

## **AULA IUSLABORALISTA UAB**

**26 de octubre de 2018.**

*Problemática del control de la jornada laboral y del disfrute de permisos y licencias en la relación de trabajo.*

Eduardo Rojo Torrecilla.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UAB.

### **Nota previa.**

Se recogen en este artículo, debidamente revisadas, las entradas que he publicado en el blog sobre las dos temáticas objeto de la sesión.

## **PRIMERA PARTE. PERMISOS Y LICENCIAS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO. EL DEBATE SOBRE LA FECHA DE INICIO DE SU DISFRUTE, Y DEL CÓMPUTO EN DÍAS NATURALES O LABORABLES.**

### **1. 25 de noviembre de 2007. Permisos y licencias. Análisis del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional.**

#### Introducción.

El presente artículo tiene por finalidad proceder al estudio de los aspectos y rasgos más destacados de la regulación sobre permisos laborales retribuidos, recogidos, si bien de forma no exclusiva, en el artículo 37. 3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en adelante LET). Dicho estudio, obviamente, no puede hacerse sólo desde el estricto y limitado prisma del marco legal, ya que probablemente sea la de los permisos aquella materia que más atención ha merecido en sede convencional y que por ello requiere de especial atención, como mínimo, a una muestra seleccionada de convenios colectivos de ámbito estatal, autonómico, provincial y/o de empresa que se han publicado en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, y que se relacionan en anexo.

Con carácter preliminar cabe decir que se utiliza el término “permisos” tanto para referirse a los supuestos contemplados en el artículo 37. 3 como para aquellos recogidos en otros preceptos, como el supuesto del disfrute del tiempo necesario para acudir a exámenes (artículo 23) y cuya posible retribución y consideración como tiempo de trabajo efectivo queda condicionada a lo que se disponga en la negociación colectiva, y que la referencia terminológica a las “licencias” que se efectúa en numerosos convenios

colectivos no altera el núcleo central de mi exposición y no merece mayor atención, ya que en buena medida se trata preferentemente de permisos no retribuidos regulados en sede convencional (si bien no es desdeñable el número de convenios que incorporan la regulación de “permisos o licencias retribuidas para asuntos propios”, a imagen y semejanza de la normativa de la función pública).

No se trata, quede claro, de efectuar un estudio meramente repetitivo de aquello que ya ha sido objeto de atención por la doctrina iuslaboralista en anteriores trabajos, muchos de los cuales han sido tenidos en consideración para preparar mi artículo, sino de prestar atención a las últimas tendencias negociadoras y a las más recientes resoluciones judiciales sobre la materia (años 2006 y 2007), ya que los tribunales, señaladamente las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, han debido pronunciarse en numerosas ocasiones en los dos últimos años sobre los conflictos suscitados con ocasión de la interpretación de cláusulas convencionales que despliegan, completan, desarrollan o amplían la LET, algo a mi parecer sorprendente si se repara en que los permisos debería ser un ámbito de actuación en el que, una vez alcanzado el acuerdo en sede convencional ya sólo se procediera a su aplicación y cumplimiento por parte de las empresas cuando fueran solicitados por los trabajadores si tuvieran derecho para ello; ahora bien, la realidad no es tan simple ni sencilla, como lo demuestra el elevado volumen de litigiosidad laboral sobre cuestiones aparentemente más incardinables en la negociación, como son, a mero título de ejemplo, que debe entenderse por “días” cuando la norma no se refiere a su consideración de hábiles o naturales, o qué debe entenderse por tiempo indispensable para acudir a los exámenes de los títulos oficiales que cursa un trabajador y si en el mismo se incluye todo el día o hay una concreción del período reconocido para poder desplazarse al centro educativo.

En definitiva, se trata de efectuar, o al menos ese es mi intento, una aproximación a la regulación de los permisos laborales desde una consideración jurídico-social, que debe tomar en consideración factores que eran muy poco valorados cuando se aprobó su redacción originaria en 1980, fecha desde la que no ha habido especial o relevantes cambios como se expondrá a continuación, y que a mi parecer son sustancialmente dos: la gradual e imparable incorporación de la mujer al mercado de trabajo, y en menor medida (aunque es previsible que se vaya notando cada vez más en el futuro) el incremento de la inmigración en el mercado de trabajo español y la conveniencia de atender a las nuevas realidades culturales y religiosas de buena parte de esa población .

I ¿Cómo ha evolucionado la norma?

1. No ha habido grandes cambios desde la primera redacción de la LET de 1980, y la última novedad introducida, en concreto en el artículo 37. 3 b), se ha producido por la disposición adicional decimoprimer, número 2, de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH).

La doctrina, en estudios anteriores obviamente a la entrada en vigor de la LOIEMH, ha destacado que desde la aprobación del texto originario de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, sólo perviven en sus términos literales los artículos 37 3 a), c) y e), y que debe destacarse la importancia de la reforma del artículo 37 3 d) operada por la Ley 11/1994 de 19 mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, y de la Ley sobre

Infracciones y Sanciones en el Orden Social , “en el sentido de configurar como supuesto de permiso retribuido el tiempo indispensable para el ejercicio del sufragio activo, zanjando así una anterior polémica” .

2. En la redacción vigente con anterioridad al 23 de marzo de 2007, el precepto (artículo 37 3 b) disponía lo siguiente:

“b) Dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.....”. Recuérdese aquí que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 915 del Código Civil, son parientes de primer grado los padres, hijos y cónyuges, mientras que de segundo grado son los abuelos, nietos y hermanos.

En la modificación operada por la LO 3/2007 la letra “o” entre “hijo” y “por” ha sido sustituida por la letra “y”, y después de “hospitalización” se ha incluido como nuevo supuesto protegido la “intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo hospitalario”.

La modificación no aparecía en el originario proyecto de ley, y se debe a la aceptación de enmiendas de los grupos parlamentario de CiU, IU-ICV y mixto en el Congreso, que más concretamente fueron incorporadas en el debate en Comisión del Informe de la Ponencia (ya que no aparecía ni en el proyecto de ley ni en el Informe). El texto de la enmienda y su justificación, prácticamente idéntica en todas las enmiendas, era el siguiente: “El reconocimiento de los permisos retribuidos del artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores está haciéndose de forma muy restrictiva por las empresas, que exigen para el supuesto de accidente o enfermedad grave que haya también hospitalización, y para la hospitalización que esté motivada por accidente o enfermedad grave. No se están contemplando como supuestos individualizados, sino como un único supuesto que exige la presencia del elemento de la hospitalización más el de enfermedad o accidente grave. Por tanto, es preciso modificar la redacción de la letra b) del apartado 3 del artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores para que quede claro que son supuestos diferenciados y que cada uno de ellos da lugar al nacimiento del permiso ”.

3. Aún cuando no se trate del número del artículo 37 que es objeto central de nuestro estudio, también cabe destacar dos recientes modificaciones. La primera se ha operado en el artículo 37.4, regulador del derecho a reducción de jornada para la madre trabajadora o el otro progenitor durante el período de lactancia de un menor de 9 meses. En sintonía con algunos avances ya operados en el ámbito de la negociación colectiva, la Disposición adicional Undécima 5 permite que la reducción se disfrute cada día “o acumularlo (el período de disfrute) en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella”.

La segunda, que se trata más bien de una concreción del supuesto normativo más que propiamente de una modificación, se ha producido en el artículo 37.4 bis, que guarda relación con el artículo 48.4 en la versión que del mismo se ha hecho por la LOIEMH. Según dispone el último precepto citado, “en los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período

de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle”. Pues bien el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, se refiere en su disposición adicional tercera a la ampliación de los períodos de descanso por maternidad, y dispone que “asimismo, a efectos de la ampliación del período de descanso por maternidad que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponda en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto”.

## II. Reflexiones sobre la teoría general de las licencias y permisos.

1. Del análisis general que vamos a efectuar del artículo 37.3 de la LET cabe afirmar su carácter poco sistemático, coincidiendo con la tesis doctrinal de que dicho precepto, tanto en su redacción original como en las reformas operadas a partir de dicha fecha, alberga “cuestiones harto distintas con una sistemática cada vez más discutible”, y que aunque se trate de un texto que puede, como así ocurre en la práctica, ser ampliamente completado y desarrollado por la negociación colectiva, su dicción resulta demasiado imperativa, “incluso demasiado exhaustiva si se compara con cuestiones sin duda más centrales como es el caso de las vacaciones” .

Estamos en presencia de una interrupción del contrato de trabajo, donde el principio de reciprocidad de las obligaciones del trabajador (prestación de la actividad laboral) y del empresario (abono de la remuneración salarial) queda alterado en todos aquellos supuestos regulados en sede legal o convencional que permiten al trabajador dejar de prestar temporalmente su actividad sin pérdida de la remuneración. Con carácter más global y técnico, en uno de los estudios más completos sobre los permisos retribuidos del trabajador, efectuado por Carmen Sánchez Trigueros, se elabora un concepto de permiso retribuido con el que podemos sustancialmente coincidir y que se apoya en seis puntos: “1. Es una vicisitud del contrato de trabajo. 2. Se caracteriza por el cese temporal de la prestación laboral. 3. El deber empresarial de retribución subsiste. 4. Sólo procede en los supuestos previsto por el ordenamiento. 5. Su duración es breve. 6. El disfrute del permiso se configura como un derecho” . Se trata, en suma, de un precepto de derecho necesario relativo que puede ser mejorado por la norma convencional, y a su vez dicha norma puede ser completada en sede empresarial (circunstancia frecuente cuando la negociación es de ámbito sectorial o territorial superior), siempre y cuando se trate de una interpretación que no restrinja o desnaturalice aquello pactado en la negociación .

3. El artículo 37.3 reconoce el derecho del trabajador a ausentarse por algunos de los motivos que se enumeran en el texto y que serán objeto de estudio a continuación, requiriéndose el previo aviso y la justificación. La dicción del texto, sin perjuicio de las innumerables concreciones y especificaciones que puedan hacerse en sede convencional, parece apuntar la necesidad de que exista relación directa entre el momento en que se produzca el evento y el período de disfrute del permiso, y de ahí que también sea predicable como regla de principio la consideración de que los días de permiso son naturales. Por fin, la referencia genérica al previo aviso y justificación sólo puede ser entendida como una manifestación genérica del principio de buena fe en la

relación de trabajo, que obliga al trabajador a avisar y probar, de forma suficiente, que se produce el evento. De ahí que en sede doctrinal se haya argumentado con buena lógica que con respecto a los requisitos formales no hay una regla estándar sobre el preaviso, y tampoco sobre la justificación, si bien el trabajador está obligado “a acreditar la realidad de la causa que genera la licencia o permiso”, y que el ejercicio del derecho no requiere de concesión empresarial expresa del permiso por lo que “la justificación será a posteriori y se referirá tanto al supuesto de hecho del que dependa el derecho a la ausencia como el efectivo disfrute y, de la misma manera, dependerá de las circunstancias del caso”. En esta misma línea se inscribe la mayor parte de convenios colectivos examinados; de tal forma, se dispone que como regla general “los días de permisos retribuidos deben disfrutarse en la fecha que se produzca la situación que los origina, sin poder trasladarlos a los días naturales o laborales inmediatos”, vinculándose de forma terminante el disfrute de la licencia “con la fecha en que se produzca la situación que los origine, con independencia de su coincidencia o no con día festivo o período no natural”, y concretándose el carácter “natural e ininterrumpido de los días de licencia”, y que el hecho que motiva el permiso esté siempre dentro de los días del mismo, si bien “no serán computables para la licencia las horas trabajadas en el día que inicia la misma”. Por otra parte, y dado el carácter meramente de recomendación, parece correcta una cláusula convencional que sugiere, a los meros efectos organizativos, que el trabajador procure avisar con una semana de antelación al disfrute de los días de permiso, “salvo cuando se trate de motivos familiares que no se puede avanzar”, y mucho menos me lo parece, aunque al tratarse del sector de empresas de seguridad se argumente que ello es debido al tipo de actividad y a la dificultad de sustitución de los trabajadores, que los representantes de los trabajadores para poder ejercer su actividad “deberán notificar y justificar sus ausencias con una antelación mínima de 24 horas”.

4. Sobre el carácter retribuido del permiso y la cuantía que debe percibir el trabajador que ejerce su derecho, debemos considerar como criterio general de aplicación la percepción de un salario sustancialmente igual al que percibiría el trabajador de estar prestando su actividad, si bien los tribunales entienden que pueden excluirse de la remuneración aquellas cantidades que tengan un componente indemnizatorio y no salarial, o bien las vinculadas de forma total y absoluta a la presencia efectiva del trabajador, en el bien entendido que cualquier modificación a la baja de la percepción económica del trabajador deberá pasar el filtro del respeto al principio de no penalización del trabajador que ejerce un derecho legal o convencionalmente reconocido, por lo que parecen de dudosa legalidad cláusulas convencionales que dispongan que el salario a abonar durante los días de licencias o permisos sólo incluyan el salario base y el plus convenio, y sí que parecen ajustarse a derecho aquellas cláusulas que disponen que el trabajador percibirá el salario que hubiera debido cobrar en jornada ordinaria y actividad normal, “a salvo de los complementos de naturaleza variable y/o que se perciban por la prestación efectiva del trabajo”. Por otra parte, parece posible establecer diferencias entre los permisos reconocidos en sede convencional con respecto a los regulados en la LET, y de ahí que pueda afirmarse por la doctrina que “no han de tener necesariamente el mismo tratamiento los permisos legales que los reconocidos como mejora o novedad por convenio colectivo, con respecto a los cuales el margen de maniobra puede ser mayor”, y más sorprendentes son las cláusulas convencionales que permiten la modificación del salario percibido por el trabajador cuando haya acuerdo con los representantes de los trabajadores, salvo que se entienda, y así me parece la tesis correcta, que dicho acuerdo es única y exclusivamente para incluir aquellos conceptos que el convenio haya excluido con

carácter

general.

5. En fin, de no menor importancia es el debate sobre el disfrute de los permisos por parte de los trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial, debatiéndose en sede doctrinal y jurisprudencial si aquellos deben disfrutarse en proporción o no a la duración de su jornada laboral. Al respecto una reciente sentencia de la Sala de lo Social del TS de 15 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8261) se ha pronunciado en sentido afirmativo al disfrute parcial, al estimar el recurso interpuesto por la parte empresarial contra una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, Para el TS habría que estar, en primer lugar a lo dispuesto en convenio, y después a la regla del artículo 12.4 de la LET que permite aplicar (tesis de la empresa) la regla de la proporcionalidad en el disfrute de derechos a los que sean medibles y no a los que sean indivisibles (Ej.: ayuda de escolaridad). Es decir, el TS aplica el criterio de proporcionalidad, o lo que es lo mismo, “aplicar en plenitud a los trabajadores a tiempo parcial aquellos derechos que por su naturaleza sean indivisibles y, en cambio, reconocérselos sólo proporcionalmente cuando el beneficio es susceptible de algún tipo de medición”. Por consiguiente, al entender que el permiso puede ajustarse a la jornada (mucho más cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial que trabajan los fines de semana) se reconoce la licencia “en términos proporcionales a su jornada de trabajo en relación con la ordinaria”.

III. Estudio de los aspectos más destacados de cada supuesto del artículo 37.3 de la LET, del artículo 23 (permisos para exámenes), y de los nuevos permisos pactados en la negociación colectiva.

A) Permiso por matrimonio.

1. El artículo 37 3 a) reconoce el derecho al disfrute de permiso de quince días naturales en caso de matrimonio. Al respecto, como efectuaré con los restantes permisos cuando sea necesario, cabe formular en primer lugar algunas consideraciones de carácter teórico y doctrinal, para pasar después al examen de la regulación pactada en sede colectiva.

2. Surge inevitablemente la pregunta, en el año 2007, de si la dicción del texto permite incluir a las parejas de hecho (dado que sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo ya no cabe duda alguna al haber sido aceptados de forma expresa por el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del Código Civil, que dispone que el matrimonio “tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” ). En puridad jurídica, y al margen ahora de razonamientos sociológicos que pueden ser plenamente válidos en otras sedes, la respuesta ha de ser negativa, ya que no existe regulación estatal de las parejas de hecho y que, por consiguiente, ello impacta negativamente sobre la equiparación de los derechos laborales y de protección social de las parejas de hecho con las de derecho, dado que el ordenamiento jurídico laboral no contiene (al menos hasta la fecha, y a reserva de la modificación ya anunciada de la Ley general de la Seguridad Social para permitir acceder, en determinadas condiciones, a la pensión de viudedad a quien haya convivido sin mantener vínculo matrimonial) ninguna regulación específica a esas parejas, refiriéndose siempre al matrimonio como la situación jurídica que permitirá el disfrute de algunos derechos y el reconocimiento de prestaciones sociales, por lo que habrá que acudir a la negociación colectiva para su ampliación . En efecto, si la causa desencadenante del permiso es “la celebración del contrato de matrimonio jurídico”, el disfrute de ese permiso no lo recibirán las personas que formen

una pareja de hecho y tampoco se extenderá, a salvo de regulación convencional expresa, al disfrute de permisos que se reconocen ampliamente en sede colectiva cuando se trata, por ejemplo, de matrimonios de familiares, es decir que no se reconocerá si los familiares formalizan una pareja de hecho.

Ciertamente, no cabe olvidar que es en el ámbito autonómico, con las leyes de uniones de parejas estables, donde más se ha avanzado en la equiparación de derechos y obligaciones de todo tipo de parejas, en el bien entendido que las limitaciones derivadas de los títulos competenciales atribuidos a las autonomías han llevado a que esa equiparación se haya producido sólo de forma casi total para su personal funcionario y de forma parcial para el personal laboral stricto sensu al servicio de las diferentes Administraciones autonómicas.

3. En el ámbito jurisprudencial, las sentencias examinadas se manifiestan en la misma línea que en el plano teórico, pues no en vano deben enfrentarse a la interpretación de textos legales y convencionales, cuando se plantea el litigio, que sólo recogen la figura jurídica del matrimonio. De ahí que si el requisito para tener derecho al permiso de 15 días es la celebración de matrimonio, “si no se da tal circunstancia no nace el derecho”, aún cuando en el convenio se equipare a las parejas de hecho legalmente reconocidas en los mismos derechos que a las personas casadas, “pero ello no implica que se les reconozca un derecho para el que se precisa un requisito cual es el matrimonio (en cualquier de sus modalidades) pues la inscripción como pareja de hecho no es lo mismo que el matrimonio” (STSJ de Castilla y León – Burgos – de 19 de octubre de 2006. AS 2006/2958).

4. Por consiguiente, es en el ámbito de la negociación colectiva donde, a falta de regulación legal, se amplía en ocasiones el disfrute del permiso por matrimonio a quienes formen una pareja de hecho y lo acrediten fehacientemente por los medios de prueba que se dispongan por convenio, en el bien entendido que en algunos acuerdos la equiparación se produce para todos los derechos que se confieren a la persona que esté casada, salvo justamente para el permiso por matrimonio por entender, como se argumenta en la sentencia antes referenciada, que se trata de dos situaciones jurídicas diferentes y que deben merecer por ello un trato jurídico también diferenciado.

De tal forma, de la relación de convenios examinados cabe extraer algunas cláusulas significativas: las licencias del convenio, cuando se hace referencia al cónyuge, “se hacen extensivas a las personas que convivan como pareja estable con el trabajador y acrediten la concurrencia de tales requisitos por medio de una certificación del Ayuntamiento de su residencia. Se equiparan plenamente las personas casadas y las que conviven como pareja de hecho a los efectos del disfrute de todos los permisos reconocidos, y además el reconocimiento se extiende a las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual (recuérdese aquí el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea). La acreditación del vínculo fáctico además es bastante flexible, ya que si no hay registro oficial de parejas de hecho en la localidad de residencia, será la Comisión paritaria quien determinará la existencia de este hecho “en base a la documentación aportada por el trabajador”. El permiso por matrimonio se concede también a las parejas de hecho debidamente acreditadas, en el bien entendido que el convenio dice expresamente que esta licencia “sólo se concederá una vez cada diez años”, y parece que se esté pensando en la evitación de fraude de ley de las parejas de hecho, pero su redacción también incluye a los matrimonios, circunstancia que no me

parece conforme a derecho porque el permiso nace cuando se produce la circunstancia que lo motiva, y es obvio que cada matrimonio es una circunstancia propia y específica (aunque también se podría realizar este razonamiento con las parejas de hecho debidamente acreditadas). No es un prodigio de redacción el apartado que reconoce el derecho a permiso por matrimonio, dado que lo extiende a otra “situación legalmente reconocida”, y aunque parece obvio que se está pensando en las parejas de hecho, hubiera sido más acertada su mención expresa a mi parecer. El permiso equivalente al de matrimonio para una persona que tenga pareja de hecho sólo se reconocerá por segunda vez si han transcurrido cuatro años, como mínimo, desde el disfrute del anterior permiso. En el mismo sentido, se extienden todas las licencias en que interviene una persona casada a quienes mantengan una relación de convivencia probada con otra de distinto sexo, “siempre y cuando dicha situación se haya manifestado explícitamente a la empresa con anterioridad”.

Por otra parte, y aprovechando las posibilidades que ofrece la negociación colectiva de concretar los términos del ejercicio de los derechos, algunos convenios están atentos a una realidad social muy sensible en la práctica, cual es la circunstancia de que el matrimonio (y en su caso la pareja de hecho) se formalice en fechas cercanas al período vacacional y que por ello la parte trabajadora pretenda unir o acumular el permiso del artículo 37.3 a) y el disfrute del descanso vacacional regulado en el artículo 38 de la LET, previendo esa posibilidad, ciertamente con matices y condiciones, algunos convenios. De tal forma, la licencia por matrimonio podrá ser acumulable a una parte del período de vacaciones que no podrá exceder del 50 % del total. y se permite la acumulación del período vacacional y de la licencia por matrimonio, siempre que esta acumulación “se solicite con una antelación mínima de dos meses”. Más tajante es el precepto que dispone que esa acumulación requerirá de pacto entre empresario y trabajador, ya que con carácter general el permiso por matrimonio no se podrá acumular al período vacacional, “salvo acuerdo expreso entre las partes”.

#### B) Permisos por motivos familiares.

1. El artículo 37.3 b) es, sin duda, el precepto que más atención ha merecido por la doctrina y por las resoluciones judiciales sobre permisos y licencias, y es también el que más modificaciones (en términos de mayor concreción, o de ampliación de los supuestos de disfrute del permiso) ha merecido en la negociación colectiva. En su dicción actual, después de la modificación operada por la LOIEMH, su texto es el siguiente: “Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días” .

2. Con respecto al nacimiento de hijo, conviene hacer una precisión, relativa al hecho de que en ocasiones no será el padre biológico quien disfrute del permiso, sino el marido de la mujer que haya dado a luz. En efecto, hemos de prestar atención a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y en concreto a su artículo 8 que regula la determinación legal de la filiación de un nacido mediante estas técnicas. De tal forma, el marido será el padre a efectos jurídicos, pues “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previa y



expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación” (número 1). Se concreta esta determinación en los números 2 y 3, al referirse a la validez del documento expedido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento, y que la revelación de la identidad del donante no afecta a la determinación legal de la filiación.

¿Cuál es la finalidad del permiso por acontecimiento/desgracia familiar, recogido en el art. 37 2 b) de la LET? Según la STS de 18 de febrero de 1998, dictada en Sala General, “el significado y la finalidad del instituto jurídico-laboral del permiso por desgracia familiar es precisamente armonizar o hacer compatibles las obligaciones de trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen en los casos de fallecimiento o enfermedad grave de parientes o afines muy próximos, evitando que el cumplimiento de las primeras pueda anular o impedir por completo el cumplimiento de los segundos”.

3. El precepto encuentra un punto de referencia en la normativa comunitaria en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, cuya cláusula 3 dispone que los Estados miembros y/o los interlocutores sociales... “adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo... por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Se trata de un derecho, en tales eventos, que guarda relación con el vínculo de parentesco y no con la mayor o menor relación que tenga el trabajador y la persona accidentada, y de ahí que se defienda por la doctrina que “si se exigiere en convenio colectivo un elemento de cercanía como la convivencia sería ilegal” .

4. Con buena técnica jurídica y claridad conceptual la profesora García Arce aborda los llamados “aspectos comunes a los permisos por motivos familiares”: de una parte, el carácter abierto o *numerus apertus*, entre los que cabe citar los permisos por celebraciones religiosas de parientes del trabajador, la asistencia a consultas médicas por el tiempo indispensable, algún permiso derivado de una circunstancia médica que puede provocar el descanso obligado de la trabajadora, como es la interrupción del embarazo . Al igual que la restante doctrina que ha estudiado este supuesto del artículo 37. 3 b) de la LET, se expone que los permisos por necesidades familiares no incluyen al cónyuge, a diferencia de lo que sí ocurría en el artículo 25 3 b) de la Ley de Relaciones Laborales de 1976. No obstante, este lapsus, olvido o error, no debe ser obstáculo, a juicio de la doctrina, para que prime la finalidad de la norma sobre la literalidad, de tal forma que se le reconozca como titular del derecho, en el bien entendido que es mucho más conveniente que lo sea de forma expresa, y lo cierto es que ello se produce en muy pocos de los convenios examinados, en la negociación colectiva.

5. Es conveniente distinguir entre la normativa recogida en el art. 37. 3 b) de la LET antes y después de la modificación operada en dicho precepto por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1999, el art. 37. 3 b) de la LET reconocía el disfrute a un permiso remunerado, previo aviso y justificación, de “dos días por el nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes

hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”. La Ley 39/1999 modificó ligeramente dicho precepto, añadiendo el disfrute del permiso cuando se trate de un accidente o se requiera la hospitalización del pariente. La doctrina iuslaboralista subrayó la ampliación producida y la justificó por el deseo del legislador de “salir al paso de una errática doctrina sobre el anterior concepto de enfermedad grave. A partir de ahora, cualquier hospitalización constituye base suficiente para acceder a un permiso, a cuyo efecto da la impresión de que por hospitalización debe entenderse el internamiento de un paciente en una institución sanitaria” .

Del examen de la jurisprudencia del TS y de las resoluciones judiciales de los restantes tribunales cabe afirmar que no hay, a efectos laborales, una definición exacta de qué deba entenderse por enfermedad grave o por intervención quirúrgica grave, circunstancia además fácilmente comprensible si se repara en que tampoco existe una definición exacta por parte de la ciencia médica para calificar la gravedad de una enfermedad o una intervención quirúrgica , ya que debe prestarse atención a un amplio conjunto de factores de índole personal del sujeto afectado. Como afirma la STSJ de Cataluña de 14 de enero de 1997 (RJCA 1997, 313), el que una enfermedad sea grave o no, a efectos jurídicos, “es obvio que radica en una cierta potestad discrecional pues deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en cada caso, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc.”. En el ámbito de la función pública, un cuidadoso estudio de la normativa laboral convencional aplicable al personal con relación contractual laboral lleva a la doctrina a concluir que “la enfermedad grave queda equiparada a la intervención quirúrgica que requiera hospitalización, sin mayor exigencia descriptiva sobre el cariz de las dolencias o la repercusión vital” .

Buena parte de los convenios tratan de concretar qué debe entenderse por enfermedad grave (y mucho menos qué debe entenderse por intervención quirúrgica grave, aunque el paralelismo entre ambas sea evidente en numerosas ocasiones). En algún convenio se efectúa una remisión a la Comisión Paritaria para que determine y concrete los criterios en virtud de los que deberá considerarse una enfermedad o intervención quirúrgica como grave, y si aún se suscitara dudas será considerada como tal la que merezca dicha valoración por el Área Médica del Servicio de Prevención. La consideración de la enfermedad o intervención quirúrgica como grave, y por consiguiente la atribución del permiso para cuidar al pariente, puede acreditarse y justificarse, a los debidos efectos previstos en el art. 37.3 de la LET, principalmente por la valoración médica que se efectúa de la enfermedad o intervención. De tal forma, y tal como se demuestra por un amplio estudio de convenios por la doctrina iuslaboralista, algunos de ellos “demandan al trabajador que acredite su ausencia con acreditación facultativa; a veces se pide un volante o justificante, en su caso visado por el cirujano que ha realizado la intervención quirúrgica, o bien un certificado médico en el que se especifique que acredite la gravedad de la enfermedad; otras veces se pide al trabajador la justificación de su permanencia en el centro hospitalario en que se encuentra el familiar” . Para concluir estas referencias a supuestos concretos, nos referiremos a la normativa sobre licencias y permisos de la Universidad del País Vasco, que califica como enfermedad grave entre otras (no hay referencia concreta a intervención quirúrgica grave) a la que sea declarada por el servicio médico de la Universidad, las intervenciones quirúrgicas

con anestesia total, y las que requieran convalecencia en el domicilio tras la intervención quirúrgica, que requiera de atención constante y siempre que sea valorada la necesidad por el Servicio Médico de la Universidad; por consiguiente, a los efectos de justificar debidamente su ausencia del trabajo, el trabajador demandante del permiso deberá aportar los informes médicos correspondientes y certificado en su caso de hospitalización. En definitiva, el aspecto verdaderamente relevante de la cuestión que concita nuestra atención jurídica es la intervención del facultativo correspondiente y su manifestación sobre la gravedad de la enfermedad o intervención quirúrgica, sin que sea necesario en modo alguno, y sin que la empresa pueda como regla de principio solicitarlo, acreditar cuál es la enfermedad que motiva la licencia, haya o no intervención quirúrgica, respetándose esta forma el derecho a la intimidad previsto en el art. 18 de la Constitución de 1978 (véase al respecto la sentencia de 3 de diciembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, publicada en Aranzadi Social 2002-1, núm. 274).

En primer lugar, la valoración de qué deba entenderse por “intervención quirúrgica grave” corresponde única y exclusivamente a la autoridad médica. Por consiguiente, el parte o volante expedido por el centro médico es válido a todos los efectos para la constatación de que se ha producido la intervención quirúrgica y su presunta gravedad. Si una vez aportado el parte o volante la empresa entiende que no concurre la nota de gravedad podrá actuar en consecuencia denegando el permiso retribuido, y si el conflicto llega ante los tribunales del orden social aquella deberá acreditar fehacientemente las causas que le han llevado a tomar en consideración para poder defender su viabilidad. No puede la dirección de la empresa sustituir el papel de la autoridad médica ni presumir ab initio que la solicitud de permiso por el trabajador no se ajusta a derecho. No se olvide que la LET dispone, al igual que lo hacen los convenios colectivos, que el trabajador tendrá derecho al disfrute de los permisos previo aviso y justificación, y que difícilmente puede exigírsele la obligación de aportar, además del parte o volante de la institución sanitaria conforme se ha producido la hospitalización e intervención quirúrgica del familiar, el informe del médico que efectuó la intervención y que acredite su gravedad. La buena fe debe presidir la actuación de ambas partes de la relación laboral y en modo alguno puede presumirse la mala fe en el ejercicio de un derecho que tiene reconocido el trabajador por normas legales y convencionales, mala fe que en cualquier caso, insistimos, deberá probarse fehacientemente en su caso por la dirección de la empresa. No se me oculta la posibilidad de un uso desviado de los derechos de los trabajadores, con el coste económico que ello puede suponer para la entidad empresarial, pero esta posibilidad no puede corregirse por la vía de la no concesión de los derechos como regla general, trasladando así la carga de la prueba sobre su correcto ejercicio al sujeto que tiene precisamente ese derecho, es decir el trabajador.

En segundo lugar, la respuesta a cómo debe invertirse el permiso del trabajador debe tener una lógica hilazón con la formulada en el párrafo anterior. Supuesto que se produzca hospitalización, la atención podría probarse con el informe del facultativo correspondiente o de la institución médica en que presta sus servicios según el cual el familiar afectado requiere los cuidados de otra persona, cuidado que lógicamente también podrá producirse si el afectado retorna a su hogar y así puede prescribirse igualmente por parte médica. Piénsese que el cuidado y atención de la persona afectada,

predicable para justificar el derecho al permiso por parte del trabajador, no requerirá en muchas ocasiones la presencia junto al familiar sino más bien el estar disponible para todo aquello que fuera necesario y repercutiera en beneficio del afectado (a título de ejemplo, piénsese en gestiones ante las instituciones u organismos públicos, o incluso el cuidado de otros familiares).

En este mismo punto de mi reflexión cabe traer a colación una reciente e importante sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2007 (número de recurso 177/2006). Se plantea debate sobre los hipotéticos documentos que la empresa puede solicitar a un trabajador para el disfrute de un permiso por hospitalización justificada de parientes de hasta el segundo grado, es decir si la empresa puede pedir al trabajador que aporte un documento que explique cuál es la causa sanitaria de tal hospitalización. Para la AN los trabajadores tienen derecho al disfrute de la licencia, ex LET y convenio colectivo de grandes almacenes, “sin más condicionantes que la justificación de la hospitalización en sí de tales parientes, siendo en todo caso irrelevante el motivo de dicha hospitalización”. La Sala afirma que no hay ninguna previsión expresa en el convenio sobre esta especificación de la causa, y alega obiter dicta que difícilmente se podría pedir la causa de la hospitalización, ya que afecta a la parcela de reserva de la intimidad sanitaria de una persona, y podría atentar al art. 18.1 de la Constitución y a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter general .

4. En el ámbito judicial cabe destacar la existencia de litigios que se suscitan sobre el concepto de “días” de permiso, cuando la jornada de trabajo del trabajador que tiene derecho al disfrute es superior (por trabajar a turnos) que la de los trabajadores que trabajan en jornada ordinaria, y por este motivo la empresa concede el permiso pero demanda del trabajador que “recupere” las horas de trabajo que ha disfrutado de más con respecto a sus compañeros. Dicha tesis empresarial es rechazada por la interesante sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 19 de julio de 2006 (JUR 2006/235748), en un litigio sobre el cómputo de los permisos por motivos familiares, y que afecta a una trabajadora que presta servicio en jornada nocturna de 10 horas de duración, coincidiéndole 5 días de permiso con dicha jornada, por lo que la empresa le pide la recuperación de 12 horas (dado que según ella había disfrutado de más horas de permiso que sus compañeros de trabajo con jornada media ordinaria de siete horas). El Tribunal desestima la tesis de la empresa, tanto si se aplica la LET como el convenio colectivo, porque “los permisos retribuidos por enfermedad grave de un familiar se refieren a días completo, por lo que no procede recuperar ninguna hora. Porque de ser otra la interpretación, el derecho reconocido al actor de días, no se correspondería con la realidad, vulnerando por tanto la normativa que rige su aplicación. La Sala recuerda, además, con cita de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, que “el intérprete ha de atenerse al sentido literal de lo manifestado siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige y no aparezca como contrario a la intención de los contratantes”.

5. La riqueza de los convenios colectivos en este ámbito es imposible de abarcar en la selección efectuada, pero aún así cabe destacar las cláusulas más significativas a mi parecer, con una precisión previa importante: en algunos convenios colectivos (más bien pocos) se recogen ya algunas cláusulas que toman en consideración la existencia de trabajadores con confesiones religiosas diferentes de la católica, al objeto de

salvaguardar sus derechos religiosos. Por ejemplo, el convenio colectivo del sector trabajo en el campo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 2003 (BOIB, 15 de febrero de 2003) dispone en su artículo 24 que “los trabajadores que, por sus ideas religiosas, celebren fiestas diferentes a las del calendario laboral con un máximo de dos días por año, por ejemplo la “Fiesta Chica” y la “Fiesta del Cordero”, disfrutarán de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de ellas tenga lugar. Así mismo, durante el mes de Ramadán la jornada podrá ser continuada”. O en el convenio de la construcción de la ciudad de Melilla ((BOME 2 de enero de 2007) se acuerda por las partes que habrá dos días inhábiles y remunerados por la “Fiesta del Cordero”, que serán el 2 y el 3 de enero.

De los días de permiso por asuntos familiares (nacimiento de hijo) uno de ellos deberá ser hábil “a efectos de Registro”. Los permisos por motivos familiares podrán ejercerse en días hábiles cuando fuere necesario para realizar gestiones ante el registro civil, siempre y cuando el trabajador pueda acreditar que no puede efectuarlo durante el permiso de dos días convencionalmente reconocido.

Se reconoce un día de permiso por razones religiosas (bautizo o primera comunión de hijo o nieto). Vuelvo a insistir en este punto en la importancia de regular de forma amplia estos permisos para que tengan acogida todas las creencias religiosas y de tal forma evitar discriminaciones prohibidas tanto por el texto constitucional como por la normativa laboral.

Se reconocen tres días naturales seguidos en los supuestos previstos en el art. 37.3 b) de la LET, y se dispone que esta licencia retribuida podrá ejercitarse en días alternos siempre que lo sea antes de transcurridos 15 días del hecho causante y con la aprobación del superior inmediato.

Destaca, como novedad, el reconocimiento específico de un día de permiso adicional para trabajadores extranjeros, cuando exista un motivo familiar del art. 37 2 b) de la LET, cuando el trabajador necesite desplazarse a otro país. También como novedad con respecto a otros convenios destaca la concesión de permiso, durante el día correspondiente, cuando se trate de boda de padres, hijos hermanos con parentesco político “siempre y cuando aquella se celebre en territorio español”.

Cuando se requiera desplazamiento al amparo del art. 37 2 b) de la LET, el período legal de 4 días se amplía a 5 si dicho desplazamiento “es superior a 150 Kms”. Destaca la ampliación del permiso por motivos familiares (enfermedad grave o fallecimiento de parientes) cuando el trabajador deba desplazarse fuera de España. Es decir, de los tres días dentro de la localidad y los cinco si hay que salir y desplazarse a más de 200 kms, se pasa a siete en el supuesto comentado. Sin mayores matizaciones, se reconoce un día de permiso a todos los trabajadores cuando fallezca una persona “que conviva en el hogar familiar”; es decir, no hay referencia a parentesco explícito.

De forma expresa, y separada del resto de permisos, se reconoce la licencia por la muerte del cónyuge, un período de tres días que se ampliará a cinco si el trabajador debe pernoctar fuera de la localidad. El permiso por motivos familiares de dos días puede ampliarse a tres más si la persona hospitalizada conviviera con el trabajador y no tuviera

otra persona que la cuidara, si bien el convenio se cuida de precisar que “en ningún caso la extensión de este plazo podrá acumularse al de 4 días previsto para el supuesto de desplazamiento”. El permiso por motivos familiares se diferencia en su amplitud, no según la distancia que deba requerir un desplazamiento, sino por la circunstancia de que tenga lugar o no en una localidad catalana (3 o 6 días, respectivamente).

Un permiso específico, que además se puede ejercer de forma conjunta por el padre y la madre, es el reconocido a los progenitores de discapacitados, que podrán ausentarse del trabajo “para poder asistir a reuniones o visitas en los centros educativos o sanitarios donde reciban apoyo”.

Se amplía el permiso por nacimiento de hijo a los supuestos de adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de menor de seis años. También es importante destacar el reconocimiento de un derecho a permiso no retribuido de hasta 15 días naturales “para la realización de los trámites de adopción o de acogimiento”.

En fin, algunos convenios gradúan los días de permiso en caso de motivos familiares en razón del grado de consanguinidad/afinidad, desarrollando y completando (creo que correctamente) la LET. Por ejemplo, se reconocen permisos por razones familiares que afecten a familiares de tercer grado (un día natural por muerte o enfermedad grave de tíos, y por nacimiento de sobrinos). También es importante destacar que a los días retribuidos se les podrá sumar en algunos supuestos un día de licencia no retribuida

C) Traslado de domicilio.

El artículo 37.3 c) reconoce el derecho del trabajador al disfrute de un día de permiso retribuido por traslado de domicilio habitual. Al respecto, la mayor parte de convenios examinados sólo reiteran lo dispuesto en la normativa legal o bien amplían el período de disfrute según que el traslado se realice en la misma o distinta localidad. No existe litigiosidad en este punto, salvo en alguna ocasión en que se ha planteado la posible acumulación de este permiso junto con el de matrimonio, acumulación que la literalidad del artículo 37.3 ciertamente no impide, pero que es enjuiciada críticamente en alguno de los convenios colectivos examinados, que excluyen expresamente dicha acumulación. Baste recordar aquí que según dispone el artículo 40 del Código Civil, “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”, y que el traslado, aunque pueda parecer lógico y razonable, no implica necesariamente el traslado de muebles, ya que dicho requisito, como argumenta la STS de 17 de mayo de 1992 (RJ 1992/3523) “no está autorizado por la norma ni constituye un complemento o condición indispensable para su aplicación”.

D) Deber de carácter público y personal.

1. El artículo 37.3 d) dispone que el trabajador dispondrá “del tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo”, y que cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado “se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica”.

2. ¿Qué se entiende por deber inexcusable de carácter público y personal? Con cita de sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo (en adelante TCT), la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pamplona de 22 de marzo de 2006 (AS 2006/1128) recuerda que debe tratarse de deberes personales “que sólo pueden ser cumplidos por el trabajador por sí mismos y (que) no procede la concesión del permiso retribuido si tal cumplimiento puede ser delegado en terceras personas a través de la figura de representación o sustitución”.

Son un deber inexcusable y personal la comparecencia como miembro de un jurado /LO 5/1995, art. 7.2), la comparecencia como testigo (en el proceso laboral vid la disposición adicional 1ª LPL, en relación con el art. 292.1 de la LEC), o la comparecencia en juicio si ha sido citado para interrogatorio, pues de no comparecer se le podrá tener por confeso en la sentencia (art. 91.2 LPL). También sobre el disfrute de un permiso por deber inexcusable de carácter público y personal hemos de acudir a la LO 5/1985 del Régimen Electoral General, en concreto a sus arts. 28.1. 76.4 y 78.4.

3. Sobre el establecimiento de un permiso retribuido para el ejercicio del derecho al voto, como deber de carácter público y personal, es decir la norma que se dicte para las convocatorias electorales al amparo del art. 37.3 de la LET, el TC, en sentencia 189/1993 de 14 de junio, y el TS (3ª) en sentencia de 24 de febrero de 1998, ha sustentado su validez jurídica (permiso retribuido) porque “la importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen más dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el establecimiento de un permiso retribuido para hacerlo, sin que ello... sea arbitrario o discriminatorio”. Por ello es justificable que se habilite una parte de la jornada de trabajo para poder ejercer el derecho al voto, “bien que no sea preciso”.

Un supuesto práctico de concreción del permiso para ejercer el derecho de sufragio activo puede encontrarse recientemente con ocasión de las elecciones municipales y autonómicas celebradas en todos los municipios españoles y en varias Comunidades Autónomas el día 27 de mayo. En el ámbito territorial catalán podemos mencionar la Orden TRE/92/2207 de 16 de abril, cuyo artículo 1 dispone que el día de las elecciones las empresas concederán a los trabajadores y trabajadoras que tengan la condición de electores y que no disfruten en esta fecha del descanso semanal previsto en el artículo 37.1 del Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, un permiso de cuatro horas como máximo dentro de la jornada laboral que les corresponda para que puedan ejercer su derecho al voto en las elecciones locales y al Consejo General de Aran. El mencionado permiso tendrá carácter de no recuperable y será retribuido con el salario que correspondería al trabajador si hubiera prestado sus servicios normalmente. No será necesario conceder el mencionado permiso a los trabajadores que hagan una jornada que coincida parcialmente con el horario de apertura de los colegios electorales si la coincidencia es como máximo de dos horas; si es de más de dos horas y menos de cuatro, se concederá un permiso de dos horas, y, si esta coincidencia es de cuatro o más horas, se concederá el permiso general de cuatro horas.

Recuérdese aquí que la determinación del momento de utilización de las horas

concedidas para la votación, que deberá coincidir con el horario establecido por el colegio electoral, será potestad del empresario, y que a efectos del abono del salario del tiempo utilizado para votar, los empresarios tienen derecho a solicitar a sus trabajadores la exhibición del justificante acreditativo de haber votado, expedido por la mesa electoral correspondiente.

Por lo que respecta al salario, si el que tienen que los trabajadores y trabajadoras con derecho al permiso retribuido y no recuperable está constituido en parte por una prima o incentivo, la parte mencionada se calculará de acuerdo con la media percibida por los trabajadores y trabajadoras por el concepto mencionado en los seis meses trabajados inmediatamente anteriores. Por último, es importante mencionar que el disfrute del permiso retribuido también puede extenderse a quien ejerce el voto por correo. En efecto, la norma autonómica dispone que se concederá un permiso, retribuido y de carácter no recuperable, de como máximo cuatro horas libres, dentro de la jornada laboral que les corresponda, a los trabajadores que hagan funciones lejos de su domicilio habitual o en otras condiciones de las que se deriven dificultades para ejercer el derecho de sufragio (el día 27 de mayo de 2007), para que puedan formular personalmente la solicitud de certificación necesaria para poder emitir su voto por correo.

4. En la negociación colectiva encontramos algunos ejemplos de concreción de que debe entenderse por deber de carácter público y personal, que toma en consideración la realidad del sector de actividad o el tipo de trabajo que se desempeña. De tal forma, es comprensible que en el sector de empresas de mensajería se reconozca de forma expresa un día de permiso para la renovación del permiso de conducir, si bien este permiso queda estrictamente limitado a mensajeros y conductores.

#### E) CRÉDITO HORARIO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

El artículo 37. 3 e) reconoce el derecho de los trabajadores para realizar funciones sindicales o de representación del personal “en los términos establecidos legal o convencionalmente”, redacción que nos obliga a acudir al artículo 68, regulador de las garantías de tales representantes, y en concreto a su letra e) en la que se reconoce el derecho a disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación, y en donde se prevé también que uno o más representantes puedan quedar relevados del trabajo “sin perjuicio de su remuneración”.

Es decir, estamos ante un permiso retribuido del trabajador representante, “puesto que se le exime de su obligación de ejecutar la prestación laboral para posibilitar una adecuada atención a sus funciones representativas”, funciones conceptuadas de forma amplia por los tribunales laborales, que han incluido todas las actuaciones que de forma directa o indirecta repercutan en interés de los trabajadores

El TC, en su sentencia núm. 40/1985 de 13 de marzo, incluyó el crédito horario dentro del contenido adicional de la libertad sindical, “de libre reconocimiento y configuración por el legislador y, en su caso, por la negociación colectiva”. Por su parte, el TS acepta la presunción de su correcta utilización, ya que se trata de garantizar la autonomía



precisa para el desarrollo de tales funciones y de evitar injerencias empresariales que puedan ser gravemente perturbadoras para su normal y eficaz desarrollo.

En sede judicial de los TSJ cabe traer a colación la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2006 (AS 2006/2056), que debe pronunciarse sobre el carácter meramente voluntario o como ejercicio de un derecho legalmente reconocido de una actividad representativa. Para la sentencia ha de quedar claro que “siempre el uso del crédito horario es con cargo de la empresa, entendido en el sentido de que se trata de una ausencia retribuida” (siempre, obviamente, que no se superen las horas asignadas). Para un delegado sindical la asistencia a la reunión del comité de empresa es un derecho que la ley le asigna, “por lo que no puede afirmarse, como hace la empresa, que se trate de una asistencia voluntaria” (y que por ello no sea remunerada, o que sólo lo sea el tiempo de duración de la reunión pero no el día completo). La indemnidad retributiva para los representantes de los trabajadores, es decir el percibo del salario que les correspondería de estar en activo, ha sido claramente afirmado por el TC, entre otras en sus sentencias 191/1998 de 29 de septiembre y 70/2000 de 13 de marzo.

G) Permisos para exámenes prenatales y curso de preparación al parto.

El artículo 37 f), precepto incorporado a la LET por la Ley 31/1985 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante LPRL), reconoce el derecho al disfrute de permiso remunerado “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de su jornada de trabajo”. En la LPRL ese mismo derecho se reconoce en el artículo 26, si bien no hay referencia explícita a que el tiempo para ello sea el indispensable, y además se concreta, con arreglo a la teoría general de las interrupciones, que se requiere previo aviso al empresario y la justificación de la necesidad de la realización de tales exámenes o cursos dentro de la jornada de trabajo. Debe ponerse en relación el disfrute del permiso para asistencia a preparación pre-parto con la normativa europea, en concreto con la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, cuyo artículo 9 dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias “para que las trabajadoras embarazadas...disfruten, de conformidad con las legislaciones y/o las prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichas exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo”.

Dada la claridad de los términos utilizados en la norma, no parece que el marco legal acoja la posibilidad de que los padres puedan acogerse al permiso examinado, por lo que se requerirá de mejora convencional (que raramente se recoge, al menos en la selección de textos convencionales con los que he trabajado) para que ello sea posible. La doctrina estudiosa de los permisos retribuidos ha puesto de manifiesto que la concesión de este permiso “tiene por finalidad tutelar la salud en relación con la maternidad, y por tanto su único destinatario posible es la trabajadora embarazada, lo que excluye interpretaciones amplias proclives a conceder al varón el derecho a acompañar a la gestante en esos momentos” .

G) PERMISOS PARA EXAMENES.

1. A los efectos de nuestro estudio hemos de indicar que el artículo 23.1 a) de la LET reconoce el derecho del trabajador “al disfrute de los permisos necesarios para concurrir

a exámenes”. Esta redacción es idéntica a la originaria contenida en el artículo 22 de la Ley 8/1980, que en las primeras sentencias dictadas por el desaparecido Tribunal Central de Trabajo (TCT) era interpretado en el sentido de que no se fijaba en sede legal un número máximo de días para disfrutar de tales permisos, a diferencia de lo que establecía la normativa anterior, pero no los consideraba como una licencia retribuida, a diferencia de las recogidas en el artículo 37.3, y de ahí que desde el momento de la entrada en vigor de la LET los convenios colectivos se plantearan la incorporación de tales permisos pero considerándolos como tiempo de trabajo remunerado y efectivo, si bien las cláusulas convencionales eran muy variadas, como lo son por cierto en el momento actual, ya que había desde aquellas que se referían a un número de días concretos, pasando por las que se referían a los permisos para exámenes sin mayor concreción, hasta llegar a los que incluían sólo la referencia al tiempo indispensable para acudir al examen . Desde el ámbito doctrinal se ha destacado la insuficiencia del precepto para garantizar plenamente el ejercicio del derecho, ya que sólo incorpora unas reglas muy generales y se remite después a la negociación colectiva, “dejando sin precisar cuestiones tan básicas como el procedimiento de solicitud del permiso, las causas de una posible negativa empresarial a su concesión, duración, etc. Tampoco precisa la importante cuestión que centra nuestra atención, su carácter retribuido o no”

En relación con el disfrute de permisos para exámenes, es bueno recordar que España ha ratificado el Convenio nº 140 de la OIT de 1974 sobre licencia pagada de estudios, que conmina a los Estados a llevar a cabo una política que posibilite la concesión de licencia pagada de estudios con fines a) de educación profesional a todos los niveles; b) de educación general, social o cívica, c) de educación sindical. Esa política, que obviamente incluiría el tiempo necesario para asistir a exámenes no debería implicar perjuicio económico para los trabajadores y además se pondría en marcha para “favorecer una educación y una formación permanentes y apropiadas que faciliten la adaptación de los trabajadores a las exigencias de la vida actual”.

2. En el ámbito judicial hemos de hacer mención de una interesante sentencia del TSJ de Castilla-León de 23 de febrero de 2006. (AS 2006/483), sobre permisos para acudir a exámenes y sobre la inclusión del examen del permiso para conducir, que fue denegada la petición por la empresa que adujo que no entraba en el concepto de exámenes para títulos académicos, oficiales o profesionales. El Tribunal, en la primera sentencia que he visto que se pronuncie en estos términos, incluye el examen del permiso de conducir dentro del artículo 23 de la LET, y en su caso del precepto del Convenio Colectivo. Fundamenta su tesis en que el convenio habla de exámenes para obtener un título oficial y expone que “el permiso de conducir es título oficial, toda vez que provienen de la Administración o de los organismos en que está presente la intervención o inspección de la actividad de conducir, de tal manera que su dispensa está atribuida exclusivamente a dichos organismos para la defensa de la seguridad del tráfico, lo que lleva consigo que el permiso de conducir también pueda tener la condición de título oficial”. La sentencia intenta reforzar su argumentación con la siguiente tesis: “para la jurisprudencia, el permiso de conducir tiene el carácter de título oficial, otorgado por las autoridades administrativas en el ejercicio de sus respectivas competencias, sin cuya posesión en modo alguno puede efectuarse la actividad de conducir.

3. En el ámbito de la negociación colectiva cabe reseñar la existencia de algunas

cláusulas que mejoran, completan y desarrollan el marco legal.

Un artículo que puede llevar a confusión es el relativo a las licencias no retribuidas de un máximo de cinco días “para que puedan preparar exámenes” a las que tienen derecho los trabajadores que cursen estudios oficiales, y con la posibilidad de pactar reglas diferentes en ámbitos inferiores de negociación convencional. Tal como está redactado, parece que estos días, según mi parecer, son diferentes de aquellos durante los que el trabajador pueda solicitar permiso para realizar tales exámenes y por todo el tiempo que duren.

También destaca, en relación con los permisos retribuidos para estudios y exámenes, que la remuneración queda condicionada a que en las convocatorias (ordinarias y extraordinarias) se hayan aprobado “por lo menos, la mitad de las asignaturas motivo de los exámenes” (es decir, según mi parecer, es importante para el alumno el número de asignaturas que matricula). Además, quedan expresamente excluidos del carácter remunerado las ausencias que se produzcan por asistir a “exámenes de conductores y los que el trabajador deba realizar para su incorporación a la Administración o empresa distinta a aquella en la que presta sus servicios”.

Otra cláusula merecedora de comentario es el carácter retribuido de “un máximo de tres convocatorias por asignatura y curso académico”, y siempre y cuando estos estudios lo sean “para la obtención de un título oficial relacionado con la actividad de la empresa”. Es decir, todos los restantes permisos por exámenes parece que no serán retribuidos.

En otro convenio, hay dos permisos vinculados al derecho de formación del trabajador, pero que me parece que son diferentes con respecto a las posibilidades que ofrece el artículo 23 de la LET. En un caso, el convenio reconoce el derecho a permiso remunerado para asistencia a cursos de perfeccionamiento, pero sólo cuando lo empresa “expresamente lo autorice”; en otro, se reconoce el derecho a poder asistir a exámenes de perfeccionamiento profesional, “siempre que no suponga una posibilidad de acceso a otro puesto de trabajo”. De todo ello, parece que aquello que el convenio contempla como permiso remunerado se refiere a la adquisición y superación de conocimientos que tengan que ver con la actividad que está prestando el trabajador en la empresa.

#### H) LICENCIA POR ASUNTOS PROPIOS Y SU CONSIDERACIÓN O NO COMO TIEMPO DE TRABAJO Y RETRIBUIDO.

1. La negociación colectiva incorpora otros supuestos de permisos para los trabajadores, estableciendo en algunas ocasiones su remuneración y en otras disponiendo justamente lo contrario. Me refiero a los permisos o licencias retribuidas para asuntos propios, que no requieren como regla general de justificación alguna y que pueden configurarse como un derecho automático del trabajador, al igual que los permisos regulados en el artículo 37.3, o bien como un derecho que puede verse limitado o restringido en su disfrute, aunque no totalmente suprimido, por las necesidades organizativas y de gestión empresariales.

2. En el ámbito judicial encontramos dos interesantes sentencias, al mismo tiempo que con diferente resolución del litigio enjuiciado, sobre la consideración de los días de permisos por asuntos propios recogidos en convenio como computables bien como

tiempo de trabajo efectivo bien meramente como de descanso. Acogiendo la segunda opción se encuentra, la STSJ Castilla-La Mancha, de 13 de octubre de 2006, dictada en el Recurso de suplicación núm. 1576/2006. La sala considera que esta licencia se asemeja más a un período de descanso que a un tiempo de trabajo efectivo, y afirma que “del hecho que sea retribuido no puede inferirse, sin más consideraciones, que se equipare a jornada efectiva de trabajo; pues para ello hubiera sido preciso el acuerdo individual o colectivo, tal como ocurre con los 25 minutos para toma del bocadillo que expresamente se computa como jornada laborales el apartado quinto del artículo 12 del convenio colectivo”, y de ahí que se acepte la tesis de la empresa y que se entienda que ese día de permiso por asuntos propios “no puede descontarse de la jornada anual de 1770 días establecida en convenio”. En sentido contrario se pronuncia la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2006. Para la empresa, en el cómputo de las 1760 horas anuales de trabajo no se incluyen los permisos retribuidos del art. 38 del convenio, porque no se dispone que sean equiparables a trabajo efectivo. Para el Tribunal, sí debe entenderse que es tiempo de trabajo efectivo, “ya que si en el convenio se establece el carácter de retribuidos, con derecho a percibir el salario íntegro real, ello determina claramente su equiparación a prestación de trabajo efectiva, pues si no el concepto retribuido no tendría razón de ser”. Arguye el tribunal que podría darse el supuesto que un trabajador precisara hacer uso de varios permisos y que no hubiera superado la jornada anual pactada, y en tal caso de seguir la tesis de la empresa “el efecto tendría que ser entonces de descuento de las horas no trabajadas”.

3. Por lo que respecta a la aportación en sede convencional, cabe destacar algunas cláusulas merecedoras de atención.

Como cláusula abierta, y sin referencia a ningún motivo concreto por lo que sólo será necesario el acuerdo entre las partes sobre la fecha del disfrute, se reconoce el derecho de “cada empleado a cuatro jornadas de licencia retribuida por año natural”.

Una modalidad que se recoge en varios convenios es el del crecimiento gradual de los días de licencias por asuntos propios en razón del período de vigencia del convenio.

Se regula la concesión de permisos no retribuidos para los trabajadores que lleven un mínimo de un año en la empresa, por un período máximo de 15 días, permiso que deberá ser concedido por la empresa “salvo que no resulte factible por necesidades del servicio”. Es decir, al igual que en otros convenios, se permite que los trabajadores que tengan una determinada antigüedad en la empresa (mínimo de un año) puedan solicitar permiso sin sueldo, solicitud que será concedida por un período máximo de 15 días naturales y siempre y cuando no se supere en el mismo período el 5 % de la plantilla de su delegación. En otros convenios se prevé la posibilidad de concesión de permisos no retribuidos, por un número máximo de diez días anuales, “en casos extraordinarios y debidamente acreditados”.

Resulta como mínimo sorprendente, y parece poco ajustado a derecho, que la concesión de permiso por asuntos propios pueda denegarse cuando “alguno de los días de permiso solicitados ya se hayan asignado a otro trabajador de la plantilla por el mismo motivo”. Según mi parecer es cierto que se trata de una mejora sobre la LET, pero parecería más coherente que se limitara en razón del número de trabajadores que deseen disfrutarlo en el mismo período, y no por idéntico motivo.

I) Permisos para asistencia a consultas médicas, propias o de familiares menores o mayores que necesiten ir acompañados.

Valoración positiva merecen a mi parecer aquellas cláusulas convencionales tendentes a posibilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, ya que precisamente dicha conciliación se hace en parte factible cuando el trabajador dispone tanto de permiso propio para acudir a consultas médicas durante la jornada de trabajo como de permiso para acompañar a familiares que por su edad o condición física o psíquica necesitan ser acompañados.

De tal manera, una valoración positiva merece la ampliación de supuestos de permisos retribuidos, como el de asistencia a consultorio médico en horas coincidentes con la jornada laboral, tanto para el propio trabajador como para acompañar a hijos menores de 12 años. Parece positivo el reconocimiento de permisos retribuidos, sin límite, para acompañar al consultorio médico a un familiar de primer grado “que esté a cargo del trabajador”, y siempre que “el horario de dicho consultorio sea coincidente con el de su jornada laboral”. Como novedad significativa, que también se recoge en otros convenios de buen calado social, la licencia o permiso para médicos se reconoce al trabajador para acompañar a familiares que lo necesiten, en concreto “diez horas anuales para acompañar a visitas médicas a hijos menores de 8 años o familiares de primer grado que tengan mermadas sus condiciones físicas o psíquicas y así resulte acreditado”. Una leve mejora sobre la LET es la atribución de permisos (no retribuidos) para acompañar a determinados parientes a las consultas médicas oportunas, en concreto a los hijos menores de nueve años y a los ascendientes mayores de 65.

También es merecedor de elogio a mi parecer el permiso de cuatro días al año para el propio trabajador (“o su equivalente en horas”, dicción que según creo puede provocar problemas, ya que el trabajador entenderá que se trata de 96 horas, mientras que la empresa probablemente se refiera al período de la jornada de trabajo de esos cuatro días, es decir alrededor de 32 horas).

De forma más genérica se reconoce el derecho a permisos retribuidos para asistencia a consulta médica (por el “tiempo indispensable”), que en la mayor parte de convenios examinados, y cuando se reconoce, se efectúa de forma concreta (por ejemplo, en el convenio estatal de mensajería se reconocen hasta 12 horas anuales). Por otra parte, el reconocimiento expreso de un máximo de 35 horas retribuidas anuales para asistir a consultas de la Seguridad Social no es incompatible con la recomendación dirigida a los trabajadores de que adapten las horas de visita a sus tiempos de descanso (en una clara petición, jurídicamente no vinculante, de reducción de costes para las empresas).

#### IV. ANEXO: RELACIÓN DE CONVENIOS EXAMINADOS.

1. II convenio colectivo estatal de la madera (BOE, 24 de enero de 2002).
2. Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008 (BO, 10 de junio de 2005).
3. XIX convenio colectivo de contratas ferroviarias (BOE, 6 de octubre de 2005).
4. Convenio colectivo estatal de empresas de mensajería (BOE, 12 de diciembre de 2005).

- 2006).
5. Convenio colectivo estatal para el sector de telemarketing (BOE, 5 de mayo de 2005).
  6. Convenio de las Cajas de ahorro 2003-2006 (BOE, 15 de marzo de 2004).
  7. XX convenio colectivo de banca (BOE, 2 de agosto de 2005).
  8. Convenio del sector de la industria textil y de la confección (BOE, 4 de enero de 2007).
  9. XIV convenio de la industria química (BOE, 6 de agosto de 2004).
  10. Convenio estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE, 31 de agosto de 2004).
  11. Convenio del sector de la construcción 2002-2006 (BOE, 10 de agosto de 2002).
  12. Convenio básico, de ámbito estatal, de industrias cárnicas (BOE, 28 de febrero de 2005).
  13. Convenio estatal para el sector de agencias de viajes 2004-2006 (BOE, 5 de mayo de 2005).
  14. Convenio de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (BOE, 17 de mayo de 2007).
  15. Convenio nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE, 26 de abril de 2006).
  16. V convenio colectivo de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE, 18 de enero de 2006).
  17. XII convenio de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE, 9 de enero de 2007).
  18. I convenio colectivo interprovincial de centros de jardinería (BOE, 28 de abril de 2007).
  19. Convenio colectivo de los hospitales de la red hospitalaria de titularidad pública y de los centros de atención primaria concertada para los años 2005-2008 (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, 4 de octubre de 2006).
  20. Convenio nacional de Cataluña de Hostelería 2005-2007 (DOGC, 26 de octubre de 2004).
  21. Convenio de pompas fúnebres de la provincia de Barcelona (DOGC, 27 de octubre de 2006).
  22. Convenio provincial de Barcelona de comercio de óptica al detalle (DOGC, 20 de abril de 2007).
  23. Convenio provincial de Girona del sector siderometalúrgico 2005-2009 (DOGC, 5 de octubre de 2005).
  24. Convenio colectivo del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE, 12 de abril de 2007).
  25. Convenio colectivo del grupo Generali España (BOE, 10 de abril de 2007).

**2. 19 de marzo de 2018. Nueva doctrina. Cómputo de las fechas de disfrute de permisos retribuidos desde el primer día laborable. Notas a las sentencias del TS de 13 de febrero de 2018 y de la AN de 13 de julio de 2016.**

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 13 de febrero](#), de la que fue ponente el magistrado José Manuel López, en Sala también integrada por la magistrada Lourdes Arastey y los magistrados Luís Fernando de Castro, Ángel Blasco y Sebastián Moralo.

El interés de la sentencia radica en la fijación de la fecha de inicio del período de disfrute de algunos permisos regulados en el art. 37.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores (texto vigente: Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre) y también en el [convenio colectivo que es objeto de litigio, el regulador de las actividades de Contact Center](#), en concreto con ocasión de matrimonio, nacimiento de hijo y fallecimiento de familiar.

2. Tuve conocimiento de la sentencia, que estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte trabajadora (sindicato Confederación General del Trabajo) contra la [sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 13 de julio de 2016](#), de la que fue ponente la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo, a través de un [tweet de la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo \(UPIT\)](#), el 17 de marzo, en el que manifestaba que “Resultaba lógico, pero se necesitaba un pronunciamiento del TS. Los permisos de matrimonio, nacimiento y fallecimiento no computarán en días festivos”, y remitía a un artículo publicado en el diario electrónico [nuevatribuna.es](#).

En la misma línea que el parecer de la UPIT se ha manifestado [la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, y profesora asociada de la Universidad de Girona, Mercedes Martínez Aso, en su cuenta de LinkedIn](#) el día 17, manifestando respecto a la sentencia que “Algún pronunciamiento judicial ya lo recogía, pero se necesitaba este apoyo del TS. Además, resulta lógico esta interpretación para su finalidad y objetivo”. Por cierto, ya se ha generado un debate sobre dicha sentencia en twitter, con interesantes preguntas y respuestas sobre la razón de ser de las licencias y permisos, y unido a lo anterior cuándo debe iniciarse el disfrute de estas en casos, por ejemplo, en que el trabajador se encuentre en situación de suspensión del contrato.

[El artículo referenciado, firmado por su redactora Isabel García, el 16 de marzo](#), estaba encabezado por el titular “El Supremo da la razón a los sindicatos”, y dos subtítulos que permitían ya tener un buen conocimiento de la mayor parte del fallo del alto tribunal: “Los permisos de matrimonio, nacimiento y fallecimiento no computarán en días no laborables”, y “Si el fallecimiento de un familiar se produce un viernes, el permiso de dos días empezará a contar a partir del siguiente lunes, y no el fin de semana como venía sucediendo en la mayoría de los casos”. El artículo no se limita a realizar una breve síntesis de la sentencia, sino que también efectúa juicios de valor sobre las sentencias de los tribunales y sobre el reciente documento del Círculo de Empresario [“La calidad del sistema jurídico como clave del crecimiento económico y del progreso social”](#) en el que se critica el “activismo judicial”. Para la redactora del artículo, “La sentencia, en la que el Supremo recuerda que las normas deben interpretarse con “cierta lógica”, se suma a otros fallos de los tribunales sobre despido nulo u horas extras, y viene a enmendar una vez más las prácticas empresariales llevadas a cabo al abrigo de las reformas laborales del PP que han precarizado y flexibilizado las condiciones de trabajo. Tanto es así, que, en un reciente documento dado a conocer en estas mismas páginas, el Círculo de Empresarios, arremete contra algunos jueces por su supuesto “activismo” a la hora de dictar sentencias contrarias a dichas reformas”.

Dado que el conflicto en sede judicial había sido planteado por la CGT, y ante la sentencia desestimatoria de su pretensión en instancia fue quien interpuso el RCU, era conveniente acudir a [la página web de dicho sindicato](#) para conocer su parecer...

siempre y cuando ya existiera, y en efecto existe y además se procede a adjuntar la sentencia para conocimiento de todas las personas interesadas (la resolución judicial ya ha sido también publicada en CENDOJ y puede encontrarse una excelente síntesis en la [newsletter laboral de Juezas y Jueces para lademocracia](#)). Era lógica la satisfacción sindical en la nota publicada el 15 de marzo, una vez notificada la sentencia, con el titular “CGT consigue que los permisos de matrimonio, nacimiento y fallecimiento cuenten a partir del primer día de trabajo”, y con la afirmación en su texto de que reclamaba “una interpretación de las normas reguladoras de estos criterios que no minorase otros derechos importantes como el disfrute de días festivos o el derecho al descanso intersemanal... Hasta este momento se entendía que, por ejemplo, cuando el fallecimiento del familiar de una persona trabajadora se producía en viernes, esta debía volver a su puesto de trabajo el lunes porque el permiso de dos días se consumía en el fin de semana.... La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del pasado 13 de febrero, da la razón a CGT y recuerda que las normas deben interpretarse con “cierta lógica”, es decir, los permisos se conceden para su disfrute en días laborables puesto que en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja”.

3. Antes de abordar el examen de las sentencias de la AN y del TS deseo destacar que la cuestión de las licencias y permisos ha sido hasta el momento la que ha merecido, y de largo, mayor número de preguntas en el blog, desde que publiqué en un ya muy lejano en el tiempo 25 de noviembre de 2007 mi artículo [“Permisos y licencias. Análisis del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional”](#). El dato, demuestra sin duda el interés, a la par que preocupación, por aquellas cuestiones laborales aparentemente de menor importancia, ya que no son directamente ni salario ni tiempo de trabajo, pero que sí tienen una incidencia directa sobre la vida de las personas trabajadoras por tratarse de momentos en que estas pueden interrumpir la prestación laboral sin merma del salario, y siendo posible además que la negociación colectiva permita mejorar el marco normativo existente, tanto por lo que respecta a la regulación del art. 37.3 LET (no es infrecuente encontrar convenios con más días de permisos por casos de fallecimiento de familiares, o ampliación del permiso por matrimonio a las uniones estables de parejas de hecho, o también regulación del derecho a poder asistir a consultas médicas en horario laboral, por no hablar de aquello que más preocupa a las alumnas y alumnos que, a la par que cursan sus estudios, mantienen una relación laboral asalariada, que es si los permisos a los que tienen derecho para asistir a las pruebas de evaluación son considerados como tiempo de trabajo efectivo y por consiguiente remunerados).

Desde la perspectiva académica, también he constatado a lo largo de muchos años que la realización de un caso práctico en el que se recojan diversos supuestos litigiosos en punto a la posible existencia del derecho al permiso igualmente merece mucho interés para el alumnado, y que surgen muchas dudas que demuestran que las normas permiten bastantes interpretaciones cuando no son meridianamente claras (y aun siéndolo, aparentemente así, también las provocan). Sin duda, la publicación de esta importante sentencia del TS de 13 de febrero merecerá mayor atención si cabe en un próximo caso práctico que espero llevar a cabo con mis alumnos y alumnas del doble grado de Derecho y Administración y Dirección de Empresas de la UAB.

4. El litigio del que ha conocido el TS al resolver el RCUD encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda el 14 de junio de 2016, en procedimiento de conflicto colectivo, por parte de la CGT contra la Asociación de Contact Center,



organización empresarial representativa del sector y que suscribió el convenio colectivo cuyo art. 28.1 será objeto del conflicto, junto, por la parte sindical, con CCOO y Fes-UGT.

El resumen oficial de la sentencia, desestimatoria, de la AN, es el siguiente: “Convenio Colectivo estatal para el sector del Contact Center. "dies a quo" del cómputo de los permisos regulados en los apartados a), b) y d) del art. 28.1 del citado convenio -- por matrimonio, nacimiento de hijo, y fallecimiento de familiar-, comenzarán a disfrutarse desde que ocurra el hecho causante. La AN considera que la literalidad del precepto convencional muestra que los referidos permisos se han de disfrutar cuando acaece el hecho causante. (FJ 3)”.

El acto de juicio se celebró el 7 de julio, ratificándose la parte actora en la pretensión formulada en la demanda, cual era el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras a los que era de aplicación el citado convenio en términos tales que “el "dies a quo" del cómputo de los permisos regulados en los apartados a), b) y d) del art. 28.1 del citado convenio - por matrimonio, nacimiento de hijo, y fallecimiento de familiar-, en los casos en que el hecho causante del permiso en cuestión suceda en día no laborable para el trabajador, tenga que iniciarse en el primer día laborable siguiente. Subsidiariamente, para aquellos casos en los que la causa del permiso acontezca durante el descanso semanal o bien en día festivo, tenga que iniciarse el primer día laborable siguiente”.

Queda constancia en los antecedentes de hecho que las organizaciones sindicales comparecientes como partes interesadas, CCOO, Fes-UGT y CIG, se adhirieron a la demanda, y que ELA-STV y LAB no comparecieron.

Por parte empresarial, la oposición a la demanda se basó en la ruptura, caso de estimarse, del principio de inmediatez entre el hecho causante y el disfrute del permiso, con mención, tal como queda recogido en el fundamento de derecho segundo, a la sentencia del TSJ de Galicia de 5 de diciembre de 2009 que se manifestaba en la misma dirección, y negando que fuera de aplicación la tesis de la sentencia de la AN de 22 de octubre de 2007, posteriormente confirmada por sentencia del TS de 12 de mayo de 2009.

Que la cuestión no era pacífica lo demuestra a mi parecer por citar un ejemplo significativo, que en uno de los Manuales de Derecho del Trabajo utilizados por el alumnado de muchas Facultades de Derecho y de Ciencias del Trabajo, [el del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid Alfredo Montoya Melgar](#), se mantenga en su 38ª edición (2017) una referencia a una muy lejana en el tiempo sentencia del desaparecido Tribunal Central de Trabajo de 3 de marzo de 1982, en estos términos: “en cuanto a la naturaleza de los días de permiso (que el ET sólo exigen que sean naturales, incluyéndose los festivos, respecto de la licencia por matrimonio: art. 37 a), si algún día de los solicitados coincidiese con festivo, no será trasladable a días hábiles”.

4. La AN recuerda primeramente cuál es el contenido del art. 37.3 de la LET y del art. 28.1 del convenio colectivo aplicable, siendo los apartados que están en el origen del conflicto los contenidos en las letras a) b) y d), que poseen el siguiente contenido:

“1. Los trabajadores, previo aviso y justificación, podrán ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, y desde que ocurra el hecho causante, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

a) Quince días naturales en caso de matrimonio.

b) Tres días en caso de nacimiento de un hijo.

d) Cuatro días en caso de fallecimiento de cónyuge, padres, padres políticos, hijos y hermanos y dos días en caso de fallecimiento, de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y hermanos políticos”.

Para la Sala, la cuestión litigiosa versa, tal como ha sido planteada por el sindicato demandante, sobre cuándo debe iniciarse el disfrute del permiso, que el convenio colectivo lo sitúa, añadiendo una mención expresa y concreta que no está recogida en el art. 37.3 de la LET, a partir del momento “en que concurra el hecho causante” (matrimonio, nacimiento de hijo, fallecimiento de familiar).

Llegados a este punto, es cuando la Sala destaca el valor jurídico de lo acordado en un convenio colectivo estatutario como reflejo del pacto alcanzado entre los sujetos negociadores, y que deberá ser reconocido como válido si no vulnera norma de rango superior (principio de jerarquía normativa), algo que en el caso enjuiciado “ni se alega en demanda, ni ha tenido lugar”.

Será este criterio, y el de la interpretación literal de los términos de la norma, aquello que llevará a la Sala a la desestimación de la demanda. Es decir, si las partes han determinado y concretado la estrecha relación entre el (inicio del) disfrute del permiso con el del hecho causante, no existe argumentación para defender que dicho inicio se difiera al primer día laborable cuando aquel hecho haya acaecido un día festivo.

La Sala rechaza la aplicación de la citada sentencia de la AN, confirmada posteriormente por el TS, porque en el convenio de aplicación se diferenciaba entre supuestos para los que se preveía expresamente que el disfrute comenzaría a partir de la fecha del hecho causante, y aquellos que quedaban excluidos de tal concreción, circunstancia que permitió a la AN, y después al TS, llegar a la conclusión defendida por la parte demandante. Se trataba, pues, de supuestos diferenciados en cuanto a la fecha de inicio de su disfrute, que no se da en el convenio colectivo de Contact Center, ya que este concede los permisos que son objeto del litigio a partir del momento en que se produzca el hecho causante.

También apoya la Sala su fallo en que las partes hubieran podido modificar los términos del artículo durante los varios procesos negociadores que se han producido en el tiempo en el sector y que han culminado en diversos convenios, sin que lo hayan considerado necesario u oportuno (cierto es, repárese, que la CGT no fue parte negociadora). Por ello, y aplicando tanto el art. 3.1 como el art. 1281 del Código Civil, combinando la interpretación de un contrato como es el convenio colectivo y que al mismo tiempo puede ser, y aquí lo es, norma jurídica, es decir yendo tanto a la interpretación de las normas legales (art. 3 y 4 del CC) como de los contratos (art. 1281 y ss), la Sala concluye que la dicción literal del precepto es la de aplicación cuando el texto sea

suficientemente claro, no siendo de aplicar en casos como este “otras (interpretaciones) diferentes que las correspondientes al sentido gramatical”.

Por todo ello, concluye que se disfrutaran a partir del hecho causante (no tomando en consideración que se trate de día laborable o festivo), ya que, si las partes hubieran querido diferir su disfrute en el tiempo, como han hecho, por ejemplo, en el supuesto de intervención quirúrgica sin hospitalización, así hubieran podido recogerlo expresamente.

5. Contra la sentencia de instancia se interpuso RCU por la CGT, con adhesión de Fes-UGT y la federación de servicios de CCOO. La Sala estimará el recurso, en contra del parecer del Ministerio Fiscal que abogó en su preceptivo informe por considerarlo improcedente.

El escueto, pero suficientemente claro, resumen oficial de la sentencia, es el siguiente: “Contact Center. Convenio Colectivo. Permisos retribuidos. Art. 28-1 (a, b, y d). El disfrute de estos permisos debe iniciarse en día laborable: el primero que siga al día feriado en que se produjo el hecho que lo motiva, cual se deriva de la dicción "ausentarse del trabajo con derecho a remuneración”.

Con prontitud centra la Sala la cuestión objeto del recurso, que es, con respecto a los permisos en litigio, “cuál debe ser el día inicial del disfrute” de estos, dando respuesta positiva a la tesis de la recurrente de haberse infringido el art. 37 3, apartado a) y b) de la LET, en relación con el art. 28, apartados a), b) y d) del convenio colectivo aplicable, y con cita de jurisprudencia en apoyo de dicha tesis (que supongo que sería la también utilizada ante la AN).

La sentencia se apartará de la tesis de la AN y lo hará a partir de una dura crítica jurídica de la prevalencia de la interpretación literal de la norma utilizada por aquella. El TS se acogerá a las diversas posibilidades interpretativas previstas en el art. 3.1 del CC para afirmar, con apoyo en varias de sus sentencias, que “Una interpretación lógico-sistemática y finalista del precepto convencional transcrito nos obliga a estimar el recurso abandonando nuestra doctrina sobre la prevalencia del criterio de los órganos judiciales de instancia a la hora de interpretar los convenios colectivos, salvo que el criterio sostenido por los mismos sea desacertado... cual ocurre en el presente caso en el que la sentencia recurrida infringe las principales normas de hermenéutica que establecen los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, pues, ni se adapta a una interpretación literal del texto convencional, ni al sentido propio de sus palabras, ni a la intención de los firmantes del mismo”.

¿Cuál es la argumentación de la Sala para llegar al fallo estimatorio del recurso y que hasta ahora, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, no se había recogido, con carácter general, en estos términos?

Se basa en una interpretación de la normativa que combina diferentes criterios, ya antes enunciados, y que combinan la literalidad de la rúbrica “permisos retribuidos” con su finalidad, pues si se trata de “un permiso” no se ejercerá este cuando el trabajador no se encuentre prestando sus servicios.

Para la Sala, la conclusión a la que debe llegarse a partir de la redacción de los artículos legales y convencionales en juego (bien es cierto que el convenio tiene una regulación diferente a la de la LET, pero esto no le parece de mayor importancia a la Sala) es que el permiso, o lo que es lo mismo, faltar al trabajo por una causa justificada, debe llevarse a cabo en día laborables, “pues en día festivo no hace falta” (solicitar el permiso, porque no se trabaja). Por ello, el primer día de permiso en los supuestos contemplados en los apartados a), b) y d) del convenio colectivo objeto del litigio debe ser el primero laborable que siga “(al) día en que se produce el hecho que justifica el permiso”, si este no es día de trabajo en el calendario del trabajador.

¿Cómo salva la Sala, es decir cómo llega a una tesis contraria, la expresión contenida en el convenio de reconocimiento del derecho (interpretación literal seguida por la AN) “desde que ocurra el hecho causante”? Con una interpretación integradora de las diversas posibilidades ofrecidas por el art. 3.1 CC, que ciertamente, a mi parecer, puede ser muy válida para supuestos en los que se conoce la fecha del evento que dará lugar a la petición del permiso (ej.: matrimonio) y bastante menos cuando el permiso derive de una circunstancia que no puede, razonablemente, preverse con anterioridad (ej.: fallecimiento de un familiar, y como caso más significativo cuando se produzca de forma totalmente imprevista, como puede ser un accidente de tráfico): el inciso referenciado del art. 28.1 significa que el permiso sólo puede iniciarse “a partir de” y no “antes de” la producción del hecho causante, considerando (me surge la duda, que dejo aquí planteada, de si esa fue la interpretación efectuada por los sujetos negociadores del convenio, aun cuando parece que la parte sindical sí la considera adecuada, al adherirse a la demanda presentada por un sindicato que no estuvo presente en la comisión negociadora) que la conjunción “y”, que une el reconocimiento de la ausencia “con derecho a retribución” con la referencia a “desde que se produzca el hecho causante”, “es condicional y expresiva de la condición impuesta para el disfrute del permiso: sólo a partir de la producción del hecho que lo motiva”.

En cualquier caso, soy del parecer que esta tesis también puede defenderse a partir de una interpretación lógica, sistemática y literal del art. 37.3 de la LET, que no incluye una referencia expresa al momento de disfrute a partir de cuándo se produzca el hecho causante, aun cuando esta tesis no tiene ahora mayor valor que el de una observación obiter dicta de carácter doctrinal.

6. En la parte final de la sentencia, la Sala “recupera” el valor jurídico del pacto colectivo a los efectos de la interpretación de sus preceptos, poniendo de manifiesto en primer lugar que (principios de jerarquía normativa y de complementariedad) el convenio puede regular, y mejorar, lo dispuesto en el art. 37.3 de la LET, y más en concreto las fechas de inicio y duración de los permisos (algo que ha hecho el convenio de Contact Center, siendo divergente su interpretación por la AN y por el TS). Completa esta interpretación integradora que ha hecho el TS del precepto convencional en cuestión, con la tesis de que una interpretación contraria a la defendida (que recordemos que fue la propugnada por la AN) “podría llevar al absurdo de privar del permiso, o de días de permiso, en los supuestos en que el hecho causante acaece al inicio de varios días feriados seguidos”, algo que el TS considera “contrario al espíritu del art. 37.3 del ET y a la norma convencional”.

En la argumentación, el TS cita su [sentencia del 21 de septiembre de 2010](#), de la que fue ponente el magistrado José Luís Gilolmo, para defender que el acuerdo negocial puede

fijar la fecha de inicio y duración de cada permiso. Nada que objetar a esta tesis, si bien debe señalarse que el precepto cuestionado en aquella sentencia, en aplicación del convenio colectivo de Contact Center vigente de aplicación en 2008, era el apartado c) del art. 28.1, un supuesto distinto a los ahora conocidos y enjuiciados, ya que regulaba el permiso siguiente: “c) Tres días en caso de accidente, enfermedad grave u hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario, de pariente hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad y hermanos políticos, que serán disfrutados de forma continuada dentro de los diez días naturales, contados a partir del día en que se produzca el hecho causante, inclusive”, que permitía un disfrute en fechas seleccionadas por el trabajador dentro de un periodo determinado de tiempo, y siempre a partir de aquel en que se produjera el hecho causante.

La tesis de la parte sindical demandante era que tal permiso podía disfrutarse “con independencia de que dicho familiar siga o no hospitalizado”, oponiéndose a la misma la parte empresarial. La desestimación de la primera tesis por la AN en sentencia de 20 de abril de 2009 fue recurrida en casación y mereció el acogimiento por el TS en la sentencia citada al inicio de este párrafo, con criterios que a mi parecer se diferencian parcialmente de los ahora utilizados y que, por ello, no deberían ser punto de referencia para validar la tesis de la resolución judicial de 13 de febrero. En la sentencia de 21 de septiembre de 2010, la Sala concluyó que “la interpretación otorgada por la sentencia impugnada infringe las reglas hermenéuticas establecidas en los arts. 3.1 y 1281 del Código Civil porque, según se deja razonado, no concuerda con el sentido propio de las palabras empleadas en el texto convencional, ni con los términos claros que se desprenden de su sentido literal, sin que resulte evidente en absoluto, a diferencia de lo que concluye la resolución de instancia, que la intención de quienes lo firmaron fuera contraria ni a aquéllas ni a éste”.

7. Voy concluyendo. Se trata de una sentencia que resuelve la problemática suscitada por un caso concreto, pero que sin duda es extrapolable al cualquier caso en que se debata sobre la fecha de inicio del disfrute de un permiso “con derecho a retribución”, de tal manera que, en todos ellos, y no sólo en supuestos como los listados en los apartados a) b) y d) del convenio colectivo enjuiciado, el primer día de disfrute deberá ser laborable. Me surge la duda, que dejo planteada y para debate, de si esta tesis puede ser aplicada a otros supuestos distintos de los permisos, pero en los que el trabajador deja de prestar sus servicios, aunque sea una situación de suspensión contractual y no de interrupción, como es el de las vacaciones pactadas en convenio, con fijación de su disfrute un mes concreto, siendo así que el primer día de dicho mes es festivo.

Mientras tanto, y a la espera de la confirmación jurisprudencial con una nueva sentencia, buena lectura.

### **3. 13 de mayo de 2018. A vueltas con la fecha de inicio del disfrute del permiso retribuido por matrimonio. Una nota a la sentencia del TS de 5 de abril de 2018 (con recordatorio de la dictada el 13 de febrero).**

1. Es objeto de atención en esta entrada del blog la [sentencia dictada por la Sala delo Social del Tribunal Supremo el 5 de abril](#), de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey, en Sala también integrada por los magistrados Jesús Gullón, Luis Fernando de castro, José Manuel López y Ángel Blasco.

La resolución judicial desestima el recurso de casación del [sindicato ALTA](#), con presencia en el Banco Sabadell, contra la [sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 5 de diciembre de 2016](#), de la que fue ponente la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo.

El litigio versa sobre la fecha de inicio del disfrute del permiso por matrimonio, y también sobre las condiciones del disfrute de un día de permiso por nacimiento de un nieto. Los resúmenes oficiales de las sentencias de la AN y del TS permiten ya tener un buen conocimiento del litigio y de cómo se resolvió por cada tribunal. El de la AN es el siguiente: “Permiso por matrimonio. Permiso por nacimiento de nietos. La AN manifiesta que ha de estarse a la literalidad del convenio colectivo, que en este caso se limita a establecer una licencia por matrimonio del propio trabajador de 15 días ininterrumpidos, sin que dicho precepto se oponga a alguna norma de rango superior. Carece de virtualidad el alegato jurisprudencial que se cita en la demanda., (STS 12-5-9). Permiso por nacimiento de nietos, la AN desestima la demanda sobre modificación de la normativa interna, si se tiene en cuenta que la interpretación que la empresa hace de la normativa al reconocer que el permiso por nacimiento de nieto/a es complementario a los permisos previstos en el ET y en el XXIII CCB, no cabe exigir a la empresa modificación alguna de la normativa. (FJ 4º y 5º)”. El mucho más escueto del TS es el siguiente: “Declara que el permiso por matrimonio comporta únicamente el derecho a disfrutar 15 días, sin contemplarse fecha específica, por lo que comienza con el hecho causante, entendiéndose que el permiso por nacimiento de nieto se ajusta a derecho”.

2. El interés por el comentario, siquiera breve, de esta sentencia, se debe a haberme encontrado hace unos días ante un supuesto que encaja en el objeto del litigio por lo que se refiere al disfrute del permiso por matrimonio, es decir a haber asistido a una boda celebrada un día no laborable y en el que los contrayentes eran trabajadores por cuenta ajena.

La posterior lectura de la sentencia me trajo a la cabeza dicha celebración, y me formulé la pregunta de cuándo iniciaban ambos sus respectivos permisos: si debíamos atenernos a lo regulado en los convenios colectivos que les son de aplicación por razón de la actividad profesional de cada uno de los contrayentes, o bien si debíamos acudir a la aplicación del art. 37.3 a) de la Ley del Estatuto de los trabajadores y a la interpretación efectuada por el TS, en el bien entendido que ambas posibilidades no son incompatibles en modo alguno sino que se complementan en muchas ocasiones.

También me pareció de interés referirme a esta sentencia porque recientemente, el 13 de febrero, el TS tuvo oportunidad de pronunciarse en unificación de doctrina sobre el cómputo de las fechas de disfrute de varios permisos retribuidos, regulados en el convenio colectivo de Contac Center, llegando a la conclusión de que deben serlo desde el primer día laborable posterior al evento o circunstancia que lo motiva, siendo uno de dichos permisos el de matrimonio.

3. Como veremos inmediatamente, el supuesto litigioso ahora examinado es idéntico en cuando al precepto aplicable (art. 37.3 a LET), si bien son distintas las circunstancias fácticas sobre las que se proyecta. En la sentencia de 13 de febrero el debate se centró

en la interpretación del artículo recogido en convenio, que contenía la referencia concreta al reconocimiento del derecho, para el inicio del disfrute de algunos permisos, “desde que ocurra el hecho causante”. En el caso ahora analizado nos encontramos con la normativa interna de la entidad bancaria que regula el permiso por 15 días naturales ininterrumpidos, “que se iniciarán el día de la formalización”, previéndose con carácter general para todos los permisos que su disfrute comienza a contar “desde el mismo día del hecho causante”, a salvo de algunas licencias entre las que no se incluye la del matrimonio.

El litigio encuentra su origen en la petición dirigida por el sindicato, que después sería demandante en instancia y recurrente en casación, a la dirección de recursos humanos de la empresa, solicitando la modificación de la normativa interna para que quedara recogido que la regla general de inicio del disfrute del permiso por matrimonio el día de la formalización no se aplicaría cuando este se hubiera celebrado un día no laborable (justamente el supuesto de la celebración a la que asistí hace unos días), ... en cuyo caso el permiso se iniciará desde el primer día laborable siguiente al día de la celebración del matrimonio”. Dicho más claramente, la tesis del sindicato demandante llevaría a que el permiso de los contrayentes en el supuesto ahora referenciado se iniciaría el mismo día de la formalización, un sábado, mientras que de aplicarse la tesis del sindicato el permiso se iniciaría el lunes.

Aunque las circunstancias fácticas sean ciertamente diferentes de las de la sentencia dictada el 13 de febrero, no es menos cierto, o al menos así me lo parece, que sí se plantea el mismo debate respecto a la fecha de inicio de disfrute del permiso, aunque, por seguir buscando diferencias que puedan justificar la tesis de la AN confirmada después por el TS en la sentencia ahora comentada, el conflicto de Contact Center afectaba a un precepto convencional aplicable a todos los trabajadores y trabajadoras sin diferenciar la fecha en que contrajeran matrimonio, mientras que en el del Banco de Sabadell la pretensión va dirigida sólo a quienes contraigan matrimonio en fecha no laborable.

La argumentación de ALTA para solicitar la modificación aportaba una [sentencia del TS, de 12 de mayo de 2009](#), de la que fue ponente la magistrada María Rosa Virolés, que desestimó el recurso empresarial y argumentó que “El motivo no merece acogida por cuanto queda dicho anteriormente, considerando la Sala ajustada a derecho la interpretación de la sentencia recurrida, pues no se rompe la inmediación si el inicio del cómputo se sitúa en el primer día laborable siguiente del trabajador en el supuesto de que la ceremonia se celebre durante el disfrute de días libres del trabajador; lo contrario podría comportar una colisión con otros derechos del trabajador”. Igualmente, se exponía que ninguna norma legal o convencional aplicable, es decir la LET y el convenio colectivo de banca, determinaban que el permiso debía iniciarse el día de la formalización del matrimonio. La respuesta de la dirección de Recurso Humanos fue la de manifestar que había diversas tesis respecto a la petición formulada y que “de momento, no modificaremos la normativa hasta que el tema sea más claro y definitivo”.

4. Las divergencias existentes entre ambas partes llevaron al sindicato a presentar demanda en procedimiento de conflicto colectivo el 26 de octubre de 2016, celebrándose el acto del juicio el 30 de noviembre, ratificándose la parte actora en sus pretensiones y oponiéndose la parte demandada con alegaciones, en primer lugar, de carácter procesal (incumplimiento del requisito de acudir previamente a la comisión

paritaria del convenio, y falta de acción por la pretensión planteada sobre el permiso por nacimiento de nietos), y en segundo término de fondo.

Como digo, la demanda no sólo versó sobre el permiso que motiva mi atención en esta entrada, el de matrimonio y la fecha de inicio de su disfrute, sino también sobre otro recogido en la normativa interna de la entidad bancaria, cual es el de un día laborable por nacimiento de nietos, “a disfrutar en 30 días naturales a contar desde el nacimiento. Licencia no consolidada, que deberá ratificarse anualmente su disponibilidad”. El sindicato se dirigió a la dirección de recursos humanos para que se reconociera de forma expresa que dicho permiso era “complementario y no excluyente” de las licencias y permisos recogidos en la normativa legal y convencional aplicable. Ante la respuesta negativa de la dirección, también se presentó demanda para el reconocimiento de esta pretensión, habiendo sido rechazada por la AN, y confirmada por el TS, argumentando que, de la interpretación efectuada por la empresa de dicho permiso, a partir de la literalidad del texto, “no cabe exigir(le) modificación alguna de la normativa”.

5. Vuelvo al permiso por matrimonio y más concretamente al debate sobre la fecha de inicio del disfrute. La AN rechazará la pretensión de la recurrente, basada en una sentencia anterior de esta, 22 de octubre de 2007, posteriormente confirmada por la antes citada del TS del 12 de mayo de 2009, ateniéndose a la redacción literal de la normativa interna del banco y por tanto prestando atención a los términos concretos del caso, manifestando que carecía de virtualidad el alegato recogido en la demanda con base en las sentencias citadas, ya que “cualesquiera reflexiones que en los fundamentos jurídicos de las sentencias citadas se hagan, o constituyen mero obiter dictum o son eslabón de una razonamiento más general...”.

Es interesante señalar que la AN tampoco consideró aplicable la doctrina sentada en su sentencia de 13 de julio de 2016 (posteriormente casada por la del TS de 13 de febrero de 2018) por ser la regulación diferente, en cuanto que el convenio de Contact Center hacía referencia al disfrute desde que ocurriera el hecho causante (modificado por el TS para referirlo al primer día laborable a partir de su acaecimiento) y el de la entidad bancaria se limita a hacer referencia al disfrute ininterrumpido de 15 días, “sin que dicho precepto se oponga a norma alguna de rango superior, cosa en que el presente caso ni se alega en la demanda ni ha tenido lugar”.

6. Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación, con alegación de infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, es decir al amparo del art. 207 e) de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. La amplia relación de preceptos supuestamente vulnerados se inicia con la cita de los art. 3 (fuentes de la relación jurídica laboral) y 37.3 a) y b) LET, poniéndolos en relación con los arts. 29 a) y d) del XXIII convenio colectivo de banca (respecto al matrimonio: “Las Empresas, a solicitud de su personal, concederá las siguientes licencias retribuidas, siempre que no excedan de quince días al año: a) Por matrimonio del trabajador o la trabajadora: 15 días ininterrumpidos”), con cita también los arts. 153 LRJS y del art. 17 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo, regulador de las relaciones de trabajo (ambos relativos a la regulación de conflictos colectivos de trabajo), y del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (relativo a la motivación de las sentencias).

Parece planteado incorrectamente el recurso de casación, y así lo manifiesta de entrada la Sala, ya que la parte recurrente alega que la sentencia de la AN incurrió en



incongruencia omisiva, lo que hubiera debido llevarla a plantear la vulneración del art. 207 c) LRJS (“ Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”), si bien aquello que solicita es un pronunciamiento sobre el fondo del litigio, es decir rechazando la argumentación y el posterior fallo de la sentencia de instancia.

La Sala rechazará de plano la tesis de la recurrente y confirmará la sentencia de la AN por considerar que la misma en modo alguno incurrió en incongruencia omisiva, al dar “cumplida y razonada respuesta a los pedimentos de la demanda”, sea del agrado o no de la recurrente en términos jurídicos, ya que, afirma con plena corrección formal el TS, “es meridiana la respuesta razonada de la sentencia que parte del criterio de la literalidad para excluir la interpretación que la demanda busca obtener”.

O lo que es lo mismo, y dicho en términos procesales, la sentencia de la AN cumple los requisitos requeridos por el art. 218 de la LEC, desarrollando el mandato del art. 120. 3 de la Constitución, de que las sentencias “deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito”, y que se motivarán “expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. Todo ello, al objeto de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y evitar que se produzca indefensión de la parte que acciona.

En fin, dado que la sentencia ha dado debida respuesta a las dos cuestiones planteadas, no hay en modo alguno incongruencia omisiva y la ahora recurrente ha tenido perfecto conocimiento de las razones de la desestimación de su pretensión, siendo cuestión bien distinta, y en la que no entrará el TS, las discrepancias que pueda haber con las tesis de la sentencia. Y digo que no entrará el TS, y por tanto no tenemos oportunidad de saber si hubiera aplicado la doctrina sentada en la sentencia de 13 de febrero, porque la argumentación de la recurrente se centró en cuestiones formales y en reiterar su desacuerdo con la argumentación de la sentencia de la AN, sin ofrecer en el recurso (¿deja la Sala la puerta abierta a que una mejor y mas fundada argumentación jurídica hubiera podido llevar a otro fallo distinto por lo que se refiere a la fecha de inicio del disfrute por matrimonio? Así me lo parece) “mayores argumentaciones para sostener que otro tipo de criterio interpretativo fuera posible y pudiera conducir a un resultado distinto del que alcanza la sentencia”.

7. Conclusión. En definitiva, seguiremos esperando a la confirmación jurisprudencial de la sentencia de 13 de febrero y su tesis del inicio de la fecha de disfrute del permiso por matrimonio, y de otros contemplados en el convenio de contact center y que se recogen de manera prácticamente idéntica en numerosos convenios colectivos”, a partir del primer día laborable posterior al hecho causante.

Mientras tanto, buena lectura.

**4. 6 de julio de 2018. Sigamos con los permisos laborales, la fecha de su inicio y el disfrute (total o no) en días laborables. Tras las sentencias del TS de 13 de febrero y 5 de abril, nueva doctrina judicial de la AN sobre “permisos largos” y permisos cortos”. Notas a las sentencias de 13, 20 y 28 de junio de 2018, y recordatorio de las sentencias del TS de 13 de febrero y 5 de abril.**

## **I. Introducción.**

La redactora del diario electrónico eldiario.es Laura Olías publicó ayer jueves, a las 21:06, un muy interesante artículo, cuya lectura recomiendo, sobre tres recientes sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que hasta donde mi conocimiento alcanza es el primero que se ha publicado sobre dichas resoluciones judiciales, titulado [“La Audiencia Nacional concluye que solo cuentan los días laborables en los permisos por hijo y muerte de familiares”](#). El primer párrafo del artículo ya nos da la pista de por dónde van las sentencias de la AN: “Novedades en la interpretación judicial de los llamados “permisos retribuidos”. El nacimiento de un hijo, la muerte de un familiar cercano y su hospitalización, entre otros motivos, dan derecho a que los empleados se ausenten del trabajo sin que se les descuente nada del sueldo. El Estatuto de los Trabajadores establece unos días de permiso, que pueden ser ampliados en los convenios sectoriales y las empresas. La Audiencia Nacional abunda en tres sentencias recientes en una nueva interpretación al respecto: que los permisos solo consuman días laborables. Pero se basa en una distinción por la que este criterio solo es válido en los “permisos cortos”, lo que deja fuera el de matrimonio”. En su artículo, la redactora recoge el parecer de la [profesora de la Universidad Carlos III AnaBelén Muñoz](#), y el mío, sobre el posible impacto de las sentencias objeto de atención.

He podido acceder a las tres sentencias de la AN, dictadas los días 10, 20 y 28 de junio, habiendo sido ponente de las dos primeras el magistrado Ricardo Bodas y de la tercera el magistrado Ramón Gallo. Y en efecto, se trata no sólo de la aplicación, con matices ya apuntados por la profesora Muñoz, de la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de febrero de este año, de la que fue ponente el magistrado José Manuel López, sino que la AN va más lejos respecto al cómputo de determinados permisos, básicamente los que califica de “cortos” (ej.: enfermedad de familiar, nacimiento de hijo), concluyendo que sólo deben computarse a efectos de su disfrute los días laborables del trabajador y no aquellos en los que no deba trabajar según su calendario laboral, diferenciándolo de los “largos” (ej.: matrimonio) en los que deberán computarse los días naturales, es decir tanto los laborables como los que no lo sean.

Por consiguiente, actualmente tenemos doctrina del TS sobre el cómputo de determinados permisos a partir del primer día laborable del trabajador, siguiente al del hecho causante si este aconteciera en día no laboral, y doctrina de la AN, con su nueva argumentación que diferencia entre “permisos largos y permisos cortos”, por una parte, y “días naturales y días” por otra, que permite disfrutar de los permisos cortos de forma exclusiva en días de trabajo.

Una de las organizaciones empresariales afectadas por una de las sentencias ya ha anunciado que interpondrá recurso de casación ante el TS, y muy probablemente también lo hagan las restantes organizaciones empresariales afectadas por los fallos, con

lo que será prudente esperar a conocer cómo se pronuncia el TS dentro de varios meses sobre esta nueva doctrina creada por la AN. En cualquier caso, es claro, por una parte, que el impacto de las sentencias es relevante, tal como apunto en el artículo de eldiario.es, por el efecto “arrastre” que puede tener para todos los sectores y empresas cuyos convenios contengan una redacción semejante a la de los preceptos que han sido objeto de interpretación por la AN, y por otra, a buen seguro que motivará a las sujetos negociadores, cada uno desde sus respectivos intereses, a buscar una redacción de los artículos reguladores de las licencias y permisos que eviten la conflictividad judicial, siendo sin duda, al menos de momento, la parte empresarial la más interesada en buscar acuerdos para evitar las demandas en sede judicial. Auguro que las comisiones paritarias de los convenios tendrán un papel relevante a jugar en los próximos meses mientras no se produzcan cambios en la redacción de los convenios y mientras el TS no resuelva sobre los recursos de casación presentados.

Como digo, las sentencias de la AN abordan, a partir de las diversas pretensiones formuladas por los sindicatos demandantes en cada litigio, tanto la fecha del inicio del disfrute del permiso como el cómputo de los días de los “permisos cortos” (expresión acuñada por la AN) únicamente cuando el trabajador deba prestar sus servicios. Es relevante destacar que la sentencia de la AN que crea, construye y diseña la nueva doctrina, es la dictada el 13 de junio, en conflicto que afecta al V convenio colectivo estatal de las empresas de trabajo temporal, y que será seguida por las dos posteriores.

Es importante subrayar que sobre la sentencia del TS de 13 de febrero disponemos de una muy interesante aportación doctrinal de la profesora Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de DTSS de la Universidad de Murcia, titulado "[¿Puede posponerse el disfrute de los permisos familiares al momento en que se debería trabajar?](#)", publicada en la RTSS CEF núm. 424 (julio 2018), siendo de especial interés las sugerencias o "breves reflexiones" que formula al final del artículo sobre aquello que dice la sentencia y sobre aquello que sugiere. Para la autora, la sentencia está construida sobre una premisa que "quizá por elemental, había sido preterida. Si no hay obligación de la que exonerar, tampoco puede haber permiso", calificando este enfoque como "una buena noticia para la dogmática del contrato de trabajo".

## **II. La sentencia de la AN de 13 de junio.**

1. Concluía mi artículo sobre la sentencia del TS de 5 de abril con esta afirmación: “... seguiremos esperando a la confirmación jurisprudencial de la sentencia de 13 de febrero y su tesis del inicio de la fecha de disfrute del permiso por matrimonio, y de otros contemplados en el convenio de contact center y que se recogen de manera prácticamente idéntica en numerosos convenios colectivos, a partir del primer día laborable posterior al hecho causante”.

Serán las diferencias existentes entre las dos sentencias del TS objeto de examen con anterioridad las que llevarán a sostener por la AN, en su sentencia de 13 de junio, que “no existe una línea jurisprudencial sobre la materia”, y que ello le permite resolver “con libertad de criterio” sobre el régimen regulador de diversos permisos retribuidos recogidos En el V convenio colectivo estatal de las ETTs, entre ellos el de matrimonio. LA AN realiza una determinada interpretación, en el fundamento de derecho cuarto, de la tesis de la sentencia del TS que 5 de abril que no es incorrecta en puridad formal, en cuanto que confirma la tesis de la AN, aun cuando el TS no se pronuncia expresamente

sobre la fecha de inicio del permiso en relación con el hecho causante, el matrimonio del trabajador, dado que la parte recurrente sólo alegó incongruencia omisiva de la sentencia. Ahora bien, dado que la sentencia del TS de 13 de febrero sí fijó que la fecha de inicio del permiso debía ser el primera día laborable, mientras que en la sentencia de 5 de abril se confirma, insisto que por motivos formales y no sustantivos, la tesis de la AN de que, en el litigio concreto dicho permiso comenzará a computarse desde la fecha del hecho causante “por cuanto así lo disponía la regulación de los permisos existentes en la empresa”, la AN llega a la conclusión antes referenciada, es decir que no hay jurisprudencia sobre la fecha de inicio del disfrute de un permiso, el de matrimonio, y dado que en la demanda presentada hay otras pretensiones referidas a otros permisos, también se pronunciará sobre los mismos, siguiendo su doctrina, con los matices propios de cada caso concreto en los que se aborda la problemática de un convenio colectivo diferente, en las dos posteriores. [La sentencia mereció unavaloración positiva por parte de la UGT](#), que confía, aunque tengo dudas de que dicha confianza adquiera plena eficacia real, en las organizaciones empresariales del sector no la recurran, “retrasando el derecho ya conseguido en otros sectores de actividad”

2. El núcleo duro o central de mi atención debe centrarse, pues, en la sentencia de 13 de junio. Versa sobre una demanda, interpuesta en procedimiento de conflicto colectivo, presentada el 20 de abril por la Federación estatal de servicios, movilidad y consumo de UGT contras las dos organizaciones empresariales representativas de las empresas de trabajo temporal, FEDETT y ASEMPLEO, habiéndose celebrado el acto del juicio el 12 de junio. En los antecedentes de hecho puede encontrarse una cuidada explicación de los argumentos de la parte demandante, a los que se adhirió la federación de servicios de CCOO, y la oposición de las partes demandadas.

El sindicato demandante basó su pretensión en la doctrina sentada por la sentencia del TS de 13 de febrero, solicitando que la fecha de inicio de algunos permisos fuera la del primer día laborable del calendario del trabajador tras la producción del hecho causante. Los permisos en cuestión son los regulados en las letras a) a e), inclusive, del art. 37.1 del [V convenio](#) (“Los trabajadores tanto de estructura como de puesta a disposición, previo aviso y justificación, tienen derecho a los siguientes permisos retribuidos: a) Quince días naturales en caso de matrimonio. b) Dos días en caso de nacimiento de hijos. c) Dos días en caso de enfermedad grave, accidente, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, y fallecimiento de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. d) Tres días en caso de fallecimiento de cónyuge, padres, padres políticos, hijos o hermanos. e) En los supuestos b), c) y d) anteriores, el plazo será de cuatro días...”).

La argumentación de la parte demanda ASEMPLEO versó sobre las diferencias existentes entre el convenio colectivo de Contac Center (objeto de examen en la sentencia del TS) y el de las ETTs, respecto a que el cómputo de los permisos hace referencia en este último a días naturales; también argumentó que la normativa civil reguladora del cómputo de plazos no excluye los días inhábiles (art. 5.2 del Código Civil: “2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles”). Igualmente, defendió la aplicación a los trabajadores en misión (unos 800.00 según los datos aportados en el juicio) de los convenios de las empresas usuarias. Por parte de FEDETT, además de hacer suyos los argumentos expuestos, se enfatizó la vinculación del permiso con la causa o circunstancia que lo motiva, no cabiendo a su parecer un disfrute posterior.

De los hechos probados de la sentencia interesa destacar, para la correcta comprensión del litigio, que el conflicto afecta tanto a todos los trabajadores de las ETTs, es decir, tanto a los trabajadores de estructura como a los de en misión, y que se plantea por la parte demandante como consecuencia de la discrepancia sobre la aplicación de tales permisos, por cuanto la concesión se realiza de tal forma que “si el hecho causante sucede en día no laborable para el trabajador, se computan los días naturales que corresponden a cada tipo de permiso, incluyendo al del hecho causante”. Antes de instar el conflicto en sede judicial, el sindicato demandante pidió que la comisión paritaria del convenio se manifestara en los mismos términos que el TS, sin que hasta la fecha de celebración del acto de juicio se hubiera reunido para adoptar una decisión al respecto.

3. Al entrar en el análisis jurídico de la pretensión formulada en la demanda, la Sala recuerda primeramente el contenido del art. 37, apartado a) y b) de la Ley del Estatuto de los trabajadores (permisos por matrimonio, nacimiento de hijo, o circunstancia médica de un pariente hasta segundo grado), que son sustancialmente los mismos que los recogidos en el convenio de las ETTs, poniendo de manifiesto que se trata de “permisos causales”, en cuanto que hay una causa que afecta, directa o indirectamente, al trabajador y que el ordenamiento jurídico considera merecedora de protección, que pueden ser mejorados por vía convencional, tanto mediante el incremento del número de días de permiso como por la introducción de nuevos supuestos (ej.: permiso retribuido para asistir a consultas médicas).

Iría construyendo la Sala de forma gradual y paulatina su doctrina hasta llegar a la conclusión parcialmente estimatoria de la demanda. En primer lugar, diferencia entre permisos “largos” y permisos “cortos”, anudando los primeros a los que se conceden en “días naturales” y los segundos a los que se conceden en “días”. En los primeros incluye el matrimonio (y añade una mención posterior a las vacaciones como ejemplo igualmente de período que se disfruta por días naturales), mientras que en los segundos, y siempre tomando como referencia el art. 37.3 de la LET (me imagino, dicho sea incidentalmente, que la parte empleador argumentará en el recurso de casación que los permisos recogidos en el convenio de las ETTs hacen referencia, justamente, a días naturales), incluye el nacimiento de un hijo y las circunstancias médicas que afecten a determinados parientes.

La diferencia es relevante para la tesis construida por la AN, ya que la mención a días naturales incluye “todos los días”, laborables y no laborables, mientras que la mención a días debe merecer una respuesta diferente. Para la Sala, si bien es cierto, y no creo que ello pueda ser puesto en discusión, que el permiso debe anudarse con el hecho causante, no hay en la normativa legal una precisión exacta sobre cuándo debe iniciarse, cuál debe ser la fecha inicial del disfrute del permiso. Repárese en que esta tesis tiene muchos puntos de similitud con la de TS en su sentencia de 13 de febrero y que le llevó a defender, en una determinada interpretación de la normativa convencional al amparo del art. 3.1 del Código Civil y que se apartó de la mantenida en la sentencia recurrida de la AN, que la fecha de inicio del disfrute debe ser, para los permisos objeto del litigio el primer día laborable del trabajador, ya que en caso contrario no estaríamos hablando propiamente de un permiso retribuido.

Antes de seguir con su argumentación jurídica de nuevo cuño, la AN pasa revista a los conflictos en los que ha debido pronunciarse con anterioridad en casos semejantes al

actual, en el que, recuérdese, se pide que el disfrute de los permisos “comiencen a partir del primer día laborable cuando sus hechos causantes se produzcan en día no laborable para el trabajador”. Remito a la lectura de la sentencia en este punto, y baste decir que fueron las sentencias de 22 de octubre de 2007 (confirmada por sentencia del TS de 12 de mayo de 2009), de 13 de julio de 2016 (que fue la casada por la sentencia del TS de 13 de febrero de 2018), y la de 5 de diciembre de 2016 (confirmada por la sentencia del TS de 5 de abril de 2018).

4. Llega el momento de comparar la normativa legal con la convencional, sustancialmente semejante como he apuntado ya con anterioridad y sólo con algunas mejoras respecto a número de días de permiso.

A continuación, y dado que la pretensión de la parte recurrente se sustenta en la doctrina del TS (sentencia de 13 de febrero), la Sala recuerda el contenido de aquella para después, y antes de entrar ya a pronunciarse sobre el caso concreto enjuiciado, lanzar dos puyas o críticas a la doctrina del alto tribunal. Así, respecto a cómo entiende el TS que debe interpretarse “desde que ocurra el hecho causante”, que le lleva a concluir que es a “a partir del hecho causante y no antes”, de manera que debe activarse a partir del primer día laborable, cuando el hecho causante se produjo en día no laborable”, la AN precisa que “la preposición “desde”, según el Diccionario de la RAE “denota el tiempo en que se origina o ha de empezar a contarse una cosa” y el precepto examinado no dice, de ninguna manera, que el derecho se active a partir del día siguiente al hecho causante, ni la conjunción copulativa “y” denota, a nuestro juicio, condición alguna”. Por otra parte, la AN se queja, educadamente of course, de que el TS anunciara en la citada sentencia que iba a pronunciarse sobre qué sucedería respecto a la toma en consideración o no de los días no laborables que pudiera haber durante el disfrute del permiso retribuido, y que finalmente no lo hiciera, “lo cual nos provoca cierta perplejidad, puesto que, si el permiso retribuido se predica necesariamente de los días laborables, la consecuencia inexorable sería que los días de permiso retribuido deberían ser siempre laborables, lo que no se compadece con el adjetivo naturales, contenido en el art. 28.1 del Convenio de empresas de Contact Center, ni tampoco en el art. 37.3.a ET”.

Llegamos ya, pues, al último capítulo de la novela, perdón de la sentencia, donde la Sala va a resolver, lo he señalado antes y ahora lo reitero, “con libertad de criterio” al no existir a su parecer una doctrina unificada del TS. Aquí entra en el examen de la literalidad de los preceptos cuestionados del V convenio y distingue entre “permisos largos” como será el de quince días por matrimonio y los permisos “cortos” por nacimiento de hijo o por circunstancias médicas de un familiar, poniendo de manifiesto, como anticipo de su tesis conclusiva, que en el primer caso, y a diferencia de la regulación convencional contenida en los convenios colectivos de Contact Center y Banco de Sabadell, y en la normativa de régimen interior de la entidad bancaria, “no se precisa... en qué momento se activa el derecho”, y respecto a los segundos que tampoco se precisa “cuándo se activa el derecho”.

5. Será en los párrafos siguientes del fundamento de derecho cuarto cuando la Sala cree, construya, diseñe, su nueva doctrina, sobre la que deberá pronunciarse el TS en los recursos de casación y que pudiera padecer, así lo dejo apuntado, algún rechazo con respecto al criterio defendido por la AN en esta sentencia de la fecha de inicio del

disfrute del permiso por matrimonio, ya que se aparta, con argumentación digna de atención en todo caso, de la doctrina sentada por aquel en su sentencia de 13 de febrero.

La tesis de la Sala es que “la distinción legal y convencional entre días naturales y días, reconocidos para los permisos largos y cortos respectivamente, tiene gran relevancia jurídica y revela, a nuestro juicio, que el legislador y los negociadores del convenio han querido dar distinto tratamiento a ambos tipos de permisos. – Es así, porque la mención a los días naturales comporta necesariamente que su cómputo incluya días laborables y días no laborables, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.2 CC, al igual que sucede con las vacaciones anuales, en las que también se reconocen 30 días naturales en el art. 41 del convenio. Por el contrario, consideramos, que la mención a días, prevista para los permisos de corta duración, debe interpretarse necesariamente como días laborables, ya que, si la intención de legislador o de los negociadores del convenio hubiera sido equiparar ambos permisos, habría utilizado también el adjetivo de días naturales”.

Siendo loable la argumentación jurídica desplegada por la Sala para llegar al fallo, cabe decir, para animar al debate en vía electrónica y que también se producirá próximamente en revistas especializadas cuando se analice esta sentencia y las de 20 y 28 de junio, que la distinción entre permiso largos y cortos es de la exclusiva autoría de la Sala, y que se me surgen muchas dudas, que también manifesté en mi comentario a la sentencia tantas veces citada del TS, que la distinción entre días naturales y días (sin mayor especificación) tuviera la importancia, en la configuración legal de la LET y en los respectivos preceptos convencionales, que la Sala atribuye al pensamiento y estrategia del legislador y de los sujetos negociadores, mucho más en el caso de los segundos ya que habitualmente se han limitado a reproducir el art. 37.3 de la LET y en su caso a modificarlo mediante el añadido de alguna mejora en términos de mayor número de días de permiso o de regulación de algún supuesto no contemplado en la LET.

Queden aquí estas dudas apuntadas para debate, que enlazan con la existente sobre la tesis defendida por la Sala respecto a las “finalidades perseguidas por unos y otros tipos de permisos”, es decir los “largos” y los “cortos”. Aquí la tesis de la Sala se asienta más en un principio de “razonabilidad” respecto a la fecha de inicio del disfrute del permiso y a su efectiva finalidad, tesis nuevamente de autoría de la Sala y que puede ser compartida desde un punto de vista práctico, aunque también puede merecer alguna crítica constructiva.

Me explico, según la Sala, “es lógico que en los permisos largos, al igual que en las vacaciones, se opte por días naturales, que incluirán lógicamente “todos los días no laborables, que se produzcan en el período de permiso, siendo razonable, por otra parte, que el permiso se active desde el hecho causante y no desde el primer día laborable, porque estos permisos corresponden a días naturales y no a días laborables, por cuanto así lo ha querido el legislador, sin que los negociadores del convenio mejoraran dicha regulación, lo que podrían haber hecho perfectamente. Si no fuera así, si el permiso se activara desde el primer día de trabajo, porque los permisos comportan efectivamente ausentarse del trabajo, habría que concluir que los quince días de permiso deberían corresponder a días laborables, lo cual chocaría frontalmente con la concesión de días naturales, prevista en el art. 37.1.a ET y en el art. 37, a del convenio aplicable. Es lógico, por el contrario, que los días de permiso, previstos para los períodos cortos, sean

días laborables, puesto que la finalidad del permiso es atender a las múltiples contingencias, que puedan producir los supuestos previstos, que no podrán realizarse normalmente en días inhábiles, siendo razonable, por tanto, que se activen con carácter general en el primer día hábil desde que se produzca el hecho causante”.

Obsérvese que la tesis de la Sala se asienta sobre la razonabilidad de la tesis de activar el permiso “desde el hecho causante y no desde el primer día laborable”, y vincula este argumento a que la norma, tanto la legal como la convencional, se refieren a días “naturales” y no a “días”, por lo que hubieran debido ser las partes negociales quienes redactaran el precepto en otros términos para poder acoger la tesis de la demanda, dando un salto, tanto cuantitativo como cualitativo, en defensa de su tesis para propugnar que una tesis contraria a la suya significaría que los quince días de permiso deberían ser todos laborables y que ello chocaría con la concesión de “días naturales” (laborables y no laborables) a que se refieren la norma legal y la convencional aplicable. No fue este el parecer del TS en su sentencia de 13 de febrero, y de ahí que sea comprensible la manifestación de la profesora Belén Muñoz, en el artículo periodístico citado al inicio de esta entrada, de que “la sentencia del Tribunal Supremo es más generosa que las de la Audiencia Nacional”, que será prudente esperar a cómo se pronuncia el TS, y que “dado que no existe "un criterio uniforme" sobre este tema, sería conveniente que los convenios especificaran desde cuándo comienzan a contabilizarse estos permisos”.

Más dudas de índole práctica me surgen al leer la tesis de la AN respecto a la finalidad de los permisos cortos y la consiguiente justificación de su activación desde el primer día hábil (= laborable) desde que se produzca el hecho causante, otra vez asentada en la tesis de la razonabilidad y que es “atender a las múltiples contingencias, que puedan producir los supuestos previstos, que no podrán realizarse normalmente en días inhábiles”. Puede aceptarse como hipótesis de trabajo que en algunas ocasiones haya que atender tales “contingencias”, por ejemplo la tramitación de determinados documentos en sedes administrativas, aunque al mismo tiempo habrá que añadir que más de una, y dos, de dichas “contingencias” pueden ya resolverse por vía electrónica. Pero en cualquier caso, sí querría llamar la atención sobre un supuesto concreto, a efectos de debate, cual es del permiso por nacimiento de un hijo, porque creo que la atención al menor desde que se produce su nacimiento es la causa que justifica el permiso y no la tramitación de documentos administrativos, aunque ciertamente no cuestionaré el interés que puede tener el que la regulación convencional prevea que cuando sea necesaria dicha tramitación el permiso deba entenderse por días hábiles. Quede aquí otra tesis apuntada para un posterior debate.

La conclusión de todo lo anteriormente expuesto es que la Sala estimará la demanda en punto a reconocer que la fecha de inicio del permiso, en caso de nacimiento de hijo o por una circunstancia médica de un familiar, es el primer día hábil (= laborable) a partir del que se produjo el hecho causante, siempre y cuando este acaezca en día no laborable, mientras que la desestimará con respecto a la aplicación del mismo criterio cuando se disfrute del permiso por matrimonio.

### **III. Sentencias de la AN de 20 y 28 de junio.**

1. Con mucha mayor brevedad me refiero a continuación a las sentencias dictadas por la AN el 20 y 28 de junio, ya que reproducen sustancialmente las tesis expuestas en el comentario anterior, si bien con algún añadido importante en la segunda que puede



llevar a mayor litigiosidad respecto al disfrute de permisos en días únicamente laborables en los llamados permisos “largos” (que incluyen para la Sala el período vacacional).

La sentencia de 20 de junio, se dicta con ocasión de demanda, instada en procedimiento de despido colectivo, por la Confederación General del Trabajo (CGT), Federación estatal de servicios, movilidad y consumo de UGT y la federación de servicios de CCOO, contra la organización empresarial “Tecniberia asociación española de empresas de ingeniería, consultoría y servicios tecnológicos. La pretensión de las recurrentes, en la demanda presentada el 26 de abril y ratificada en el acto del juicio celebrado el 19 de junio, era que la fecha de inicio del disfrute de determinados permisos regulados en el art. 24 del [XVII convenio colectivo nacional de empresas de sector](#) sea el primer día laborable siguiente al de la producción del hecho causante cuando este acaezca en días no laborables.

Todas las demandantes basaron su argumentación en la tesis acogida por la sentencia del TS de 13 de febrero, si bien hay dos precisiones a destacar respecto a la tesis defendida por el sindicato ugetista, que era la de fijación de la fecha de disfrute, en los términos indicados, en tres supuesto del citado art. 24 (“a) Quince días naturales en caso de matrimonio. b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo en el caso de fallecimiento del cónyuge, padres o hijos en el que el permiso será el establecido en el siguiente inciso c). Cuando, con tal motivo, el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto de más de doscientos kilómetros, por cada uno de los viajes de ida y vuelta, el plazo será de cuatro días...”). Para la CGT debía también incluirse el apartado d (“un día por traslado de domicilio habitual”). Para CCOO, y este es un dato especialmente relevante a efectos de debate, su pretensión era, además de la conjunta, que los permisos contemplados en los apartados b y c del art. 24 fueran considerados en todos sus días como laborables. Por la parte empresarial demandada se alegó que las tesis de las demandantes quebraban la naturaleza causal de los permisos retribuidos, “que no incrementan genéricamente los días de vacaciones, sino que los anudan con los hechos causantes de cada uno de ellos”.

Interesa destacar de los hechos probados que el convenio colectivo referenciado fue denunciado por CCOO y UGT, negociándose un nuevo texto, recogiendo las propuestas presentadas por dichos sindicatos la misma tesis que la defendida conjuntamente en la demanda; que se ha pedido reunión de la comisión paritaria para que se pronuncie sobre esta propuesta, sin que se hubiera reunido hasta la fecha del juicio; en fin, que en los supuestos antes referenciados, apartados a) a d) del convenio, el inicio del disfrute del permiso se produce en la fecha del hecho causante, y el cómputo se aplica durante el número de días fijados en tales apartados, con independencia de que sean laborables o no para el trabajador.

La argumentación de la Sala, ya lo he apuntado, es reiterativa de la expuesta en su sentencia de 13 de junio, con el añadido lógico de manifestar que ya se ha pronunciado sobre cuestiones semejantes a la hora debatida en cuatro ocasiones, es decir incluyendo ya la sentencia citada, de la que reproduce el fundamento jurídico cuarto, que ha sido objeto de especial atención por mi parte en el comentario de aquella. A continuación, pasa revista a la regulación convencional que es objeto del presente litigio y considera

que se encuentra en un supuesto idéntico al resuelto en la sentencia de 13 de junio, por lo que fallará en el sentido de considerar que el disfrute de los permisos “cortos” debe iniciarse a partir del primer día hábil (= laborable) siguiente al del acaecimiento de la causa que lo justifica si esta se da en un día no laborable.

El interés añadido de la sentencia, y sobre el que ha reparado acertadamente la redactora Laura Olias en su artículo, radica en cómo resuelve la Sala la petición adicional de CCOO, a la que se adhirió la UGT, a la que dará una respuesta positiva “por las mismas razones” que ha defendido la Sala para llegar a la conclusión anteriormente expuesta, acudiendo, ahora sí, a la tesis de la sentencia del TS de 13 de febrero para argumentar que “no cabe hablar de permiso retribuido si no se anuda a día laborable, por cuanto los días no laborables no es necesario pedir permiso alguno”, siendo así que, insiste la Sala, se trata de un permiso “corto” y debe servir para atender a las “múltiples contingencias provocadas por los supuestos protegidos, que no pueden realizarse normalmente en días no laborables”. Me remito a las observaciones formuladas por mi parte al analizar la sentencia de la AN de 13 de junio. [La sentencia mereció una valoración positiva por parte de la UGT](#) que confía, al igual que en su valoración de la sentencia de 13 de junio, que no sea recurrida por las patronales del sector, algo que se me antoja difícil que ocurra.

2. Por último, me refiero a la sentencia de 28 de junio, con ocasión de la demanda, en procedimiento de conflicto colectivo, presentada por FETICO el 30 de abril, a la que seguiría la presentada por FASGA el 8 de mayo, la de CCOO el 16 de mayo, y finalmente la de UGT el día 17 del mismo mes, todas ellas dirigidas contra la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED). El acto del juicio se celebró el 26 de junio y las partes demandantes se ratificaron en el contenido de sus demandas.

Como se comprueba tras la lectura de los antecedentes de hecho, las pretensiones versaron, según las diferentes estrategias de cada sindicato, en pedir que determinados permisos recogidos en el art. 36 del [convenio colectivo aplicable](#) puedan iniciarse, la fecha de su disfrute, en días hábiles (= laborables) para el trabajador, y también que algunos de ellos sean disfrutados íntegramente en días laborables, excluyendo pues aquellos que sean inhábiles (= no laborables) que se den durante el disfrute del permiso. Todas las argumentaciones tuvieron como punto central de su defensa la tesis del TS recogida en su sentencia de 13 de junio, mientras que la oposición de la parte demandada giró alrededor de las especiales características del sector, en el que todos los días tienen la consideración de laborables, así como también a que la voluntad de los sujetos negociadores fue que el disfrute de los permisos se iniciara el día natural en que se produjera el hecho causante, argumentando en apoyo de este planteamiento que la alteración de esta regla general se había introducido de forma expresa en el convenio cuando las partes así lo acordaron, poniendo como ejemplo cómo puede disfrutarse el período de permiso durante la hospitalización de una familiar.

Con respecto a los hechos probados, sólo hay una referencia que deseo destacar, al igual que en las sentencias anteriores, cual es que una vez dictada la sentencia del TS los sindicatos solicitaron que la comisión mixta del convenio se reuniera para atender sus pretensiones, sin que conste que se haya producido tal reunión.

El artículo objeto del litigio es el núm. 36, y los apartados en cuestión fueron desde la letra a) hasta la f), inclusive, y la h) en sus subapartados núms. 1, 2 y 4 (“A. Por el tiempo preciso, y con justificación del mismo con el correspondiente visado del facultativo, cuando, por razón de enfermedad el trabajador precise asistencia a consultorio médico en horas coincidentes con su jornada laboral... B. Quince días naturales en caso de matrimonio. C. Dos días por el accidente grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad no contemplados en el apartado siguiente. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días. D. Tres días en los casos de nacimiento de hijo, enfermedad grave diagnosticada por el facultativo, o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando, por tal motivo, el trabajador necesite hacer un desplazamiento superior a 300 kilómetros por trayecto al efecto, el plazo será de cinco días.... E. Un día por traslado del domicilio habitual. F. Un día por matrimonio de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. ... H. Anualmente los trabajadores podrán disfrutar de un máximo de 5 días de licencia retribuida de entre los siguientes supuestos: 1. Hasta dos días por nacimiento de hijo o por fallecimiento de cónyuge o de hijos, o por fallecimiento de hermanos y padres por consanguinidad, que podrán acumularse a lo establecido en el apartado D del presente artículo hasta un máximo de cinco días en total. 2. Un día al año por asistencia a firmas de documentos notariales necesarios para la adquisición de vivienda, siempre que el trabajador deba hacerlo personalmente y coincida con su horario de trabajo. ... 4. Un día por matrimonio del trabajador, acumulable al supuesto del apartado B anterior”).

La Sala acogerá nuevamente la tesis ya expuesta en la sentencia de 13 de junio y reiterada, con los matices ampliatorios ya expuestos, en la del día 20, tesis que “extrapola” al litigio ahora enjuiciado y que le permite concluir que, a excepción del permiso por matrimonio, todos los permisos han de iniciarse en día laborable, y que en su cómputo sólo se tomarán en consideración los días laborables. Por el contrario, respecto al disfrute del permiso por matrimonio, este se computará por días naturales, tanto respecto a la fecha de inicio como al cómputo del número de días de permiso. En fin, respecto a los permisos que deben necesariamente vincularse a un día laborable para que tengan sentido jurídico (ej.: fecha de un examen), la no concurrencia de la fecha de la causa con un día laborable no generará derecho a permiso alguno.

No deja ser curiosa la valoración que las distintas organizaciones sindicales que presentaron las demandas han efectuado de la sentencia recurrida, tratando de destacar la que más ha velado por los intereses de los trabajadores Pueden leerse [aquí](#), [aquí](#) y [aquí](#).

## **V. Recapitulación.**

Concluyo. El conflicto sigue vivo respecto a la interpretación de la fecha de inicio del disfrute del permiso por matrimonio, y se abre un nuevo frente judicial, y también negocial, sobre, no ya la fecha de inicio del disfrute de los permisos “cortos” sino de qué días (solo los hábiles o laborables, o también el resto) deben disfrutarse en otros permisos. Habrá que estar muy atentos, pues, a las próximas negociaciones de convenios, fundamentalmente sectoriales, sobre esta materia, y también a las resoluciones judiciales del TS.

Es cierto que la AN, al igual que un Juzgado, o un Tribunal Superior de Justicia, o el TS, resuelve sobre un caso concreto, a partir de las pretensiones de las partes, y siempre atendiendo al contenido de los artículos de las normas (legales o convencionales) en juego. Ahora bien, hecha esta afirmación previa, la sentencia de 13 de junio ha creado un criterio de interpretación de los permisos “largos” y “cortos” que ya ha aplicado a dos nuevos litigios (sentencias de 20 y 28 de junio), por lo que cabe razonablemente pensar que aplicará este mismo criterio a casos semejantes que se le planteen. Todo ello, obviamente, a expensas de saber qué decidirá el TS cuando resuelva los recursos de casación que, sin duda, se interpondrán por las organizaciones empresariales afectadas.

Mientras tanto, buena lectura.

#### **4. 11 de octubre de 2018. Nuevamente sobre la fecha (día laborable o no) de inicio del disfrute de los permisos laborales, y de toda su duración. Notas a la importante cuestión prejudicial planteada por la AN en Auto de 3 de septiembre de 2018.**

1. Un [tweet del profesor Ignasi Beltrán de Heredia](#) (“La AN plantea cuestión prejudicial ante el TJUE sobre si los días de permiso retribuido han de disfrutarse en días hábiles”) publicado el miércoles 10 de octubre a las 9:05 facilitaba información sobre la noticia publicada en el Diario La Ley digital de un Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de indudable importancia. En el citado medio jurídico electrónico se encuentra, efectivamente, una síntesis de dicho Auto, con una breve entrada previa, que recoge una tesis de la citada resolución judicial, en la que se expone que “La duda es si es posible negar a los trabajadores el derecho a disfrutar los permisos retribuidos cuando el estado de necesidad coincide con los descansos semanales y vacaciones anuales, ya que en realidad dedican esos tiempos de descanso, cuya finalidad es otra, a atender situaciones de necesidad para las que están previstos los permisos retribuidos”.

La lectura, primero del tweet del profesor Beltrán e inmediatamente después de la información publicada en La Ley digital, me llevó a la búsqueda de [dicho Auto en CENDOJ, en el que ya se encuentra publicado, siendo de fecha 3 de septiembre](#) y ponente la magistrada Carolina San Martín, una vez que, según queda constancia en el antecedente de hecho octavo, la ponencia del caso planteado ante la AN fuera declinada por la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo.

Se trata de un asunto de indudable interés práctico, y no meramente teórico, para todas las empresas y las personas trabajadoras, ya que la aplicación de la normativa, legal y convencional, sobre licencias y permisos suscita indudable interés para todos los sujetos afectados, y últimamente está generando un incremento de la litigiosidad en los juzgados de lo social y en los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, así como también, aunque ciertamente en mucha menor escala, en el Tribunal Supremo, si bien conviene ya señalar que ha sido una sentencia del alto tribunal, concretamente de 13 de febrero de este año, de la que fue ponente el magistrado José Manuel López, la que ha incrementado considerablemente tal litigiosidad.

Es muy recomendable la lectura íntegra del auto de 3 de septiembre por todas las personas interesadas, que desde luego serán prácticamente todas en los departamentos o áreas de recursos humanos de las empresas, ya que la fijación de la fecha del inicio de los permisos, y si han de ser, o no, en días laborables, excluyendo por tanto todos los no

laborables, incluido el período vacacional, puede tener indudable importancia para la organización de la actividad diaria cuando se produzca un hecho causante de alguno de los permisos reconocidos en el art. 37.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores o en el convenio colectivo que sea de aplicación.

De momento, se abre un paréntesis bastante amplio de espera hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre la cuestión prejudicial presentada, y lógicamente no sólo será la AN quien suspenda la tramitación del litigio ahora analizado, sino también todos los juzgados y TSJ en los que pudiera haber pendientes litigios con contenido semejante. Muy probablemente, es obviamente mi parecer subjetivo, si bien creo que tiene una base bastante sólida, el planteamiento de la cuestión prejudicial haya sido debido tanto al interés jurídico de la cuestión suscitada como, muy especialmente y tal como se afirma expresamente en el fundamento de derecho tercero, por la multiplicación de demandas que se han formulado a partir de la sentencia antes referenciada del TS, en las que pide la declaración de que los permisos retribuidos no han de coincidir con días no laborables, siendo así para la AN que “resulta importante conocer la interpretación del TJUE sobre el alcance de los descansos semanales y anuales en orden a otorgar una respuesta uniforme y coherente con el derecho de la Unión”.

2. El conflicto jurídico suscitado ante la AN y que ha llevado a esta al planteamiento de la cuestión prejudicial encuentra su origen en la presentación de tres demandas, en procedimiento de conflicto colectivo, por los sindicatos FETICO (4 de mayo), Federación de Servicios de CC OO (29 de mayo) y Federación estatal de servicios, movilidad y consumo de UGT (31 de mayo) contra Grupo de Empresas DIA SA y Twins alimentación SA. Las tres demandas fueron acumuladas en un único procedimiento, fijándose la fecha de juicio para el 5 de junio.

Las pretensiones formuladas en las demandas de las partes demandantes fueron ratificadas en el acto del juicio, girando todas ellas alrededor de la petición de que los periodos de disfrute de los permisos reconocidos en el convenio colectivo de empresa (art. 46, cuya redacción mejora en varios apartados la contenida en el art. 37.3 de la LET) siempre tuvieran su inicio en día laborable, y en dos demandas también que el período íntegro del disfrute se realice siempre sólo en días laborables, a salvo de la regulación diferenciada para el permiso por matrimonio (o por formalización de pareja de hecho, asimilada en el convenio al matrimonio a los efectos del disfrute del permiso).

Por su interés, reproduzco las pretensiones de cada una de las organizaciones sindicales, a las que se opuso la parte demandada sin que conste mayor información en el Auto sobre las manifestaciones de esta en el acto de juicio.

“... la FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO) se ratificó en su demanda, en cuyo suplico solicita que "se declare:

Respecto a los permisos retribuidos recogidos en el artículo 46 del convenio colectivo del grupo de empresas DIA, SA y Twins Alimentación, SA (TODOS EXCEPTO MATRIMONIO): que para el disfrute de dichos permisos, tanto su inicio como el resto de su disfrute, se produzca en días hábiles para el trabajador, entendiendo por días hábiles aquellos en los que deba desempeñar su trabajo y por inhábiles aquellos que no deba prestar servicios para la empresa (incluidos los días feriados y de vacaciones).

Respecto al permiso retribuido recogido en el artículo 46 I. A) referente al MATRIMONIO, se declare que su inicio se produzca en días hábiles para el trabajador, entendiendo por días hábiles aquellos en los que deba desempeñar su trabajo y por inhábiles aquellos que no deba prestar servicios para la empresa (incluidos los días feriados y de vacaciones). "

La FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO SERVICIOS) se ratificó en su demanda, en cuyo suplico solicita que " se declare el derecho de las trabajadoras y trabajadores a:

a) que todos los permisos regulados en el art. 46 del convenio (salvo el de matrimonio) se disfruten en días hábiles para el trabajador Y Subsidiariamente y para el caso de que no se estime la anterior pretensión que se declare que el "dies a quo" del cómputo de los permisos retribuidos, en los casos en que el hecho causante del permiso suceda en día no laborable para el trabajador o trabajadora, tenga que iniciarse en el primer día laborable siguiente para el mismo,

b) Que en lo que se refiere al permiso por matrimonio que se declare el "dies a quo" del cómputo de los permisos retribuidos, en los casos en que el hecho causante del permiso suceda en día no laborable para el trabajador o trabajadora, tenga que iniciarse en el primer día laborable siguiente para el mismo,

c) que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración."

La FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FESMC-UGT) se ratificó en el contenido de su demanda, en cuyo suplico solicita que se "declare que los periodos de licencias retribuidas establecidos en el artículo 46 del Convenio Colectivo del Grupo de empresas "Dia, SA" y "Twins Alimentación, SA"; deben comenzar su cómputo a partir del primer día siguiente laborable al hecho causante; condenando a las partes a estar y pasar por tal declaración."

3. Con posterioridad al acto de juicio, la Sala dictó providencia el 6 de julio dando audiencia a las partes para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes respecto a la posibilidad de presentar por aquella cuestión prejudicial ante el TJUE al amparo del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, habiéndose manifestado a favor tanto CC OO como UGT, no constando manifestación alguna de FETICO.

Para los dos sindicatos, la pertinencia de la cuestión prejudicial encuentra su razón de ser en las dudas abiertas sobre la acomodación al derecho comunitario de la normativa interna española, y más concretamente de la regulación del art. 37.3 LET a los arts. 5 (descanso semanal) y 7 (vacaciones anuales) de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. La duda se suscita más exactamente (vid antecedente de hecho décimo) "cuando el estado de necesidad se actualiza coincidiendo con los descansos semanales y vacaciones anuales, puesto que en esos casos deberían dedicar esos tiempos de descanso, cuya finalidad es distinta, a atender las situaciones de necesidad mencionadas". Lógicamente la parte demandada se opuso al planteamiento

de la cuestión prejudicial, con alegaciones tanto relativas a la no competencia del TJUE en materia de permisos retribuidos como a la regulación cuestionada, en tanto que esta última mejora la regulación de la Directiva comunitaria y que “las necesidades personales o cívicas para las que están pensados los permisos retribuidos, pueden atenderse durante las vacaciones sin que el solapamiento desvirtúe a estas últimas”.

4. El auto de la AN centra con prontitud las cuestiones a debate, cuáles son las pretensiones de las partes demandantes con respecto al disfrute de los permisos en días laborables, a salvo del reconocido por matrimonio y para el que se pide que se compute a partir del primer día laborable posterior a su celebración. La Sala constata que, con la excepción del permiso por matrimonio (y supuesto de pareja de hecho asimilado por el convenio colectivo), no hay mención expresa alguna, ni en la norma legal ni en la convencional, al carácter natural o hábil de los días de disfrute de los permisos, y que en las empresas demandadas (y me atrevo a decir que en la gran mayoría de las empresas, al menos hasta la sentencia del TS) la práctica habitual es que “ el inicio de los permisos retribuidos tenga lugar desde el hecho causante, con independencia de si es un día hábil (laborable) o no para el empleado, y se computen en días naturales”.

La Sala pasa revista primeramente a las disposiciones nacionales pertinentes a los efectos de resolución del litigio planteado, que no son otras que el art. 40.2 de la Constitución, que entre otras medidas obliga a los poderes públicos a garantizar el descanso necesario de las personas trabajadoras “mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas...”, el art. 37 de la LET, que regula el descanso semanal, las fiestas y los permisos, el art. 38 que regula las vacaciones anuales, el art. 46 del convenio colectivo de la empresa demandada (publicado en el BOE de 2 de septiembre de 2016), que regula los permisos retribuidos, y finalmente los arts. 4.3 y 5.2 del Código Civil, en cuanto que esta norma se aplica de manera supletoria “en las materias regidas por otras leyes”, y porque no excluye los días inhábiles en el cómputo civil de los plazos.

5. El núcleo duro, es decir sustantivo o de fondo y que justifica a juicio de la Sala la cuestión prejudicial, se encuentra en el fundamento de derecho tercero, previa manifestación de ser consciente de que el TJUE no es competente sobre la materia que de modo directo es objeto del litigio, cuál es la de los permisos retribuidos, si bien sí lo es sobre la regulación, y protección de los descansos semanales y anuales, estrechamente ligados a la cuestión debatida, ya que las pretensiones de las demandantes han girado sobre el reconocimiento expreso de la no simultaneidad de las fechas de disfrute de los permisos con las de tales descansos, mientras que la parte demandada ha manifestado que sí pueden ser objeto de simultaneidad, y de ahí que el conflicto deba merecer una respuesta interpretativa del TJUE respecto a si es conforme con la Directiva 2003/88/CE y más exactamente con los preceptos citados, “simultaneizar los descansos semanales y las vacaciones anuales con la atención a situaciones de necesidad de finalidad diferente”, por considerar además la Sala, que es buena conocedora sin duda alguna de la jurisprudencia del TJUE, que el tribunal europeo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el derecho a vacaciones (la última, muy recientemente, el 4 de octubre, y no precisamente favorable en torno al ejercicio de tal derecho, o de una parte del mismo, por parte de la trabajadora recurrente), si bien considerando que tales decisiones “no son claramente extrapolables al contexto jurídico y factico que ahora se plantea”.

A partir de aquí, la Sala se adentra en un examen detallado de la normativa comunitaria de aplicación, con un planteamiento que va desarrollándose de forma gradual y progresiva hasta llegar a una manifestación clara a favor de la tesis postulada por las demandantes y que queda claramente puesta de manifiesto en el último párrafo del fundamento de derecho tercero, cuya redacción literal es suficientemente explicativa: “El órgano judicial remitente considera que, si se produce cualquiera de los estados de necesidad previstos en el art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores durante los descansos semanales y vacaciones anuales, se superpondrían dos estados de necesidad: el cubierto por los descansos y vacaciones y el correspondiente a los supuestos regulados en el art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores. Y si se admitiera que en tal caso no cabe la posibilidad de diferir el disfrute del permiso a un momento distinto del período de descanso, este último podría vaciarse de contenido, puesto que los trabajadores tendrían que dedicar su tiempo de descanso semanal o sus vacaciones a resolver los problemas provocados por la actualización del estado de necesidad propio de los permisos retribuidos, que están destinados legalmente a satisfacer finalidades distintas”.

6. La tesis recogida en el párrafo anterior es a la que llega la Sala tras un cuidado examen de la normativa comunitaria puesta en relación con la normativa interna legal y convencional aplicable. La Sala enfatiza la especial protección jurídica que el ordenamiento comunitario otorga a los descansos (diario, semanal y anual) de las personas trabajadoras durante la vigencia de su relación contractual, con menciones expresas a los arts. 2.3. y 2.5 de la Carta Social Europea (Las partes contratantes se comprometen “3. A conceder vacaciones anuales pagadas de dos semanas como mínimo”... 5. A garantizar un reposo semanal que coincida en la posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región”), y al art. 31.2 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE (“Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”).

Inmediatamente a continuación se refiere ya a la [Directiva 2003/88/CE](#), de la que además de referenciar los artículos ya citados, 5 y 7, sobre el derecho al descanso semanal y a vacaciones anuales retribuidas, cabe destacar la expresa mención al art. 2.2, que conceptúa como período de descanso todo aquel que no sea tiempo de trabajo, por lo que es necesario conocer el concepto de este último, definido por la normativa comunitaria e interpretado en términos estrictos por la jurisprudencia del TJUE, como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Con acierto, recuerda el auto que la normativa comunitaria sobre descanso semanal y anual ya ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por los art. 37 y 38 de la LET, que mejoran las disposiciones mínimas recogidas en la Directiva.

7. La Sala hace un sucinto, pero al mismo tiempo bien cuidado, resumen de la jurisprudencia del TJUE respecto a la finalidad perseguida por la normativa comunitaria para los períodos de descanso, tanto necesario por razones de seguridad y salud en el trabajo como para garantizar períodos de ocio y esparcimiento de los que no dispone la persona trabajadora durante su tiempo de trabajo. A continuación, explica brevemente



cuál es la regulación de los permisos en la LET, todos ellos, al igual por supuesto que en la normativa convencional, de carácter “causal” en cuanto que encuentran su razón de ser en un hecho o circunstancia concreta, ajena a la prestación de servicios, que debe producirse durante la vigencia del contrato y que genera el nacimiento del permiso por el tiempo fijado en la normativa legal o convencional, insistiendo nuevamente que sólo para el caso de matrimonio la norma legal hace una expresa mención a su disfrute durante quince días naturales, mientras que en los restantes supuestos no hay referencia alguna al carácter natural o laborable, ni de la fecha de inicio ni del conjunto de los días que puede disfrutarse el permiso, constatando las posturas contrapuestas de las partes demandantes y demandadas, y formulando su parecer al que me he referido al iniciar esta parte de mi explicación, que se concreta en las dos preguntas formuladas en la cuestión prejudicial, que se circunscriben únicamente, así lo manifiesta previamente la Sala en cuanto que la regulación cuantitativa de los descansos semanales y mensuales recogidos en la norma legal interna mejoran los de la normativa comunitaria, a la duda relativa “al solapamiento que tenga lugar respecto de los períodos mínimos contemplados en la normativa europea, que son los que esta garantiza”; es decir, si los permisos reconocidos en la normativa interna, caso de coincidir el hecho causante con días laborables, han de poder ser, o no, disfrutados durante días hábiles, lo que implica que siempre deberían iniciarse el primer día laborable después del hecho causante, tanto si se producen durante el período de trabajo efectivo como durante el disfrute de los descansos semanales y mensuales.

La Sala pone, pues, el acento, en el disfrute real y efectivo de los permisos, de acuerdo a la doctrina sentada por el TS, si bien sólo para los supuestos concretos que se recogían en la demanda presentada ante la AN, de tal manera que de prosperar su tesis los permisos recogidos en el art. 37.3 de la LET y en las normas convencionales aplicables deberían disfrutarse siempre, a excepción del de matrimonio, en días laborables, es decir aquellos en los que la persona trabajadora presta sus servicios y por los que es retribuido.

8. Como pueden comprobar los lectores y lectoras, la cuestión prejudicial planteada, que ahora transcribo, es de suficiente entidad como para merecer una atención especial por parte de todas las personas interesadas en la vida laboral. Estas son las dos preguntas formuladas, que a buen seguro serán objeto de especial atención en la primera sesión (26 de octubre) de la duodécima edición del Aula Iuslaboralista de la Universidad Autónoma de Barcelona.

1. El artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear el descanso semanal con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso?

2. El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso, el ocio y el esparcimiento?”.

Buena lectura.

## **SEGUNDA PARTE. Registro (o no) de la jornada ordinaria de trabajo.**

**1. 28 de agosto de 2016. Sobre el control de la jornada de trabajo y de las horas extras. A propósito de la Instrucción 3/2016 de la ITSS: recordatorio de la doctrina sentada por la AN en los casos Bankia, Abanca y Sabadell.**

1. El art. 12 de la [Ley 23/2015 de 21 de julio, ordenadora del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#), regula la función inspectora y dispone que su desempeño, “por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su integridad, y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales, en los términos establecidos en esta ley”, comprende, entre otros, los cometidos de “vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en los siguientes ámbitos: a) Sistema de relaciones laborales. 1.º Normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas. 2.º Normas sobre protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores. c) Sistema de la Seguridad Social. 1.º Normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del Sistema de la Seguridad Social.

En la normativa sustantiva laboral, el [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](#), regula en su art. 34 la jornada de trabajo y dispone en su apartado 1 que su duración “será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”. Por su parte, el apartado 5 del art. 35, que regula las horas extraordinarias y fija un máximo de ochenta horas anuales, estipula que “a efectos de su cómputo, 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”. Por fin, el art. 64 aborda los derechos de información y consulta y competencias de los representantes de los trabajadores, norma que debe ser completada, en la materia objeto de atención en esta entrada, por la disposición adicional tercera del [Real Decreto 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo](#), que regula las competencias de los representantes de los trabajadores “en materia de jornada” y dispone que sin perjuicio de las demás competencias reconocidas a los mismos, tendrán también derecho a “a) Ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores. 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”.

Por otra parte, en el ámbito normativo sancionador, el art. 7 del [Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#), regula las infracciones graves en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, incluyendo en su apartado 5 “La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones,

permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”, y en el apartado 10 “Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente”. Dichas infracciones son sancionadas, según dispone el art. 40. 1 b) “con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros”, debiendo tomarse en consideración los criterios recogidos en el art. 39 para la graduación de las sanciones.

2. A la vista de la normativa citada, no debería extrañar en absoluto, al menos para quienes disponen de conocimientos en la materia, que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social vele por el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa sustantiva laboral sobre la duración de la jornada de trabajo y que realice funciones de control y vigilancia de la legislación, incluyéndose pues aquella que afecta al correcto cumplimiento de la normativa sobre las horas extraordinarias. Y mucho menos debería extrañar cuando los conflictos suscitados por importantes entidades bancarias ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional han finalizado con sentencias desfavorables a sus tesis y que confirman la obligación empresarial de cumplir con lo dispuesto en la normativa antes referenciada y por consiguiente de disponer de las herramientas adecuadas, tecnológicas o no, para que la inspección, y los representantes del personal, puedan conocer la jornada que realiza cada trabajador y en su caso la realización de horas extraordinarias. En mi reflexión final de la [ponencia presentada el 16 de octubre del pasado año, en la “Jornada sobre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el Estado autonómico”](#), me manifesté en unos términos, con cita del parecer de la UPIT, que creo que mantienen plena vigencia y que por ello los reproduzco ahora: “Quizás sea muy optimista esperar que la nueva norma puede contribuir a un reforzamiento de la actuación contra el incumplimiento de toda la normativa laboral y de Seguridad Social, pero tampoco creo que cierre la puerta a esa posibilidad con un gobierno y un parlamento más sensible a la protección, verdadera, de las personas que se encuentran en situación de desigualdad en el mercado de trabajo y que requieren especialmente de dicha protección. Por ello, coincido con las tesis de la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo, contenidas en su estudio elaborado en noviembre de 2014 sobre el estado y la actividad de la ITSS, sobre la necesidad de no convertir la ITSS “en una herramienta de simple control de los aspectos de orden público del mundo social, que no se dirija, únicamente, “a comprobar si los trabajadores están o no dados de alta”, sino que debe tener también como otros objetivos fundamentales “la vigilancia y la detección de otros incumplimientos como son las jornadas de trabajo, la vigilancia del cumplimiento del contrato a tiempo parcial, vigilancia del cumplimiento en materia de realización de horas extraordinarias, salarios percibidos por los trabajadores (todas ellas además supondrían mayores ingresos en materia de Seguridad Social y una mayor protección presente y futura de los trabajadores). Sin olvidar la permanente necesidad de vigilar las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo máxime en situaciones de crisis donde la misma en ciertas ocasiones se relativiza”.

Es en esta línea de “no extrañeza” donde debe situarse a mi parecer la reciente [Instrucción 3/2016 de la Dirección General de la ITSS “sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias”](#), referida a las actuaciones de la ITSS en el control de los contratos a jornada completa, en cuanto que ya existe otra

instrucción, la núm. 1/2015, dedicada monográficamente a idéntica tarea de intensificación de control de la contratación pero sólo respecto a los contratos a tiempo parcial. La Instrucción núm. 3, cuya lectura me ha animado a redactar esta entrada, puede consultarse en numerosas páginas web en las redes sociales, tanto de asociaciones empresariales como de organizaciones sindicales, pero no en la página web externa, es decir la accesible a toda la ciudadanía, de la ITSS, algo que no sigue dejando de parecerme chocante si se desea garantizar la máxima transparencia en la actuación pública. Una buena explicación de sus contenidos más destacados puede encontrarse en esta presentación efectuada por la Inspectora de Trabajo de la Dirección Provincial de Pontevedra Verónica Martínez Barbero en una conferencia impartida el 1 de junio de este año, organizada por el Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Pontevedra, con el título [“El registro y control horario en la jornada completa. Criterios de actuación de la Inspección de Trabajo; Sentencia de la Audiencia Nacional”](#)

3. La Instrucción se dicta a mi parecer como consecuencia directa de la doctrina sentada por la AN en el caso Bankia, al que han seguido en idéntico sentido los casos Abanca y Banco Sabadell, si bien la Instrucción también cita dos sentencias del Tribunal Superiores de Justicia de Andalucía, dictadas ya hace bastante tiempo pero que se sitúan en la misma línea, como son la de 19 de diciembre de 2002 y 6 de noviembre de 2006. La Instrucción señala que el registro de jornada diaria es obligatorio, con independencia de la realización o no de horas extraordinarias, y que “no es aceptable admitir la ausencia de registro por no registrarse horas extraordinarias, por cuanto el registro diario de la jornada es el presupuesto que permite la compatibilización de todas las horas que se hagan para deducir luego la existencia de las extraordinarias”. Igualmente, se apoya en dos informes elaborados por la Dirección General de Empleo del MEySS, de fechas 31 de julio de 2014 y 1 de marzo de 2016 (muy probablemente, aunque sea sólo una suposición por mi parte, redactado el segundo como consecuencia de la doctrina sentada por la AN en los casos Bankia y Abanca), de los que se recoge un breve fragmento y en los que se argumenta, con acertado criterio a mi parecer, que “para saber, para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, es preciso conocer el número de horas ordinarias de trabajo realizadas”.

Pero, en fin, mi no extrañeza por la Instrucción no supone que el texto no haya causado un amplio revuelo en el mundo empresarial y en sus organizaciones representativas, y basta un breve repaso a sus páginas webs para darse cuenta de ello, revuelo que muy probablemente se incrementará próximamente una vez finalizado el período vacacional de julio y agosto para la gran parte de empresas y sus trabajadores. Reflejo del mismo son los titulares diversos artículos publicados en la prensa generalista y en la de ámbito económico, de los que aquí sólo cito algunos que me han parecido significativos: [“Trabajo estrecha el control de las horas extra en la banca, el comercio y la sanidad”](#) (Pedro del Rosal. El Economista 26 de agosto de 2016); [“La Inspección de Trabajo se pone seria con las horas extras”](#) (Raquel Pascual Cinco Días 12 de julio de 2016); [“La redada contra las horas extras pone en pie de guerra a las pymes”](#) (Toni Fuentes. El Periódico 26 de julio de 2016);. [“La Inspección de Trabajo exige más control de las horas extra. Expertos señalan que un control exhaustivo de las horas supone un problema técnico y económico para las empresas”](#). (Equipos y Talento, 12 de julio de 2016).

Que buena parte de la preocupación existente en sede empresarial por la Instrucción, y por la sentencias de la AN, deriva del incumplimiento anterior sobre el número de horas

extraordinarias efectuadas, su no abono y el no control, lo pone de manifiesto un estudio realizado por Luiz Zarapuz, miembro del gabinete económico de la C.S. de CC.OO, [“Las horas extras no pagadas. Explotación laboral. Más allá de la precariedad”](#) (Cuadernos de acción sindical CC OO, abril 2016). Al respecto, la Secretaria Ejecutiva Confederal de UGT. Isabel Araque, afirmaba el pasado 23 de agosto que los trabajadores [“dejaron de percibir 12.500 millones de euros por las horas extra no pagadas”](#). Las tesis de las organizaciones sindicales coinciden, por una vez, con la de la Administración Laboral respecto al impacto negativo del incumplimiento normativo en la materia, ya que en la introducción de la Instrucción se enfatiza que la creación de empleo y la consiguiente disminución de desempleo “se compadecen mal con la realización por los trabajadores ocupados de horas extraordinarias de manera irregular, cuando estas horas no se declaran o cuando se hacen por encima de los límites permitidos”

4. Procedo a continuación a un recordatorio de los contenidos más relevantes de las sentencias de 4 de diciembre de 2015 (Bankia), 19 de febrero de 2016 (Abanca) y 6 de mayo de 2016 (Banco Sabadell), remitiendo a todas las personas interesadas a la lectura detallada de los comentarios publicado en el blog.

#### A) [Caso Bankia.Sentencia de la AN de 4 de diciembre de 2015.](#)

“El debate suscitado sobre la temática de la ordenación del tiempo de trabajo en el sector bancario no es en absoluto algo nuevo, sino que desde hace varios años las organizaciones sindicales han denunciado la opacidad de las jornadas de trabajo, siendo en 2014 cuando Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores elaboraron dos rigurosos estudios sobre la materia, tanto para explicar el número de horas extras realizadas y no remuneradas, como para calcular el impacto que esas horas podrían tener sobre la creación de empleo en el sector. Desde la perspectiva jurídica, la cuestión guarda estrecha relación con el control de la jornada ordinaria, ya que sólo sabemos si se han realizado horas extraordinarias (y en los términos en que se regule en el convenio colectivo aplicable), si sabemos también cuál es la jornada ordinaria y por ello se lleva un debido registro de la misma. Algo aparentemente tan sencillo, y que tiene cobertura jurídica en el art. 35.5 de la LET, es muy complejo de conocer en las entidades bancarias, y por ello no es de extrañar que finalmente en una de ellas se acudiera a los tribunales laborales, en concreto a la Audiencia Nacional, para que se reconociera la obligación de llevar un registro diario de la jornada de cada trabajador que permita conocer, en su caso, si ha realizado horas por encima de la jornada ordinaria pactada.

El resumen oficial de la sentencia de 4 de diciembre de 2015, de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, es le siguiente: “Pretendiéndose se establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, se desestima la falta de acción, referida a la segunda pretensión, por cuanto se estimó la primera, que despeja cualquier duda sobre la obligación informativa. - Se estima la primera pretensión, porque el registro de jornada diaria, con la entrega consiguiente de los resúmenes diarios de jornada a cada trabajador, es el presupuesto constitutivo para controlar los excesos de jornada, ya que dichos resúmenes no pueden contener las horas extraordinarias realizadas diariamente,

que solo concurren cuando se supera la jornada ordinaria en cómputo anual, para lo cual el único medio de comprobación es precisamente el registro diario de jornada, siendo inadmisibles negar el cumplimiento de dichas obligaciones, porque no se realizan horas extraordinarias puesto que, si se admitiera dicho criterio, la finalidad del art. 35.5 ET, que es asegurar prueba documental sobre las horas extraordinarias a los trabajadores, quedaría totalmente vacía de contenido”.

El litigio encuentra su origen en la demanda interpuesta el 22 de octubre de 2015 por seis organizaciones sindicales, en procedimiento de conflicto colectivo, cuyo petitum solicitaba que la empresa fuera obligada a establecer un sistema de registro de la jornada efectiva que realice la plantilla “que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación”, y que se procediera a dar traslado a la representación legal de los trabajadores, “de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del RD 1561/2015 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo y en el art. 32.5 del [convenio sectorial de ahorro entonces vigente](#), que disponía que “La realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizará semanalmente”.

En el [nuevo convenio colectivo del sector](#) con vigencia, con vigencia desde el 13 de agosto de este año (día siguiente al de su publicación en el BOE, “sin perjuicio de lo que se determina expresa y específicamente para determinadas materias a lo largo del presente Convenio”) hasta el 31 de diciembre de 2018, no se ha producido modificación alguna en el apartado 5 del art. 32.

En fin, un eje central del debate es saber si se realizan o no horas extras, y cómo se puede conocer ello, siendo a juicio de los demandantes disponer del registro de jornada diaria, mientras que por la demandada, además de su tesis del carácter potestativo de las medidas de control se afirmó tajantemente que no se realizaban horas extras, y en apoyo de esta tesis se sostuvo que era “revelador” que no existiera ninguna demanda al respecto y que “las múltiples denuncias a la Inspección de Trabajo hayan concluido sin levantamiento de actas de infracción”.

De los hechos probados de la sentencia cabe destacar que queda constancia de la actuación inspectora en las provincias de Granada y Sevilla en centros de trabajo de la entidad, y en ambos casos se constató la inexistencia de registro de jornada, requiriéndose a la empresa para su puesta en marcha por cuanto, en ambos casos, tal inexistencia, “impidió constatar si se producían o no prolongaciones de jornada en la empresa demandada”. En fin, quedó igualmente probado, tal como afirmaba la parte demandante, que la empresa no facilita información mensual sobre horas extraordinarias, “por cuanto no existen resúmenes de horas extraordinarias en la misma”.

En suma, hay dos cuestiones perfectamente delimitadas en el conflicto laboral instado ante la AN, que al mismo tiempo están estrechamente interrelacionadas porque la segunda depende de la primera: ¿tiene o no que haber un registro diario de jornada? ¿Hay obligación de informar a los representantes de los trabajadores sobre las horas extraordinarias mensualmente realizadas, y si es así como puede saberse o conocerse que se han llevado a cabo tales horas durante la prolongación de jornada?

No hay que negar que la defensa letrada de la parte empresarial iba bien pertrechada de sentencias tanto del TS como de la propia AN y de TSJ que supuestamente avalaban la tesis de la demanda. Por ello, la Sala procede a un análisis de cada una de ellas, en concreto de las sentencias del TS de 11 de diciembre de 2003, de la dictada por la propia AN el 12 de julio de 2005, la del TS de 25 de abril de 2006, por un parte, y la dictada por el TSJ de Cataluña el 24 de octubre de 2002. La Sala constata que la primera sentencia citada no aborda la problemática del registro diario de jornada, sino el cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del RD 1561/1995, en los mismos términos que lo hace la segunda y la tercera mencionada, que en ningún caso ponen en duda la obligatoriedad de facilitar la información siempre y cuando quede constancia de la realización de horas extraordinarias en el período mensual de referencia. Sí aborda si es obligatorio o no el registro diario de jornada la sentencia del TSJ de Cataluña, concluyendo en la no obligatoriedad. Para la Sala catalana la redacción del art. 35.5 de la LET “no implica que la jornada de cualquier trabajador deba registrarse día a día, con independencia de que realice o no horas extraordinarias y que necesariamente deba entregarse copia del resumen en la nómina correspondiente, pues tal registro y resumen no tienen sentido cuando no se efectúan horas extraordinarias, excediendo la interpretación que pretende el Comité de Empresa de los propios términos del artículo 35.5 con la imposición a la empresa de una obligación de carácter general que el precepto no recoge”.

Por consiguiente, no hay jurisprudencia del TS sobre la primera, y principal, cuestión debatida, esto es la obligación del registro diario de jornada. El debate adquiere en algún momento, o así me lo parece, un tinte algo surrealista, porque, de seguir la tesis de la sentencia del TSJ de Cataluña y de la demandada, sólo será exigible el registro si se realizan horas extras, pero como no queda constancia de que se hayan hecho tales horas extras no puede exigirse el registro. Y entonces, me pregunto yo y obviamente también lo hace la Sala, ¿cómo puede saberse si se han realizado horas extraordinarias? O por decirlo en términos más estrictamente jurídicos, y así lo plantea la Sala en el fundamento de derecho tercero “la resolución del litigio exige despejar si el presupuesto constitutivo, para el control efectivo de las horas extraordinarias, es la existencia previa del registro diario de jornada, regulado en el art. 35.5 ET, o si dicho registro será únicamente exigible cuando se realicen horas extraordinarias, como defiende la STSJ Cataluña...”.

A partir de aquí la Sala se adentra en un análisis de índole doctrinal, ciertamente con apoyo en sentencias del TS, que ha de llevarle a una conclusión favorable a la aceptación de la dos peticiones planteadas en la demanda; es decir, por una parte se condena a Bankia “a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación”, y por otra que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores “de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro”, en el bien entendido que ese derecho de información se proyecta hacia el futuro y no puede proyectarse hacia el pasado por cuanto la empresa “no registraba la jornada diaria, ni entregaba resúmenes a los trabajadores”.

En apretada síntesis la Sala constata que el art. 35.5 LET tiene por finalidad que el trabajador conozca cuál ha sido la jornada de trabajo que ha realizado en un día determinado, para en su caso poder demostrar, si fuere necesario, que ha realizado horas extraordinarias, con lo que ello supondrá probablemente de incremento de la retribución. Por tanto, y como afirma correctamente la Sala, “queda claro... que en el resumen no se contiene el número de horas extraordinarias realizado diariamente, sino la jornada realizada diariamente”. Si no se dispone de un registro diario de jornada es materialmente imposible, y así se constató por la ITSS en las visitas antes referenciadas a los centros de trabajo de Granada y Sevilla, saber si un trabajador ha realizado o no horas extraordinarias. Lo afirma con contundencia la AN en esta frase: “...si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo...”.

No obsta a tal obligación la complejidad horaria en la empresa ni el hecho de que una parte de la jornada pueda llevarse a cabo fuera del centro de trabajo, dado el interés no sólo de la empresa sino también del trabajador en conocer exactamente cuál ha sido su jornada, es decir a que su tiempo de trabajo sea “transparente”, “... evitando desbordamientos de la jornada pactada, que nunca podrían acreditarse”. Que Bankia controla de una u otra forma la jornada de sus trabajadores se acredita por sus propias manifestaciones de la obligación de cada trabajador de registrar un parte de incidencia en la intranet cuando se produce una alteración de aquella, y de ahí que no pueda aceptarse la tesis de la demandada de haber renunciado al control de la jornada de sus trabajadores.

Para concluir su cuidada y rigurosa argumentación, la Sala “llama al orden”, permítanme la expresión, a una empresa muy importante y que dispone de todo el potencial tecnológico para que el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 35.5 de la LET no le resulte especialmente complicado o gravoso, calificando de “sorprendente” que aún no hubiera cumplimentado tal obligación “a estas alturas del siglo XXI”, e insiste, y por reiterar que no quede, en su acertada tesis de que “el registro diario de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada y su negación 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 de la jornada, cuya actualización ya no dejará dudas sobre si se hacen o no horas extraordinarias y si su realización es voluntaria”.

#### [B\) Caso Abanca. Sentencia de 19 de febrero de 2016.](#)

El resumen oficial de la sentencia, de la que fue ponente la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo, es el siguiente: “Registro de jornada. Horas extraordinarias. Obligación de informar a la representación legal de los trabajadores sobre las horas extraordinarias realizadas. Se reitera el criterio de la SAN de 4-12-05 (Proc. 301/2015). La AN considera que el presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias es la existencia previa del registro diario de jornada, lo que no puede enervarse porque existan múltiples horarios en la empresa, algunos de los cuales de



modo flexible, estando obligada a la implantación de dicho sistema de cómputo de la jornada (FJ 3)”.

El conflicto jurídico del que ha conocido la AN encuentra su origen en la demanda interpuesta por CIG, en procedimiento de conflicto colectivo, contra Abanca Corporación Bancaria SA. En el petitum de la demanda, ratificado en el acto del juicio celebrado el día 17 de febrero, se solicitaba que la empresa quedara obligada a establecer “un sistema de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla de Abanca Corporación Bancaria, S.A., de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores , que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, las horas extraordinarias que se puedan realizar, así como que se proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los trabajadores, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo” (Antecedente de hecho tercero).

Para la mejor comprensión del litigio, que ciertamente no se diferencia del que dio lugar a la sentencia de la AN de 4 de diciembre de 2015, conviene retener que según consta como hecho probado octavo (conforme), no hay ningún tipo de registro de jornada efectiva realizada por la plantilla, es decir no hay control sobre el cumplimiento de los horarios pactados en el acuerdo alcanzado el 26 de diciembre de 2014 en el marco de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo instado por la empresa al amparo del art. 41 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. Queda igualmente probado para la Sala que la empresa no facilita información a la representación del personal de las horas extraordinarias efectuadas, y que tampoco comunica al personal de su plantilla “la jornada laboral realizada y el monto de las horas extraordinarias”. Como consecuencia de denuncias formuladas contra la empresa por incumplimiento de la normativa en materia de jornada de trabajo, la ITSS de Lugo levantó acta de infracción el 24 de noviembre de 2015, y con anterioridad la ITSS de Pontevedra había procedido a requerir a la empresa en septiembre de 2014 para que procediera al cumplimiento de la normativa sobre jornada de trabajo, más exactamente, y según se recoge en el hecho probado décimo, sobre los siguientes puntos: “ Registro diario de jornada, especialmente los días en que se celebren reuniones por la tarde (a fin de comprobar el cumplimiento del descanso entre jornadas). Si se sobrepasan, en total, trabajo de mañana y reuniones de tarde, las nueve horas, también se registrarán como horas extraordinarias. Se registrarán su compensación con tiempo de trabajo, en su caso. Se reflejarán en los recibos de salarios. A efectos de comprobación, de cada reunión se remitirá escrito a esta Inspección y al comité de empresa y a los delegados sindicales, en el que conste: día de la reunión y duración de la misma, y lista de asistentes; así como tugar desde el que se desplazan los asistentes y duración previsible del desplazamiento. ...”.

La parte empresarial se opuso a la demanda en términos sustancialmente idénticos a los recogidos en el caso Bankia. Manifestó su discrepancia con el hecho probado octavo y parcialmente con el décimo, antes referenciados, y en el plano jurídico sostuvo que el art. 35.5 de la LET “no establece la obligación empresarial de poner en marcha un sistema de registro diario de la jornada que realizan todos los trabajadores, al margen de que realicen horas extraordinarias o no”. Acudió a los antecedentes históricos de la norma (la Ley 11/1994) para defender que en la exposición de motivos de esta norma no

había “referencia alguna a la creación de un registro general y obligatorio de la jornada, se realicen o no horas extraordinarias”. Conociendo obviamente la sentencia de 4 de diciembre de 2015, manifestó que no compartía las tesis recogidas en la misma y que se había interpuesto recurso de casación que está pendiente de resolución. Por fin, acudió a la normativa general sobre el poder de dirección empresarial contenida en el art. 20 de la LET y más exactamente a su apartado 3, para enfatizar que se trata de una facultad empresarial pero en modo alguno de la imposición de una obligación.

Dado que las cuestiones planteadas son idénticas a las resueltas en la sentencia del caso Bankia, la Sala acoge positivamente la demanda interpuesta por la organización sindical, reiterando de forma literal la argumentación contenida en aquella. La argumentación jurídica de la sentencia de 4 de diciembre de 2015, se afirma en la sentencia ahora objeto de comentario “... se sigue asumiendo por esta Sala, por razones de seguridad jurídica y al no existir motivos para el cambio de criterio...”. En suma, la respuesta jurídica al caso Abanca ha ser de la misma que la del caso Bankia, ya que quedó probado en el acto de juicio que no existía ningún tipo de registro de la jornada efectiva realizada por cada trabajador de la plantilla, no se facilitaba información a la representación del personal ni de las jornadas efectuadas ni del montantes de horas extraordinarias, uniéndose a todo ello las actuaciones de la ITSS en el ejercicio de su labor de garante del cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social.

### C) [Caso Banco Sabadell. Sentencia de 6 de mayo de 2016.](#)

La particularidad de este caso con respecto a las dos anteriores es que hubo un acuerdo en trámite de conciliación ante la propia AN con ocasión de un conflicto anterior, y es la aplicación de ese acuerdo por parte de la empresa la que se impugna ahora por la CGT, con el resultado estimatorio de condena a la parte demandada.

El resumen oficial de la sentencia, de la que fue ponente la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo, es el siguiente: “Sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla. Cosa juzgada. La AN considera que la pretensión de que se condene al B. de Sabadell S.A. a que establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, está afectada por el efecto negativo de la cosa juzgada material que impide juzgar de nuevo lo ya acordado en conciliación judicial que es firme.”, porque, aun cuando no hubiera recaído ninguna sentencia firme al respecto previamente al planteamiento de la demanda que ahora nos ocupa, ello no obstante, el efecto es el mismo, dado que el art. 1816 del Código Civil atribuye a la transacción autoridad de cosa juzgada para las partes intervinientes en ella. Desestima la AN, la excepción de cosa juzgada en relación a la nulidad de las Instrucciones sobre el registro de prolongaciones de jornada publicadas por el Banco de Sabadell el día 31 de diciembre de 2015, porque es a raíz de este comunicado del Banco, cuando el sindicato demandante pretende que se dejen sin efecto las instrucciones por ser contrarias a derecho. Se estima, en parte, la demanda y se declara la nulidad de las instrucciones por ser contrarias a la jurisprudencia del TS (FJ 3º, 4º y 5º).

La demanda, en procedimiento de conflicto colectivo, se presentó el 29 de febrero por la Federación de sindicatos de banca, bolsa, ahorro, entidades financieras, seguros, oficinas y despachos de la CGT (FESIBAC-CGT). La petición de la demandante, ratificada en dicho acto, fue la de condena al Banco Sabadell “a que establezca un

sistema de registro de jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, de manera que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, dejando sin efecto en consecuencia las instrucciones sobre el registro de prolongaciones de jornada publicadas por el Banco de Sabadell el día 31 de diciembre de 2015, por ser contrarias al derecho”. Varios sindicatos citados a juicio como partes interesadas se adhirieron a la demanda, mientras que otros no comparecieron. La parte empresarial demandada alegó excepción de cosa juzgada, por considerar que la cuestión debatida había sido resuelta con ocasión de la presentación de una demanda anterior en procedimiento que finalizó con acuerdo en conciliación judicial el 22 de abril de 2015, y se opuso al fondo de la demanda con la argumentación de que los sindicatos “tienen acceso a través de la intranet del banco a la copia de todas las hojas de registro efectuadas en el mes anterior, así como un resumen que se facilita por la entidad” (vid fundamento de derecho segundo).

3. En los hechos probados se referencian las actuaciones de la ITSS en varias provincias (Toledo, Sevilla, Segovia, Granada, Lleida, Ávila, Salamanca) ante denuncias formuladas por la CGT, habiéndose constatado en la mayor de ellas el incumplimiento del artículo 35.5 de la Ley del Estatuto de los trabajadores por no disponer del registro de la jornada diaria de sus trabajadores, levantándose actas de infracción por incumplimiento empresarial grave en materia de tiempo de trabajo según dispone el art. 7.5 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

Dan debida cuenta los hechos probados de la presentación el 9 de marzo de 2015 de una demanda, en procedimiento de conflicto colectivo, instada por el mismo sindicato, en la que se reprocha a la empresa no haber dado cumplimiento a los diversos requerimientos de la ITSS sobre la obligación de disponer de un registro diario de jornada que permita conocer tanto la jornada ordinaria como, en su caso, las horas extraordinarias que se lleven a cabo, y pide su condena a la implantación de tal registro y a facilitar información a la representación del personal sobre la realización de las horas extras. El conflicto, como ya he indicado, finalizó con acuerdo de conciliación en los siguientes términos: “Banco Sabadell manifiesta que ha implantado un registro de jornada y de horas extraordinarias que afecta a todo el personal del banco, y que comunicará el cómputo de horas extraordinarias a las representaciones sindicales siguiendo la legislación vigente”.

La ejecución del acuerdo de conciliación fue instada el 30 de julio por la CGT, con solicitud de que se obligara a la empresa a “proceder a la implantación del registro diario de la jornada de trabajo a todo el personal de la empresa y a facilitar a la representación legal y sindical de los trabajadores, entre las que se encuentra el sindicato demandante, la siguiente información: 1.-Contenido del protocolo de implantación del registro de la jornada diaria de todos los empleados del Banco. 2.- Copia resumen mensual del registro diario de horas extraordinarias por trabajador. 3.- Información trimestral con expresión de número de horas extraordinarias, especificando sus causas y distribuidas por centro de trabajo”. La solicitud de ejecución fue resuelta mediante auto de 30 de noviembre de 2015, del que fue ponente la magistrada Emilia Ruiz Jarabo, que dictaminó en los siguientes términos: con respecto a la primera cuestión planteada, “la obligación de proceder a la implantación del registro diario de la jornada de trabajo a todo el personal de la empresa y de facilitar a la representación legal y sindical de los trabajadores información sobre el contenido del protocolo de

implantación del registro de la jornada diaria de todos los empleados del banco, no se desprende del acta de conciliación que se ejecuta y no puede pretenderse en un incidente de ejecución resolver cuestiones no abordadas ni decididas en el acta de conciliación o con las que esta no guarda una directa e inmediata relación de causalidad. La ejecución de estas pretensiones debe desestimarse porque la cuestión planteada excede claramente de las posibilidades de ejecución a la vista del contenido del título ejecutivo y de lo que en él se establece en relación a la implantación del registro diario de la jornada de trabajo, pues en relación a ese extremo lo acordado fue: "Banco Sabadell manifiesta que ha implantado un registro de jornada". La conciliación debe ejecutarse en sus propios términos, sin posibilidad de alterar o modificar el alcance de la obligación declarada"; con respecto a la segunda, se declaró el derecho de la representación de los trabajadores "a que se le facilite, la siguiente información: 1.- Copia resumen mensual del registro diario de horas extraordinarias por trabajador. 2.- Información trimestral con expresión de número de horas extraordinarias, especificando sus causas y distribuidas por centro de trabajo". Consta que el auto adquirió firmeza al no haber sido recurrido.

Poco después, el 31 de diciembre, la entidad demandada publicó en su Intranet un documento denominado "Instrucciones sobre el registro de las prolongaciones de jornada", Su texto es reproducido en el hecho probado quinto de la sentencia, y del mismo me interesa destacar, a los efectos de la resolución que adoptará a AN, el siguiente párrafo: "La hoja de registro de jornada no es un control horario de entrada y de salida, en ella se registrarán los excesos sobre la jornada ordinaria establecida. En caso de no existir prolongación de jornada, no será necesario cumplimentar la hoja de registro, debe haber un mínimo de una prolongación, en el periodo mensual, para su cumplimentación".

Al entrar en el examen jurídico del litigio, la Sala ha de pronunciarse en primer lugar sobre la alegación procesal formal, defendida por la parte demandada, de existencia de la excepción de cosa juzgada respecto a la petición de FESIBAC-CGT de implantación de un registro de jornada diaria para toda la plantilla, y a tal efecto procede al examen de la concurrencia, o no, de los requisitos requeridos por la normativa vigente, es decir la identidad de personas, cosas y causa de pedir, para determinar si existe o no tal excepción. La AN también trae a colación el art. 400.2 de la misma norma.

La Sala aprecia la excepción de cosa juzgada respecto a la petición cegetista de condena a la empresa de implantación de un registro diario de jornada, ya que tal pretensión se planteó en el conflicto anterior y que finalizó con acuerdo en conciliación judicial el 22 de abril de 2015, cuya solicitud de ejecución fue resuelta por el citado Auto de 30 de noviembre, por coincidir las partes (CGT y Banco Sabadell), las cosas y las causas de pedir (discusión sobre la obligatoriedad de la existencia de un registro de jornada diaria). No ha habido sentencia que resuelva el primer conflicto, pero sí ha existido acuerdo en fase de conciliación judicial, ha existido una transacción entre las partes, por lo que entra en juego el art. 1816 del Código Civil.

Es distinto el trato jurídico que debe darse a la petición de la demandante de dejar sin efecto las instrucciones internas de la empresa hechas públicas el 31 de diciembre de 2015, es decir con posterioridad al auto de ejecución del acuerdo en conciliación judicial. Esta circunstancia, tratarse de una regulación introducida por la empresa con posterioridad a la "resolución" (y pongo la palabra entre comillas por la manifestación de la parte demandante de que no ha existido tal) lleva a la Sala a desestimar la

alegación de cosa juzgada material sobre este nuevo contenido, ya que el citado art. 222 de la LEC es de plena aplicación al caso ahora analizado por disponer que “Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”. Se trata de “un hecho nuevo que no pudo ser conocido en el proceso (anterior)”, y de ahí que su impugnación en sede judicial por la vía del procedimiento de conflicto colectivo sólo pueda instarse con posterioridad a la publicación de las instrucciones, habiendo accionado correctamente en tiempo y forma el sindicato demandante y no pudiendo operar, por consiguiente, el efecto de cosa juzgada negativa.

La Sala procede entonces a examinar con detenimiento el contenido de las “Instrucciones sobre el registro de las prolongaciones de jornada”, incidiendo en aquellas partes de su contenido en las que se resalta que solo deberán cumplimentarse cuando existan tales prolongaciones, y aun no siendo obligado para todo el personal, ya que en el caso del personal en gestión directiva, comercial o administrativo con nivel de técnico no lo es, si bien se les permite que “... voluntariamente, y si así lo prefiere, podrá complementar su registro y compensación”.

Pues bien, la Sala recuerda que en el acto de conciliación celebrado el 22 de abril la empresa manifestó que “ha implantado un registro de jornada y de horas extraordinarias que afecta a todo el personal del banco”, por lo que las instrucciones sobre prolongación de jornada y sus continuas referencias a que el registro no debe ser cumplimentado cuando no se realicen horas extras es manifiestamente contrario a dicho acuerdo, del que se recuerda que tiene eficacia de cosa juzgada. La actuación empresarial es contraria al art. 35.5 de la LET. y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el mismo, con cita de las sentencias de 11 de marzo de 1999, 11 de diciembre de 2003 y 25 de abril de 2006.

5. ¿Qué cabe destacar de la [Instrucción 3/2016](#) en este comentario, de la que sólo desea señalar algunos rasgos relevantes, y en la que se concede una importancia “capital” al control del cumplimiento de la normativa reguladora de las reglas y límites de la jornada máxima y de las horas extraordinarias?

De su introducción, me quedo con la reflexión, que después se concretará en cómo debe garantizarse el control normativo, de que aun cuando varíe, y es cierto que la variación ha sido muy amplia y variada con todos los cambios organizativos y tecnológicos producidos en el mundo empresarial, la organización del tiempo de trabajo, o como se afirma en la Instrucción “las formas y modos en que se demande por el empresario la ejecución de la jornada laboral”, debe garantizarse el cumplimiento de la normativa legal y convencional en materia de tiempo de trabajo, en especial el de la jornada máxima.

Por cierto, me gusta, jurídicamente hablando, la tesis de que “el obvio y necesario equilibrio entre la prestación laboral y la empresarial en el contrato de trabajo requiere siempre el respeto a las normas sobre jornada de trabajo y la jornada máxima, sobre las que se asientan desde antaño las modernas relaciones de trabajo”. También me agrada la preocupación de las autoridades centrales de la ITSS por el impacto que un incumplimiento de la normativa sobre jornada (“el tiempo que el trabajador pasa de más en su trabajo”) puede provocar en la conciliación de la vida familiar y laboral, y en la

propia vida personal de cada trabajador o trabajadora. Y digo que me gustan estas tesis, aunque sólo sea para manifestar inmediatamente a continuación que tales afirmaciones se compadecen mal a mi parecer con la ruptura de ese equilibrio que ha provocado la reforma laboral de 2012, con el consiguiente desequilibrio en la relación contractual. Sobre esa ruptura, y más en general sobre el balance de la reforma laboral de 2012, me permito remitir a la reciente publicación que he dirigido junto con el profesor Francisco Pérez Amorós, y que sido coordinada por la profesora Helena Ysàs, [“Balancede la reforma laboral de 2012”](#), publicada por Editorial Bomarzo.

Parece que la intensificación del control “del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo en general y en particular la realización de horas extraordinarias” tiene vocación de permanencia, algo que debe ser valorado positivamente, ya que la instrucción se refiere a la planificación de la actividad “a partir del año 2016 y dentro del programa de tiempo de trabajo”, si bien va referida a las empresas de pequeña dimensión (entre cuatro y cincuenta trabajadores) y sólo a determinadas secciones o divisiones de algunas ramas de actividad (banca, industria manufacturera, comercio al por mayor y por menor, reparación de vehículos, motos y motocicletas, y actividades sanitarias y de servicios sociales) en donde se constata, a partir de la información disponible por la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística, “un mayor volumen (de las horas extras) o una previsible mayor existencia de la realización de horas extras no abonadas, aun cuando también se menciona de forma separada al sector de la hostelería, que no es objeto de atención concreta en la instrucción por existir ya campañas específicas para este, “sin perjuicio de que en el seno de aquellas se lleven también a cabo las actuaciones necesarias para la verificación del cumplimiento de la normativa en materia de horas extraordinarias”. Asimismo se concede un margen de autonomía a las jefaturas provinciales para que un 10 % del total de las órdenes de servicios que tienen asignada (indicadas en la página 7, salvo para las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en la materia, es decir Cataluña y País Vasco, en las que se estudiará, mediante los órganos de coordinación entre las dos administraciones creados al efecto, “la oportunidad de incluir las actuaciones inspectoras incluidas en la presente instrucción”, sin perjuicio para las direcciones territoriales y jefaturas de inspección sitas en ambos territorios de poder realizar “las actuaciones de comprobación que, en materia de empleo irregular y Seguridad Social, corresponden a la Administración General del Estado...” se cumplimente mediante actuaciones en secciones o divisiones distintas de las recogidas en la página 4 del documento, justificándose dicha autonomía en que ello permite tomar en consideración “las peculiaridades propias de las relaciones laborales de la provincia en cuestión y de los sectores con mayor actividad y posible mayor incidencia en la realización de las horas extraordinarias”. El seguimiento no sólo potestativo sino también obligado de las actuaciones llevadas a cabo en una empresa se recoge de manera expresa en la base quinta de la Instrucción, refiriéndose más concretamente a aquellas en las que la falta de registro de jornada hubiera conllevado en la primera visita el correspondiente requerimiento además de la extensión de acta de infracción, en las que la nueva visita será obligada en la campaña del ejercicio siguiente, “a fin de comprobar que la empresa cumple adecuadamente con la obligación aludida y con el resto de la normativa en la materia”.

Dicho control, en lógica sintonía con lo dispuesto en la normativa vigente y de acuerdo con las sentencias de la AN, debe velar por el cumplimiento de la normativa sobre registro de la jornada y de la consiguiente información que debe facilitarse a los

representantes de los trabajadores, y en cuanto a las horas extras deberá vigilarse que se respeta el máximo legal fijado en la LET, así como la conformidad a derecho en todo lo que se refiere a su remuneración y cotización a la Seguridad Social. En la última página (22) de la Instrucción, encontramos un buen cuadro resumen de los “presupuestos de hechos comprobados y resultados de la actuación inspectora”, refiriéndose al primero a la existencia de registro de jornada y de declaración de horas extraordinarias, y también al caso contrario de inexistencia de registro y/o declaración de las horas extras. Entre los incumplimientos que pueden detectarse en la actuación inspectora se señalan los de superación del límite máximo de horas extras, ausencia de registro de jornada, realización de horas extraordinarias no declaradas, no comunicar a la representación de los trabajadores las horas extras realizada, o enmascarar el abono de tales horas mediante conceptos salariales diferentes. En los resultados de las actuaciones practicadas, y en relación con cada incumplimiento comprobado, se hace referencia al requerimiento, al levantamiento de actas de infracción, de acta de infracción con estimación de perjuicios económicos, la liquidación de diferencias de cotización, o la comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social para la correcta imputación de las bases de cotización.

6. Como ya he indicado, en la Instrucción, más exactamente en el anexo I se recoge la “planificación de objetivos O.S. campaña NT0046”. Por su parte, el anexo II incluye los criterios de la actuación inspectora en el control de la “normativa sobre tiempo de trabajo y horas extraordinarias” (es decir, al igual que se recogía en el título de la norma, no únicamente sobre la jornada máxima laboral sino sobre el conjunto de la normativa reguladora del tiempo durante el cual el trabajador está jurídicamente a disposición laboral del empleador), una buena síntesis de los cuales se encuentra en la presentación efectuada por la inspectora de trabajo y SS Verónica Martínez Barbero, a la que me he referido con anterioridad.

En este anexo II se hace referencia en primer lugar a la visita de la Inspección y las cuestiones generales que deben tenerse en cuenta para la Inspección actuante en su visita, que se considera “imprescindible” a los centros de trabajo, y en la que se lista, “sin carácter exhaustivo”, la información que debe recabarse referente a todo lo relativo a la plantilla y sus condiciones de trabajo en cuanto que puedan tener relación con la jornada de trabajo, su organización y su distribución. Según la Instrucción, y en sintonía con la doctrina de la AN, el documento en donde conste la jornada de cada trabajador, es decir su registro, debe ser diario e incluir “el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador”, ya que la finalidad de la actuación inspectora es poder determinar exactamente las horas que ha trabajado realmente cada trabajador, no debiéndose aceptar documentos como el horario general de la empresa o los cuadrantes horarios elaborados para determinados períodos, ya que, aduce la Instrucción correctamente a mi parecer, “estos se formulan ex ante y determinarán la previsión de trabajo para dicho período, pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo, que sólo se conocerán ex post como consecuencia de la llevanza del registro de jornada”.

Más adelante, se dan las instrucciones pertinentes sobre la entrevista con los trabajadores y en su caso con sus representantes legales. Recuérdese aquí que el art. 21 de la Ley 23/2015, que lleva por título “modalidades y documentación de la actuación inspectora”, dispone en su apartado 5 que “Con ocasión de sus visitas a los lugares de trabajo, los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social solicitarán la presencia de los representantes de los trabajadores cuando legalmente proceda,

conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando así lo aconseje la índole de la actuación a realizar de acuerdo con las instrucciones que se dicten al respecto”, y con carácter más general pueden mantener conversación con todas las personas de la empresa, y por consiguiente sus trabajadores, que consideren oportuno, indicándose en la Instrucción 3/2016 que la entrevista con el personal deberá realizarse de modo reservado y “sin la presencia de los representantes o encargados de la empresa”.

A continuación, se listan las instrucciones generales a tener en consideración sobre la formalización de citación de comparecencia con aportación de documentación, siendo importante que en esta se incluya, respecto del período investigado, “resumen global de las horas extraordinarias realizadas, desglosadas por trabajador”. Siguen las instrucciones sobre la comprobación documental por parte de la inspección actuante, en concreto de los contratos de trabajo, o más exactamente de la modalidad contractual del trabajador o trabajadores afectados, ya que existen contratos en los que se prohíbe, salvo casos de fuerza mayor, la realización de horas extras, como son el contrato para la formación y el aprendizaje, y el contrato a tiempo parcial tras la reforma normativa llevada a cabo en diciembre de 2013. Igualmente, se revisará la documentación aportada sobre el registro de jornada y el resumen de la misma y de las horas extraordinarias realizadas, la nómina y los conceptos retributivos. Por último, se regula la conclusión de la actuación inspectora y sus resultados, con la aplicación de la normativa en los términos antes referenciados.

Buena lectura de la Instrucción 3/2016 y también, para quienes aún no lo hubieran hecho, de las sentencias de la AN.

## **2. 13 de abril de 2017. Sobre el (no) registro de la jornada diaria de trabajo y la realidad social del tiempo en que vivimos. Análisis crítico de la sentencia del TS de 23 de marzo de 2017, con tres votos particulares suscritos por cinco magistrados y magistradas.**

### **I. Introducción.**

1. El día 5 de abril, el gabinete de comunicación del Poder Judicial publicó una muy amplia nota de prensa, bastante más extensa que la mayor parte de las que publica, con el título [“El Tribunal Supremo establece que las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de la plantilla”](#), en la que daba cuenta de una parte de los contenidos de la [sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social el 23 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado José Manuel López.

Por cierto, es una nota de prensa que no por ser muy amplia deja de ser muy incompleta, ya que no efectúa ninguna mención a la fundamentación jurídica, contenida especialmente en el fundamento de derecho segundo y con apoyo complementario en el tercero y cuarto, en la que se ha basado la mayoría de los miembros de la Sala para llegar a su conclusión sobre la valoración positiva del recurso de casación. Además, la nota “despacha” en el sentido más literal de la palabra la existencia de tres votos particulares en dos líneas, las últimas del texto, si bien ya podemos saber que hubo cinco magistrados, de los trece que formaron Sala, partidarios de “desestimar el recurso de Bankia y de confirmar el fallo de la Audiencia Nacional”.



El fallo de la sentencia, ya muy ampliamente difundido en los medios de comunicación y en las redes sociales, es el siguiente: “1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Bankia, S.A., contra la [sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de diciembre de 2015](#), en actuaciones nº 301/2015. 2. Casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos por no haber sido impugnados”. Con prontitud digna de elogio, y con petición por mi parte de que se haga extensiva a todas las sentencias de la Sala, la sentencia fue publicada al día siguiente en la base de datos del CENDOJ.

Tuve acceso al texto de la sentencia el mismo miércoles día 5 de abril y agradezco a quienes me la enviaron su amabilidad en hacerlo. Procedí a una lectura detallada de la misma al día siguiente al objeto de efectuar el comentario en este blog, obligado intelectualmente por otra parte, o al menos así lo creo, en la medida en que había manifestado mi acuerdo con la sentencia de la AN que ahora ha sido casada y anulada, y por consiguiente para manifestar mi visto bueno, o no, a la sentencia del TS.

Pues bien, el título de la entrada es claro al respecto: tal como se inician los votos particulares discrepantes, no sólo en esta sino en todas las sentencias, “con la debida consideración y respeto”, manifiesto mi desacuerdo con la argumentación de la Sala que ha llevado a estimar el recurso de casación interpuesto por la parte empresarial, que trataré de explicar, con la debida fundamentación, en las páginas que siguen. Por ello, no es de extrañar que ya manifieste de entrada mi valoración positiva, en la mayor parte de sus contenidos, de los tres votos particulares emitidos, firmados por cinco magistrados y magistradas, y que supongo que no será del agrado jurídico de quienes ya ha manifestado su alegría en las redes sociales por la sentencia y casi han llegado a pedir que la ITSS entone el mea culpa por sus actuaciones para garantizar el respeto de la normativa laboral en materia de jornada de trabajo (dicho sea incidentalmente, en alguna ocasión dicha alegría me ha parecido más propia de una satisfacción de primera magnitud en el terreno deportivo que no de un análisis atento y jurídico de la sentencia)

Unos días de descanso con mis nietos, descanso mental muy agradable y reconfortante, me han permitido tener una visión más global de la sentencia con diferentes puntos de vista, ya que durante estos días se han publicado, o están en fase de publicación, diferentes artículos doctrinales, así como valoraciones de los agentes sociales y pareceres de miembros de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Lógicamente también, como ya he hecho en otras ocasiones, y por el muy detallado conocimiento que tiene de la materia, tanto a escala teórica como desde la perspectiva de aplicación práctica de las normas laborales, he pedido consejo a la [profesora de la Universidad de Girona e Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Dra. Mercedes Martínez Aso](#), consejo que ha sido de mucha utilidad por aportar una reflexión que hasta ahora no ha sido abordada, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, en las reflexiones y comentarios publicados sobre la sentencia, por lo que será utilizado en un momento posterior de mi artículo, con la debida cita de la autora de tal tesis.

2. Antes de proceder al estudio de la sentencia del TS, y efectuar el recordatorio de la dictada por la AN y de la Instrucción de la ITSS, dejo constancia de cómo ha sido acogido aquella en algunos medios de comunicación y en las redes sociales, remitiendo a todas las personas interesadas a la lectura de los distintos artículos, que sin duda se

verán incrementados en los próximos días tanto en sede periodística como en las webs y revistas jurídicas laboristas como Derecho de las Relaciones Laborales, Trabajo y Derecho, o la Revista de Trabajo y Seguridad Social. Una sentencia que es sin duda de innegable importancia, como lo prueba que, [según un reciente estudio realizado a escala internacional sobre la fuerza de trabajo en Europa](#), “los trabajadores españoles son los que tienen menos control sobre sus horarios, ya que el 65 % trabajan a horas fijas y sólo el 20 % tienen un horario flexible”, porcentaje de fijeza que desciende al 58 % en el ámbito europeo.

3. En los medios periodísticos cercanos al mundo empresarial no ha habido hasta el momento un amplio seguimiento de la sentencia, más allá de la explicación sucinta de su contenido. Por ejemplo, el diario Expansión publicaba el día 5 una síntesis, basada en la nota de prensa del gabinete de comunicación del Poder Judicial, con el título [“El Supremo exige a las empresas de registrar la jornada de sustrabajadores”](#). Más detallada es la explicación de la sentencia, con mención igualmente a la de la AN y la Instrucción de la ITSS, que se efectúa en el artículo publicado en [elEconomista.es](#) el día 6, firmado por su redactor Pedro del Rosal, con un título sin duda impactante y que nos trae en seguida a la cabeza la imagen de un boxeador (la AN) derrotado por el puñetazo de otro (el TS): [“El Supremo tumba el registro diario de las horas de trabajo”](#), referencia boxística que se reitera en el primer párrafo del artículo.

Vayamos ahora a las webs jurídicas. Una explicación también basada en la nota de prensa del Poder Judicial, y a la que acompaña un cuadro explicativo de las diferencias existentes entre las tesis de la AN y las del TS, se encuentra en el artículo publicado el día 5 en el portal [elderecho.com](#), de la editorial Lefebvre El Derecho, con el título [“El Supremo determina que no es obligatorio el registro de la jornada diaria”](#). La sentencia del TS ha merecido asimismo la atención del [Boletín mensual del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje \(SIMA\)](#), que en el número 24, correspondiente al mes de abril, ha incluido como sentencia destacada la que es objeto de esta entrada, refiriéndose a que la misma casa y anula la dictada por la AN el 4 de diciembre de 2015 “al entender que es suficiente la notificación mensual de la empresa al trabajador sobre las horas extraordinarias realizadas”.

De forma también sucinta, encontramos una referencia a la sentencia en el boletín del bufete de abogados Garrigues, publicada el mismo día 5 con el título [“El Tribunal Supremo declara que no es obligatorio registrar la jornada diaria de los trabajadores”](#), en el que se afirma que la tesis del alto tribunal “reitera la doctrina de sentencias previas del propio Tribunal Supremo”, y que este “entiende que el deber de registrar la jornada a efectos del cómputo de horas extraordinarias no procede cuando éstas no se realizan”. Mucho más detallada es la explicación de la sentencia que realiza un socio del área laboral de dicho bufete, el abogado José Manuel Mateo, en el web jurídico Conflegal el 10 de abril, en un artículo publicado por Luis Javier Sánchez con el título [“Diez aspectos que deben tener en cuenta las empresas, ahora que no es obligatorio el control de la jornada laboral”](#). Para el letrado, con el fallo del TS se vuelve a la situación anterior al debate abierto por la sentencia de la AN: “Históricamente, siempre se ha defendido que no había obligación de controlar la jornada laboral de los trabajadores. Sólo con esta sentencia y otra del 2015 que está pendiente del Supremo se ha entendido lo contrario. Volvemos a la etapa anterior, pues”.

Muy sucinta es también, a la espera sin duda de las inminentes aportaciones doctrinales de destacados miembros de la Asociación, la referencia contenida en el blog social de Jueces para la Democracia, en la entrada publicada el 7 de abril con el título, [“El TS contrario al criterio de la AN sobre registro de jornada”](#), en la que explica la tesis de la AN y el “impacto mediático” que la doctrina contenida en la sentencia Bankia comportó, para añadir después que su tesis no ha sido compartida por el TS y poniendo el acento en las afirmaciones contenidas en la sentencia del alto tribunal sobre la conveniencia “de lege ferenda” de una modificación normativa que haga posible el registro diario de la jornada.

4. En la doctrina laboralista las voces críticas, muy críticas, con la sentencia no se han hecho esperar, como lo prueba el [artículo publicado por el profesor de la Universidadde Castilla – La Mancha Francisco Trillo, el 8 de abril, en el blog delprofesor, y buen amigo, Antonio Baylos](#). Abre camino el titular del blog con el título “El registro de jornada diaria efectiva y su anulación por el TS. Un paso atrás en los derechos laborales básicos. (habla Francisco Trillo), y su tajante afirmación de que “El triunfo de las tesis empresariales comienza a ser una constante en las últimas decisiones de la sala de lo social, que ha reorganizado su composición tras fallecimientos y jubilaciones, en un sentido favorable a las orientaciones de los grandes despachos, pero sus decisiones son, como en este caso, muy forzadas y su argumentación no responde a criterios de razonabilidad jurídica”. Tras ello, sigue el artículo del profesor Trillo con un título también muy significativo de aquello que se pretende explicar: “La magia de la interpretación judicial. o cómo computar las horas extraordinarias sin registrar la jornada realizada diariamente”.

Haciendo referencia a otras materias y trasladando después su tesis a la sentencia de 22 de marzo, Francisco Trillo hace mención a una intervención del alto tribunal que tiene por fin “preservar las relaciones laborales en un territorio dominado estrictamente por el interés empresarial, donde sin confesarlo, se preferencia la voluntad del empresario como fuente principal de regulación”. En el análisis jurídico de la sentencia, el autor es particularmente duro con el TS respecto a su tesis de no registro de la jornada diaria de trabajo, y lo hace en estos términos que me permito reproducir textualmente: “Olvida el Tribunal explicar cómo puede llegar un empresario a la conclusión de que en su empresa ningún trabajador ha realizado horas extraordinarias, o que si ha existido tal trabajo en un número determinado y prestado por ciertos trabajadores. Dicho de otro modo, la disyuntiva jurídica resulta escandalosamente inexistente, ya que todos aquellos empresarios que pretendan dar cumplimiento a lo previsto en los preceptos señalados previamente han de conocer forzosamente cuál ha sido la jornada de trabajo efectivamente prestada en cada uno de los días comprendidos en el período de referencia determinado en el convenio colectivo para computar la jornada ordinaria de trabajo. De otro modo, se asistiría a intervenciones empresariales de carácter adivinatorio que avanzarían la realización –o no- de horas extraordinarias en base a un pronóstico de parte. Téngase en cuenta que la propia definición de la jornada extraordinaria se hace depender de la delimitación previa de la jornada ordinaria: “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 al artículo anterior” (art. 35.1 ET). Es por ello que de no conocerse la jornada de trabajo prestada cada día de trabajo que conforma el período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria, asistiríamos a una suerte de palabra profética de imposible demostración objetiva”.

Desde la ITSS, fue rápida y contundente la reacción de la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo, el día 6, con una nota de prensa cuyo título no deja lugar a dudas de su parecer: “[UPIT lamenta la reciente sentencia del TS sobre registro de jornada](#)”. En dicha nota se afirma, tras referirse a las posibilidades de control de la jornada ofrecidas por el art. 35.5 y 12.4 LET (este último referido al contrato de trabajo a tiempo parcial), supongo que con pleno conocimiento de causa que “Como hemos podido comprobar los Inspectores de Trabajo en las miles de visitas a los centros de trabajo realizadas en los últimos años, dicho mecanismo de control era manifiestamente deficiente por cuanto, al no ser objeto de un registro público, en muchas ocasiones derivaba en un mero formalismo, susceptible de fácil manipulación, que no guardaba relación con la jornada real realizada en los centros de trabajo”.

Más adelante, la UPIT pone el dedo en la llaga, al afirmar que “No obstante su insuficiencia, con la reciente interpretación contenida en la sentencia del TS, se elimina el único mecanismo de control existente en esta materia, con el resultado que se hará prácticamente imposible siquiera un mínimo control de las normas reguladoras del tiempo de trabajo”, por lo que reclama, y supongo que tardará poco tiempo en llegar al Parlamento una proposición de ley en tal sentido (mucho me temo que no se trate de un proyecto de ley presentado por el Gobierno) una modificación legislativa “que establezca mecanismos claros y obligatorios de registro del tiempo de trabajo que hagan posible un control efectivo por parte de la Inspección de Trabajo en tan trascendental materia”. El parecer crítico de la UPIT con la sentencia queda bien reflejado en la parte final de su nota, en la que se recomienda “especialmente” la lectura de los votos particulares de la sentencia.

Por otra parte, hasta el momento de redactar esta entrada no he encontrado ninguna valoración o comentario de la sentencia en la [página web del sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social](#). Sí he encontrado pareceres diversos, a los de la UPIT en un artículo publicado por Álvaro Rodríguez de la Calle, ITSS en excedencia, poco después de publicada la sentencia, con el título “[Nota sobre la sentencia del Supremo sobre el registro de jornada: implicaciones sobre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#)”, en el que se afirma que “si bien la interpretación literal puede resultar discutible – por su escasa consistencia – la interpretación sistemática que realiza la Sala de lo Social del Supremo es notablemente sólida”, aun cuando también formula alguna crítica a la sentencia por considerar “un tanto voluntariosa” la tesis del TS sobre la prueba del registro de horas extraordinarias que puede llevar a cabo el trabajador. En un “mix” entre críticas a las actuaciones de algunos compañeros y el obligado respeto al cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social por parte de las empresas, el autor afirma, al referirse a la Instrucción 3/2016, que “Sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, la ejecución de la referida Instrucción por los Inspectores actuantes, con comprobaciones totalmente desmedidas, ha supuesto desvirtuar el único objetivo de aquélla, no es menos cierto que se debe perseguir por la Inspección las conductas fraudulentas que se dan en algunos sectores en materia de abono y cotización de horas extras; en las que la prolongación de la jornada y la falta de pago del salario debido, y la consiguiente falta de cotización, representa su signo más distintivo”.

5. En fin, la sentencia ha llevado a la [UGT a solicitar una modificación legislativa para “clarificar el mecanismo para declarar las horas extraordinarias en las empresas”](#). En una nota publicada poco después de conocerse la sentencia, que supongo que será

analizada con mayor detenimiento más adelante, el sindicato se acoge a la tesis del TS de la necesidad de una reforma legislativa, y afirma que “considera que es imprescindible clarificar esta situación, en línea con lo que establece el Tribunal, y no dejarlo sujeto a diferentes interpretaciones de la norma, máxime cuando la reforma laboral está facilitando la explotación laboral y la realización de horas extraordinarias no declaradas ni pagadas”. Mucho más dura es la sección sindical de la CGT en Bankia, que en un comunicado publicado el 6 de abril sobre “[Formación Midif II y sentencia sobre el control horario](#)”, afirma que la sentencia del TS significa que “las empresas, no sólo Bankia, no están obligadas a implantar ningún tipo de control horario para su plantilla. Sin embargo, y es curioso, sí que están obligadas a comunicar a los trabajadores las horas extraordinarias que hacen. ¡Alucina vecina! Como bien dicen dos de los tres votos particulares de la sentencia: ¿cómo va a saber la empresa si un trabajador hace horas extras si no se controla la jornada?”.

Para concluir esta relación de anotaciones y comentarios a la sentencia del TS, como paso previo a mi análisis, conviene apuntar la indudable repercusión que la resolución judicial tendrá sobre [las negociaciones actualmente existentes entre las organizaciones empresariales y sindicales del sector bancario para regular el control de la jornada de trabajo](#), negociaciones forzadas en gran medida por las sentencias de la AN y por la actuación de la ITSS. La última reunión se celebró el día 5, es decir el mismo día y poco antes de que se hiciera pública la sentencia, y la próxima está prevista el 19 de abril, con previsión de finalización como máximo el 18 de mayo. CCOO emitió un comunicado muy crítico con la actuación empresarial en la mesa negociadora, manifestando, entre otros comentarios, que “Según la tesis de las empresas, el sistema de registro debería ser manual o informático, a elección de cada entidad en cuestión, lo cual a CCOO nos parece, si no una aberración en estos tiempos pretender que sea manual, sí muy incongruente con la realidad de avance tecnológico que vivimos en el sector financiero”. Presumo que las posiciones empresariales serán aún más contundentes, desde el punto de vista de la falta de obligación del registro de jornada diaria, para dejarlo, como máximo, en una manifestación de buena voluntad por ambas partes, una vez hecha pública la sentencia del TS.

La sentencia del TS casa y anula la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN el 4 de diciembre de 2015, de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, sentencia a la que siguieron dos más en parecidos términos (casos Abanca y Banco Sabadell) y que llevaron a la Dirección General de la ITSS a dictar la Instrucción 3/2016 para garantizar el cumplimiento del registro diario de la jornada de trabajo. Las tres sentencias y la citada Instrucción fueron objeto de especial atención por mi parte en anteriores entradas del blog.

#### **IV. Análisis crítico de la sentencia del TS de 22 de marzo de 2017.**

1. Procede ya entrar en el estudio y análisis crítico de la sentencia del TS de 22 de marzo, así como también de los votos particulares emitidos, que son tres y que han estado suscritos por cinco magistrados y magistradas. El primero, por la magistrada Lourdes Arastey, al que se adhiere la magistrada María Luisa Segoviano; el segundo, por el magistrado Antonio V. Sempere; el tercero, que se remite a buena parte de los contenidos de los dos anteriores, por el magistrado Jordi Agustí, al que se adhiere la magistrada Rosa Virolés. Cabe dejar constancia de que la Sala se pronuncia en contra

del criterio defendido en el informe emitido por el Ministerio Fiscal, que solicitó la desestimación del recurso.

En el fundamento de derecho primero se recoge el fallo de la sentencia de la AN, e inmediatamente a continuación se efectúa una breve síntesis del recurso empresarial, interpuesto al amparo del art. 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social y que reitera buena parte de la argumentación ya expuesta en el acto de juicio ante la AN, con alegación de infracción del art. 35.5 de la LET (regulación de las horas extraordinarias) en relación con el art. 20.3 (poder de dirección empresarial para “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”). La tesis de la parte recurrente defiende que la normativa citada no impone “la necesidad de establecer un registro de la jornada diaria efectiva, ni que el mismo permita comprobar (controlar) el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, al margen de la realización de horas extraordinarias”...”.

Hubiera sido lógico y razonable, en términos estrictamente jurídicos, que el TS hubiera hecho referencia a la fundamentación jurídica de la sentencia de la AN para, en su caso, ir exponiendo las argumentaciones que iban a llevarla finalmente a su no valoración positiva, pero ello no ocurre, como ya he apuntado, sino que directamente, y sin dilaciones que supongo que la Sala, o la mayoría de sus miembros, debió pensar que eran innecesarias, se entra en el fundamento de derecho segundo, en la interpretación del art. 35.5 de la LET, que se efectúa “con arreglo a diferentes normas de hermenéutica”, siendo, por este orden, el “tenor literal de la disposición”, la “interpretación lógico sistemática del precepto estudiado”, y su “finalidad y espíritu”, aunque también se menciona “la realidad social del siglo en que vivimos” (aunque sólo sea para argumentar que la aplicación de los criterios hermenéuticos anteriores llevan a que no sea plausible otra tesis que la ahí defendida).

2. Entremos en el análisis del tenor literal del art. 35.5 de la LET, llegando la mayoría de la Sala a la conclusión de que la norma se refiere exclusivamente a las horas extras, y que la obligación del registro de jornada se refiere sólo a estas (no así, pues, a la jornada diaria de trabajo). Dicha interpretación literal, afirma la sentencia, “se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto”.

Esta afirmación me “picó” el gusanillo de la curiosidad jurídica por la redacción de la norma en su versión original y las modificaciones posteriormente sufridas, y mucho más cuando la tesis es ampliamente refutada, con adecuado soporte jurídico, en el voto particular del magistrado Jordi Agustí.

Por ello, he procedido a examinar el texto original del art. 35.5 de la LET (Ley 8/1980 de 10 de marzo, y compararlo con la modificación operada por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, cuya redacción se ha mantenido inalterada desde entonces por lo que afecta a la redacción objeto del debate. Adjunto los textos de 1980, 1994 y el actualmente vigente.

Ley 8/1980 LET	Ley 11/1994. Modifica LET	RDLeg 2/2015
Artículo treinta y cinco.	Artículo 35. Horas	Artículo 35. Horas

Horas extraordinarias.	extraordinarias.	extraordinarias.
<b>Cinco. La realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente.</b>	<b>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.</b>	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.

La diferente redacción del texto modificado en 1994 con respecto al del 1980 pone de manifiesto a mi parecer, de forma clara y evidente, que la norma original sólo hacía mención, expresa, a las horas extraordinarias, y a la forma de conocer su realización. Por el contrario, la redacción modificada en 1994 parece poner claramente el acento en el previo conocimiento de cuál es la jornada diaria del trabajador para, después, poder conocer si se han realizado horas en exceso de la jornada ordinaria de trabajo, ya que no creo que pueda entenderse de otra forma el cambio de redacción. Esta es la misma tesis defendida en el tercer voto particular citado, en el que se argumenta, además de formular una crítica a la sentencia porque realiza una afirmación “sin que se cite texto alguno”, que en la redacción original de la norma era claro que “si no se realizaban horas extras no se podían registrar, no se podía llevar registro alguno”, mientras que tras la reforma de 1994, mantenida en las modificaciones posteriores de la LET, “siempre es posible el registro porque el objeto del mismo es la jornada no las horas extraordinarias, aunque la finalidad última sea el conocimiento del adecuado cómputo de estas últimas”, concluyéndose que la finalidad del cambio normativo “obedecía, precisamente, a que no se pudiera eludir la obligación de registrar las horas extraordinarias simplemente negando su existencia”.

Cabe recordar en este punto que la redacción del art. 35.5 de la LET tras su modificación en 1994 era idéntica en el Proyecto de Ley publicado en enero de 1994, y que no hubo enmiendas al precepto por parte de los grupos parlamentarios.

En suma, llegar a la conclusión a la que ha llegado la sentencia se compadece mal a mi parecer con el “tenor literal de la norma”, en el que se diferencia claramente las horas extraordinarias de la jornada, por lo que no tiene sentido que la referencia contenida en el citado precepto a la jornada deba ir referida única y exclusivamente a la extraordinaria, y tampoco tiene mucho sentido jurídico que la redacción de dos preceptos relativos a la jornada, el primero el relativo al contrato de trabajo a tiempo parcial y el segundo relativo a las horas extraordinarias (art. 12.4 y 35.5 de la LET) tengan la misma redacción (art.12.4: la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente; art. 35.5: A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día) pero deban extraerse de los mismos diferentes interpretaciones respecto al concepto de jornada de trabajo.

3. No es de este parecer la sentencia cuando acude a la interpretación lógico sistemática del precepto en cuestión, que sigue dando vueltas jurídicas, para sustentar su tesis, al hecho de que estemos refiriéndonos al art. 35 que regula la “jornada extraordinaria” y no la “ordinaria”, y que en caso de que el legislador hubiera querido regular el registro diario de jornada lo hubiera debido hacer en el art. 34 y no en el 35 (reitero mi crítica a este planteamiento a partir de la argumentación expuesta en el párrafo anterior), habiendo errado la sentencia recurrida por sustentar planteamiento contrario.

No alcanzo a ver qué relación guarda esta tesis con la afirmación de que la redacción del art. 12.4 de la LET “avala esta interpretación sistemática”, al referirse a la obligación de registrar la jornada día a día, “mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado”. Coincido con la tesis del voto particular emitido por el magistrado Antonio V. Sempere cuando afirma que la implantación de un método específico de control para el trabajo a tiempo parcial “... no implica que en todos los demás casos ya no exista sistema alguno”, así como también con la argumentación del voto particular del magistrado Jordi Agustí sobre la justificación de la regulación, y control, de la jornada a tiempo parcial establecida por el Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, a fin y efecto de garantizar que se trata de una auténtica prestación a tiempo parcial y no a jornada completa encubierta, y también para poder diferenciar las horas ordinarias de las horas complementarias. Es decir, en nada alteraría la obligación del registro de la jornada diaria de trabajo (a tiempo completo) que se haya introducido expresamente la regulación del control diario de la jornada de trabajo cuando la prestación se lleva a cabo a tiempo parcial.

Tampoco alcanzo a ver la relación que establece la sentencia entre el (no) registro de la jornada de trabajo diario de un trabajador “ordinario” y sí la obligación de llevarlo a cabo para determinados colectivos de trabajadores en razón de las peculiaridades y características de su trabajo, insistiendo la Sala en que si el legislador hubiera querido establecer el registro general de jornada diaria lo hubiera debido hacer en el art. 34, olvidando a mi parecer que sí lo ha hecho desde la reforma de la LET en 1994.

La nítida distinción que opera la sentencia entre jornada ordinaria y jornada extraordinaria hubiera podido tener sentido si se hubiera realizado una interpretación amplia del concepto de tiempo de trabajo, rótulo que encabeza la sección quinta del capítulo segundo del título primero de la LET, pero es difícilmente aceptable aquello que efectúa la Sala de vincular el concepto de tiempo de trabajo sólo a la jornada ordinaria (“... obsérvese que el deber de registrar la jornada laboral se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias (título del estudiado art. 35) y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo”), ya que tan tiempo de trabajo, si atendemos al propio título de la sección, es el de la jornada “ordinaria” como de aquellas horas que se llevan a cabo de forma “extraordinaria”.

En este punto, resulta cuando menos sorprendente que la Sala no haya acudido a la definición de tiempo de trabajo que efectúa la [Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo](#), cuando sí acude a la misma más adelante para defender sus tesis. Pues bien, dicha Directiva nos define el tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del



empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”, y de esta definición no encuentro ninguna razón que permita ubicar el “tiempo de trabajo” sólo en la jornada ordinaria y no en la extraordinaria, ya que en esta última obviamente la parte trabajadora también está a disposición de la parte empresarial.

4. Por último, el criterio finalista de la norma es según la Sala controlar la realización de horas extraordinarias, pero no implantar un control de la jornada ordinaria, basándose, además de la reiterada tesis de su inexistencia en el art. 34 de la LET, en que la regulación de jornadas especiales de trabajo está recogida sólo para casos concretos, en algunos artículos (10-bis 5 y 18-bis-2) del [RealDecreto 1561/1995 de 21 de septiembre obre jornadas especiales de trabajo](#). La defensa de esta tesis le lleva a rechazar que la tesis defendida por la AN, por los votos particulares, y también por quien firma esta entrada, deba ser la válida en atención a la realidad social del tiempo en el que vivimos (“siglo” es el término, correcto formalmente pero exagerado realmente si atendemos al momento histórico en que vivimos, en el que sólo estamos al inicio de aquel), y también resta todo valor, en una crítica implícita, y por tanto sin citarla, a la AN, al hecho de que otras empresas si efectúan el control y que en casos como el ahora enjuiciado la empresa controla las ausencia del trabajador por vía electrónica en cuanto que el trabajador debe dejar constancia de las mismas y justificarlas debidamente, porque “precisamente, por ese medio u otro puede registrar las horas de entrada y salida, así como el exceso de jornada, lo que le permitirá conocer las horas que trabaja, sin necesidad de que la empresa lleve un complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados”. Pues bien, en atención justamente a la realidad social del tiempo en que vivimos, con un importante número de horas extraordinarias llevadas a cabo, no sólo en el sector bancario, que muy difícilmente van a poderse probar si no hay conocimiento de cuál es la jornada ordinaria de trabajo llevada a cabo por el trabajador, parece muy difícil sostener que el control sólo deba hacerse para las horas extras, y mucho más cuando ya la redacción del art. 35.5 en 1994 apuntaba la necesidad de conocer la jornada diaria para poder después computar las horas extras.

5. Pero no es sólo la realidad social, sino que también la norma, reguladora del tiempo de trabajo, debe prestar atención a factores que están estrechamente relacionados con el mismo y que pueden encontrarse tanto en la normativa europea como la española, señaladamente la protección de la seguridad y salud en el trabajo, y la conciliación de la vida familiar y laboral. Recuérdese al respecto que la citada Directiva de 2003 dispone en su art. 1 que “establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”, y que en el considerando segundo se recuerda que el artículo 137 del TFUE, en el que se basa esta norma, “establece que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores. Las directivas adoptadas en virtud de lo dispuesto en dicho artículo habrán de evitar el establecimiento de trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”.

En este punto es conveniente acudir al voto particular formulado por el magistrado Antonio V. Sempere, que discrepa del fallo aun cuando defiende la tesis de la sentencia sobre la interpretación del art. 35.5 de la LET y califica de “muy argumentada” la sentencia sobre este punto. No coincido, por las razones ya expuestas, con esta

apreciación, pero sí con todas las consideraciones y argumentaciones posteriores que desarrolla extensamente el magistrado en su voto particular y que son las que la llevan a afirmar, con carácter previo a su análisis, que la demanda debió haberse estimado “pero por razones y fundamentos diversos a los acogidos en instancia, pacificándose el conflicto suscitado mediante una sentencia que acogiera lo sustancial de la petición sindical, pero sin las consecuencias a que aboca la sentencia recurrida”.

La argumentación contenida en el voto particular, con la excepción de la referida a la valoración positiva de la interpretación efectuada por la sentencia del art. 35.5 de la LET, es también hecha suya por el voto particular del magistrado Jordi Agustí, argumentación que se basa en las obligaciones que impone la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales a la parte empleadora sobre la seguridad y salud en el trabajo, relacionando, con acierto evidente a mi parecer, la normativa estatal (arts. 4.2 d y 19 de la LET, y art. 14.2 de la LPRL) con la comunitaria, en cuanto que la Directiva 2003/88/CE guarda estrecha relación, tal como he explicado con anterioridad con el título jurídico relativo a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

En fin, no menos importante me parece, y es importante reseñarlo porque la sentencia sólo hace referencia a un precepto constitucional cual es el de libertad de empresa y se olvida de todos aquellos que tienen contenido social y que guardan, a mi parecer, estrecha relación con el caso, que el tercer voto particular relacione las normas citadas con el art. 40.2 de la Constitución, que vincula la seguridad y salud en el trabajo con la limitación de la jornada laboral y el derecho a vacaciones. Sin olvidar las menciones que la LET hace a la obligación empresarial de abonar la remuneración en función de la jornada de trabajo desempeñada (ya sea ordinaria o extraordinaria) y la tipificación como infracción administrativa (art. 7.5 de la LISOS) de las actuaciones empresariales vulneradoras de la normativa en materia de tiempo de trabajo. No menos relevante, igualmente, me parece su referencia a las funciones de la representación del personal, contenidos en el art. 64 de la LET, siendo una de ellas la de la vigilancia de la normativa laboral y de las condiciones de seguridad y salud en la empresa, que muy mal se pueden cumplir si se desconoce cuál es el tiempo efectivamente trabajado por cada trabajador, “... con independencia de las previsiones existentes en materia de horas extras, de trabajo a tiempo parcial o de otros sectores de actividad”.

De todo lo anteriormente expuesto, el voto particular concluye, acertadamente, que las citadas normas implican que la empresa “viene obligada a controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando los mismos están sujetos a control horario”, y puedo dar fe de ello muy directamente, en cuanto que como profesor universitario tengo un horario de actividad docente que cumplir y la empresa controla mi actividad mediante el sistema de firma al inicio de cada actividad docente que llevo a cabo diariamente. La insistencia del voto particular en que la interpretación del art. 35.5 ha sido plenamente correcta no obsta a que defienda la aceptación de la tesis de la demanda pero dejando abierta la puerta a que se pacte el registro de jornada de la forma y manera que las partes acuerden en los términos más adecuados a la realidad de la empresa en la que operan (con mayor o menor número de personas con horario fijo o flexible, con mayor o menor presencia de los trabajadores en el centro de trabajo, etc.); es decir, debería existir lo que el magistrado califica de “modalidad o sistema de registro”, si bien sin que esa obligación “desemboque en la necesidad de que haya un Registro física y formalmente constituido como tal”.

6. Hago más, y no puede ser de otra forma en atención a mi valoración positiva de la sentencia de instancia, y la argumentación efectuada para llegar a la misma, las tesis expuestas en el voto particular que firma la magistrada Lourdes Arastey y al que se adhiere María Luisa Segoviano y que hacen referencia a la interpretación del art. 35.5 LET, que hubiera debido llevar a la estimación del recurso.

Me interesa destacar de la argumentación, que tal como resalta el voto era “muy próxima a la del Ministerio Fiscal”, que se pronunciaba en el mismo sentido, tres aspectos de indudable relevancia jurídica y social: en primer lugar, 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”; en segundo término, que más allá de que el precepto pueda haberse quedado desfasado u obsoleto en razón de los cambios operados en la organización productiva de las empresas y de la necesaria flexibilidad para llevar a cabo su actividad (flexibilidad horaria que no lo es para ese elevado porcentaje de trabajadores en España que tienen “horarios fijos” y “jornadas ordinarias” de trabajo, tal como he explicado con anterioridad) no afecta en modo alguno a “cuál es el verdadero espíritu del legislador”, que no es otro que la exigencia del control (de la jornada diaria) “aun cuando no establezca la fórmula que pudiera ser más adecuada para cada actividad o sector de actividad siempre que la misma resulte fiable y se gestione de modo objetivo”; por último, y no menos importante, la obligación de velar por el adecuado conocimiento de las horas extras realizadas tiene importancia no sólo para el trabajador sino también para el erario público, ya que “incide en las obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social”, con el efecto negativo, en caso de incumplimiento de la normativa por no poder llevar un adecuado control de las horas extras realizadas, “tanto para los derechos del trabajador como para las arcas del sistema”.

La misma tesis sobre el efecto negativo para la Seguridad Social es defendido en el tercer voto particular, que va mucho más lejos y conecta con las preocupaciones expresadas en el segundo con respecto a las implicaciones que tiene el registro de la jornada de trabajo y cuya inexistencia pudiera afectar a derechos de los trabajadores, tales, entre otros como “la protección, de la seguridad y salud laboral; la conciliación de la vida familiar, laboral y personal; y la introducción de políticas en materia de tiempo de trabajo que fomentan o tiendan al pleno empleo, que sí justifican el registro de la jornada”.

7. En fin, es de mucho interés la tesis defendida por la profesora Mercedes Martínez Aso y que ha querido compartir conmigo, o más correctamente, en aras a la propiedad intelectual, que yo me sumo a la misma con algún añadido propio. En apretada síntesis sería la que paso a exponer.

Existe un derecho del trabajador a la concreción de su jornada ordinaria. No es un derecho reconocido de manera expresa en el art. 4 de la LET, pero es un derecho derivado de una interpretación sistemática de la regulación estatutaria y convencional de la jornada de trabajo.

Como contenido esencial del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a ser informado por escrito de “la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo”, según dispone el art. 3.2 f del [Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio](#), por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la LET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. Recordemos que esta norma transpuso al ordenamiento jurídico interno la [Directiva del Consejo 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral](#). El art. 2.1 de la Directiva dispone que “El empresario estará obligado a poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena a quien se aplica la presente Directiva, denominado en lo sucesivo el « trabajador », los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral”, y en concreto el apartado j) menciona “la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador”, con lo que el trabajador debe conocer, de la forma o manera que se considera más adecuada por la empresa, cuál es su jornada ordinaria de trabajo, ya que la extraordinaria no me parece, por pura lógica y sentido común, que quepa calificarla de “normal” justamente por su carácter excepcional (aunque la realidad demuestra – realidad social del tiempo en que vivimos – que estas horas son mucho más “normales” por su realización y “anormales” por su falta de abono y cotización a la Seguridad Social, que lo que muchos trabajadores desearían). Es decir, la información puede reflejarse en el propio contrato de trabajo o en otro documento, siendo admisible que se presente por la empresa el registro horario electrónico como elemento de comprobación de una distribución ordinaria de trabajo.

Porque lo que es claro, afirma con contundencia jurídica, plenamente acertada a mi parecer, la profesora Martínez Aso, “es que el trabajador tiene derecho a una distribución “regular” de su jornada, es decir a un horario de trabajo concreto, dado que la distribución irregular del mismo está sujeta con limitaciones porcentuales a unas prescripciones estrictas no basadas en la simple voluntad inmediata del empresario (art. 34.2 LET), sino acordadas o preavisadas en solo un 10%”.

8. El fundamento de derecho tercero de la sentencia menciona la “jurisprudencia sobre la materia”, con cita de varias sentencias relativas a la interpretación del art. 35.5 LET: 11 de diciembre de 2003, 25 de abril de 2006, 18 de junio de 2013, concluyendo la Sala que de todas ellas se desprende que el citado precepto sólo obliga, salvo pacto en contrario que amplíe ese deber, “a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado”. No hay referencias concretas y específicas, a mi parecer, que validen la tesis de la Sala, respecto a la obligación, o más exactamente a la no obligación, del empleador de llevar a cabo el registro de la jornada diaria de trabajo.

Por cierto, parece que toda la tesis se basa en una lejana sentencia de 5 de junio de 1989, fecha en la que aún no había sido modificado el art. 35 de la LET en los términos operados por la Ley 11/1994. Que sentencias posteriores a esta fecha hubieran seguido el criterio de la dictada con anterioridad no es argumento válido en modo alguno, a mi parecer, para poner de manifiesto, y aplicarlo, el cambio normativo operado, aunque solo fuera, como bien dice el voto particular del magistrado Jordi Agustí, en atención a la realidad social del tiempo en que vivimos (con un muy elevado número de horas extraordinarias realizadas y no cobradas ante la imposibilidad de conocer la jornada que

realiza diariamente cada trabajador), realidad social que, afirman los firmantes, debe prevalecer con respecto a los demás criterios interpretativos utilizados por la Sala, “precisamente habida cuenta del tiempo transcurrido, más de 22 años, desde el redactado del precepto por la Ley 11/1994”.

9. A continuación, fundamento de derecho cuarto, la sentencia se dedica a buscar en la normativa europea, y nuevamente acude a la normativa reguladora de la ordenación del tiempo de trabajo, argumentos para defender y justificar su tesis, encontrándolos a su parecer en varios artículos: el art. 6, relativo a la limitación de la duración de la jornada máxima, incluidas las horas extras, y el art. 18 que regula las excepciones a la regla general y que impone al empresario, en el supuesto de producirse alguna de tales excepciones que lleve actualizados los registros “de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo”, concluyendo “del tenor literal” que tal obligación sólo se impone cuando no se cumple la regla general del art. 6 (“Duración máxima del tiempo de trabajo semanal. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores: a) se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales; b) la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días”), disposición reiterada en el art. 22 (“1. Siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias...”).

En segundo término, la sentencia acude a otras normas comunitarias en las que se regula (“se impone”) la obligación empresarial de llevar un registro del tiempo de trabajo y de los descansos en “supuestos especiales”, con cita del “artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE, sobre el transporte de navegación, la Directiva 2000/79, CE, sobre navegación aérea, la Directiva 1999/63, CE, sobre el trabajo en el mar, la Directiva 2002/15, CE, sobre el transporte en carretera y otras disposiciones similares sobre jornadas especiales que han sido traspuestas a nuestras disposiciones legales y reglamentarias”. Por cierto, y como siempre con la debida consideración y respeto hacia la Sala, no parece muy propio de una sentencia que se citen normas de manera genérica y sin concretar los preceptos en los que se sustenta una argumentación, y menos una referencia aún más inconcreta a “otras disposiciones especiales...”. Me pregunto cómo reaccionaría la Sala ante un recurso de casación que se expusiera en tales términos, y si pasaría el filtro del art. 210.2 de la LRJS (“En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas...”).

De toda la normativa europea, concreta o general, anteriormente expuesta, la Sala llega a la conclusión de que la misma impone “al igual que la española, la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada ordinaria”. Tesis que no será aceptada en el voto particular del magistrado Antonio V. Sempere, poniendo de manifiesto con acierto que el hecho de que las Directivas citadas no exijan la implantación de un registro, “en modo alguno obstaculiza la conclusión” de la necesidad de llevar un registro en atención a cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, ya que el art. 23 de la

Directiva 2003/88/CE prevé el carácter mínimo y mejorable de lo dispuesto en la norma comunitaria (“Sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de adoptar, habida cuenta de la evolución de la situación, disposiciones legales, reglamentarias y contractuales distintas en materia de tiempo de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva, la aplicación de la presente Directiva no constituirá una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores”).

La necesaria prevención de los riesgos laborales para determinados colectivos de trabajadores y para determinadas prestaciones laborales que requieren de una especial seguridad puede aconsejar, e incluso obligar, la implantación de registros especiales, pero de una cláusula general de mayor protección no puede derivarse en modo alguno a mi parecer que la que prevé la protección con carácter general de cualquier trabajador deba ser inexistente, ya que en tal caso se incumpliría flagrantemente el objetivo o finalidad de la Directiva.

10. El fundamento de derecho quinto formula las “conclusiones”, que en puridad no es más que una, cual es que el art. 35.5 de la LET “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”. A continuación, formula algunas consideraciones “de lege ferenda”, al mismo tiempo que manifiesta su preocupación, y no deja de ser un argumento más que utiliza la sentencia, aunque no lo diga expresamente, en defensa de sus tesis, por la invasión de la privacidad del trabajador que puede significar, con arreglo a la normativa comunitaria (con cita del [Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos](#) y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), que entrará en vigor el 25 de mayo de 2018) que se conozca cuál es su jornada de trabajo por las autoridades competentes en materia laboral.

Me detengo en este último punto por su especial interés jurídico, y porque en esta ocasión el TS se muestra especialmente sensible a la privacidad del trabajador, algo que no ha ocurrido en casos muy importantes para la vida laboral de la persona trabajadora y de los que también ha conocido recientemente.

La cita de la norma europea que aún no ha entrado en vigor (sí lo está la [Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en los que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos](#), hasta dicha fecha) se efectúa por la Sala en cuanto que deberá tenerse en cuenta “para orientar la creación de registros de datos, dado que al efecto se requiere una norma legal o pactada que “establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado” (artículo 9-2 del Reglamento citado)”.

Para la Sala, y sigo transcribiendo literalmente el contenido de la sentencia, “la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18-4, máxime cuando la

pretensión ejercitada y, el fallo que la estima van más allá del simple control de entrada y salida, por cuánto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual”.

Sobre la entrada en vigor dentro de más de un año se detiene el voto particular del magistrado Antonio V. Sempere para poner de manifiesto, con acierto, que “sobre desplegar su vigencia varios años después de interponerse la demanda, permite modalizaciones en materia laboral y no pretende exonerar a la empresa del cumplimiento de sus obligaciones sino conciliarlas con esa cautela”. Con mayor precisión, y en la misma línea, se manifiesta el voto particular del magistrado Jordi Agustí, que critica en primer lugar que la cita del art. 9.2 del Reglamento no vaya acompañada de cuál o cuáles de los diez subapartados puede ser afectado por el registro de jornada “para considerarlo como dato sensible cuyo tratamiento prohíbe”; prohibición que en cualquier caso, subraya el voto, “dependería de los elementos que pudiesen ser utilizados para el registro, y no de éste, en sí mismo”.

La lectura de esta argumentación me hizo recordar que el TJUE ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la Directiva 95/46 y su impacto en el mundo laboral respecto a la protección de datos del trabajador, y que incluso ya había abordado por mi parte esta cuestión en el congreso nacional sobre extranjería celebrado en Lleida en junio de 2013, con el examen de la [sentencia de 13 de mayo de 2013, asunto C-342/12](#).

Recordemos en primer lugar que los preceptos en cuestión en dicha sentencia eran los arts. 6, apartado 1, letras b) y c), y 7, letras c) y e) (“art. 6. 1. Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas; c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente. Art. 7 c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o ...e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos...”).

Pues bien, la Sentencia de 30 de mayo de 2013 da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de trabajo de Viseu (Portugal) sobre si el registro del tiempo de trabajo de un trabajador queda comprendido dentro del concepto de datos de personales de la Directiva 95/46, la obligación del Estado de prever medidas adecuadas para su protección y los límites o restricciones que puede establecer la empresa para acceder a esos datos.

El Tribunal responde afirmativamente a la consideración de datos personales del trabajador del registro de sus tiempos de trabajo, si bien ello no impedirá que la autoridad laboral competente pueda acceder a los mismos en cuanto que tal medida contribuya a una aplicación más eficaz de la normativa en materia de condiciones de trabajo. A tal efecto, el Tribunal 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”.

Hubiera sido conveniente, o al menos así me lo parece, que el TS hubiera tenido en consideración esta sentencia en el momento de formular sus reflexiones o dudas sobre la necesaria privacidad del trabajador. Además, ya he dicho que este interés sobre dicha privacidad no se manifiesta en otras sentencias en la que la misma esta, mucho más si cabe, presente. El ejemplo paradigmático son las sentencias de 31 de enero, 1 y 2 de febrero de 2017 relativas a la instalación de cámaras de videovigilancia y su utilización para control de la actividad del trabajador, con una interpretación extraordinariamente flexible tanto del uso de dichas cámaras para el control del trabajador como desde la perspectiva procesal para entrar a conocer de un recurso de casación para la unificación de doctrina.

11. Volvamos ahora al inicio del fundamento de derecho quinto y analicemos su contenido.

En primer lugar, la Sala reconoce la conveniencia de una reforma legislativa que “clarificara” (me pregunto si ello significa que regulara, o no) la obligación de llevar un registro horario (¿de la jornada diaria, semanal?) que “facilitara al trabajador la realización de horas extraordinarias” (curiosa argumentación porque en el mismo fundamento se explica poco después como pueden probarse ya tales horas).

Pero, una vez afirmada la “conveniencia” retoma su tesis de la inexistencia actual de tal obligación, con el añadido de que “los tribunales no pueden suplir al legislador”, y eso es lo que parece que haya hecho la sentencia de la AN, “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”.

No dejan de sorprenderme los términos utilizados por la sentencia para justificar su tesis y que no dan a entender, desde luego, una visión positiva de aquello que deben ser las relaciones colectivas y la presencia de las organizaciones sindicales, o de las representaciones unitarias de los trabajadores, en la defensa de los intereses de sus representados: “imponer”, “complicado sistema”, “condena genérica”, “obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos”, “múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas...”, Me pregunto, desde una perspectiva práctica como la que debe adoptar cualquier jurista, si todas esas “complicaciones” no han sido ya superadas por muchas empresas, con la participación de los representantes de los trabajadores, en la elaboración de sistemas de registro que son de interés para ambas partes, aunque sea por diferentes motivos, y si todos esos “problemas” que deja entrever el TS, la mayoría de la Sala, no han sido ya tenidos en cuenta a la hora de adoptar tales



acuerdos. No es menos cierto, en efecto, que en la pequeña y mediana empresa española la necesaria flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo es una práctica más que frecuente, pero me pregunto qué obstáculo generaría para ello que cada persona trabajadora tenga un conocimiento de su jornada, de su tiempo de trabajo, salvo que queramos ir a una desregulación del mercado de trabajo que vaya en detrimento de los intereses de una parte muy importante de la población y que no contribuiría precisamente a la mejora de las relaciones de trabajo. Quede aquí mi apreciación, sometida como siempre decimos los juristas a mejor parecer.

¿Suplir al legislador? No, simplemente interpretar la norma en los mismos términos que la sentencia recurrida. Así se manifiesta con claridad el tercer voto particular, que pide una interpretación de la norma que se adecue a la realidad social del tiempo en que vivimos (como puede comprobarse, esta realidad social es muy diferentes para unos y otros magistrados de la Sala). Por su indudable interés, tanto doctrinal como social, me permito reproducir un amplio fragmento del voto del magistrado Jordi Agustí, en el que se propugna “..una decisión que confirme la interpretación aplicación de la norma controvertida efectuada por la Sala de instancia teniendo en cuenta para ello la especial naturaleza y trascendencia de derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, formulando un criterio jurisprudencial, que no entrañaría la elaboración de una norma en sentido propio y pleno, pero sí podría contener un desarrollo singularmente autorizado y digno, con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, y con él, el artículo 6.1 del mismo, que sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico. ...

Estimo, que la labor del Tribunal Supremo al enjuiciar un caso, no puede llevarse a cabo eludiendo el contexto social en el que se desarrolla la norma cuya interpretación y aplicación se interesa. Flaco favor se hace a la función jurisdiccional y de elaboración de doctrina jurisprudencial que legitime esta Sala de lo Social, si la interpretación se circunscribe a la literalidad del precepto, obviando dicho contexto, con remisión a una hipotética y futura actuación del Legislador. En efecto, es público y notorio, que existe una problemática y un debate social sobre el gran número de horas extraordinarias no abonadas que se vienen efectuando, y la necesidad de su control, como lo ponen de manifiesto los Planes de Control de la Inspección de Trabajo y Seguridad social, y las Instrucciones sobre intensificación del Control en materia de Tiempo de Trabajo y de Horas extraordinarias. Una actitud “abstencionista” de la posición mayoritaria -reacia a una interpretación evolutiva del artículo 35.5 ET en línea con lo resuelto por la sentencia de instancia-, tal como propugna la mayoría, no parece que se coheneste bien con la política del Estado al respecto”.

12. Son todas las dificultades expuestas, que el TS quiere traspasar al legislador legal o convencional para su regulación, por creer que no tienen cabida en la normativa vigente, las que le llevan, a partir de toda la argumentación expuesta en los fundamentos de derecho segundo a cuarto, a sostener que “impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35.-5 ET”, ya que la misma supondría “imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013), sin que, por lo demás se deba olvidar que la introducción o modificación de sistemas de control por el empresario no constituye una

modificación sustancial de las condiciones de trabajo (SSTS 19 de julio de 2016 (R. 162/2015) y 25 de enero de 2017 (R. 47/2016)”. Por error se cita el art. 28.3 cuando en realidad la sentencia se refiera al art. 20.3, es decir el relativo al poder de dirección del empleador. No hubiera estado de más, pero en tal caso la tesis del TS no hubiera sido, muy probablemente la misma, que el alto tribunal también hubiera tenido en consideración la doctrina del TC sobre los derechos del trabajador-ciudadano y su no pérdida durante la prestación de su actividad productiva, o que hubiera tomado en consideración derechos constitucionales sociales como el derecho al trabajo o la protección de la salud (arts. 35 y 40), ninguno de los cuales, como manifiesta críticamente el tercer voto particular, “merece la atención”, yo diría más claramente que ni la más mínima atención, “de la posición mayoritaria”.

En apoyo de su tesis se acude también a una determinada interpretación del art. 7.5 de la LISOS (no sé si la ITSS será precisamente del mismo parecer), afirmándose por la Sala que la falta de llevanza o incorrecta llevanza del registro “no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante” (me pregunto qué significado hay que dar, jurídicamente hablando, a estos dos términos), lo que obliga “a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el art. 7.5. No se trata en la sentencia de abordar la regulación del derecho sancionador en el ámbito laboral, por lo que no tiene mucho sentido a mi parecer entrar a debatir sobre la tipificación de las faltas y su consideración de leves, graves o muy graves.

13. En fin, alguna preocupación parece, dicho sea con la debida consideración y respeto, que debe tener el TS sobre las consecuencias no ya sólo jurídicas sino también sociales en punto al ejercicio de los derechos de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo, y señaladamente de la prueba de realización de horas extraordinarias, porque si no fuera así no se entendería la expresa manifestación efectuada en el último párrafo del fundamento de derecho quinto de que la solución dada por la sentencia “no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de las horas extraordinarias” (es decir, sí se ha planteado la Sala el impacto de su sentencia y ahora quiere argumentar que no va a implicar perjuicio alguno para el trabajador) y acude al marco normativo vigente, laboral y civil, para justificar su tesis (me pregunto cuántos trabajadores tienen conocimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de las posibilidades que teóricamente ofrece), cual es la siguiente: a final de mes la empresa debe notificar al trabajador el número de horas extras que ha realizado, o en su caso su no realización. “lo que le permitirá reclamar frente a esta comunicación”.

Como la Sala, integrada por juristas que conocen bien la realidad social, sabe que es posible (¿solo posible, o muy posible en bastantes ocasiones?) que esta comunicación no se produzca aun habiendo realizado horas extras, le da la solución al trabajador para defender con éxito sus derechos; es decir, para poder probar las horas extras realizadas “tendrá a su favor el artículo 217-6 de la 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 si las realizó”.

Me va a resultar difícil explicar a mis alumnos y alumnas cómo puede probar un trabajador que ha realizado horas extras cuando no dispone de ningún documento que lo acredite, pero en fin a buen seguro que a un trabajador que se encuentre en tal situación se le agudizará el ingenio para poder probar que las realizó, con el apoyo que para ello permite la tecnología, pero no me negarán que ello también supone pedirle un esfuerzo

al trabajador que no me parece que esté dentro de las obligaciones de su contrato de trabajo.

14. Voy concluyendo. En suma, el TS es del parecer que la sentencia de la AN, además de interpretar incorrectamente el art. 35.5 de la LET, impuso limitaciones al poder empresarial que vulneraba la sacrosanta libertad de empresa reconocida en la Constitución, la doctrina del TC al respecto y el marco legal regulador del poder de dirección; un poder de dirección además que podría ejercerse, sin que nuevamente alcance a comprender por mi parte qué sentido tiene tal referencia en este caso concreto, por decisión unilateral del empleador al no tratarse de una modificación esencial de condiciones de trabajo.

Una sentencia, sin duda, que tendrá relevancia práctica innegable y que merecerá, ya ha sido así, numerosos parabienes desde algunos ámbitos empresariales y de asesoramiento jurídico empresarial, pero que no da respuesta adecuada a mi parecer, a la realidad en la que se encuentran un gran número de trabajadores día tras día en el mundo del trabajo, y que deberán esperar a que el parlamento proceda a una modificación de la normativa vigente. Por ello es muy útil, socialmente hablando aunque no tenga el valor jurídico que le daría ser el fallo de una sentencia, terminar esta entrada con una transcripción del último párrafo del tercer voto particular: “El tiempo de trabajo es sin duda una condición de trabajo de gran relevancia social y económica donde se ven implicados diversos intereses de empresarios y trabajadores, lo que debería haber conllevado a esta Sala, ante la realidad social de una crisis generalizada que afecta a grandes sectores de nuestra sociedad, a confirmar la interpretación evolutiva del artículo 35.5 del ET, lamentando que ello no sea así considerado por la mayoría de la Sala, lo que estimo resta relevancia y legitimidad a su doctrina”.

Buena lectura de la sentencia.

### **3. 18 de junio de 2017. Unas notas sobre la Proposición de Ley del PSOE, de 15 de junio de 2017, sobre registro de la jornada diaria de trabajo (actualización a 23 de junio).**

1. El jueves 15 de junio, a las 13:01:34 según consta en el sello de registro de la entrada, fue presentada en el Congreso de los Diputados la “Proposición de ley por la que se modifica el artículo 34 del 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”. Con dicha Proposición se pretende incluir en la normativa laboral, y modificar consiguientemente la reguladora de la potestad sancionadora, “la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador”.

El debate sobre el registro de la jornada diaria de trabajo ha ocupado lugar preferente en este blog, con el estudio, análisis y crítica de la doctrina judicial de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desde su primera sentencia del caso Bankia, seguida por las de los asuntos ABANCA y Banco Sabadell, y de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de marzo de este año, que estimó el recurso empresarial contra la primera de la AN, a la que siguió, formando jurisprudencia al efecto, la del 20 de abril, que reprodujo literalmente la fundamentación jurídica de la anterior. También he prestado atención a los diversos criterios técnicos emitidos por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el control del registro de jornada

diaria, tanto en los contratos a tiempo parcial como en los formalizados a tiempo completo, criterios que han ido variando al hilo de los cambios operados en sede judicial y siendo el último publicado el núm. 1/2017. Por ello, no es momento de reiterar mis tesis sobre aquello que expuse en diversas entradas y es suficientemente conocido: la conveniencia práctica y la existencia de cobertura jurídica del registro de la jornada diaria de trabajo.

2. Sí es necesario recordar, porque se encuentra en la base de la proposición de ley, que [la sentencia del TS de 23 de marzo](#), aun cuando rechazó que la obligatoriedad del registro de la jornada ordinaria de trabajo tuviera cobertura en el marco normativo vigente, sí manifestó que “Ciertamente 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”.

También me permito recordar que mi [entrada dedicada al examen de la Instrucción 1/2017](#) finalizaba de esta forma: “... Y ahora, a esperar la más que previsible presentación por algún grupo político de la oposición al gobierno de una propuesta de reforma del art. 34 de la LET. Se admiten apuestas”. No era, ciertamente, una mera suposición, ya que tenía conocimiento del interés por parte de juristas cercanos al PSOE y de miembros del propio grupo político, de presentar tal propuesta de reforma, que ahora se ha hecho realidad.

Cuál será la reacción que provoque con ocasión del debate en el Congreso es algo que ya es mucho más difícil de predecir, ya que, si bien el parecer contrario del grupo popular puede darse por seguro, sí tengo curiosidad por conocer cuál será el de los grupos de Ciudadanos y PNV, así como también de los parlamentarios del PDeCat integrados en el grupo mixto. Presumo también que los restantes grupos parlamentarios darán su apoyo a la proposición, a excepción de algún miembro del grupo mixto.

Son de interés, al respecto del debate, [unas buenas reflexiones del letrado Pere Vidal, de PwC](#), sobre si las sentencias del TS han significado un punto final, o simplemente un punto y seguido, puestas de manifiesto en un reciente artículo publicado en la revista *Iuris&Lex* y que ha merecido un cruce de comentarios en la red social LinkedIn.

3. Pero, dejemos la política ficción y sigamos con el comentario del [texto presentado, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el viernes 23 de junio](#).

Antes de proseguir mi comentario, reproduzco el texto de la proposición, que verán inmediatamente los lectores y lectoras del blog que no afecta únicamente al art. 34 de la LET. Cabe indicar que el texto registrado en el Registro General de la Secretaría General del Congreso hace referencia en la modificación del art. 4.2 a “las trabajadoras”, mientras que en el art. 34.1 se menciona a “la persona trabajadora”. Cabe

pensar razonablemente que el texto propuesto afecta a todas las personas que prestan sus servicios por cuenta ajena y que son regulados por la LET. El texto publicado en el BOCD es idéntico al de la Proposición de Ley registrada el 15 de junio.

“Artículo primero. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Uno. Se modifica el artículo 4, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, con la adición de una nueva letra g), desplazando las letras actuales, con la siguiente redacción:

"Art. 4. Derechos laborales

2. En la relación de trabajo, las trabajadoras tienen derecho:

g) A la distribución regular de su jornada."

Dos. Se modifica el artículo 34, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, con la siguiente redacción:

"Artículo 34. Jornada

1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La jornada de cada persona trabajadora se registrará día a día. Este registro de jornada será diario y deberá incluir el horario concreto de entrada y salida de cada persona trabajadora.

La organización del registro de jornada y el acceso de la persona trabajadora al mismo se realizará en la forma establecida en los convenios colectivos de aplicación.

La empresa conservará los registros de jornada durante cuatro años y permanecerá en el centro de trabajo a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual."

Artículo Segundo. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 4 de agosto.

Uno. Se modifica el artículo 7, apartado 5, del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 4 de agosto, con la siguiente redacción:

"Artículo 7. Infracciones graves. Son infracciones graves.

5. La transgresión de las normas relativas a la obligación de registro de la jornada así como de los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores".

Disposición final única. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Adjunto a continuación el texto comparado de la normativa vigente y de la proposición de ley.

<b>Normativa vigente.</b>	<b>Proposición de Ley.</b>
<p>Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores</p> <p>Artículo 4. Derechos laborales. 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:</p> <p>a) A la ocupación efectiva.</p> <p>b) A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.</p> <p>c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.</p> <p>Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se</p>	<p>Uno. Se modifica el artículo 4, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, con la adición de una nueva letra g), desplazando las letras actuales, con la siguiente redacción:</p> <p>"Art. 4. Derechos laborales 2. En la relación de trabajo, las trabajadoras tienen derecho:</p>

<p>trate.</p> <p>d) A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales.</p> <p>e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.</p> <p>f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.</p> <p>g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.</p> <p>h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.</p> <p>Artículo 34. Jornada.</p> <p>1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.</p> <p>La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio</p>	<p><b>g) A la distribución regular de su jornada."</b></p> <p>Dos. Se modifica el artículo 34, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, con la siguiente redacción:</p> <p>"Artículo 34. Jornada</p> <p>1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.</p> <p><b>La jornada de cada persona trabajadora se registrará día a día. Este registro de jornada será diario y deberá incluir el horario concreto de entrada y salida de cada persona trabajadora. La organización del registro de jornada y el acceso de la persona trabajadora al mismo se realizará en la forma establecida en los convenios colectivos de aplicación. La empresa conservará los registros de jornada durante cuatro años y permanecerá en el centro de trabajo a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.</b></p> <p>La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual."</p> <p>Artículo Segundo. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y</p>
--	--

<p>en cómputo anual.</p> <p>Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 4 de agosto.</p> <p>Artículo 7. Infracciones graves. Son infracciones graves: 5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.</p>	<p>Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 4 de agosto.</p> <p>Uno. Se modifica el artículo 7, apartado 5, del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 4 de agosto, con la siguiente redacción: "Artículo 7. Infracciones graves. Son infracciones graves: 5. La transgresión de las normas <b>relativas a la obligación de registro de la jornada, así como de los límites legales o pactados</b> en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12,23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores".</p>
--	---

4. La Proposición de Ley consta de una amplia, detallada y bien argumentada Exposición de Motivos, en la que se nota, sin duda, que han participado en su redacción personas bien conocedoras del mundo jurídico laboral real; es decir, quienes conocen la diferencia entre el marco normativo y su aplicación; entre quienes saben cuál es, por ejemplo, la regulación normativa de la jornada de trabajo en el contrato a tiempo parcial y cuál es el grado de inaplicación de aquella: entre quienes conocen cuál es el marco normativo de la regulación de las horas extraordinarias y cuál es la realidad de su frecuente realización sin abono económico de ningún tipo; entre quienes conocen perfectamente la regulación de la jornada ordinaria de trabajo y el marco de flexibilidad que ya permite la normativa vigente para su distribución irregular, y aquello que es la jornada de trabajo ordinaria real y sus modificaciones frecuentes en cuanto a los días y horas de trabajo por decisión unilateral del empleador.

Quizás por todo ello no sorprenderá que, tras recordar de la importancia de la normativa sobre jornada máxima de trabajo y su indisponibilidad para las partes, se añada inmediatamente que “No obstante, la realización de un tiempo de trabajo superando la jornada laboral legal o convencionalmente establecida se ha convertido en una realidad cotidiana y generalizada en nuestro tejido empresarial, incidiendo de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo y el salario, con relevante influencia en la vida personal, e incluso emocional, de la persona trabajadora, al dificultar la conciliación familiar. Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada”. Manifestación más



dura se realiza al referirse a la contratación a tiempo parcial, ya que, tras examinar la normativa vigente, se afirma con contundencia que “la extralimitación de la jornada se convierte en regla general y el trabajo a tiempo parcial, por mandato legal, se convierte en un tiempo completo”; y no menos lo es con respecto al fraude en las horas extraordinarias no cotizadas a la Seguridad Social, con datos cuantitativos de su importancia.

No hace falta decir que las personas conocedoras, y muy bien, de dicha normativa, no son “juristas de laboratorio”, sino miembros de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, aunque también haya, y bienvenida sea, algunos “juristas de laboratorio” que tienen especial interés en el cumplimiento (simplemente eso, que a día de hoy no es poca cosa, el cumplimiento) de la normativa vigente y que también creen que hay que introducir cambios en la misma para velar por su correcta aplicación.

5. La lectura de dicha Exposición de Motivos permite recordar algunas ideas o tesis consustanciales al Derecho del Trabajo en general y a las relaciones laborales en concreto, bien expuestas como paso previo a la justificación de la Proposición. Por ejemplo, el trabajo prestado durante un tiempo “es un elemento indisociable de la contraprestación empresarial concretada en el salario, que ha de ser siempre cuantitativamente proporcional a aquel”. O, que las largas jornadas de trabajo “tienen repercusiones evidentes en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, afectando tanto al riesgo de una mayor accidentabilidad como al incremento de los factores de riesgo psicosocial, y no menos a la dificultad de conciliación de la vida familiar y laboral.

Tras las mismas, es cuando se procede a recordar el marco normativo vigente, y el impacto de la doctrina judicial, no sólo de la AN sino también del propio TS en etapas anteriores al cambio operado por la sentencia de 23 de marzo, y pone de manifiesto que “el registro diario es el presupuesto que permite la contabilización de todas las horas que se realizan, para deducir luego la existencia de horas extraordinarias, y la falta de registro impide todo control”. Igualmente, se repasan las Instrucciones emitidas por la Dirección General de la ITSS, relativas al control de la jornada de trabajo en los contratos a tiempo parcial, y también en los contratos a tiempo completo.

Es importante destacar, y así lo hace la Exposición de Motivos, que muchas obligaciones que asume el empresario en el marco de la relación laboral requieren la necesidad de controlar el cumplimiento de la actividad desarrollada, y que para ello es necesario tener conocimiento de cuál es el tiempo (= jornada) durante el que la persona trabajadora presta sus servicios, no siendo menos importante ciertamente que el poder organizativo empresarial, que conlleva el posible poder sancionador en caso de incumplimientos, requiere de un conocimiento de cuál es el tiempo de trabajo en el que la persona trabajadora está a las órdenes de la empresa. Sin ánimo de exhaustividad, se listan entre las primeras “el respeto a la integridad física de las personas trabajadoras, el respeto de los descansos legal o convencionalmente establecidos, la obligación de satisfacer la remuneración pactada o legalmente establecida y que la misma esté en función de la jornada-“.

Si bien la novedad más relevante de la propuesta de reforma es la introducción en la norma (art. 34 de la LET) de la obligación del registro diario de la jornada de trabajo, muy importante, y que sin duda puede desactivar muchas críticas ya realizada al intento

de cambiar el marco normativo actual, es que la concreción de dicha obligación se lleve a cabo en vía convencional, es decir por medio del convenio colectivo “aplicable”, ya sea el de sector o de empresa, sin mayor especificación sobre la prioridad que deba otorgarse a uno u otro, justificándose la propuesta porque son tales convenios “los que establecen las reglas sobre jornada máxima y suelen regular las obligaciones de registro de la misma”.

No menos importante es la incorporación expresa, en la modificación propuesta del art. 4.2 de la LET, del derecho a una distribución regular de la jornada, que es, al menos teóricamente hablando, la regla general que rige las relaciones de trabajo, siendo la irregularidad la que debe estar expresamente recogida en norma convencional, a salvo de la posibilidad ya ofrecida legalmente al empleador por el actual art. 34.2 de la LET de distribuir irregularmente el 10 % de la jornada de trabajo, si bien con la obligación de comunicar al trabajador afectado por el cambio la modificación con cinco días de antelación, así como su concreto contenido. El conocimiento de la realidad laboral vigente, que lleva a proponer el cambio normativo, queda bien patente en la Exposición de Motivos cuando se afirma que el derecho a la distribución regular de jornada, que ahora se pretende recoger de forma expresa para que la actividad laboral sea conciliable con la vida personal y familiar del trabajador, “es vulnerado sistemáticamente, tanto en las cláusulas de los contratos que incorporan que la persona trabajadora prestará servicios de “lunes a domingo según las necesidades de la empresa”, cómo en la práctica, durante el desarrollo de la relación laboral, a través de decisiones unilaterales de la empresa sobre los días en que se debe realizar esa prestación laboral, creando un trabajo “a la carta”.

En fin, dos cuestiones de indudable interés e importancia jurídica, a efectos administrativos y judiciales, son, en primer lugar, el período durante el cual la empresa quedaría obligada a la guarda y custodia de los registros de jornada, que se cifran en cuatro años en la Proposición de Ley por ser el plazo general de prescripción “de todas las acciones derivadas del contrato, tanto laborales como de Seguridad Social”; y en segundo término, la tipificación jurídica de la infracción, que se considera como grave, “para clarificar que la falta de registro de la jornada no es una mera infracción formal o documental, sino que tiene un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo, pues es el medio habilitado por la norma para probar la jornada efectiva y para poder verificar la adecuación a la legalidad de la actuación de la empresa”.

6. Concluyo. Ahora toca esperar al debate parlamentario. Mientras tanto, buena lectura.

#### **4. 21 de septiembre de 2017. Sobre el obligatorio registro de las horas extraordinarias y la carga de su prueba (tras las sentencias del TS sobre no obligación del registro de la jornada ordinaria). Notas a la sentencia del TSJ de Castilla-León de 9 de junio de 2017.**

1. Las redes sociales son una buena fuente de información sobre cuestiones jurídicas a la que en muchas ocasiones es difícil llegar directamente por la acumulación de material existente. En efecto, aunque por mi parte hago un seguimiento regular de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de la doctrina judicial de la misma Sala de la Audiencia Nacional, es mucho más complicado seguir las resoluciones judiciales de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, dado el volumen de actividad de todas ellas.

Viene a cuento esta breve introducción para poner de manifiesto que la sentencia que anoto en la presente entrada del blog es importante a mi parecer y que, probablemente, no hubiera sido objeto de atención, salvo si hubiera escrito un artículo más detallado para alguna revista jurídica sobre jornada de trabajo, si no hubiera tenido conocimiento de ella a través de la red social LinkedIn, y más concretamente de su publicación por el [Sr. Juan Pablo Parra Gutiérrez, Inspector de Trabajo y Seguridad Social](#), con una breve anotación que captó inmediatamente mi atención: “Interesante sentencia sobre registro de horas extras asumiendo ya la doctrina del Tribunal Supremo al respecto”.

Tras la lectura, confirmo la tesis del carácter interesante de la sentencia y añado ahora por mi parte que el TSJ (no puedo valorar la sentencia recurrida del Juzgado de lo Social porque no he tenido oportunidad de leerla) formula unas excelentes reflexiones y consideraciones jurídicas sobre cómo y de qué de manera la empresa está obligada a llevar el registro de las horas extraordinarias de trabajo, a quién corresponde la carga de su prueba, y también sobre la aplicación de la normativa española y europea de protección de datos; sentencia, por todo ello, de muy recomendable lectura. Desconozco si la empresa ha recurrido la sentencia en casación ante el TS, y si así fuera será también muy interesante conocer la respuesta de éste.

2. Pero, no adelantemos acontecimientos y centrémonos, con la brevedad de un artículo de blog, en la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León de 9 de junio](#), de la que ponente el magistrado Rafael López Parada, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ponferrada el 16 de febrero de 2007, que estimó la demanda presentada por reclamación de cantidad.

De los hechos probados de la sentencia de instancia interesa ahora destacar que el litigio afecta a un trabajador de una empresa de industrias cárnicas que desempeñaba labores de comercial, con aplicación de convenio colectivo estatal del sector. Su jornada de trabajo era de lunes a viernes, y quedó probado que trabajó gran parte de los sábados en el período comprendido entre diciembre de 2015 y noviembre de 2016. Por otra parte, y sin duda con especial interés para la resolución del caso, debemos conocer también que la empresa disponía de cámaras de seguridad, que no guardaban las grabaciones efectuadas “más de quince días”. Queda constancia de que la empresa no llevaba registro diario de la jornada de sus trabajadores y que por consiguiente no les entregaba documento sobre las horas trabajadas.

La demanda se interpuso como consecuencia de la deducción de cantidades correspondientes a dos pedidos y, más importante por lo que afecta a la cuestión jurídica ahora examinada, por no haber abonado la empresa las horas trabajadas los sábados “como horas extraordinarias”.

3. Ante la sentencia estimatoria de instancia, el recurso de suplicación se articula en base a la regulación contenida en los apartados a) b) y c) del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

A) Respecto al primero (“Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión”), se pidió la nulidad de la sentencia con la tesis de que la

sentencia había declarado como probados “hechos sobre los que no se ha practicado la más mínima actividad probatoria”, con alegación de vulneración del art. 24.1 CE, art. 218.2 LEC y art. 97.2 LRJS.

La Sala rechazará la petición de nulidad por considerar (vid fundamento de derecho primero) claramente fundamentada la sentencia para llegar a la conclusión de que se prestaban servicios los sábados, que la realización de la actividad laboral ese día no estaba prevista con carácter ordinario en el convenio colectivo de aplicación, y que por ello era obligatorio llevar un registro horario de las horas extraordinarias efectuadas, fundamentando su conclusión en los términos que quedan recogidos en aquella. De ahí que proceda la desestimación del recurso respecto a esta pretensión, sin que en su resolución, afirma con plena corrección jurídica a mi entender la Sala, “corresponda analizar la corrección de dicha valoración ni la correcta distribución de la carga de la prueba”.

B) En relación con el segundo (“Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”), la no aportación de prueba documental o pericial que lo ampare llevará a la Sala igualmente a su rechazo. El debate se centra en cómo valoró la sentencia de instancia la prueba testifical, que llevó al juzgador a entender existente la realización de la jornada de trabajo de lunes a viernes en los términos recogidos en los hechos probados, y de qué manera se produjo una “inversión de la carga de la prueba”, cuestión jurídica sin duda relevante pero que debe ser objeto de análisis, valoración y resolución al responder a la pretensión formulada de acuerdo al apartado c) del art. 193 LRJS, de tal manera que si se estimase “ello daría lugar, efectivamente, a la supresión del inciso que se pretende” (vid fundamento de derecho segundo).

C) El núcleo duro y relevante de la sentencia se encuentra en el fundamento de derecho tercero, en el que la Sala da respuesta a la tesis de la parte de recurrente de haberse infringido en instancia el apartado c) del art. 193 LRJS, es decir haberse infringido normas sustantivas o jurisprudencia, sustentando tal argumentación en la presunta vulneración del art. 35 de la Ley del Estatuto de los trabajadores en relación con el art. 217.2 de la LEC, relativo a la carga de la prueba (“Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”).

Es obvio, pues, que la tesis de la empresa era que no se realizaban horas extraordinarias y que por ello no era obligatorio llevar el registro regulado en el art. 35 de la LET. Para conocer más exactamente la tesis empresarial me permito reproducir textualmente un breve fragmento del primer párrafo de la sentencia del TSJ, en donde puede leerse que la empresa argumenta que “para determinar si se realizaban o no horas extraordinarias no basta con que se supere el límite semanal de horas, no bastando con que se trabaje los sábados, en contra de la previsión del convenio colectivo aplicable. Por tanto, sostiene que no ha incurrido en una omisión del cumplimiento de sus obligaciones en relación con el registro de horas que habilite a la Magistrada de instancia para invertir la carga de la prueba. Argumenta además que la prueba testifical acreditaría que la jornada realizada de lunes a viernes no es la declarada probada. Y finalmente dice que, aunque falte el registro horario, ello no es suficiente para invertir la carga de la prueba sino que, con cita de sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 2016 (suplicación 1242/2016 ),

sería preciso para ello, además, que se aportara un indicio o principio de prueba de la realización de dicha jornada”.

Observamos, pues, una triple argumentación: no existen necesariamente horas extras aunque se supere el límite semanal de horas y se trabaje un día (sábado) no previsto en el convenio de aplicación; su insistencia en la afirmación de cual (no) era la jornada de trabajo del trabajador, en contra de la tesis del juzgador; la obligación de aportar por la parte demandante algún indicio o prueba de la realización de tales horas extras, siendo insuficiente para afirmar que se han realizado que la empresa no lleve un registro horario de la jornada de trabajo.

4. La Sala realiza en primer lugar un breve repaso de la reciente, y polémica, jurisprudencia del TS sobre el registro de jornada, sentada en sentencias de 15 de marzo y 20 de abril de 2017, recordando que la Sala sólo lo requiere, en contra del criterio de la Audiencia Nacional, cuando se realicen horas extraordinarias, aquellas que surgirán “por la realización día a día de jornadas superiores a la establecida”, si así ocurriera.

La sentencia del TSJ, necesariamente ha de partir de los hechos probados en instancia, una vez que han sido rechazadas las pretensiones de nulidad y de revisión de los hechos probados de la sentencia, y en este punto se recuerda que la jornada de trabajo regulada en el convenio aplicable era de lunes a viernes, y que el trabajador prestó sus servicios durante numerosos sábados desde diciembre de 2015 a noviembre de 2016.

Que dicha prestación laboral es extraordinaria es claramente deducible a partir de la lectura del art. 35.1 y la definición que realiza de horas extras, aquellas que se realicen “sobre la duración máxima de la jornada de trabajo fijada de acuerdo con el artículo anterior”, artículo que regula jornada anual máxima de trabajo y que para su concreción remite a lo dispuesto en lo pactado en sede convencional colectiva o en los acuerdos contractuales individuales. Por tanto, si se trabajan horas “fuera de jornada ordinaria” serán extraordinarias, pudiendo remunerarse o compensarse mediante horas de descanso, pero en ningún caso, lo dice con acierto la Sala, “dejan de ser horas extraordinarias”.

Que sean compensadas por tiempo de descanso posterior no implica en ningún caso que dejen de ser extraordinarias, ya que si no lo fueran no deberían ser remuneradas en los términos que establezca el convenio aplicable o compensada por descansos de otros tiempos de trabajo regulados convencionalmente, Por consiguiente, concluye la Sala, al no existir en la empresa un registro de horas, habiéndose realizado horas extraordinarias, “el artículo 35 del Estatuto de los trabajadores había sido vulnerado”.

A mayor abundamiento, señala la Sala, consta en los hechos probados de la sentencia, que otro trabajador de la empresa había realizado horas extras que la empresa le había compensado con tiempo de descanso, sin que existiera registro de tales horas; o lo que es lo mismo, por decirlo con las palabras de la propia sentencia, “consta que ese trabajador realizaba horas extraordinarias y que las mismas no eran registradas”, conclusión que le lleva a manifestar inmediatamente que se ha producido la vulneración del art. 35.5 de la LET, acudiendo, con respecto a la carga de la prueba, a su [sentencia de 13 de octubre de 2016](#), de la que fue ponente la magistrada Susana María Molina (por cierto, aportada por la parte recurrente para fundar su argumentación), en la que se recoge la tesis de la necesidad de conjugar la carga de acreditar que se ha realizado un

exceso de jornada con el principio de facilidad probatoria, y por consiguiente “desatendida la carga procesal que pesaba sobre la demandada ex artículo 217 LEC , no cabe ahora depositar sobre el trabajador las consecuencias perniciosas derivadas de dicho incumplimiento, pues fue éste diligente tratando de traer al proceso los instrumentos de prueba adecuados para la constatación de su pretensión, recordando que ha declarado la doctrina jurisprudencial que dicho el registro es el mecanismo legal idóneo de acreditación de la jornada”.

5. ¿Han existido indicios de realización de horas extras en el caso concreto enjuiciado? Si la respuesta es afirmativa, ¿ha actuado la empresa de forma diligente para probar su inexistencia? ¿A quién corresponde la valoración de la prueba en el proceso laboral?

Son preguntas que la Sala responde de forma meticulosa en el apartado f) de su sentencia, destacando el papel relevante del juzgador de instancia para la valoración, y los medios de que dispone para formar su convicción y para distribuir, en su caso, la valoración de la carga de la prueba, recordando la Sala que la revisión de los hechos probados de instancia, y por consiguiente la valoración de las pruebas, es limitada, “esto es, cuando no concurren las condiciones que habilitaban al órgano judicial para adoptar esa decisión, o cuando se hayan adoptado de forma contraria a la lógica o con criterios arbitrarios respecto a la solución adoptada por el mismo órgano en casos iguales”, añadiendo que aquello que no puede llevarse a cabo en suplicación, por carecer el tribunal de competencias al respecto, “... es sustituir la decisión del órgano judicial de instancia por la suya propia. Es posible que la decisión pudiera haber sido otra, igualmente válida, siempre y cuando se produzca dentro del margen de libertad de apreciación del órgano judicial, pero en tanto dicho margen no se haya superado la decisión adoptada por el órgano de instancia ha de ser respetada”.

Prudencia jurídica, sin duda, en las afirmaciones anteriores, que en cualquier no afectan a la resolución finalmente adoptada por la Sala, cuál será la desestimación del recurso de suplicación por haber quedado acreditado tanto la realización de horas extraordinarias como la inexistencia de registro de jornada por la empresa.

En efecto, la prudencia jurídica de la Sala no le lleva a concluir que el juzgado de instancia haya incumplido la normativa sustantiva y procesal vigente, sino que va a proceder a ratificar su tesis, siendo de especial interés el apartado f) de la sentencia, en el que la Sala analiza con todo detalle la importancia de las peticiones formuladas por la parte trabajadora para poder demostrar la realización de horas extras, en concreto las grabaciones de las cámaras de seguridad durante todo el período en el que discute sobre si se han realizado o no aquellas, y la respuesta de la empresa, afirmando esta que se habían destruido las grabaciones reclamadas por el juzgado tras que la demanda solicitara su aportación, “sin prueba al respecto” por su parte; es decir, nos encontramos ante una petición de prueba de indudable importancia para determinar la existencia o no de horas extras (por el trabajo en un día de la semana no laborable según el convenio colectivo aplicable), siendo así que lo único de lo que queda constancia en instancia es de la manifestación empresarial de haber destruido las imágenes, sin que conste en la sentencia recurrida “hecho probado alguno sobre la política de la empresa sobre la gestión de tales grabaciones y el tiempo de su conservación”.

Es llegado a este punto cuando la Sala procede a un cuidado análisis de la normativa sobre protección de datos, con mención expresa a los art. 4.5 y 16.5 de la [Ley Orgánica](#)

[15/1999de 13 de diciembre de 1999, de protección de datos](#), y, más importante aún, del reciente [Reglamento UE/2016/679 de 27 de abril de 2016](#), sin olvidar las referencias al [Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre](#) y la [Instrucción1/2006 de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos](#), "sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras", distinguiendo entre aquello que sería la destrucción de las imágenes y su diferencia con el "bloqueo de los datos".

Remito a dicha detallada explicación y subrayo que la Sala concluye que durante el período intermedio entre el bloqueo y la destrucción, "las imágenes están a disposición de las autoridades administrativas y de los órganos judiciales, lo que significa que no puede admitirse la alegación de la empresa, además no probada, sobre la destrucción de las imágenes, sin que por lo demás se plantee por la misma la cuestión sobre si las imágenes, una vez bloqueadas (que es la situación en la que deberían encontrarse cuando se presentó la demanda en la que se pedía su aportación), podían ser reclamadas judicialmente, como se hizo, para la finalidad aquí interesada. Todo lo cual hace entrar en juego también el artículo 94.2 de la Ley de la Jurisdicción Social", para enfatizar que "... no existe una mera alegación de parte, sino también una serie de elementos indiciarios y un intento probatorio de la parte de los hechos que alega, entorpecido por la actuación empresarial y su incumplimiento de la obligación de registro de la jornada, lo que justifica la decisión valorativa del órgano judicial de instancia", por lo cual, y nuevamente con la prudencia jurídica que caracteriza a mi parecer toda la sentencia, se afirma que la Sala "ha de atenerse a la decisión valorativa del órgano judicial de instancia, que se ha producido dentro de los márgenes legales que le corresponden".

Buena lectura de la sentencia... y a esperar en su caso la resolución del TS.

**5. 25 de mayo de 2017. (No) registro (obligatorio) de la jornada diaria de trabajo. Tras la jurisprudencia del TS llega la Instrucción 1/2017 de la ITSS, que "complementa" (y ni deroga ni sustituye en todo lo restante) la núm. 3/2016. Un apunte.**

1. ¿Era necesario un titular como el que esta nueva entrada del blog, en el que se hace expresa mención de que la nueva [Instrucción de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social \(núm. 1/2017, de 18 de mayo\)](#) "complementa una anterior ([núm. 3/2016](#)) relativa al control de la jornada de trabajo?

Pues sí, claramente lo era a mi parecer, porque quien lea atentamente la Instrucción 1/2017, que con extraordinaria, y lógica, rapidez ha sido difundida por las organizaciones empresariales y ya está disponible en las redes sociales, comprobará que lo único que hace es dictar las reglas precisas para que la actuación inspectora se ajuste a los términos de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, una vez que ya se han dictado dos sentencias estimatorias de los recursos de casación contra [sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional](#) y se ha declarado que no es obligatorio el registro de la jornada diaria de trabajo. Y nada más, o, dicho con mayor claridad, todos los demás criterios de actuación que deben guiar la actuación inspectora en cumplimiento de su misión de velar por el cumplimiento de la legalidad siguen plenamente operativos.

¿Y por qué es necesario a mi parecer destacar este carácter complementario y no de sustitución o derogatorio de la anterior instrucción sobre control de la jornada de trabajo (a tiempo completo, además, ya que la vigilancia de la normativa reguladora de la jornada de trabajo a tiempo parcial se contempla en la Instrucción 1/2016)? Porque en algún comentario que sobre la Instrucción 1/2017 he tenido oportunidad de escuchar parecería que hay un cambio radical en los criterios de la Inspección, y desde luego no es así a mi parecer.

Por consiguiente, mi primer consejo a todas las personas interesadas es que lean con mucha atención las tres páginas y medias de la nueva Instrucción, y que después, si son responsables de recursos humanos, asesores de empresas o de sindicatos, o representantes de los trabajadores, valoren cómo deben actuar las empresas en materia de registro de jornada y qué es aquello que les interesa más a cada parte, en el bien entendido que ciertamente la jurisprudencia del TS hará más difícil una parcela de la actuación investigadora de la ITSS, pero no cierra las puertas en absoluto a que vele por el cumplimiento de la legalidad y a imponer, en su caso, las sanciones que pudieran derivarse de la infracción de la normativa vigente legal y reglamentaria en materia de tiempo de trabajo.

2. Tuve conocimiento de la Instrucción 1/2017 por la noticia publicada ayer en el diario [eleconomista.es](http://eleconomista.es) “[Trabajo rectifica y no multará por omitir el registrohorario](#)”, firmada por uno de sus especialistas en asuntos jurídicos, el [redactor Pedro del Rosal](#). En dicho artículo, por cierto, se recogen unas acertadas consideraciones, muy relevantes desde la perspectiva práctica, del [letrado de PwC Tax&Legal, Pere Vidal](#), que subraya que “La Instrucción recuerda que en el ámbito administrativo-sancionador también aplica la prueba de indicios, que jugará en contra de aquellas empresas en las que, ante la constatación de la realización de jornadas superiores a la ordinaria, no dispongan de un registro que lo desvirtúe”.

Más adelante, y en la búsqueda de mayor información, encontré en LinkedIn una referencia a la citada Instrucción en un artículo del que se hacía referencia la [letrada María Chica,del bufete Roca Junyent](#), y tras su lectura pude acceder al [texto de la Instrucción](#), enviada el día anterior por la organización empresarial catalana Fomento del Trabajo Nacional a todas las empresas que forman parte de la misma y en la que se utiliza un lenguaje correcto al afirmar que la citada Instrucción se ha emitido para “adecuar” la actuación inspectora a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es decir, el texto ya es plenamente accesible para todos aquellos que deseen leerlo “de primera mano” y no dejarse guiar por las lecturas que otros puedan hacer del mismo, algo que, insisto, es muy interesante porque permitirá comprobar, tras la lectura, que la consideración de la no llevanza del registro de jornada diaria como no merecedora de sanción es solo una pequeña parte del documento.

El título de la Instrucción ya es suficientemente claro a mi parecer de aquello que es su finalidad. El nuevo texto es “complementario de la Instrucción 3/2016 de 21 de marzo”, que recordemos que llevaba por título “sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias”.

Pues bien, de las tres páginas y media de la nueva instrucción, una parte nada desdeñable, una página y media, está dedicada a explicar la jurisprudencia reciente del



TS, en virtud de la cual ([sentencias de 27 de marzo, dictada en Sala General](#), y de [20 de abril](#), que reproduce la fundamentación jurídica de la anterior) el art. 35.5 de la LET “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”. Dado que la Instrucción 3/2016 dedicaba una parte de su contenido a fijar criterios de actuación inspectora para aplicar las sentencias de la AN que han sido anuladas en esta cuestión concreta, la Dirección General de la ITSS ha creído necesario, con clara base jurídica para ello, “complementar la referida instrucción para adecuar la actuación inspectora a la interpretación que el artículo 35.5 del Estatuto de los trabajadores en las actuaciones inspectoras **en la materia que nos ocupa**”.

La negrita es mía, justamente para reseñar que sólo es en relación con el criterio del TS relativo a la llevanza del registro de jornada diaria como se procede a fijar un nuevo criterio de actuación inspectora, pero que no se alteran en absoluto los que guardan relación con la más genérica función de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo. O dicho con las propias palabras de la Instrucción, y a la vista de la sentencias dictadas por el TS, “la única materia que queda afectada en las futuras actuaciones inspectoras es la relacionada con la llevanza del registro de jornada, por cuando no siendo una obligación exigible a las empresas **con carácter general, la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no es constitutiva, en cuanto tal, de una infracción del orden social**” (la negrita es del propio texto); y por si quedara alguna duda se afirma con claridad que exime de cualquier comentario adicional, que “el resto de los aspectos de la instrucción se mantienen plenamente vigentes.

3. En buena medida, la argumentación expuesta en los apartados tercero, cuarto y quinto son un recordatorio de aquello ya recogido en la Instrucción 3/2016 y también, en lo que respecta a la jornada de trabajo en los contratos a tiempo parcial, en la Instrucción 1/2016, y por ello el nuevo texto afirma que “no está de más” advertir que las obligaciones de registro de la jornada diaria a tiempo parcial, así como también la de los trabajadores móviles en el transporte por carretera, de la marina mercante y ferroviarios, siguen estando plenamente vigentes, por existir normas específicas que la regulan, dado que “esta obligación no se cuestiona por las sentencias del Tribunal Supremo...”.

Por ello, conviene retener del texto de la nueva instrucción su tesis de que la ausencia de un control diario por parte de la empresa “no impide a la Inspección desplegar sus actuaciones de comprobación mediante las facultades de que dispone y que están reconocidas por la Ley 23/2015...”, insistiendo en que el control del tiempo de trabajo – la jornada – “siempre ha sido y sigue siendo posible, más aún por tratarse de una de las contraprestaciones básicas del contrato de trabajo”.

4. Recuerda la Instrucción que los “medios de convicción” a utilizar por la Inspección son relacionados en el anexo II, a, a) de la Instrucción 3/2016, al tiempo que también destaca que las informaciones a recopilar “se refieren a una pluralidad de aspectos y no se limitan al registro de la jornada diaria”. Dicha información debe servir para velar, a efectos del subsiguiente control, tal como expliqué en mi comentario a la Instrucción 3/2016, “por el cumplimiento de la normativa sobre registro de la jornada y de la consiguiente información que debe facilitarse a los representantes de los trabajadores, y en cuanto a las horas extras deberá vigilarse que se respeta el máximo legal fijado en la LET, así como la conformidad a derecho en todo lo que se refiere a su remuneración y

cotización a la Seguridad Social. En la última página (22) de la Instrucción, encontramos un buen cuadro resumen de los “presupuestos de hechos comprobados y resultados de la actuación inspectora”, refiriéndose al primero a la existencia de registro de jornada y de declaración de horas extraordinarias, y también al caso contrario de inexistencia de registro y/o declaración de las horas extras. Entre los incumplimientos que pueden detectarse en la actuación inspectora se señalan los de superación del límite máximo de horas extras, ausencia de registro de jornada, realización de horas extraordinarias no declaradas, no comunicar a la representación de los trabajadores las horas extras realizada, o enmascarar el abono de tales horas mediante conceptos salariales diferentes. En los resultados de las actuaciones practicadas, y en relación con cada incumplimiento comprobado, se hace referencia al requerimiento, al levantamiento de actas de infracción, de acta de infracción con estimación de perjuicios económicos, la liquidación de diferencias de cotización, o la comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social para la correcta imputación de las bases de cotización. ...”.

5. Por último, la Instrucción recuerda, didácticamente, que no llevar obligatoriamente un registro de jornada diaria no exime en modo alguno del cumplimiento de la normativa sobre horas ordinarias y extraordinarias, por lo que la cuestión litigiosa, que podría acabar en una sanción a la empresa por incumplimiento de la normativa laboral, se reconduce a la debida comprobación y acreditación del incumplimiento, algo que obviamente ya es así con arreglo al marco normativo pero que adquirirá mayor valor, y probablemente dificultad, ante “la falta de contabilización de horas por la empresa”, y en tal caso, explica también didácticamente la Instrucción, “la Inspección debe poder establecer los hechos en que basa los incumplimientos, que seguramente tendrán que ser completados por razonamientos o deducciones lógicas según la doctrina de la prueba indiciaria”.

Cita, supongo que para ayudar a la tarea inspectora, una interesante [sentencia de la Sala Penal del TS, de 18 de febrero de 2015](#), de la que fue ponente la magistrada Ana María Ferrer, para concluir taxativamente que aquello que es claro “es que la mera ausencia de registro de la jornada de trabajo no hace claudicar la función de control que tiene encomendada la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

6. Concluyo. Buena lectura, completa, de la Instrucción. Y ahora, a esperar la más que previsible presentación por algún grupo político de la oposición al gobierno de una propuesta de reforma del art. 34 de la LET. Se admiten apuestas.

## **6. 25 de septiembre de 2017. Control de la jornada de trabajo y del fraude en la contratación a tiempo parcial. Aprobación de una proposición no de ley del grupo socialista del Congreso.**

1. Dejo constancia en esta breve entrada de la aprobación por la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados de la [Proposición no de Ley presentada por el grupo parlamentario socialista el 22 de febrero de 2017, relativa a la adopción de medidas para evitar la explotación laboral mediante el control de la jornada de trabajo y el control del fraude en la contratación a tiempo parcial.](#)

[El texto fue sometido a debate el día 19 de septiembre en la citada Comisión](#), con la única oposición del grupo parlamentario popular, siendo aprobado por 17 votos a favor, 16 en contra y 3 abstenciones. No se aceptó por el grupo que presentó la proposición una enmienda del grupo de Ciudadanos por la que se pedía que se instara al gobierno a la realización de un estudio sobre en qué sectores se da el mayor fraude y qué mecanismos de control serían los más adecuados para su evitación.

El texto aprobado es el siguiente:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

— Adoptar las medidas necesarias para garantizar el registro de jornada de todos los trabajadores de la empresa, independientemente de la modalidad contractual que les vincule a la misma, mediante mecanismos adecuados y fehacientes, así como para que se fije como parte esencial del contrato de trabajo la distribución horaria de la misma.

— Reformar, previo diálogo social, la regulación del contrato a tiempo parcial para que este se utilice para necesidades de trabajo parcial, se modifique el régimen de las horas complementarias y del registro de jornada y se exija la constancia en el contrato del tiempo en el que se va a prestar servicios para garantizar el control fehaciente de la jornada.

— Revisar las sanciones por incumplimientos de las obligaciones en materia de jornada tanto en su cuantía, como su posible vinculación al número de trabajadores afectados.

— Potenciar las Campañas de Inspección de Trabajo en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

— Adoptar una regulación del tiempo de trabajo, previo diálogo con los interlocutores sociales, que permita recuperar el equilibrio de las relaciones laborales.

— Creación de un sello de Horario Racional para aquellas empresas que incorporen en sus Convenios Colectivos medidas de flexibilización del tiempo de trabajo. Incluirlo como prioritario en la responsabilidad social corporativa de las empresas.

— Difundir Modelos de Buenas prácticas en la implementación de horarios y reestructuración de tiempos laborales en las empresas.»

2. Resulta cuando menos curioso, a mi parecer, que el rechazo del grupo parlamentario popular se produjera en [la misma sesión](#) en que se aprobó su [Proposición no de ley relativa a la implantación del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para los años 2017-2020](#), en cuya introducción, y a los efectos de subrayar su importancia, se enfatizaba que “... El empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social constituyen una de las mayores amenazas al estado del bienestar, vulnera los derechos de los trabajadores y provoca competencia desleal hacia la gran mayoría de empresarios que cumplen con normalidad la legislación laboral y de Seguridad Social. El fraude constituye una agresión intolerable contra la calidad del empleo. Es por ello que no debemos conformarnos y tenemos que continuar trabajando intensamente y sin bajar la guardia para reforzar las instituciones de vigilancia y control de la normativa laboral y de Seguridad Social. A estos efectos, resulta prioritario

estudiar la implantación del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2017-2020, en colaboración con las Comunidades Autónomas y agentes sociales, con el objetivo de estructurar las actuaciones inspectoras de forma concreta y evaluable. Especialmente en materia de contratación, siniestralidad laboral, igualdad y no discriminación, y formación en el empleo, así como en materia de trabajo no declarado, empleo irregular y fraude a la Seguridad Social”.

A la citada proposición se añadió, por la aceptación del grupo que la presentó, de una enmienda presentada por el grupo socialista, por la que se pidió al Congreso que instar al gobierno a “a realizar una evaluación de todas las medidas contenidas en el Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social del año 2012 y que, a partir de esa evaluación, en colaboración con las comunidades autónomas y agentes sociales, se elabore una estrategia que incluya medidas normativas y planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con el fin de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas legales en relación con la contratación, siniestralidad laboral, igualdad y no discriminación y formación en el empleo, así como en materia de trabajo no declarado, empleo irregular y fraude a la Seguridad Social”.

Buena lectura.

### **7. 3 de mayo de 2018. Control de la jornada diaria de trabajo. ¿Enmienda la plana la AN al TS? Una nota a la cuestión prejudicial planteada en el Auto de 19 de enero de 2018.**

1. El Diario Oficial de la Unión Europea (C 252), publicaba el lunes 30 de abril la [cuestión prejudicial presentada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por auto de 19 de enero](#), del que fue ponente el magistrado Ramón Gallo.

¿Enmienda la plena la AN a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo? Desde luego, de la lectura de las tres preguntas planteadas por aquella al Tribunal de Justicia de la Unión Europea bien puede afirmarse que aborda el conflicto del control de la jornada diaria de trabajo desde un planteamiento bien distinto con el que fue tratado en las sentencias del TS de 23 de marzo y 20 de abril de 2017 que estimaron los recursos de casación interpuestos por entidades bancarias contra sentencias dictadas por la AN.

Sin duda alguna, al menos a mi parecer, ha tenido mucho que ver en el planteamiento de la cuestión prejudicial el que los sindicatos demandantes hayan instado a hacerlo y hayan propuesto textos concretos a los efectos de dicho planteamiento, que en buena medida han sido asumidos por la AN.

La temática ha sido objeto de atención por mi parte con mucho detalle en varias anteriores entradas, permitiéndome ahora remitir en especial a los lectores y lectoras a mi análisis de la primera sentencia dictada por el TS, publicado el 13 de abril del pasado año con el título [“Sobre el \(no\) registro de la jornada diaria de trabajo y la realidad social del tiempo en que vivimos. Análisis crítico de la sentencia del TS de 23 de marzo de 2017, con tres votos particulares suscritos por cinco magistrados y magistradas”](#).

2. El origen del auto, acompañado de otro [aclaratorio de 31 de enero](#) y en el que se recoge la argumentación de la Confederación Intersindical Galega (CIG), olvidada en el primero, respecto a la pertinencia, y su fundamentación, de presentar la cuestión

prejudicial, encuentra su origen en la demanda interpuesta el 26 de julio de 2017 por la Federación de Servicios de CCOO contra la entidad bancaria Deutsche Bank, en procedimiento de conflicto colectivo.

Repárese en la fecha referenciada, en cuanto que en ese momento ya se habían dictado la dos sentencias del TS que habían rechazado la existencia de una obligación empresarial de llevar el registro de la jornada diaria de trabajo para trabajadores que prestaran sus servicios a tiempo completo.

En el acto de juicio, celebrado el 8 de noviembre, el letrado de la parte demandante se ratificó en el contenido de la demanda, a la que se adhirió la UGT, y solicitó (en los mismos términos que se habían planteado los debates jurídicos anteriores en Bankia, Abanca y Banco Sabadell) que se declarara la obligación empresarial de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva realizada por el personal de la empresa, que permitiera “comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación”, así como también que se diera “traslado a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo”.

Según consta en el antecedente de hecho tercero, la parte demandante solicitó que con carácter previo a la resolución del litigio se formulase por la Sala cuestión prejudicial al TJUE.

La petición, como veremos más adelante, fue acogida por la Sala, y antes de formularla se acordó la suspensión de la tramitación del procedimiento y se dio audiencia a las partes para que emitieran su parecer sobre la conveniencia de presentar la cuestión prejudicial. Como era fácilmente de prever, la parte empresarial manifestó que no procedía plantearla, muy probablemente, aunque no se recoja en el texto de la sentencia, por disponer ya de jurisprudencia del TS que resolvía la cuestión de acuerdo a los intereses o tesis empresariales defendidos en los anteriores conflictos en entidades bancarias.

Todas las centrales sindicales manifestaron su parecer afirmativo a la presentación de la cuestión prejudicial. La argumentación más cuidada y detallada, sin duda, fue la del sindicato demandante, a la que se adheriría después la CGT, que consideró que debía formularse en términos que no serán muy diferentes en las dos primeras, desde luego, de los que presentará la AN. Las preguntas formuladas por CCOO para que fueran objeto de la cuestión prejudicial eran las siguientes:

“1.- ¿Es compatible con el Derecho de la Unión Europea, recogido en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, una legislación como la aplicada en España, según ha interpretado el TS, por el que no es exigible a la empresa que disponga de un sistema de registro de la jornada de trabajo

como instrumento idóneo para verificar el cumplimiento efectivo de la jornada debida, incluyendo un sistema que permita detectar los supuestos en los que ha incurrido en un exceso de jornada?

De forma supletoria, y para el caso de que se responda sobre la inexistencia de disponer de un sistema de registro:

2.- ¿Es compatible con el Derecho de la Unión Europea, recogido en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, una legislación como la aplicada en España, según ha interpretado el TS, por el que no es exigible a la empresa que disponga de un sistema de control de la jornada de trabajo efectiva que sea idóneo para verificar el cumplimiento efectivo de la jornada debida, incluyendo un sistema que permita detectar los supuestos en los que ha incurrido en un exceso de jornada?

3.- ¿Es compatible con dicha regulación que la empresa no facilite ni a los propios trabajadores, ni a los representantes de los trabajadores ni la Autoridad Laboral, la información de la que disponga la empresa sobre el grado de cumplimiento efectivo de la jornada de trabajo?

4.- En relación con las cuestiones anteriores, ¿el sistema de registro, o en su defecto, de control efectivo de jornada debe reunir características tales que permita deducir que recoge datos objetivos, verificables, y sobre el que exista alguna garantía de autenticidad en el sentido de incorporar el requisito de la calidad de los datos que recoge?

5.- ¿Es exigible, con arreglo al art. 22 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , que en los supuestos en los que la empresa pretenda implantar un régimen de jornada que pueda implicar la superación de los umbrales de jornada semanal fijados en la Directiva, o inferiores establecidos en la legislación nacional, ha de haber obtenido previamente y de manera verificable a la implantación del régimen de ampliación de jornada, el consentimiento de los trabajadores sometidos a dicho régimen, y ha de haber dado efectividad a un sistema de registro de la jornada de trabajo accesible a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, sin cuya realización dicho exceso de jornada sería ilegal?"

La argumentación de la UGT y de la CIG respecto al planteamiento de la cuestión prejudicial iban en muy parecidos términos a la que acabo de exponer. El sindicato autonómico gallego enfatizó además la posible vulneración de la normativa comunitaria sobre seguridad y salud en el trabajo, exponiendo que "Al no existir en el derecho español una norma que, con carácter general, establezca la obligación de las empresas de llevar un registro para el control diario de la jornada ordinaria, los trabajadores se ven privados de una "medida necesaria" -en los términos de las citadas Directivas- para garantizar la efectividad de los descansos legal y semanal y evitar las prolongaciones irregulares de jornada; con graves consecuencias asimismo para la creación de empleo y consiguiente disminución del desempleo".

3. En los fundamentos de derecho la Sala pasa revista primeramente a cuál es el desencadenante del conflicto, básicamente la aplicación e interpretación del art. 27 del convenio colectivo sectorial de banca, y del art. 5 del convenio de empresa (siendo la última modificación de 23 de noviembre de 2016”. Igualmente, queda constancia también de la existencia de un nuevo pacto de empresa suscrito el 7 de julio de 2016, con la fijación de un nuevo horario para determinados colectivos.

Pues bien, aunque existe una pluralidad y diversidad de horarios de trabajo en la empresa, no hay por su parte ningún tipo de registro que permita conocer el cumplimiento de la jornada ordinaria y, si se supera esta, de las horas extraordinarias. Sólo dispone la empresa (vid fundamento de derecho primero, 5) de “una aplicación informática (Absences Calendar) en la que se informa de todas las ausencias de día completo (vacaciones, permisos, bajas) sin que permita el control de la jornada efectivamente realizada ni el seguimiento de las prolongaciones de jornada que pudieran darse en cada momento”. Con ocasión de visitas efectuadas a los centros de trabajo en Madrid y Navarra se levantaron actas de infracción por parte de la ITSS con propuestas de sanción, si bien como consecuencia de la primera sentencia del TS (de 23 de marzo de 2017) fueron dejadas sin efecto.

4. La Sala procede a repasar cuál es la normativa aplicable al presente litigio, con una primera mención al art. 40.2 de la Constitución, para pasar después a la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial (art. 12.4 Ley del Estatuto de los trabajadores), de la jornada de trabajo (art. 34), las horas extraordinarias (art. 35), la figura del comité de empresa (art. 63.1), y sus competencias en materia de control del cumplimiento de la normativa laboral (art. 64.7). Sigue el repaso de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en concreto las competencias de los delegados sindicales (arts. 10, núms. 1 y 3), y más adelante de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sobre la figura de los delegados de prevención (art. 35.1) y sus competencias (art. 36.1).

No se olvida en modo alguno la cuidada resolución judicial de referirse a la normativa sobre jornadas especiales de trabajo, el Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre, con mención expresa a la regulación relativa a los trabajadores móviles (art. 10 bis), los trabajadores en la marina mercante (art. 18 bis), quienes prestan sus servicios en el transporte ferroviario (disposición adicional séptima) y en general las competencias de los representantes de los trabajadores en materia de jornada (disposición adicional tercera).

Tras el repaso normativo, le toca el turno al jurisprudencial, con una amplia transcripción de la sentencia antes citada de 27 de marzo, con tesis reiterada en la de 20 de abril de 2017, en la que el TS “ha descartado que con carácter general exista en el derecho interno una obligación empresarial de registrar la jornada ordinaria de trabajo”, con transcripción literal de los fundamentos de derecho segundo a quinto.

La Sala pasa revista a continuación a la normativa comunitaria que considera que es de aplicación, partiendo de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge en el art. 31.2 el derecho de todo trabajador “a la limitación de la duración máxima de trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales...”, para pasar después a mencionar la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los

trabajadores en el trabajo, arts. 4.1, 11.3 y 16; por último, se refiere a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, con mención expresa a su considerando 3 y a los art. 3 (descanso diario), 5 (descanso semanal), 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), 16 (períodos de referencia) y 22 (disposiciones varias).

5. Una vez que se ha expuesto la normativa interna y europea considerada aplicable, así como la jurisprudencia del TS, la Sala retoma la tesis planteada por parte sindical respecto a la obligación de la empresa de llevar a cabo el registro de los distintos horarios de trabajo pactados, que se basaría en “la interpretación de los arts. 34 y 35 del E.T en relación con el 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3 , 5 , 6 , 8 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 en relación a su vez con los arts. 8 del Convenio 1 de la OIT y 11 del Convenio 30 de la OIT”, siendo esta tesis rechazada por la parte empresarial que insiste que la cuestión objeto del presente litigio ya ha merecido respuesta en dos casos anteriores (las dos sentencias citadas del TS) en las que se debatía sobre un supuesto sustancialmente idéntico.

La Sala sí considera que ha lugar al planteamiento de cuestión prejudicial al amparo del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la UE, y ahora sí, sin interrogantes, puede afirmarse que le enmienda la plana al TS por no aceptar el planteamiento acogido en sus sentencias (que no se olvide que contaron con varios votos particulares), manifestando, a partir de la argumentación que realiza, que tiene consistentes dudas jurídicas sobre la tesis jurisprudencial de inexistencia general de la obligación de registro de la jornada diaria de trabajo y sí sólo obligación en los supuestos de trabajo a tiempo parcial, en los sectores de actividad antes referenciados (trabajadores móviles, marina mercante, ferroviarios) en los que expresamente se prevé, y cuando se realice horas extraordinarias. Las dudas se le plantean por diversos motivos que en unos casos son semejantes a las tesis defendidas en las sentencias que después serían casadas por el TS y en otros son complemento estadístico para fundamentar su decisión.

De esta forma, la Sala recuerda en primer lugar el dato de la EPA 2016 de un 53,7 % de horas extraordinarias realizadas que no son registradas como tales, y a continuación recuerda igualmente la argumentación de los informes emitidos por la Dirección General de Empleo el 31 de julio de 2014 y 1 de marzo de 2016 sobre la necesidad de conocer “con exactitud” el número de horas ordinarias de trabajo realizadas para poder comprobar si se han realizado horas extraordinarias, que fueron acompañadas poco después de la Instrucción núm. 3/2016 de la ITSS, con adopción de medidas para proceder al control por parte empresarial del registro diario de jornada (que después sería dejada sin efecto por la Instrucción 1/2017, dictada tras las sentencias del TS).

6. Leyendo las tesis de la AN me parece estar escuchando, o relejendo, las tesis expuestas en numerosos documentos de las organizaciones sindicales, de informes de diversas ITSS provinciales, de las propias sentencias de la Sala dictadas durante 2016, y de gran parte del contenido de los votos particulares emitidos a la sentencia de 27 de marzo de 2017.

Para la AN, en argumentación recogida en el apartado f) del fundamento de derecho 6, la interpretación de los art. 34 y 35 acogida por el TS lleva a que el trabajador carezca



de un medio probatorio y útil “para acreditar la realización de horas por encima de su jornada ordinaria”, que los representantes de los trabajadores no dispongan de la información necesaria para cumplir con su obligación de velar por el cumplimiento de la normativa laboral en la material, y que la ITSS no dispone de medios efectivos para cumplir con sus obligaciones de velar también por el respeto de la normativa laboral.

Dicho en otros términos, pero con la misma fundamentación y apoyo en la normativa comunitaria, la interpretación efectuada por el TS no permite comprobar el respeto de la normativa, ni por el trabajador directamente interesado, ni por sus representantes, quedando el control en manos única y exclusivamente del empleador, por lo que también se desconocerá el cumplimiento de las limitaciones de jornada para garantizar la prevención de la seguridad y salud en el trabajo. Con esta contundencia que exime de comentarios adicionales por mi parte (salvo, si acaso, la remisión a las entradas anteriores sobre esta temática en el blog) la Sala afirma lo siguiente: “La interpretación jurisprudencial de los arts. 34 y 35 E.T que exponíamos, en la práctica, comporta dejar en manos del empresario que haya o no control sobre la superación de la jornada ordinaria, así como que se respeten los descansos semanales y diarios y el cumplimiento de los horarios pactados, y llevanza del registro de trabajadores que prestan más de 48 horas de servicios semanales ya que la obligación de registrar diariamente la jornada se condiciona a los supuestos arriba referidos, lo que, a juicio de esta Sala, implica que el Derecho interno, no garantiza la efectividad del cumplimiento de los mandatos relativos a ordenación del tiempo de trabajo previstas en los arts. 3, 5, 6 y 22 de la Directiva 2003/88 CE, ni con carácter general en materia de prevención de riesgos laborales por el art. 4.1 de la Directiva 1989/391, privando a los representantes de los trabajadores de las fuentes de conocimiento necesarias para poder ejercer de forma eficaz las facultades que el art. 11.3 de la Directiva 1989/391 les encomienda”.

7. Por todo lo anteriormente expuesto, la AN formula tres preguntas al TJUE en la cuestión prejudicial elevada a su conocimiento y resolución que vienen a plantear, en síntesis, las dudas que tiene respecto a la adecuación de los arts. 34 y 35 de la LET, “según vienen siendo interpretados por la doctrina jurisprudencial” a la normativa comunitaria sobre limitaciones a la duración de la jornada, y al respeto de una normativa española como la citada, y nuevamente “según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada” que no obliga a las empresas a establecer un sistema de registro de la jornada diaria de trabajo.

Transcribo a continuación las tres preguntas, quedando a la espera de la resolución del TJUE. Sin duda, otro ámbito de reflexión abierto para la intervención que efectuaré sobre la jurisprudencia del TJUE en materia laboral en las duodécimas jornadas del Colegio de Graduados Sociales en Valencia el día 25 de mayo.

“1ª.- ¿Debe entenderse que el Reino de España, a través los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, según vienen siendo interpretados por la doctrina jurisprudencial, ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen los artículos 3, 5, y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 para aquellos trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?”

2ª.- ¿El artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los artículos 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional interna como son los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresa el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios.?

3ª. - ¿Debe entenderse que el mandato perentorio dirigido a los Estados miembros, establecido en artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los artículos 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general, se asegura para los trabajadores ordinarios con la normativa nacional interna, contenida en los arts. 34 y 35 ET, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, a diferencia de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?”.

Buena lectura.

## **8. 24 de julio de 2018. Registro de la jornada diaria de trabajo. La Comisión Europea se alinea con las tesis de la AN y los votos particulares discrepantes de la sentencia del TS de 23 de marzo de 2017.**

1. El [Gabinete Jurídico de Comisiones Obreras de Cataluña publicó ayer lunes, 23 de julio, en su cuenta de twitter](#), el texto de las [observaciones escritas formuladas por la Comisión Europea](#), fechadas el 14 de mayo, con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, mediante auto de 19 de enero de 2018, respecto al registro de la jornada diaria de trabajo.

El auto de la AN fue objeto de atención detallada por mi parte en una anterior entrada, publicada el 3 de mayo y titulada [“Control de la jornada diaria de trabajo. ¿Enmienda laplana la AN al TS? Una nota a la cuestión prejudicial planteada en el Auto de 19 de enero de 2018”](#). La sentencia del TS que motivó el auto es de fecha 27 de marzo de 2017, y también mereció mi atención, más detallada, en el artículo [“Sobre el \(no\) registro de la jornada diaria de trabajo y la realidad social del tiempo en que vivimos. Análisis crítico de la sentencia del TS de 23 de marzo de 2017, con tres votos particulares suscritos por cinco magistrados y magistradas”](#). Remito a todas las personas interesadas a su lectura.

2. Como comprobarán los lectores y lectoras, las tesis defendidas por la Comisión Europea acogen las expuestas en su auto por la AN, así como también en gran medida en los votos particulares discrepantes de cinco magistrados y magistradas del TS a la sentencia de 27 de marzo de 2017.

Ahora toca esperar las conclusiones del abogado general. Mientras tanto, me permito reproducir en esta entrada [algunos de los contenidos más relevantes del documento comunitario](#), dado que de ser acogidas sus tesis sería necesario un replanteamiento total de la jurisprudencia del TS sobre el (no) registro de la jornada diaria de trabajo, previa constatación de que la CE reformula las preguntas planteadas por la AN y le da esta redacción: “Los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88 y los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3 y 16, apartado 3 de la Directiva 89/391, ¿Se oponen a una legislación nacional como los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, según su interpretación dada por el Tribunal Supremo, de los que no se deduce una obligación para las empresas de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?”.

La justificación de este replanteamiento se debe a que según la CE “lo que el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, es si el derecho de la Unión y en particular el contenido de las Directivas mencionadas, se opone a una legislación nacional que no exige a las empresas que establezcan un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores con jornada completa (que no sean trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios), a los efectos de controlar la realización de horas extraordinarias”.

4. Apartado 52. “A juicio de la Comisión y sin necesidad de entrar a interpretar el Derecho nacional español, las circunstancias que se ponen de manifiesto tanto en el Auto de remisión como en los votos particulares en la sentencia del Tribunal Supremo de 23.3.2017 generan serias dudas respecto de la idoneidad de la legislación española - o, cuanto menos, de la interpretación que de ella realiza el Tribunal Supremo- para dar efectividad a los derechos conferidos por la Directiva 2003/88. En particular, la Comisión tiene dudas respecto de la eficacia de los medios de control previstos en el ordenamiento jurídico español para garantizar que la duración máxima del tiempo de trabajo y los períodos mínimos de descanso son respetados por los empleadores.

Apartado 53. En efecto, la Comisión considera muy razonable la premisa que presenta el órgano jurisdiccional remitente (y que, de hecho, también comparten los magistrados del Tribunal Supremo que formularon votos particulares a la sentencia de 23.3.2017) consistente en que para poder conocer cuándo una hora extraordinaria alcanza dicha consideración y poder tener un control efectivo de las horas extraordinarias que se realizan, es necesario disponer de mecanismos para controlar la duración de la jornada laboral ordinaria, ya que, de lo contrario, quedaría vaciada de sentido la obligación de registrar las horas extraordinarias”.

5. Al referirse a la tesis del TS y al único instrumento de registro de la jornada extraordinaria de trabajo (art. 35 LET) la CE afirma (apartado 57) que “está de acuerdo con el órgano jurisdiccional remitente en que dicho sistema es a todas luces insuficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Directiva, en la

medida en que, en la práctica, deja íntegramente en las manos del empleador el registro de la realización, o no, de horas extraordinarias y no permite ni a los trabajadores, ni a sus representantes legales, ni a las autoridades laborales fiscalizar que la duración máxima del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso son respetados. De esta forma, se le está dando al empleador la posibilidad -y facilidad- de restringir los derechos de los trabajadores, en contra de lo dispuesto por la Directiva y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

6. Respecto a la aplicación de la Directiva 89/391/CEE, la CE reitera los mismos argumentos anteriormente expuestos, y llega como conclusión de todo su informe a la siguiente tesis:

“Los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3 y 16, apartado 3 de la Directiva 1989/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo se oponen a una normativa nacional, tal que interpretada por la doctrina jurisprudencial, de la que no se deduce una obligación para las empresas de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios, en la medida en que dicha legislación nacional no prevé otros mecanismos adecuados que aseguren el efecto útil de la totalidad de los derechos conferidos a los trabajadores por la Directiva”.

Buena lectura.