|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| |  |  | | --- | --- | | **El registro de la jornada de los trabajadores.** |  | |
| Cuando parecía que el Tribunal Supremo ya había cerrado la cuestión relativa a la obligación de registro de la jornada diaria de los trabajadores, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, evidenciando su malestar con el hecho de que el Alto Tribunal le "enmendase la plana", ha decidido "contraatacar"; y lo ha hecho elevando la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que sea el Tribunal comunitario el que finalmente diga quién tiene la razón, si el Tribunal Supremo o la propia Audiencia Nacional.  En resumen, que lejos de acabar con las dudas, la Audiencia Nacional, con esta decisión de elevar la cuestión al TJUE, vuelve a sembrar la incertidumbre sobre esta cuestión, al menos hasta que el TJUE se pronuncie definitivamente en uno u otro sentido. Por tanto, estamos otra vez a vueltas con la obligación del registro de la jornada diaria de los trabajadores.  El citado Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, modificó el régimen legal del contrato a tiempo parcial, de tal forma que en la letra c) del apartado 4 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores establece ahora:  *"c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3.*  *La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5.*  *En todo caso, la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las previamente pactadas y las voluntarias, no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1.*  *A estos efectos, 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."*  Es decir, además de establecerse que en el contrato de trabajo debe reflejarse de forma expresa la distribución de la jornada, se impone a la empresa **la obligación de registrar día a día el número de horas que realiza cada trabajador a tiempo parcial** y, asimismo, **la obligación de entregar al trabajador, junto con su nómina, una copia del cómputo de horas del mes, tanto las ordinarias como las complementarias.**  Por último, las dos anteriores obligaciones - de registro diario de la jornada y de entrega del resumen mensual al trabajador - se complementan con una tercera; la de conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años.  Y como en todas las obligaciones, su incumplimiento tiene prevista una consecuencia jurídica. Señala la norma que en caso de incumplimiento de las obligaciones de registro de la jornada, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.  Sin embargo, a raíz de este cambio normativo, que sí suponía una nueva obligación para la empresa tuvimos conocimiento de que por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, se ha venido exigiendo, en las visitas que se realizan a las empresas, no sólo el registro de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial, sino de todos, es decir, también de los trabajadores a tiempo completo.  La base legal de la actuación de la Inspección se recogía en la Consulta de 1 de Marzo de 2016, de la Dirección General de Empleo y en la posterior Instrucción 3/2016, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo, que realizaban una interpretación del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, que señala:  *"5. 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."*  De la redacción de este precepto la Dirección General de Empleo entiende que se contempla la obligación con carácter general, a efectos del cómputo de las horas extraordinarias, de registrar dia a dia la jornada de cada trabajador, así como de entregar una copia del resumen mensual junto con la nómina; porque, sostiene, que las horas extraordinarias no tienen entidad alguna si no es por referencia a las horas ordinarias; pues el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores señala que *"1.Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior."*  Esta obligación, sin embargo, nunca se había cumplido, ni se había exigido, al menos de forma generalizada, en la práctica.  Pero, a raíz del establecimiento de la obligación de registro de la jornada para los trabajadores a tiempo parcial, la Inspección de Trabajo, como hemos señalado, tomó la decisión de controlar también sí las empresas cumplen con la obligación preexistente del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, especialmente en aquellas que no disponen de sistemas de control de presencia y horario tales como fichas, tarjetas o huellas.  Por tanto, y aunque hasta ese momento el registro de la jornada en los contratos a tiempo completo no se realizaba, entendiéndose en la práctica que, si no se realizaban horas extraordinarias no era necesario llevar a cabo dicho registro, lo cierto es que la Inspección de Trabajo incluyó en sus Planes Integrados de Actuación para 2015 y 2016 la vigilancia del cumplimiento de esta obligación, como mecanismo de control de la realización de horas extraordinarias por los trabajadores y, por ende, de su correcta retribución y cotización.  En consecuencia, durante estos últimos años, aquellas empresas que no disponían de sistemas de control de presencia y horario que permitiesen registrar la jornada diaria de los trabajadores, han tenido que elaborar y gestionar un registro de la jornada diaria que cada trabajador ha realizado. Este registro debía totalizar la jornada efectuada por cada trabajador en función del periodo que se toma en cuenta para el abono de las retribuciones (normalmente mensual) y, por último, se debía entregar a cada trabajador una copia de dicho resumen de horas junto con su nómina.  Sin embargo, llegados a este punto, la cuestión que se planteaba era la siguiente: ***"¿y si en mí empresa no se realizan horas extraordinarias, también tengo que elaborar el registro de horas y entregar copia a los trabajadores?*"**  Esta es la gran duda que suscita la redacción del artículo 35.5 del ET, pues el mismo se refiere *"a efectos del cómputo de horas extraordinarias".*  Hasta ahora, no solo la Inspección de Trabajo, sino también la jurisprudencia de los Tribunales, había concluido que, aunque el precepto se refiere al cómputo de las horas extraordinarias, la obligación contemplada en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores solo puede cumplirse llevando un registro de la jornada diaria de cada trabajador; porque, como hemos dicho, solo a partir de la determinación de cuál es la jornada efectivamente realizada se puede discriminar qué horas tienen la consideración de ordinarias y cuáles de extraordinarias; de modo que el trabajador sepa sí está o no realizando horas extraordinarias y pueda constatar también si supera o no el límite de las previstas legalmente en el año.  En este sentido, y a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 13 de Marzo de 2006, establece:  *"La doctrina jurisprudencial citada analiza el supuesto en el que el trabajador reclama horas extraordinarias concretas sin mayores especificaciones, sin que se impute al empresario incumplimiento alguno de su obligación de registro de la jornada. Las sentencias citadas por el recurrente son además anteriores a la Ley 11/1994, debiendo recordarse que el texto original del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores aprobado en 1980 obligaba a registrar día a día, exclusivamente, «las horas extraordinarias realizadas». Este sistema de registro diario solamente de las horas extraordinarias se modificó en 1994 por la citada Ley 11/1994, a partir de la cual la obligación de registro y totalización dejó de referirse solamente a las horas extraordinarias y pasó a referirse a toda la jornada realizada por cada trabajador, aun cuando la finalidad de tal registro sea el cómputo de las horas extraordinarias realizadas. Esta modificación es lógica y coherente con el resto de la reforma practicada en materia de jornada por dicha Ley, porque las horas extraordinarias no son solamente las que se llevan a cabo fuera del horario establecido, sino también las que superan los límites de jornada, que no se expresan solo ni necesariamente en términos diarios, sino que incluso la citada Ley 11/1994 abrió la puerta a su anualización, siendo por tanto obvio que hasta que no finalice el período de cómputo de cada concreto límite no podrá saberse en todo caso con seguridad si existen horas extraordinarias y cuántas, siendo necesario para ello restar del total de horas trabajadas durante el período el número de horas que forman la jornada máxima del período.* ***El registro, por tanto, ha de referirse a la totalidad de las horas trabajadas y no solamente a las horas extraordinarias, porque este último registro sería incoherente con el sistema descrito.*** *La obligación de registro de la jornada, introducida por la Ley 11/1994, pasó al texto refundido del Estatuto de los Trabajadores actualmente vigente y es posterior a las sentencias del Tribunal Supremo alegadas por el recurrente, siendo básica la valoración de su incumplimiento en la aplicación de las normas sobre distribución de la carga de la prueba, esto es, el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, igualmente posterior a la jurisprudencia citada."*  Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, en Sentencia de 16 de Marzo de 2001, señaló:  *"En cuanto a la segunda de las infracciones, es cierto que, desde siempre se sintió la necesidad de pre constituir la prueba respecto a las horas extraordinarias, ya que, la falta de registro hacía prácticamente imposible para el trabajador cumplir en juicio con la carga de probar las horas extraordinarias. Para ello en la redacción original del artículo 35 se preveía un registro de horas extraordinarias, como aquí señala la actora; pero la alegación no tiene en cuenta el cambio sustancial introducido en la redacción artículo 35.5 del estatuto por la Ley 11/1994, ya que en el nuevo texto se establece la obligación de llevar, a efectos de dicho cómputo, un registro diario de jornada, que se totalizara en el periodo fijado para el abono de retribuciones, con obligación de entregar copia al trabajador. En definitiva, dada la dificultad del control del cumplimiento de la obligación de registrar, único medio de control y prueba de las horas extraordinarias, por cuanto que, al igual que aquí, bastaría negar la existencia de horas extraordinarias, para eludir la obligación de registrar,* ***se establece ahora una obligación de registrar la jornada diaria (haya horas extraordinarias o no), con obligación de entregar al trabajador, junto con los documentos salariales, el resumen de horas.*** *En definitiva, la flexibilidad que introduce la reforma, exigía esta nueva regulación del mecanismo de control.*  *En consecuencia, reconocido que no se llevaba registro de jornada respecto a los trabajadores que se dicen en el acta ni se le entregaba resumen de la jornada, estaríamos ante un incumplimiento de los previsto por el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción vigente al tiempo de los hechos. Por lo demás, tampoco podemos entender que los términos del precepto tras la reforma dejen lugar a la duda, ni los mismos han suscitado polémica en la doctrina de los autores y los tribunales."*  Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de Enero de 2001, señala que *"...el empresario tiene la facultad y deber de controlar y realización de las horas extraordinarias por el trabajador registrándolas día a día y entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente lo que, en buena lógica y con deductivo razonar, cuando no consta que el empleador haya cumplido con tal deber pueda implicar ni hacer recaer sobre el empleado el deber de tal acreditación, considerándose entonces que la realización se contrae a justificar la existencia de esa superior jornada."*  Finalmente, y de forma más reciente, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 4 de Diciembre de 2015, ha establecido que *"****el registro de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada****".* Y, a mayor abundamiento, precisa que la inexistencia del registro *"coloca a los trabajadores en situación de indefensión que no puede atemperarse porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es, precisamente, el control diario".*  En consecuencia, señaló la Audiencia Nacional, que las empresas estaban obligadas a llevar a cabo un registro diario de las horas que realice cada empleado, a fin de poder asegurar el control de las horas extraordinarias; y ello incluso en aquellas empresas en las que no se hagan horas extra.  Esto ha venido siendo así hasta el pasado 23 de Marzo de 2017, fecha en la que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia en la que, resolviendo el Recurso planteado por la empresa frente a la Sentencia de 4 de Diciembre de 2015, antes citada, enmienda la plana a la Audiencia Nacional y concluye que **el tan mencionado artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores NO obliga a las empresas a llevar un registro diario de la jornada de todos los trabajadores de la plantilla**; **sino que, por el contrario, tan sólo deben llevar registro de las horas extras que se realicen.**  Según el Alto Tribunal, no es posible realizar una interpretación extensiva del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores porque *"...el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho y, sin embargo, impone la sentencia recurrida."*  El Tribunal Supremo señala, por tanto, *"...que el artículo 35-5 del ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, cual establece la sentencia recurrida.*  *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 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."*  **Como puede verse, el TS da marcha atrás con respecto a lo decidido por la Audiencia Nacional y establece, como se adelantado, que no existe la obligación de llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla.**  Sin embargo, la decisión del Tribunal Supremo no ha sido ni unánime ni pacífica porque la Sentencia cuenta con Votos particulares, suscritos por 5 de los 13 magistrados que conforman la Sala de lo Social.  Los votos particulares, coincidentes con la previa decisión de la Audiencia Nacional sostienen que *"...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 ésta 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."*  Es más, el segundo de los votos particulares que no sólo del artículo 35.5 ET, sino de toda una serie de preceptos concordantes, surge la necesidad de que una empresa de grandes dimensiones como la recurrente, lleve a cabo un control sobre el tiempo de trabajo efectivamente desempeñado por cada una de las personas que integran la plantilla.  Y ahora, a raíz de una nueva demanda sindical, la Audiencia Nacional vuelve a mostrar su postura discrepante con el Tribunal Supremo; y ha dictado un Auto por el que plantea al TJUE una cuestión prejudicial, para que sea el Tribunal comunitario el que diga ahora si el criterio del Tribunal Supremo resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea.  En el planteamiento de la cuestión prejudicial, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sostiene que su postura - la obligación del registro diario de la jornada de trabajo, aunque el contrato sea a jornada completa -, es la única que permite comprobar si se excede o no de la jornada máxima anual y, por tanto, la postura del TS no resulta conforme a las Directivas Comunitarias.  Y ello supone, como hemos señalado al principio, que la cuestión no solo no está resuelta todavía, sino que hasta que resuelva el TJUE, se abre un nuevo periodo de incertidumbre para las empresas respecto a si van a estar finalmente obligadas o no a registrar la jornada diaria de todos los trabajadores, también los de jornada completa.  Mientras el TJUE se pronuncia, sí que podemos señalar, como conclusión, que **sí sigue siendo obligatorio registrar la jornada diaria de los trabajadores a tiempo parcial**; y debe entregarse 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.  Y, por otro lado, la decisión del TS de que no existe la obligación de llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla; pero sí de llevar registro de las horas extras que se realicen; y de que sí debe entregarse copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas extras realizadas en cada mes está vigente, hasta que el TJUE se pronuncie al respecto.  Finalmente, hay que precisar que **el incumplimiento de esta obligación de registro, como obligación formal o documental que es, puede ser considerado como infracción administrativa leve**, conforme al artículo 6.6 de la LISOS.  Lo que no establece ni el artículo 35.5 del estatuto ni el RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, es la forma de llevar a cabo dicho registro, y sigue sin elaborarse un modelo normalizado u oficial por parte del Servicio Público de Empleo.  Todos estos modelos pueden descargarse desde aquí:  [**Registro de Horas para Contratos a Tiempo Completo**](http://supercontable.com/fprg/fprg15/registro-jornada-tiempo-completo.xlsx) (EXCEL)  [**Registro de Horas para Contratos a Tiempo Parcial**](http://www.supercontable.com/envios/formularios_boletin/Registro_Horas_CTP.pdf) (PDF)  [**Registro de Horas para Contratos a Tiempo Parcial**](http://supercontable.com/fprg/fprg15/registro-jornada-tiempo-parcial.xlsx) [**(II)**](http://www.supercontable.com/envios/formularios_boletin/Registro_Horas_CTP.pdf) (EXCEL)  [**Registro de Horas Extras para Contratos a Tiempo Completo**](http://www.supercontable.com/envios/formularios_boletin/Registro_Horas_Extras_10-04-2017.xlsx) (EXCEL)  [**Registro de Horas Extras para Contratos a Tiempo Completo**](http://www.supercontable.com/envios/formularios_boletin/Registro_Horas_Extras_10-04-2017.pdf) (PDF)  Como puede verse, cada formulario permite hacer constar el recibí por el trabajador, para acreditar la obligación de entrega que marca la Ley.  Por último, recordar nuevamente la obligación de conservar dichas hojas de registro durante cuatro años. |