Núm. 5/2017

Instrucción 1/2017 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias

Barcelona, martes 23 de mayo de 2017

Tal y como se informó en las Circulares de jurisprudencia nº 2 y 4 sobre las sentencias del Tribunal Supremo en materia de control horario, las empresas no están obligadas a llevar a cabo un registro de la jornada diaria y que la "obligación del empresario de registrar se extiende sólo a las horas extraordinarias realizadas". En este sentido, la Dirección General de la Inspección de Trabajo ha emitido la Instrucción 1/2017 para adecuar la actuación inspectora a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A continuación se adjunta la Instrucción 1/2017 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

Via Laietana, 32 · 08003 Barcelona
T. 934 841 200 · F. 934 841 230
foment@foment.com · www.foment.com

Más información:
Departamento de Relaciones Laborales
y Asuntos Sociales

MINISTERIO
DE EMPLEO Y
SEGURIDAD SOCIAL

INSPECCION DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
REGISTRO DE SALIDA
18/05/2017 - 19:28:29
S/DGITSS-0002598/17
DIRECCION GENERAL

SUBSECRETARIA

DIRECCION GENERAL DE LA
INSPECCION DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

INSTRUCCIÓN 1/2017, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA A LA INSTRUCCIÓN 3/2016, DE 21 DE MARZO, SOBRE INTENSIFICACIÓN DEL CONTROL EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO Y DE HORAS EXTRAORDINARIAS.

La reciente sentencia 246/2017 del Tribunal Supremo, de 27 de marzo, dictada como consecuencia del recurso de casación presentado por Bankia contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de diciembre de 2015, en proceso de conflicto colectivo, por la que se condenaba a la citada entidad 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, 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, 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" ha casado y anulado la sentencia de la AN, **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.**

La razón de este fallo es, tal y como se indica en el fundamento de derecho quinto, que el artículo 35-5 del ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, como establece la sentencia recurrida. La Sentencia tiene tres votos particulares. Se exponen a continuación muy sucintamente los argumentos de la STS:

a) La obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende solo a las horas extraordinarias y no a toda la jornada de trabajo. Haciendo una interpretación lógico-sistemática del artículo 35.5 del ET, el TS señala que "el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extra por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria".

b) Este argumento se refuerza al referirse a los registros de tiempo de trabajo en el caso de los contratos a tiempo parcial, de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios porque "nos muestran que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente".

c) También indica que la normativa española se ajusta a la de la Unión Europea, pues "(esta) 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 máxima".

d) En referencia a la normativa nacional y comunitaria en materia de "protección de datos, de creación de archivos de datos, y del control de estos" afirma que "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

www.meyss.es/itss
dgitss@meyss.es

Pº DE LA CASTELLANA, 63
28071-MADRID
TEL: 91 3631152
FAX: 91 3630678

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".

e) En otro orden de cosas, en un pronunciamiento *obiter dictum* (pues este no era el objeto de la litis), la Sentencia de referencia alude a la falta de tipificación en la LISOS de "la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro" remitiendo el asunto a una falta leve dentro del terreno de las obligaciones meramente formales o documentales.

f) La Sentencia del TS concluye que "la solución dada no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extra realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación".

g) Finalmente, el TS hace un llamamiento al legislador para que regule esta cuestión expresamente ya que "de lege data" la obligación de llevar un registro horario "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".

Resulta clara la incidencia de esta Sentencia en el contenido de la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias por lo que esta Dirección General cree necesario complementar la referida Instrucción para adecuar la actuación inspectora a la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado sobre el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores en las actuaciones inspectoras en la materia que nos ocupa. La doctrina contenida en esta Sentencia ha sido reiterada en otra posterior, de fecha 20 de abril de 2017 (número 338/20017, recurso de casación 116/2016), que se remite por entero a aquella.

Por lo expuesto, esta Dirección General, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en ejercicio de las competencias reconocidas en el artículo 47.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000 de 4 de febrero, a propuesta de la Subdirección General para la Coordinación en materia de Relaciones Laborales, Prevención de Riesgos Laborales y Medidas de Igualdad, acuerda complementar la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, en los términos que a continuación se exponen:

PRIMERO: La Instrucción señalaba como objetivo la intensificación del control en determinados sectores del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo en general y en particular la realización de horas extraordinarias, verificando la no superación del máximo legal, así como la adecuada remuneración y cotización de aquéllas. Asimismo, indicaba que **se prestará atención a la llevanza del registro de jornada** y a los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la materia.

SEGUNDO: A la vista de las sentencias citadas, la única materia que queda afectada en las futuras actuaciones inspectoras es la relacionada con la llevanza del registro de jornada, por cuanto 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**

El resto de los aspectos de la Instrucción se mantienen plenamente vigentes.

TERCERO: Los medios de convicción a utilizar por los inspectores para verificar el cumplimiento de los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias se detallan en el Anexo II. 1, a) de la Instrucción, donde se recoge la información a recabar en las visitas de Inspección. Dicha información se refiere a una pluralidad de aspectos y no se limitan al registro de la jornada diaria. No obstante, el registro de la jornada sigue siendo un posible medio de prueba allí donde esté implantado y, en estos casos, los inspectores de trabajo pueden seguir acudiendo a él al realizar comprobaciones en materia de tiempo de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior sobre el carácter no sancionable de su omisión. La ausencia de un control diario de la jornada de trabajo 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, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En otras palabras, **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.**

CUARTO: Por tanto, la no obligatoriedad del registro de la jornada diaria de trabajo no exime a las empresas de respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias. La cuestión entonces se ciñe a establecer los mecanismos de comprobación del cumplimiento o no de la obligación empresarial de respetar estos límites. Dado que compete a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social velar por este cumplimiento, debe para ello desplegar las actuaciones de comprobación pertinentes a los efectos de reflejar los hechos que sustenten las eventuales infracciones en las actas correspondientes. A falta de contabilización de horas por la empresa 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. Un análisis detallado sobre la forma en la que actúa la prueba de indicios en el ámbito penal, sin duda trasladable al ámbito del derecho administrativo sancionador, puede verse en la STS (Sala de lo Penal) 72/2015, de 18 de febrero, dictada en recurso de casación 1799/2014. Lo 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.

QUINTO: Aunque la Instrucción 3/2016 no se refiere a la obligación de registro de la jornada diaria en los contratos a tiempo parcial o en los trabajadores móviles en el transporte por carretera, de la marina mercante y ferroviarios considera esta Dirección General que no está de más advertir que esta obligación no se cuestiona por las Sentencias del Tribunal Supremo a las que nos hemos referido, dado que existen normas específicas que establecen expresamente esta obligación.

CONCLUSIÓN:

a) La instrucción 3/2016, de 21 de marzo sigue vigente, excepción hecha del aspecto atinente a la obligación empresarial de registrar la jornada diaria de trabajo que, a tenor de las sentencias indicadas no existe, salvo para las excepciones que en las mismas se indican, y por tanto la omisión del registro no puede considerarse en sí misma como infracción social.

b) La doctrina contenida en las citadas sentencias no afecta a la obligación empresarial de respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias, siendo función esencial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social controlar este cumplimiento.

c) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede y debe realizar las actuaciones de comprobación para la detección de eventuales infracciones. Si bien no será posible recoger como infracción la falta de registro de la jornada diaria de trabajo a que se refiere el artículo 35.5 ET, dado el TS señala que no pesa esta obligación sobre el empresario, la Inspección podrá determinar las infracciones sancionables de los hechos que contravengan las normas sobre tiempo de trabajo y horas extraordinarias sobre la base de las comprobaciones inspectoras.

d) Las normas sobre registro de la jornada en trabajadores a tiempo parcial, trabajadores móviles en el transporte por carretera, de la marina mercante o ferroviarios no quedan afectadas por la doctrina del Tribunal Supremo y la Inspección debe seguir exigiendo a las empresas la llevanza de los registros y proponiendo las sanciones por los incumplimientos.

Madrid, 18 de mayo de 2017

EL DIRECTOR GENERAL
AUTORIDAD CENTRAL
DE LA INSPECCION DE TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL

Gabriel Álvarez del Egido

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTORA ESPECIAL, DIRECTORA DE LA ESCUELA, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.