

## **Sobre la realidad de la jornada laboral en España y el derecho a la limitación de la jornada de las personas trabajadoras para proteger la salud laboral**

### **La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria**

El Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, Rec. 252/2017, plantea cuestión de prejudicialidad sobre el art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores. Esta cuestión se fundamenta en que la interpretación judicial realizada, por lo que ya es jurisprudencia del Tribunal Supremo, no está conforme con la efectividad y el efecto útil que deben tener las reglas contenidas en las directivas y en el Derecho comunitario.

Por ello, el Auto plantea que hay una exigencia jurídica dimanante del Derecho comunitario consistente en que debe existir un método o instrumento que permita objetivamente verificar la jornada real y horas de trabajo de los asalariados, como única manera de garantizar el derecho a la efectividad de las limitaciones de jornada, descansos y vacaciones, proclamados en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El Auto establece como premisa relevante del mismo, los siguientes hechos.

1.- En la encuesta de población activa de 2016, EPA, se reflejaba que el 53,7% de las horas extraordinarias no son registradas y presumiblemente gran parte de ellas tampoco son abonadas, con lo cual el trabajador trabaja gratis estos excesos de jornada.

2.- Según informes de la Dirección General de Empleo y Seguridad Social de 31 de enero de 2014 y 31 de marzo de 2016, la comprobación de si se realizan o no horas extraordinarias resulta muy problemática si no se conoce con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas. La consideración de que las horas extraordinarias son voluntarias, salvo pacto en contrario y que, por tanto, el trabajador sabe perfectamente cuando las realiza y, en consecuencia, sabe a partir de qué momento comienza el computo de las mismas, no arregla este problema.

Según estos informes, dado que la jornada ordinaria o exceso de horas, es decir, horas extraordinarias, en principio, pueden ser distribuidas irregularmente a lo largo del año, y de hecho la mayoría de la población asalariada tiene una distribución irregular de jornada, (art. 84.2), se configura una situación en la cual el trabajador individualmente considerado no tiene certeza de si las horas que trabaja son ordinarias o extraordinarias, y a esto contribuye en gran medida la regulación legal del art. 35.2 del Estatuto de los Trabajadores, consistente en que

Fernández de la Hoz, 12

28010 Madrid

Teléf. 91 702 81 05

[www.ccoo.es](http://www.ccoo.es)

Afiliada a la confederación europea de sindicatos (CES) y a la confederación sindical internacional

incluso horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria no tendrán que ser contadas como tales horas extraordinarias, si se compensan posteriormente con descansos (art. 35.2 del Estatuto de los Trabajadores).

En consecuencia, la anualización de la jornada existente en España junto con la distribución irregular de la misma y junto con la compensación como descanso de exceso de jornada, con la consiguiente desaparición de estos excesos como horas extraordinarias, implica que el trabajador no esté en condiciones de establecer ni de conocer de manera fehaciente, cuando está en presencia de horas ordinarias y cuando está en presencia de horas extraordinarias, puesto que la regulación legal de la jornada laboral en España está anualizada y no está establecida rigidamente día a día o semana a semana.

Junto con estos hechos relevantes establecidos en el Auto, y que son incontrovertibles, debemos tener en cuenta otros hechos que señala el Abogado Armando García López de la Federación de Servicios de CCOO, en las observaciones planteadas ante el TJUE sobre esta cuestión de prejudicialidad planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Estos hechos son los siguientes

- a. Según actuaciones de la Inspección de Trabajo en Caixabank en Álava se constata que en esa empresa se realizan horas extraordinarias que no son registradas y que hay trabajadores a tiempo parcial que no registran diariamente su jornada de trabajo.
- b. Asimismo se detalla que en actuaciones de la Inspección Provincial de Trabajo de Granada sobre la empresa Bankia, SA se ha emitido un informe con fecha 19 de octubre de 2015, en el que textualmente se afirma: "Sobre la existencia de registro de jornada diaria de trabajo, los empleados todos manifiestan que aunque conocen cual es el horario de trabajo que han de realizar no conocen exactamente cuántas horas de trabajo realizan cada día, pues no se refleja en ningún documento la hora de inicio y fin de trabajo y tampoco la empresa les entrega mensualmente junto con el recibo de pagos de salarios, ningún resumen mensual de las horas realizadas en ese mes.

Resulta por lo tanto evidente la realidad social de nuestro país, de ausencia de control y comprobación de cuáles son las horas ordinarias que trabaja un asalariado, para poder así determinar cuáles son las extraordinarias, que no se pueden establecer día a día, ni semana a semana, en principio, puesto que la jornada está distribuida irregularmente y además esta anualizada, y caben descansos compensatorios posteriores en varios meses a los excesos de jornada trabajados con anterioridad.

Esta opacidad y desconocimiento de cuáles son las horas ordinarias y cuáles son las horas extraordinarias, está siendo aprovechada por muchísimas empresas, incluidas las entidades financieras, para realizar excesos de jornada contra la regla legal imperativa de limitación de jornada y el principio jurídico de reducción de la misma, para disminuir los descansos y tiempo

libre obligatorio de trabajadores y no abonar horas extraordinarias, ni siquiera muchas horas ordinarias que como exceso se trabaja.

Con esta situación, se está exponiendo a los trabajadores a situaciones forzosas y obligadas de prolongaciones de jornada y de exceso de horas en la realidad material con la exposición consiguiente a riesgos para su salud laboral, de conformidad con notas técnicas del Instituto de Seguridad e Higiene y de conformidad con todo el Derecho comunitario que a través de las directivas sobre ordenación de tiempo de trabajo, como la 2003/88, vincula el tiempo de trabajo con las disposiciones mínimas de derecho necesario de seguridad y salud laboral

Esta realidad tan lamentable, resulta incluso incompatible con el 1º Convenio de la OIT sobre las horas de trabajo en industria, por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a 8 horas diarias y 48 semanales, del año 1919. Este convenio esta ratificado por España y entró en vigor el 13 de junio de 1921.

En el art. 8 de este histórico convenio de la OIT, que está siendo incumplido en nuestro país, como más adelante se expondrá, se establece que la empresa debe dar a conocer por medio de carteles colocados en sitios visibles o en cualquier otra forma aprobada por el gobierno, las horas en que comience y termine el trabajo y si el trabajo se realice por equipos, las horas en que comience y termine el trabajo de cada equipo.

Las horas se fijarán de manera que no excedan de los límites señalados en el presente convenio y, una vez notificadas, no podrán modificarse sino en el modo y con el aviso aprobado por el gobierno.

Asimismo, está obligada la empresa a dar a conocer en la misma forma los descansos concedidos durante la jornada de trabajo que no se consideren comprendidos en las horas de trabajo.

La obligación normativa basada en estos convenios o textos internacionales vinculantes para España según el art. 96 de la Constitución Española y vinculantes también en el ámbito de la Unión Europea al ser tratados internacionales ratificados por Estados miembros (de conformidad con el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), implica necesariamente que el empresario debe dar a conocer y, por lo tanto, a dar una imprescindible publicidad al inicio y fin de la jornada ordinaria.

Es decir, la empresa debe tener en cuenta que las jornadas u horas ordinarias deben anotarse y registrarse para conocimiento general, día a día y semana a semana, puesto que esta obligación normativa es incompatible con la indeterminación, la oscuridad y la opacidad sobre cuando se inicia y cuando finaliza la jornada ordinaria y cuando se está en presencia de exceso de jornada o de horas extraordinarias y cuando, en definitiva, se está en situación de tiempo de descanso o

fuera de jornada. Esta concreción debe darse día a día y semana a semana y no en la indeterminación globalizada anual que no permite la concreción diaria, ni semanal ni el deslinde entre hora ordinaria u hora extraordinaria, ni siquiera en cómputo anual puesto que la confusión y oscuridad e indefensión del trabajador es insuperable.

El art. 8 también establecía que se considerará ilegal emplear una persona fuera de su jornada de trabajo o durante su tiempo de descanso, es decir durante el tiempo de no trabajo.

En consecuencia, ya en el año 1919 se promulgaron instrumentos normativos para impedir la opacidad y el desconocimiento sobre la jornada ordinaria y se pretendía como efecto derivado de la norma laboral, que el trabajador supiera y le constara cuando estaba en presencia de su jornada ordinaria y cuando incurría en exceso de jornada, que en principio serían ilegales, puesto que no se podía trabajar durante los descansos salvo que concurren causas justificativas para la realización lícita de horas extraordinarias que imperativamente y por su propia naturaleza, siempre son excepcionales.

Con posterioridad, en el año 1930, se aprobó por la OIT el Convenio 30, sobre las horas de trabajo en comercio y oficina, y entró en vigor en España el 29 de agosto de 1933.

En el art. 11 del citado convenio se repetía el mandato contenido en el art. 8 del precedente Convenio nº 1 de la OIT.

Con posterioridad, se promulgó por la OIT la Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, la nº 116 de 1962. En el epígrafe f) de la citada recomendación se establece literalmente lo siguiente:

#### *“MEDIDAS DE CONTROL*

- *21. Para la eficaz aplicación de las medidas destinadas a reducir progresivamente la duración del trabajo de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 4 y 5:*
  - *(a) deberían adoptarse las medidas apropiadas para hacer cumplir debidamente las reglas o disposiciones relativas a la duración del trabajo, mediante una inspección adecuada o de otra forma;*
  - *(b) debería obligarse a los empleadores a dar a conocer a los trabajadores interesados, por medio de avisos fijados en el establecimiento o por cualquier otro medio aprobado por la autoridad competente:*
    - *(i) las horas en que comience y termine el trabajo;*
    - *(ii) si el trabajo se efectúa por turnos, las horas en que comience y termine cada turno;*
    - *(iii) los períodos de descanso que no estén comprendidos en las horas normales de trabajo;*

- (iv) los días de trabajo de la semana;
- (c) debería obligarse a los empleadores a inscribir en un registro, en forma que pueda ser aceptada por la autoridad competente, las horas de trabajo, los salarios y las horas extraordinarias por trabajador, y a presentar a la inspección dicho registro siempre que se le solicite;
- (d) deberían adoptarse medidas para prever las sanciones que puedan ser adecuadas a la forma en que se dé efecto a las disposiciones de la presente Recomendación.

En consecuencia, ya en esta recomendación se establecía en el epígrafe c) la obligación a los empleadores de inscribir en un registro, en forma que pueda ser aceptada por la autoridad competente las horas de trabajo, los salarios y las horas extraordinarias por trabajador, y a presentar a la Inspección dichos registros siempre que se le solicite.

Por ello, resulta lamentable que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las tres sentencias que al menos ha dictado sobre registro de jornada del art. 35.5, no haya mencionado ni siquiera los convenios ni la recomendación de la OIT, que constituyen también reglas jurídicas que han de ser valoradas y tenidas en cuenta, con arreglo al art. 96 de la Constitución y al propio art. 40.2 que nos dice que los poderes públicos deben garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, y para alcanzar este principio jurídico constitucional la eficacia de los convenios de la OIT resulta transcendental.

Ahora bien, rectificar la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es tarea imposible con carácter inmediato salvo que cambie la ley, o salvo que el TJUE de nuevo rectifique aspectos antisociales de esta doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, invocándose para ello el Derecho comunitario que en su acervo social incorpora tradiciones jurídicas de los Estados miembros y tratados internacionales como los de la OIT y, por tanto, recupera reglas como las anteriormente citadas de los convenios de la OIT y recomendaciones.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que también el art. 2, apartado 2, letra i) de la Directiva 91/533, establece la obligación del empresario de dar información, es decir, de dar a conocer al trabajador individual la duración de la jornada o semana laboral normal y esta información debe darse por escrito.

En consecuencia, con arreglo a la normativa internacional y a esta directiva comunitaria, existe una obligación jurídica empresarial consistente en dar a conocer, por supuesto, a los trabajadores individuales pero también y de modo derivado a los protagonistas de la vigilancia sobre la eficacia de las normas de limitación de jornada y protección de la salud laboral, representantes de los trabajadores y autoridad laboral, este tipo de información sobre la duración de la jornada ordinaria para que la tengan en cuenta en sus deberes jurídicos de vigilancia y cumplimiento de las normas laborales y de salud laboral.

Sin embargo, en la interpretación jurídica que ha realizado el Tribunal Supremo, se desprende que ni en la literalidad del Estatuto de los Trabajadores, ni en ningún otro instrumento jurídico, se contempla ni se regula ningún instrumento o medio que permita conocer, por parte del trabajador individual y de sus representantes ni de la Inspección de Trabajo, cual es de manera concreta la jornada ordinaria del trabajador y cuando comienza el exceso de jornada.

En consecuencia, no se posibilita conocer este deslinde, puesto que el empresario, en virtud de la interpretación del art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones concordantes, no está obligado a dar a conocer con publicidad y anotación en documento escrito el inicio y fin de la jornada, incluyendo en la misma tanto las horas ordinarias como el exceso que en su caso se haya realizado.

Con este tipo de interpretación, se están incumpliendo los objetivos y fines de las directivas comunitarias básicamente de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo puesto que el objetivo de esta directiva es la de establecer límites en el tiempo de trabajo y también concurre el objetivo de garantizar la protección de la seguridad y salud a través de esta limitación del tiempo de trabajo evitando riesgos para la salud laboral de los trabajadores.

Ha de tenerse en cuenta, que el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y lo vincula al art. 31.1 "Derecho a condiciones de trabajo que respeten su salud, su seguridad y su dignidad", por ello, el TJUE ha establecido en sus sentencias la siguiente doctrina:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («el Tribunal» o «el TJUE») ha afirmado que las disposiciones de la Directiva relativas al tiempo de trabajo máximo, las vacaciones anuales retribuidas y el tiempo mínimo de descanso «*constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador*» - Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Abdelkader Dellas y otros/Premier ministre y Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, C-14/04, ECLI:EU:C:2005:728, apartados 40-41 y 49; Sentencia de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging/Staat der Nederlanden, C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244, apartado 28.-.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha apreciado que el artículo 6, letra b), de la Directiva 2003/88 tiene efecto directo, en la medida en que confiere a los particulares derechos que pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales (STJUE de 25 de noviembre de 2010, Asunto C-429/09, Stadt Halle, apartado 35, con cita de las sentencias, antes citadas, las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-3 97/01 a C-403/01, apartados 103 a 106, y sentencia de 14 de octubre de 2010, FuB (C-243/09, apartados 56 a 59).

En consecuencia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión ha establecido con claridad con lo relativo a la duración de la jornada constituye normas imperativas que atribuyen derechos subjetivos a los particulares de manera que estos pueden invocar los derechos a que no se produzcan excesos sobre la duración de la jornada directamente ante los órganos jurisdiccionales y este derecho subjetivos necesariamente integra los medios instrumentales para hacerlos efectivos como es la necesidad de que su jornada conste en un registro al cual se tenga acceso para general conocimiento, tanto del trabajador como de los protagonistas involucrados.

Por lo tanto, la interpretación que hace el Tribunal Supremo del art. 35.5, es incompatible con las obligaciones jurídicas dimanante del Derecho comunitario en los términos antes expuestos, puesto que si admitimos la licitud de la ausencia de todo instrumento o medio de comprobación de cuál es la jornada efectivamente trabajada y las horas efectivamente realizadas, estamos admitiendo la carencia de efectividad real del derecho a la limitación de jornada, puesto que el mismo se convierte en una proclamación vacía, retórica y carente de efectividad práctica y, por lo tanto, se está admitiendo el incumplimiento de los objetivos fijados en la directiva comunitaria de ordenación de tiempo de trabajo traspuesta y se está admitiendo, en consecuencia, el incumplimiento del art. 31.2 y 31.1 de la Carta de Derechos Fundamentales. En definitiva, según la interpretación judicial del Tribunal Supremo, las directivas comunitarias sobre ordenación del tiempo de trabajo, no han sido correctamente traspuestas en nuestro país puesto que carecen de efecto útil en nuestro país al no distinguirse con suficiente claridad el deslinde y delimitación entre jornada ordinaria y exceso de jornada.

Por ello, la interpretación del art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores que implique la primacía del Derecho comunitario y su correcta trasposición en nuestro país, exige que se interprete en el sentido de obligatoriedad de registro de la jornada u horas ordinarias de trabajo para así poder vigilar y comprobar si la limitación de la jornada máxima se aplica correctamente garantizándose, por tanto, la utilidad y eficacia práctica del Derecho comunitario en nuestro país.

En realidad, la tesis del Tribunal Supremo implica un reconocimiento no explicitado en las sentencias de que la directiva comunitaria no ha sido correctamente traspuesta a nuestro ordenamiento, puesto que no se ha previsto ningún medio de garantizar la efectividad del derecho a la limitación de jornada al hacer desaparecer la obligación jurídica empresarial de dar a conocer de manera pública el inicio y fin de las jornadas trabajadas.

La única manera de efectuar una interpretación de nuestro ordenamiento jurídico plenamente coherente con las exigencia del Derecho comunitario, radica en interpretar, como hizo la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que el art. 35.5 exige el registro de las horas ordinarias de trabajo como único medio o instrumento de garantizar y vigilar el cumplimiento del derecho imperativo a la limitación de la jornada y como único medio de impedir la ineficacia absoluta de este derecho mediante la atribución de facto al empresario de facultades para opacar y oscurecer la distinción entre jornadas ordinarias y exceso de jornada, favoreciendo, por tanto, la exposición a riesgos de salud laboral de los trabajadores.

Es, por tanto, la interpretación conforme al Derecho comunitario, la que exige que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sea descalificada jurídicamente, puesto que la misma conduce a la ausencia total de cualquier medio de comprobar o verificar el límite a las jornadas de trabajo, que en virtud de esta doctrina, solo depende de la libre discrecionalidad del empresario y no de la aplicación efectiva de las normas comunitarias y de la aplicación efectiva de los mandatos del Derecho comunitario sobre limitación de la duración de jornada y prohibiciones o restricciones a los excesos de la misma, a través del único medio existente para garantizar la efectividad de estas reglas y la efectividad de la protección de la salud laboral de los trabajadores, que es la información escrita de la jornada del trabajador a través del registro de la misma.

Por ello, el propio art. 22 de la Directiva 2003/84, establece en su art. 21.1.d) “el instrumento de garantizar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores a través de la limitación de jornada” y este instrumento son los registros de todas las horas de trabajo sin distinción para aquellos casos en los que no aparece perfectamente delimitada la duración máxima de la jornada semanal total, como es el caso de España, en que la duración máxima de la jornada total de trabajo efectivo, no es semanal sino anual.

En nuestro país, dada la anualización de la jornada y la indeterminación sobre cuando se está en presencia de hora ordinaria o de exceso de jornada, la interpretación correcta del art. 35.5 en relación con el Derecho comunitario debe ser la de exigir el registro de jornada diaria y semanal y la información de la misma a los trabajadores puesto que de no mantenerse esta interpretación no se garantiza y desaparece la efectividad del cumplimiento de los objetivos de las normas comunitarias y del derecho a la limitación de la jornada.

Por ello, el art. 22.1.d) de la directiva comunitaria suministra la regla jurídica que permite esta efectividad para estos casos de globalización anual de jornada y de cómputo flexible, volátil e inconcreto de la misma, día a día, semana a semana, y mes a mes, y esta regla consiste en la llevanza del registro de jornada

Además, desde el punto de vista de la confidencialidad de los datos personales informatizados, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: un registro de tiempo de trabajo que incluya una indicación por cada trabajador del inicio y del final de trabajo y las interrupciones o descansos correspondientes no está prohibida por la protección de datos personales como ya se estableció en la STJUE de 19 de junio de 2014, Asunto C-683/13. *Pharmaceuticals v. Health and Consumer Protection*; o en la STJUE 30 de mayo de 2013. Caso *Wortzen*. Asunto C-342/12. TJCE 2013/140.

En estos casos, a efectos de control de cumplimiento de la legalidad vigente, el TJUE concluye que la Directiva no se opone a una normativa nacional que obliga al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo de registro del tiempo de trabajo a fin de permitir la consulta inmediata, siempre que este requisito es necesario para el ejercicio por parte de la autoridad de su aplicación misiones

de vigilancia regulación de las condiciones de trabajo, especialmente en lo que se refiere a las horas de trabajo.

Entre estos casos, hay que destacar la STJUE 30 de mayo 2013. Caso Worten. Asunto C-342/12; en que se analiza la normativa portuguesa sobre control de tiempo de trabajo.

El artículo 202 del Código Portugués do Trabalho, aprobado por la Ley nº 7/2009, de 12 de febrero de 2009, dispone, bajo el título “registro del tiempo de trabajo”.

1) El empresario debe mantener en un local accesible, de forma que se permita su consulta inmediata el registro del tiempo de trabajo prestado por los trabajadores incluidos aquellos que están exentos de ajustarse a horario.

2) Este registro debe contener la indicación de las horas en que se inicia y finaliza la jornada así como de las pausas o períodos no incluidos en ésta, al objeto de permitir el cálculo del número de horas de trabajo prestadas por el trabajador por día y por semana.

El TJUE considera que dicha normativa es válida conforme al Derecho Europeo de Protección de Datos y concluye que: los artículos 6, apartado 1, letras b) y c), y 7, letras c) y e), de la Directiva 95/46, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el ejercicio por esta autoridad de la misión de supervisión que le incumbe en relación con la normativa sobre condiciones de trabajo y especialmente de la relativa al tiempo de trabajo.

En consecuencia, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo no se ajusta a mandato dimanante del Derecho comunitario y, por ello, es pertinente el planteamiento de la cuestión prejudicial cuya finalidad es conseguir que se rectifique esta doctrina y que se efectúe una interpretación judicial en virtud de la cual se obligue al registro de la jornada ordinaria diaria de trabajo, con entrega del resumen mensual de las jornadas diarias trabajadas por el trabajador al trabajador afectado y a los representantes legales de conformidad con la disposición complementaria al art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores contenida en la disposición adicional tercera del RD 1561/95 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo.

Por Enrique Lillo

Coordinador del Gabinete jurídico interfederal de CCOO



confederación sindical  
de comisiones obreras  
secretaría de comunicación

Fernández de la Hoz, 12  
28010 Madrid  
Teléf. 91 702 81 05  
[www.ccoo.es](http://www.ccoo.es)

Afiliada a la confederación europea de sindicatos (CES) y a la confederación sindical internacional