistema de control, aínda que non se fixe o xeito de facelo e, alén diso, engádesse unha referencia ao interese público verbo das obrigas de cotización da Seguridade Social.

b) O segundo voto particular foi emitido por un único maxistrado que comeza mantendo que o debate se centrou nun obxecto erróneo, porque non se discutía sobre o artigo 35.5 do ET, senón sobre o establecemento dun sistema de rexistro da xornada diaria efectiva que permita comprobar o axeitado cumprimento dos horarios, xa que considera –sería un voto concorrente– que ese precepto non ampara a pretensión.

Despois, entra de cheo no que entende a fundamentación dunha opinión discrepante: respecto á dignidade e ás normas de seguranza e saúde laborais (centradas nos artigos 4 e 19 do ET), e, tamén, aos descansos e a remuneración conforme o tempo prestado. Todo o anterior –na súa opinión– conduce á necesidade de que se fiscalice o cumprimento da actividade laboral e do horario, mais sen establecer un método de control determinado porque cada empresa é distinta e terá unha solución diferente.

c) O terceiro voto particular foi emitido por un maxistrado, ao cal se adhire outra, que parte do círculo vicioso xa posto de manifesto polos anteriores votos e que emprega unha modalidade de voto particular –en desuso na nosa xurisprudencia, malia que de amplo uso no mundo anglosaxón– consistente en ir respondendo cada argumento da decisión maioritaria. De todo el, poderían salientarse os seguintes tres aspectos:

– Discute a interpretación histórica, porque na versión orixinal do ano 1980 se rexistraban as horas extra e agora, desde 1994, o que se rexistra é a xornada. Isto significa que en 1980 se non se facían horas extra non se podía levar ningún rexistro, mais agora si porque o obxecto é a xornada, aínda que a finalidade é a mesma: servir de ferramenta para coñecer se se fan horas extra.

– Insiste na especial natureza e transcendencia do dereito reclamado e a realidade social hoxe, lembrando unha xa antiga –pero sen dúbida actual– sentenza do Tribunal Supremo do 18 de maio de 1933, que expresaba que «a xurisprudencia debe ter como propósito e finalidade directriz non só satisfacer a “necesidade de estabilidade e fixeza” das relacións sociais (que tanto ou máis que ela, é función propia da lei), senón, ademais e principalmente, asegurar a “plasticidade e mobilidade” da norma, para que o dereito sexa non cousa morta e ríxida, senón materia fluída e flexible, suxeita a renovación como a vida mesma».

– E indica –respecto da mención do Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeo– que o voto maioritario non sinala cal dos dez subapartados do devandito precepto podería

afectar ao «registro da xornada» e permitir consideralo como dato «sensible» cuxo tratamento se prohíbe; prohibición que, sexa como for, dependería dos elementos que puidesen ser utilizados para o registro, mais non deste en si mesmo.

4. Todo o expresado supón o resumo do marco fáctico e xurídico en que se produciu esta relevante decisión do Tribunal Supremo sobre o control da xornada diaria dos traballadores. Consideramos necesario, no entanto, realizar dúas puntualizacións sobre tal decisión, que en gran medida se dirixirán na mesma liña marcada polo primeiro e o terceiro dos votos particulares, nomeadamente no que atinxe ao círculo vicioso que supón a conclusión maioritaria.

a) Dunha banda, se o registro diario da xornada só fose obrigatorio cando se realizasen horas extraordinarias, atopariámonos nunha aporía que baleiraría de contido a institución e os seus fins, posto que o presuposto, para que as horas extraordinarias teñan tal consideración, é que se efectúen sobre a duración máxima da xornada de traballo. Neste punto podería traerse a colación que as extraordinarias non son simplemente as que se fan por enriba da xornada diaria, como algúns entenden ás veces, senón que o artigo 35.1 do ET considera como tales «aquelas horas de traballo que se realicen sobre a duración máxima da xornada ordinaria de traballo, fixada de acordo co artigo anterior». É extraordinario, por tanto, o tempo que exceda das horas semanais (as corenta fixadas como máximo polo artigo 34 ou, de ser o caso, a cifra inferior fixada por convenio colectivo ou contrato), salvo que na empresa se fixase unha xornada anual, en cuxo caso só poderán ser cualificadas como extraordinarias as horas que excederen desa cifra total, aínda que para algunha ou algunhas semanas se supere o número correspondente a estas (neste sentido, véxase a Sentenza do Tribunal Supremo do 22 de decembro de 1992).

Por tanto, ese registro diario da xornada, que non das horas extraordinarias, é o requisito constitutivo para controlar os excesos da xornada, e a súa negación coloca os traballadores nunha situación de indefensión, posto que o único medio de acreditarlas é precisamente mediante o control diario da xornada.

b) Da outra, resulta contraditoria co que leva sendo a liña angular do Tribunal Supremo en múltiples ocasións para virar a súa doutrina e o seu elemental criterio hermenéutico –a realidade social– a frase recollida polo voto maioritario, ao expresar que «non cabe dicir que o impón a realidade social do século en que vivimos, nin utilizar argumentos como o de que outros o fan, por canto non se coñece en que condicións, nin que a empresa si controla as ausencias por intranet, onde o empregado que falta debe rexistrar

as súas ausencias e xustificadas, porque, precisamente, por ese medio ou outro pode rexistrar as horas de entrada e saída, así como o exceso de xornada, o que lle permitirá coñecer as horas que traballa, sen necesidade de que a empresa leve un complicado rexistro xeral da xornada diaria realizada por cada un dos seus empregados».

O Tribunal Supremo descarta agora a realidade social sen máis e reduce a súa resposta ás evidentes dificultades que ten calquera traballador/a para demostrar as horas que traballa –debe lembrarse que se descartan os partes de traballo ou outros medios similares–, a soster que implantar –no ano 2017, pasados vinte e tres anos desde que se introduciu a redacción actual do precepto– un sistema de control horario (tarxetas, fichas, impresión dixital, control informático etc.) resulta complicado para a empresa, que –non cabe dúbida, e así o demostra a realidade– o emprega en case todos os ámbitos para controlar o cumprimento das súas obrigas laborais e sancionar os traballadores, se for o caso.

A única posibilidade que podería salvar este enfoque é que o Tribunal Supremo se oriente cara a unha postura en que, se os traballadores proban que realizaron unha soa hora extraordinaria ou unha máis das que a empresa afirma levadas a cabo, se produza a inversión da carga da proba, nunha concreción dos termos expresados polo artigo 217.6 da Lei de axuizamento civil, que indica que «as normas contidas nos números precedentes aplicaranse sempre que unha disposición legal expresa non distribúa con criterios especiais a carga de probar os feitos relevantes». Porque, de o facer noutro sentido, significaría que os complexos e limitantes sistemas –ás veces– deseñados polas grandes empresas (e, por suposto, os bancos) terían efectos exclusivamente internos, de control do seu persoal e para o uso do empregador, mais inaccesibles para os empregados.