

# EL REGISTRO DE JORNADA EN LAS FORMAS DE TRABAJO FLEXIBLES, ESPECIALMENTE EN EL TRABAJO A DISTANCIA \*

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ TORRADO

*Doctorando Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Registro de jornada, flexibilidad, trabajo a distancia

A pesar de que la obligación de garantizar el registro diario de jornada por parte del empresario ya no es tan reciente, las dudas sobre su efectividad no se han desvanecido, especialmente en sectores donde predominan formas de organización y de trabajo flexibles. La normativa actual tampoco propicia la adaptación de los instrumentos de control de la normativa laboral a las nuevas realidades productivas. En lo que respecta al registro de jornada, la redacción del art. 34.9 ET adolece de cierta generalidad e indeterminación que puede obstaculizar su efectividad. Asimismo, la reciente aprobación del RDL 28/2020 de trabajo a distancia tampoco parece aportar ningún elemento novedoso que permita conectar el instrumento de control con la realidad productiva. Las dos regulaciones referidas hacen un llamamiento a la negociación colectiva. Posiblemente, la efectividad del registro de jornada en organizaciones y formas de trabajo flexibles dependa en gran medida de la normativa paccionada. Por consiguiente, la negociación colectiva posee un papel trascendental para propiciar la efectividad del registro de jornada que permita proteger los derechos de las personas trabajadoras y evitar la precarización del mercado laboral.

## ABSTRACT

**Keywords:** Day register; flexibility; remote work

Despite the fact that the obligation of guaranteeing the day register every single day by the businessman it is not so recent, the doubts about its efficacy have not dispelled, especially in sectors where the ways of organization and flexible jobs prevail. The actual rules do not promote the adaptation of labor law's control resources to the new realities productives. In relation to the day register, the article 34.9 ET suffers from some generalities and indeterminacy which obstruct their efficacy. In addition, the recent approval of the RDL 28/2020 of remote work does not seem to provide any original element that permit to connect the control resources with the reality productive. Both rules do a call to the collective bargaining. Because of that, the collective bargaining have a significant role in order to promote the efficacy of the day register that permit to protect the workers rights and to avoid the uncertain working market.

\* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R

## ÍNDICE

1. LA INCIDENCIA DEL REGISTRO DE JORNADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
2. EL REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD EN EL TRABAJO
  - 2.1. Contexto laboral de la aprobación del registro de jornada
  - 2.2. Artículo 34.9 ET e interpretaciones vinculadas a la flexibilidad
3. EL REGISTRO DE JORNADA EN EL TRABAJO A DISTANCIA
  - 3.1. Trabajo a distancia y rasgos principales del RD 28/2020
  - 3.2. Previsiones sobre el tiempo de trabajo y derecho al registro horario adecuado
4. BREVES PREVISIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. CONSIDERACIONES FINALES

### 1. LA INCIDENCIA DEL REGISTRO DE JORNADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Consideramos de interés iniciar el estudio de la materia con una referencia previa a los derechos fundamentales que podrían verse afectados en el supuesto de incumplimiento del deber de garantizar el registro diario de jornada. No obstante, no nos detendremos en el análisis de los referidos derechos fundamentales susceptibles de ser afectados.

La relación entre el registro diario de jornada y la protección de los derechos fundamentales, tras una lectura superficial del art. 34. 9 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 (ET, en adelante), podría calificarse como forzada. Desde un punto de vista formal, la obligación de la empresa de garantizar el registro de jornada diario puede parecer relativamente sencilla y sin implicaciones en los derechos fundamentales, en todo caso en derechos laborales. Así, según el art.34.9 ET, el empresario “deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora” en un soporte y ponerlo a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>1</sup>.

No obstante, si realizamos una lectura detenida, observando la trascendencia de la materia objeto de registro, la finalidad del mismo y la forma o mecanismo

<sup>1</sup> Concretamente, según lo dispuesto en el art. 34.9 ET:

“La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

a través del cual se llevará a cabo el registro, apreciamos múltiples derechos fundamentales que podrían verse afectados en el supuesto de no implementación del registro de jornada o de implementación fraudulenta.

En relación a la materia y a la finalidad, el registro de jornada no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para el control del cumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo. El tiempo de trabajo es un elemento esencial de la relación laboral y una condición de trabajo con incidencia directa en los derechos laborales, que igualmente podría llegar a afectar a derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, en supuestos de incumplimientos graves de la normativa aludida.

El exceso fraudulento de la jornada sin respetar los periodos de descanso adecuados, así como la prolongación de las jornadas nocturnas o por turnos, son modalidades de organización del trabajo que afectan directamente al derecho a la salud de las personas trabajadoras<sup>2</sup>. En casos extremos, pueden llegar a afectar al derecho a la vida y a la integridad física y moral de las mismas, como ya se visualizaba en el articulado de la conocida como la primera ley laboral, la Ley Benot de 1873, que limitaba la jornada de las personas trabajadoras para proteger su salud.

Como indica la exposición de motivos del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (RDL 8/2019, en adelante), la implantación del registro de jornada se destina combatir la precariedad laboral. A este respecto, un aumento fraudulento de la jornada de trabajo legal o convencional incide directamente en numerosos derechos laborales relacionados con: la salud, la conciliación personal y familiar, el salario, y las prestaciones asistenciales. La afectación del conjunto de derechos anteriores puede irradiar o alcanzar a los derechos fundamentales, provocando una merma de los mismos. De la misma manera, parece claro que las vulneraciones de los derechos laborales anteriores provoca la precarización de las relaciones laborales y, consecuentemente, un atentado contra la dignidad<sup>3</sup> de las personas trabajadoras, cuyo respeto forma parte de los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Asimismo, otra finalidad del registro de jornada es facilitar a los trabajadores la prueba de la realización de horas extraordinarias. Como afirma la STJUE de

<sup>2</sup> Vid. 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 (DOUE 18-11-2003), cuya finalidad es establecer unas disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

<sup>3</sup> STC de 27 de octubre (RTC/2003/192).

<sup>4</sup> Conviene indicar que la dignidad de la persona no es un derechos fundamental, entre otros motivos, por no incluirse en la Sección primera del Capítulo II, del Título I (arts. 15 a 29 CE cuyo epígrafe se refiere << De los Derecho Fundamentales y libertades públicas>>). Igualmente,

14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18), “sin tal sistema no es posible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias”. Además, la sentencia referida pone de manifiesto la posición de debilidad del trabajador en la relación laboral, indicando que la misma podría disuadir al trabajador de ejercitar sus derechos frente al empresario. Por ello, el TJUE sostiene que el registro de jornada es un medio de prueba sensible a la posición de debilidad del trabajador que garantiza su utilización ante posibles reclamaciones en materia de exceso de jornada; a diferencia de medios como el testifical<sup>5</sup>. Por tanto, en cierta forma, la obligación del registro horario favorece la protección de derecho a la legítima defensa y disminuye las posibilidades de que las personas trabajadoras se encuentren en situación de indefensión.

Igualmente, en cuanto a las finalidades del art. 34.9 ET, también podría sostenerse que la obligatoria puesta a disposición de los representantes legales de los trabajadores de los registros diarios de jornadas -según lo dispuesto en el precepto anterior- incide en el derecho fundamental a la libertad sindical. Así pues, la no disposición de los representantes legales de los trabajadores de la documentación referida le impediría ejercer competencias propias<sup>6</sup> en materia de protección de la seguridad y salud en el desarrollo del trabajo<sup>7</sup>. Por tanto, no garantizar los registros de jornada o no poner los anteriores a disposición de los representantes de los trabajadores podría suponer la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical<sup>8</sup>.

Asimismo, otra manifestación del derecho a la libertad sindical que interesa destacar es el derecho a la negociación colectiva, previsto específicamente en el

tampoco se considera un derecho fundamental según la interpretación amplia de la clasificación los anteriores (arts. 14 a 20 y art.30.2 ET).

<sup>5</sup> Según la mencionada sentencia “la prueba testifical no se puede considerarse, por sí sola, un medio de prueba eficaz para garantizar el respeto efectivo de los derechos en cuestión, ya que los trabajadores pueden mostrarse reticentes a declarar en contra del empresario por temor a las medidas que este pueda adoptar en perjuicio de las condiciones de trabajo de aquellos”.

<sup>6</sup> Con carácter más general, sobre el papel de la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo y su control sindical, vid. Sepúlveda Gómez, M. “El control sindical del tiempo de trabajo”, en AAVV *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, S. González Ortega (Coord.), Monografías Temas Laborales núm. 62/2020, pp. 261 y ss.

<sup>7</sup> Vid. art. 11, ap.3 de la Directiva 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 (DOUE 29-6-1989). Igualmente, vid. art. 19 ET en relación con el art. 64.7 ET.

<sup>8</sup> STS de 18 de enero de 2012 (RJ/2012/3623). STSJ de Islas Canarias de 22 de diciembre de 2016 (AS/ 2016/1811). En esta última se declara la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical al negar la empresa la entrega de cuadrantes de trabajo, siendo una obligación el registro diario de jornada. En la sentencia se constata el incumplimiento del deber de información

art.37 CE. La negociación colectiva, en lo que respecta al registro de jornada, posee un papel nuclear ya que el art. 34.9 ET señala el carácter prioritario de la institución de la negociación colectiva para organizar y documentar el registro de jornada<sup>9</sup>. Por ello, es necesario que el proceso formalizado de dialogo entre las partes para dotar de contenido la obligación de registro horario y adaptar su cumplimiento a los distintos sectores productivos y a las distintas formas de trabajo se desarrolle bajo el principio de buena fe negocial<sup>10</sup>.

Por otra parte, en relación al medio a través del cual se llevará a cabo el registro de jornada, podrían verse afectados los siguientes derechos fundamentales: derecho a la intimidad personal y familiar, a la protección de datos<sup>11</sup>, a propia imagen y al secreto de las comunicaciones<sup>12</sup>. Las herramientas digitales, cada vez más imprescindibles para realizar la prestación laboral y para controlar su cumplimiento, poseen una gran capacidad de afectación a los derechos anteriores. En la actualidad, el uso cada vez más generalizado de las tecnologías en todas las fases de la relación laboral provoca riesgos para la protección de los derechos fundamentales aludidos.

En base a lo dispuesto anteriormente, el sistema o medio apto para cumplir el mandato del art. 34.9 ET, que requiera el acceso a dispositivos digitales o el uso de sistemas de videovigilancia o geolocalización, debe respetar en todo caso los derechos de los trabajadores a la intimidad previstos en el artículo 20 bis de ET<sup>13</sup>

del art.64 ET. Asimismo, reconoce la legitimación de la parte actora (representante social no sindical) para ejercer como titular del derecho a la libertad sindical.

<sup>9</sup> Con carácter más general, sobre el papel de la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo y su control sindical, vid. Sepúlveda Gómez, M. “El control sindical del tiempo de trabajo”, en AAVV *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, S. González Ortega (Coord.) Monografías Temas Laborales núm. 62/2020, pp. 261 y ss.

<sup>10</sup> La doctrina sostiene respecto a la buena fe que: “La buena fe implica proporcionar toda la información relevante, así como razones que justifiquen el eventual rechazo de las propuestas o contrapropuestas de la otra parte”. Mercader Uguina, J.R., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Tiranch lo Blanch, Valencia. 2015, p. 602.

Sobre el principio de buena fe, vid: STS de 21 de Mayo de 2014 (RJ 2014/4214).

<sup>11</sup> Gomez Gordillo, R., “Protección de datos y acceso de la representación de las personas trabajadoras al registro de jornada”, ponencia presentada en las *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. El nuevo escenario en materia de materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, 12 y 13 de diciembre de 2019, Recuperado en: [https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document\\_library/get\\_file?uuid=2b7809c3-042d-4ddc-8976-c900444ef70c&groupId=10128](https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=2b7809c3-042d-4ddc-8976-c900444ef70c&groupId=10128)

<sup>12</sup> En algunas ocasiones, el mecanismo utilizado para garantizar el registro de jornada es el mismo que el destinado a controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores según lo dispuesto en el art. 20.3 ET.

<sup>13</sup> En relación con lo dispuesto en el art. 20 bis ET y la LO 3/2018, conviene precisar que el derecho a la desconexión digital no tiene naturaleza de derecho fundamental, según lo dispuesto en la disposición final primera de la anterior norma.

que remite a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>14</sup>.

Consecuentemente, el no cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el art.34.9 ET podría afectar a los derechos fundamentales previstos anteriormente, habilitando la posibilidad de iniciar el procedimiento de protección de derechos fundamentales previsto en los arts. 177 a 184 LJS.

Para terminar conviene reiterar una idea no discutida, pero necesaria, como nos recuerda el Tribunal Constitucional: “La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”<sup>15</sup>.

## **2. EL REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD EN EL TRABAJO**

Tras la referencia general a los derechos fundamentales que pueden verse afectados ante un posible incumplimiento de lo previsto en el art. 34.9 ET, nos detendremos en el objeto principal de este artículo: la relación controvertida entre la obligatoriedad del registro de jornada y las formas de trabajo flexibles. En concreto, haremos alusión al contexto de aprobación de la norma para, posteriormente, exponer el tenor literal e interpretar la norma únicamente en lo referente a la flexibilidad. La finalidad del anterior íter sería recordar las circunstancias que rodearon la aprobación del art. 34.9 ET y acercarnos a la relación, no siempre pacífica, entre flexibilidad del tiempo de trabajo y el mandato del art.34.9 ET.

### **2.1. Contexto laboral de la aprobación del registro de jornada**

A fin de garantizar el cumplimiento de la normativa relativa al tiempo de trabajo, especialmente, evitar el exceso fraudulento de la jornada legal o convencional, el RDL 8/2019 introdujo la obligación de la empresa de garantizar el registro diario de jornada<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, *Guía sobre el registro de jornada*, p. 7.

Recuperado en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>  
Vid. et.: Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada, p.14. Recuperado en: [https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_101\\_2019.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf)

<sup>15</sup> STC de 16 de julio de 1985 (RTC1985/88).

<sup>16</sup> Sobre la materia vid. Igartua Miró, M.T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, TEMAS LABORALES 147/2019, pp. 115-149.

Previamente a la implementación legal de la obligatoriedad del registro diario de jornada, se asistió a un periodo de vaivenes judiciales y de decisiones contradictorias<sup>17</sup> resuelto con la aprobación de la norma referida y con la STJUE de 14 de Mayo de 2019<sup>18</sup> aludida con carácter previo.

Como ya hemos indicado, el objetivo principal de la aprobación del registro de jornada es evitar la precarización de las relaciones laborales. Para ello, con el registro aludido se pretende: garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada legal<sup>19</sup> o convencionalmente establecida y dotar a la ITSS de instrumentos para controlar el cumplimiento de la normativa laboral en materia de jornada, así como para facilitar la prueba para las personas trabajadoras en caso de reclamaciones<sup>20</sup>.

Asimismo, la exposición de motivos del RD 8/2019, en lo que respecta a la flexibilidad de nuestra normativa de tiempo de trabajo, indica que la flexibilidad no puede confundirse con el incumplimiento de las normas sobre la jornada máxima y horas extraordinarias. Consecuentemente, se manifiesta que la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas.

La redacción del art. 34.9 ET, en lo relativo a una de las características de nuestra normativa laboral -la flexibilidad del tiempo de trabajo-, es muy general e indeterminada como mostraremos en el siguiente apartado. La obligación de garantizar el registro de jornada generó incertidumbre a las empresas sobre numerosos aspectos relacionados con el mismo, especialmente el vinculado con la flexibilidad del tiempo de trabajo<sup>21</sup>. Como respuesta a las dudas que generaba

<sup>17</sup> El objeto de la controversia consistía en si el art. 35.5 ET obliga al empresario a llevar un registro diario de jornada o, por el contrario, únicamente un registro de horas extraordinarias.

Vid.: A favor del registro de jornada diario: SAN 4 de Diciembre de 2015 (recurso 301/2015) y SAN 19 de Febrero de 2016 (recurso 383/2015). En contra: STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/5738) y STS de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017/1174).

Como puede comprobarse de los pronunciamientos anteriores, la obligatoriedad del registro diario de jornada ha sido una reivindicación arraigada de los sindicatos.

<sup>18</sup> Sepúlveda Gómez, M., “La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho comunitario”, *Temas Laborales*, 148/2019, pp. 217-228.

<sup>19</sup> Según la EPA de 2018, cada semana de 2018 se realizaron 6,4 millones de horas extras en España y un 48% de las personas trabajadoras que declararon realizarlas también manifestaron que no les son abonadas ni, por tanto, se cotiza por ellas a la Seguridad Social.

<sup>20</sup> Exposición de motivos del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

<sup>21</sup> Dudas relacionadas con el registro de jornada: cómputo de jornada (las interrupciones, compatibilidad con la flexibilidad permitida en el art. 34 ET) y sistemas de registros.

Vid. el comunicado de CEPYME de 8 de mayo. Recuperado en: <https://www.cepyme.es/wp-content/uploads/2019/05/NdP-Registro-horario.pdf>

la implantación del registro de jornada el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social publicó una guía sobre el registro de jornada (Guía, en adelante) y el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada.

## **2.2. Artículo 34.9 ET e interpretaciones vinculadas a la flexibilidad**

En este apartado abordaremos, sin ánimo de exhaustividad, la interpretación que del precepto en cuestión –art. 34.9 TRET- han llevado a cabo tanto el propio Ministerio de Trabajo, a través de su Guía<sup>22</sup>, como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través de su Criterio Técnico 101/2019. Los anteriores documentos orientan a los sujetos obligados en los supuestos donde concurren elementos de flexibilidad horaria para cumplir el mandato del art. 34.9 ET.

Partiremos para ello del tenor del propio art. 34.9 TRET, conforme al cual: “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”<sup>23</sup>.

A nuestro juicio, la regulación anterior adolece de cierta generalidad e indeterminación, posiblemente intencionada, y propio de las normas generales produce incertidumbre en numerosas cuestiones y, por ende, puede poner en riesgo la efectividad del registro de jornada y su finalidad. Entre otros aspectos no aclarados por la regulación encontramos: tiempos de la jornada computables que deben de ser incorporados al registro, necesidad de reflejar las interrupciones o pausas, sistema adecuado y el cumplimiento efectivo de la obligación ante modos

En este Cepyme traslada las dudas de las empresas sobre la aplicación del registro de jornada en situaciones como el teletrabajo, comerciales, trabajo por objetivos, trabajo intelectual, jornadas irregulares, flexibilidad para conciliar, entre otras situaciones en las que concurre el elemento de flexibilidad laboral.

<sup>22</sup> La finalidad del documento es facilitar la aplicación práctica de la norma, recogiendo unos criterios, a mero título informativo, sin perjuicio de la interpretación de la norma que corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden social.

<sup>23</sup> Acerca de la obligatoriedad del art. 34.9 ET, el Criterio Técnico indica que la llevanza del registro de jornada no es una opción para el empresario, sino que se trata de un deber que deriva del término “garantizará”. Por tanto, es una obligación y no una mera potestad del empleador.



de organización y formas de trabajo flexibles. La regulación legal parece dejar este amplio espacio regulatorio sin determinar a fin de que la negociación colectiva, los acuerdos de empresa y, en su defecto, la decisión del empresario previa consulta de los representantes legales de los trabajadores aporten respuestas adaptadas a las peculiaridades organizativas de los sectores, de las empresas e, incluso, de determinados grupos profesionales de trabajadores.

La Guía, con carácter didáctico, pretende aclarar algunos de los aspectos mencionados. En relación a los supuestos de flexibilidad del tiempo de trabajo destacamos el siguiente contenido:

### **Ámbito de aplicación**

En cuanto al ámbito de aplicación, se aplica a la totalidad de los trabajadores incluidos en el art. 1.1 ET. La Guía aclara la inclusión de los trabajadores “móviles”, comerciales, temporales, trabajadores a distancia o cuales quiera otras situaciones en que la prestación laboral no se desenvuelve, total o parcialmente, en el centro de trabajo de la empresa. Asimismo, la Guía prevé una serie de peculiaridades y excepciones<sup>24</sup> de las que destacamos dos:

- a) Personal que no se considere estrictamente personal de alta dirección y tengan suscritos un régimen de libre disponibilidad de tiempo de trabajo o forma parte de sus obligaciones contractuales su plena disposición horaria para el cumplimiento de su actividad profesional (mandos intermedios, cargos de confianza o con ejercicio de especialidades responsabilidades).

En este caso, la jornada diaria de estos trabajadores deberá de ser objeto de registro, sin perjuicio de la acreditación de su tiempo de trabajo mediante el pacto de disponibilidad horaria, interpretándose que la retribución obtenida por el trabajador ya compensa de manera proporcionada esa mayor exigencia de tiempo de trabajo<sup>25</sup>. Por ello, indica la Guía, sería recomendable que la capacidad de regulación de los sujetos colectivos mediante la negociación colectiva o acuerdo de empresa dejara constancia

<sup>24</sup> Relaciones laborales de carácter especial (alta dirección completamente excepcionada), trabajadores que cuentan con un régimen específico o particular de jornada (trabajadores con contratos a tiempo parciales, trabajadores con registros específicos regulados en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo), relaciones excluidas del ET (socios trabajadores de cooperativas, trabajadores autónomos, etc.).

<sup>25</sup> En relación al criterio económico, conviene tener presente a efectos ilustrativos o comparativos la Directiva 88/2003 y la STJUE de 14 de mayo de 2019 (TJCE 2019/90). Según las anteriores, la limitación de la duración de la jornada no debe ser condicionada por el factor económico.

de tal circunstancia para evitar situaciones indiciariamente abusivas o desproporcionadas.

- b) En relación a los modos de organización flexible basados en formulas de flexibilidad del tiempo de trabajo y de distribución irregular de la jornada, incluido el trabajo a distancia o teletrabajo y horarios flexibles del trabajador, dentro siempre de los límites legales y convencionales aplicables.

En el fáctico anterior, el registro diario de jornada no se considera obstáculo, ya que se considera un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo<sup>26</sup>. La Guía, en este sentido manifiesta que el registro diario de jornada deberá ponderarse y globalizarse a efectos de control y contabilización del tiempo de trabajo efecto en dichas secuencias superiores a la diaria<sup>27</sup>.

A este respecto, el Criterio Técnico sostiene que la flexibilidad horaria que brindan las normas laborales no pueden perjudicar los derechos de las personas trabajadoras. En concreto, en referencia a la expresión prevista en el art. 34.9 ET “sin perjuicio de la flexibilidad que se establece en este artículo”, el Criterio Técnico sostiene que a la hora de determinar el cumplimiento de determinados límites en materia de tiempo de trabajo deberá hacerse de forma integral, considerando todas las posibilidades que permite el ordenamiento laboral en materia de distribución en materia de tiempo de trabajo. Seguidamente, recomienda que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo.

En relación a lo anterior, interesa destacar que la STS de 4 de diciembre de 2019 (RJ/2019/5483) declara que la empresa no está obligada a llevar un registro de compensación de jornada firmada por cada trabajador, ni tampoco su correlativa prolongación de jornada debido a que no existe ninguna norma legal ni convencional que lo exija.

<sup>26</sup> De forma similar lo expresa el Criterio Técnico 101/2019, sosteniendo que la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normativas.

<sup>27</sup> Dado que cabe variabilidad de la jornada diaria de trabajo (jornadas diarias superiores compensadas con otras inferiores) cuyo computo a efectos de determinación del tiempo de trabajo realmente realizado por el trabajador requiere periodos o secuencias temporales superiores al día. Por tanto, el hecho de que se detecte en el registro un exceso en una jornada diaria no se interpretará como extraordinaria o por encima del pactado si, analizados los restantes registros de días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria.

## Contenido del registro

En relación al contenido objeto de registro nos detendremos en el supuesto de interrupciones o pausas concurrentes entre el inicio y la finalización de la jornada diaria<sup>28</sup>.

Previamente, conviene indicar que el art.34.9 ET prevé como computable el tiempo de trabajo, refiriéndose al tiempo efectivo de trabajo. Por tanto, con carácter previo al registro es necesario determinar la naturaleza de los tiempos. La anterior labor ha generado numerosa conflictividad, resuelta en los tribunales<sup>29</sup>.

Respecto a las pausas, en el caso de producirse, la Guía recomienda que sea objeto de llevanza, en especial, lo relativo a las pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, o voluntarias, para permitir eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo<sup>30</sup>.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, la Guía sostiene que cuando la expresión legal, convencional o contractual de esas interrupciones o pausas es clara, predeterminada y global el registro diario puede eludir esos elementos configurativos internos de la jornada diaria, porque resultan identificables en relación con esos otros instrumentos que permiten dar certeza y seguridad jurídica del tiempo de trabajo realizado y retribuable<sup>31</sup>.

Asimismo, el Criterio Técnico 101/2019, coincidiendo en términos generales con la Guía, aclara que el art.34.9 ET no exige el registro de las interrupciones que no tengan la consideración de tiempo de trabajo. Este sostiene que al tratarse de una norma de mínimos y conforme al segundo párrafo del art. 34.9 ET, el registro de jornada podrá organizarse de manera que incluya las interrupciones o pausas que se consideren, siempre y cuando el registro incluya necesariamente el horario de inicio y finalización de la jornada<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> El registro de las pausas para tomar café o fumar, no previstas en los convenios pero toleradas por las empresas con anterioridad a la aprobación del art.34.9ET, han sido objeto de numerosas impugnaciones de acuerdos de registro horario. No obstante, en la mayoría de las resoluciones se desestima la existencia de una condición beneficiosa debido a la falta de acreditación de la misma. Vid. SAN de 10 de diciembre de 2019 (AS/2020/578).

<sup>29</sup> STS de 1 de diciembre de 2015 (RJ/2015/6208). STS de 18 de noviembre de 2016 (RJ/2016/6085). STS 13 de julio de 2017 (RJ/2017/3986). Auto TS de 16 de julio de 2019 (JUR/2019/242617).

<sup>30</sup> STJUE 21 de febrero de 2018 (TJCE/2018/5).

<sup>31</sup> A nuestro entender, la realidad formal no es el objetivo del registro; contractualmente puede existir una pausa pero no disfrutarse.

<sup>32</sup> Resolución de 29 de Diciembre de 2020 por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa Industrias Espadafor S.A., (BO. Granada 14-1-2021).

En relación a las pausas, el art. 26 del anterior convenio vincula la posibilidad de descontar

La SAN de 29 de Octubre de 2019 (AS/2019/226) se pronuncia sobre una concreta pauta relacionada con las pausas prevista en un acuerdo de registro de jornada. En resumen, la pauta consiste en aplicar un factor corrector -que se restará de la jornada diaria- de dos horas en jornada partida y media hora en jornada completa a fin de contemplar en el registro los descansos, pausas para la comida y/o desayuno o cualquier otra y evitar tener que registrar en cada momento las interrupciones.

La Audiencia Nacional no valora la adecuación del factor corrector al registro de jornada, ya que el sindicato impugna el acuerdo de registro por sostener que la medida provoca la modificación del régimen de jornada y horario previsto en el convenio. Según el sindicato, el factor corrector impide al trabajador a tiempo completo reducir la pausa de la comida al tiempo previsto en el convenio (una hora y media).

La Sala, sin pronunciarse sobre la fiabilidad del sistema, sostiene que no se ha producido una modificación del régimen de horarios. Entre otras razones, porque el trabajador podrá en todo caso acreditar que la pausa de la comida fue de hora y media, a pesar de la aplicación del factor corrector de dos horas.

### **Sistemas de registro**

En relación a los medios susceptibles de utilizar para el cumplimiento de la obligación de registro de jornada, la norma no establece una modalidad específica o predeterminada para el registro de jornada diario; la norma llama a su autoregulación, a través de la negociación colectiva o acuerdo de empresa.

La Guía aclara que será válido cualquier sistema o medio, en soporte en papel o telemático, apto para proporcionar información fiable, inmodificable y no manipulable a posteriori, ya sea por el empresario o por el propio trabajador. Además, propone la utilización de sistemas telemáticos o similares que permiten incluir las especificidades de la jornada y la flexibilidad de la misma. La anterior, también sugiere que podría ser válida para dar cumplimiento a obligación legal el sistema de firma por la persona trabajadora o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo del teletrabajador o del trabajador a distancia<sup>33</sup>.

Acerca de la validez del sistema de registro se pronuncia la SAN de 9 de diciembre de 2020 (JUR/2021/6389). Esta considera que “el hecho de que un

del tiempo de trabajo efectivo las pausas e interrupciones a la necesidad de reflejarlas a través del registro. En concreto sostiene: “Las empresas podrán descontar los periodos de descansos y pausas de la jornada laboral en cómputo mensual, siempre que se haya reflejado convencionalmente en el registro horario”.

<sup>33</sup> Todo ello, sin perjuicio de la capacidad de control y poder de dirección del empresario para asegurar la veracidad de la declaración unilateral del trabajador.

sistema de registro se funde en datos declarados unilateralmente por el trabajador no colisiona ni con el art. 34.9 del E.T que se limita a remitir el sistema de registro a la negociación colectiva, ni con lo dispuesto en la doctrina del TJUE de la que en modo alguno cabe inferirse que se proscriba tal tipo de registro de jornada. Ciertamente, a lo largo de los pasajes transcritos de la STJUE se hace referencia a que el sistema debe ser objetivo y fiable, pero dichas notas en nuestro parecer no se desvirtúan por el mero hecho de que sea el trabajador quién declare diariamente y mediante una aplicación informática y excepcionalmente mediante hojas escritas el tiempo diario efectivamente trabajado”.

Finalmente, la Guía afirma que en los supuestos en los que se opte por la utilización de dispositivos digitales o el uso de sistemas de videovigilancia o de geolocalización, deben respetar los derechos de los trabajadores a la intimidad previsto en el art. 20 bis ET, que remite a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

### **3. EL REGISTRO DE JORNADA EN EL TRABAJO A DISTANCIA**

Aunque en los apartados anteriores nos hemos referido al trabajo a distancia en relación al registro de jornada, en este apartado nos detendremos en la forma de trabajo a distancia en el marco del reciente RDL 28/2020. Partiremos haciendo alusión al contexto de aprobación y a las características generales de la norma referida y, seguidamente, traeremos a colación el articulado relativo al tiempo de trabajo, especialmente, el dedicado al registro de jornada. Con el anterior recorrido se pretende vislumbrar la existencia de algunas características inherentes a la modalidad de trabajo a distancia, vinculadas al tiempo de trabajo, susceptibles de incidir negativamente en el cumplimiento efectivo del registro de jornada.

#### **3.1. Trabajo a distancia y rasgos principales del RD 28/2020**

El trabajo a distancia podría definirse como aquel que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa, siendo el teletrabajo una subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías<sup>34</sup>.

La utilización de la modalidad de trabajo a distancia en España, en concreto el teletrabajo, ha venido experimentando un incremento en su utilización -aunque más lento que en los países de nuestro entorno- debido al avance de las nuevas tecnologías. No obstante, el inicio de la crisis sanitaria ha provocado que el

<sup>34</sup> Exposición de motivos RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE 23-9-20).

recurso a esta forma de trabajo se haya generalizado en la mayoría de los sectores productivos que su naturaleza lo permiten<sup>35</sup>.

El uso de los dispositivos tecnológicos para la realización de la prestación laboral altera los elementos del contrato de trabajo y, consecuentemente, las condiciones de trabajo de los trabajadores. Por tanto, el uso masivo y generalizado del teletrabajo aceleró la elaboración y aprobación de una normativa que diese respuesta a las necesidades inherentes de esta forma de trabajo que, hasta el entonces, presentaba una regulación insuficiente en el art. 13 ET. Así, el 23 de septiembre de 2020 se publica el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Según la exposición de motivos de la norma anterior, en la actualidad, más que un trabajo a domicilio lo que existe es un trabajo remoto y flexible, que permite que el trabajo se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo. Se afirma por la propia norma que se produce una virtualización de las relaciones laborales que desvincula a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concreto, desplazando las formas de organización empresarial tradicional e incorporando prácticas novedosas y más flexibles.

En relación con el tiempo de trabajo, los efectos del fenómeno de relativización del lugar y el tiempo de trabajo produce como ventajas: mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; mayores posibilidades de autoorganización, con consecuencias positivas para la conciliación de la vida personal y familiar; productividad y racionalización de horarios. No obstante, esta forma de trabajo también conlleva números inconvenientes: protección de datos, tecnoestrés, horario continuo, dificultad para discernir entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral.

#### - Rasgos generales de la normativa

Según la exposición de motivos del RDL 28/2020, la regulación básica desarrolla como ejes tres aspectos mínimos: 1- Su definición, donde el carácter regular de esta forma de trabajo es el aspecto relevante a efectos de prever un mayor protección, garantizándose la necesaria flexibilidad en su uso, que se

<sup>35</sup> El art. 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE 18-3-20) establece el carácter preferente del trabajo a distancia frente a otras medidas en relación con el empleo, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado, tratándose de una norma excepcional y de vigencia limitada.

Según la encuesta Eurofound «living working and COVID-19, casi cuatro de cada diez trabajadores (un treinta y siete por ciento) empezaron a teletrabajar en la pandemia».

acomodará a las distintas circunstancias e intereses concurrentes de empresas y personas trabajadoras.; 2- El carácter voluntario para la persona trabajadora y la empresa, debiendo adaptarse mediante acuerdo por escrito que permiten garantizar con claridad y transparencia el contenido de sus elementos esenciales, más allá de los que puedan deducirse de la normativa laboral de carácter general.; 3- Respecto a las condiciones de trabajo, las personas que desarrollan el trabajo a distancia se beneficiarán de los mismos derechos que los garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a las personas comparables que trabajen o, de existir, trabajasen en los locales de la empresa<sup>36</sup>.

Finalmente, el RDL 28/2020 se caracteriza por el papel predominante y necesario que le atribuye a la negociación colectiva, ya que la norma aludida realiza continuas remisiones a la hora de definir numerosos aspectos del contenido del trabajo a distancia.

### **3.2. Previsiones sobre el tiempo de trabajo y derecho al registro horario adecuado**

En este apartado expondremos de forma general la regulación referida al tiempo de trabajo y, más detenidamente, el precepto dedicado al registro horario previsto en el RDL 28/2020.

La importancia del tiempo de trabajo en la modalidad del trabajo a distancia se detecta en la propia regulación del RDL 28/2020, en la que encontramos numerosas referencias al tiempo de trabajo, como son las siguientes:

#### **- Principio de igualdad de trato (art. 4)**

El art. 4 del RDL 28/2020 hace referencia expresa al tiempo de trabajo cuando desarrolla el principio de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación de las personas que desarrollan el trabajo a distancia respecto a los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa. Según este principio, los que desarrollen el trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio en ninguna de las condiciones de trabajo, entre ellas, el tiempo de trabajo.

#### **- Contenido mínimo del acuerdo del trabajo a distancia (art.7)**

A tenor de lo dispuesto en el art. 7 de la norma aludida, el acuerdo de trabajo a distancia deberá recoger, entre otros: el horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; el porcentaje y distribución

<sup>36</sup> No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del trabajo a distancia, el RDL 28/2020 recoge aspectos complementarios que resultan necesarios precisamente para garantizar que se mantiene el mismo nivel de protección.

entre el trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; y los medios de control empresarial de la actividad. No obstante, en el listado del art. 7, se encuentra ausente la necesidad de establecer el sistema de control de registro de jornada.

- Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo (art.13 y 14)

Asimismo, en los artículos 13 y 14 del RD 28/2020 se consagran dos derechos con repercusión en el tiempo de trabajo: el derecho al horario flexible en los términos del acuerdo y el derecho al registro horario adecuado.

Conforme al primero, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido de conformidad con lo establecido en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso.

A nuestro parecer nos encontramos ante un derecho relativo, que depende de lo establecido en el acuerdo de trabajo y en la negociación colectiva, por lo que la efectividad del mismo es limitada al encontrarse condicionada. En este caso se delega en la negociación colectiva el establecimiento de reglas novedosas que permitan materializar el derecho de la persona trabajadora a flexibilizar el horario de su prestación de servicios. En el supuesto en el que la negociación colectiva no regule esta derecho del trabajador, inicialmente, consideramos que a través del acuerdo de trabajo a distancia encontrará más dificultades de ser desarrollado debido al inherente desequilibrio de poder de las partes de la relación laboral.

Con respecto al segundo, el sistema de registro horario que se regula en el art. 34.9 ET del ET, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

Si comparamos este precepto con el art.34.9 ET, no encontramos en general diferencias relevantes desde un punto de vista material. En este sentido, a pesar de que la modalidad de trabajo a distancia afecta de forma directa al tiempo de trabajo, apreciamos que no se complementa la regulación del art. 34.9 ET para dar respuesta a las referidas peculiaridades. Las peculiaridades del trabajo a distancia no son neutras para las condiciones de trabajo (especialmente al tiempo de trabajo) sino que conllevan una serie de riesgos, ya referidos, que no encuentran respuesta legal<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Entre los riesgos o dificultades que inciden en la efectividad del registro de jornada se encuentran: la difuminación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, la flexibilidad inherente a esta forma de trabajo, la dificultad de controlar el tiempo efectivo de trabajo y la recurrente utilización de los tiempos de disposición.



Además, respecto a la organización del registro, se aprecia una diferencia entre el art. 34.9 ET y el art. 14 RDL 28/2020. Mientras que el art. 34.9 ET delega la organización aludida en la negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, en la decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores; el art. 14 RD 28/2020 solo hace referencia a lo previsto en la negociación colectiva. Sin perjuicio de la interpretación anterior, conviene advertir que el art. 14 hace referencia al registro de jornada que se regula en art. 34.9 ET, por lo que podríamos encontrarnos interpretaciones diversas a este respecto. La redacción no es clara en cuanto a la fuente normativa que debe primar.

En lo referente al objeto de registro, el art. 14 indica que deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada. A nuestro juicio, cuando el artículo se refiere a “el tiempo que la persona trabajadora que realiza el trabajo a distancia dedica a la actividad laboral”, parece referirse claramente al tiempo efectivo de trabajo. Por lo que salvo que la negociación colectiva regule lo contrario no se podría computar como tiempo de trabajo los tiempos de disposición<sup>38</sup>. De este modo, como comprobaremos en el apartado siguiente, algunos convenios o acuerdos colectivos hacen referencia a los tiempos de disposición a efectos de computarlos y considerarlos como tiempo efectivo de trabajo.

Finalmente, el artículo 14 deja abierta la posibilidad de que en el registro se incluya algún dato adicional al momento de inicio y finalización de la jornada en contraste con lo dispuesto en el art. 34.9 ET que no incluye la terminación “entre otros”.

#### - Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva (art. 16)

El legislador muestra preocupación por las consecuencias en la salud de los teletrabajadores, especialmente, por la incidencia negativa que los usos del tiempo de trabajo pueden generar en la salud. A este respecto, según el art. 16 del RD 28/2020 la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tenerse en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, en particular, la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

<sup>38</sup> Resolución de 22 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE 4-02-2020).

#### - Derecho a la desconexión digital (art.18)

Finalmente, debido a su indudable proximidad con la materia del tiempo de trabajo<sup>39</sup>, debemos de hacer referencia al art.18 del RDL 28/2020 que reconoce el derecho a la desconexión digital. Según el precepto anterior, este derecho conlleva la limitación de uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración de la jornada máxima de la jornada y cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

Además, este de derecho conlleva la obligación de la empresa de elaborar una política interna, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, dirigida a personas trabajadoras, incluidas los que ocupen puestos directivos, en las que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Finalmente, el art. 18 delega en la negociación colectiva o en los acuerdos colectivos de empresa la fijación de unas reglas concretas para garantizar en cada caso la efectividad del derecho y los instrumentos que se utilizarán para llevarlo a cabo<sup>40</sup>.

## 4. BREVES PREVISIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En este apartado traeremos a colación algunos aspectos de convenios o acuerdos colectivos a fin de comprobar la tendencia regulatoria que ha tomado la negociación colectiva respecto a la organización del registro de jornada en relación a la organización y formas de trabajo flexibles. Es decir, las adaptaciones que las normas paccionadas están proporcionando para garantizar el cumplimiento del registro de jornada en supuestos en los que concurren elementos de flexibilidad laboral.

<sup>39</sup> Esta vinculación entre el registro de jornada y el derecho a la desconexión digital puede apreciarse en los acuerdos aprobados a través de la negociación colectiva para regular el registro de jornada, ya que en numerosos casos ese mismo documento recoge previsiones sobre el derecho a la desconexión digital. Vid. el Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca, citado anteriormente.

<sup>40</sup> López Álvarez, M.J., *Jornada Laboral Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019 p. 67.

- Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca<sup>41</sup>

Una de las finalidades de este acuerdo, según el mismo, es establecer un sistema de registro diario de jornada compatible con las medidas de flexibilidad establecidas en las entidades.

Del contenido del acuerdo procedemos a destacar dos aspectos del registro relacionados con el sistema: el registro de excesos de jornadas y las pausas, y los datos que se deben de incluir en el registro.

Acerca del sistema, se designa la modalidad telemática. No obstante, el sistema de registro se podrá llevar en papel, de forma manual, cuando la persona trabajadora no dispusiera de ninguna aplicación tecnológica o dispositivo puesto a disposición de la empresa. Asimismo, para el correcto funcionamiento del sistema, el acuerdo prevé el deber de los trabajadores y trabajadoras de cumplimentar el modelo de registro diario implantado por la empresa, bajo el principio de buena fe contractual y de acuerdo con la legalidad vigente. Por tanto, se establece el carácter de deber laboral para la cumplimentación del registro diario.

Respecto al registro de excesos de jornadas y las pausas, el convenio faculta al ámbito de la empresa para que concrete la regulación sobre el registro de excesos y déficits de jornada, así como los tiempos y pausas que no se consideren tiempo de trabajo diario.

Finalmente, en cuanto al contenido del registro, se establecen tres datos necesarios para ser completado: hora de inicio de la jornada, finalización del mismo y tiempo efectivo de trabajo.

Resulta relevante destacar, en relación al momento de inicio y finalización del cómputo, que para la persona trabajadora que por sus funciones o responsabilidades esté autorizada para iniciar su prestación desde otra ubicación física se prevé tener en cuenta como momento inicial o final del cómputo la puesta a disposición a la empresa.

Asimismo, el acuerdo aclara que para que compute la hora de inicio como tiempo efectivo de trabajo se establece como requisito que la misma se encuentre dentro del rango de jornada y horarios que correspondan al trabajador<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE 4-02-2020).

Vid et.: Resolución de 19 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el acuerdo sobre el registro de jornada de las personas trabajadoras del Convenio Colectivo del Grupo Santander (BOE 2-11-2020).

<sup>42</sup> SAN de 10 de diciembre de 2019 (AS/2020/578). La anterior se pronuncia sobre la petición de nulidad de la medida consistente en la necesidad de autorización previa del responsable directo para la realización de las horas extraordinarias, en lugar de la realización efectiva y material de estos

- Acuerdo sobre registro de jornada de los trabajadores de Heineken España, S.A.<sup>43</sup>

De este acuerdo únicamente mostraremos su posicionamiento respecto a las pausas y sobre la consideración de tiempo de trabajo de tramos temporales que no suelen ser considerados como computables a efectos de registros.

En este acuerdo se prevé que las pausas y tiempos de trabajo no efectivos puedan ser informados a elección de la persona, a inicio y fin de cada uno de estos intervalos o a la finalización de la jornada. Para ello, la herramienta permitirá que el empleado registre los tiempos adicionales de trabajo o tiempos de trabajo no efectivos a fin de que la información registrada recoja la jornada real efectiva.

Asimismo, resulta destacable de este acuerdo la posibilidad de computar como tiempo de trabajo efectivo el tiempo dedicado a las tareas administrativas, formación o gestión que los comerciales puedan realizar en su casa (preparando reuniones, la agenda o tramitando documentación, etc.) siempre que quede acreditada dicha actividad. En este sentido, el acuerdo sostiene que se deposita una gran confianza en los empleados de la compañía al permitir el ajuste de los tiempos realizados fuera de sus instalaciones y manteniendo la actual flexibilidad en la organización de las jornadas. Según el acuerdo, esta confianza en los empleados se complementa con la posibilidad de la empresa de disponer de los sistemas y cruce de información recogida en el punto anterior para confirmar por la dirección de la empresa que los registros informados como tiempo de trabajo efectivamente lo son.

- Convenio Colectivo de la empresa NORBOLSA S.V., S.A.<sup>44</sup>

El artículo 8 de la anterior norma, relativo al registro de jornada laboral, presenta una reducida redacción, tanto es así que ni siquiera establece la modalidad con la que se llevará a cabo el registro. Únicamente, establece previsiones sobre qué debe considerarse tiempo efectivo y relativas al régimen de las pausas.

trabajos más allá de la jornada ordinaria. El demandante sostiene que la exigencia de autorización supone una alteración de las condiciones de trabajo tras la aprobación del acuerdo del registro de jornada. La AN se pronuncia en contra de esta petición, en base a lo dispuesto en el art. 35 ET el cual exige el consentimiento de ambas partes. Además, ésta sostiene que no consta acreditado que la realización de horas extras quedase al arbitrio del trabajador, lo que contravendría el art. 1565 Cc.

<sup>43</sup> Resolución de 11 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre registro de jornada de los trabajadores de Heineken España, S.A. (BOE 19-10-2020).

<sup>44</sup> Resolución de 14 de febrero de 2020 por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa NORBOLSA S.V., S.A. (BO. Bizkaia 16-5-2020).

Según el anterior, se considerará jornada laboral, el tiempo de presencia en Norbolsa registrado como diferencia entre el momento de inicio y finalización de la jornada.

En relación a las pausas, el convenio colectivo define dos tipos de descanso: En primer lugar, el descanso mínimo de una hora para comer, pudiendo ser superior. En este último caso debe registrarse el descanso real. En segundo lugar, un tiempo estimado en pausas dedicadas a cuestiones ajenas a la propia actividad laboral de media hora más.

Acerca del contenido del registro, el convenio establece que la jornada de trabajo se calcula descontando a la jornada laboral los periodos de descanso aludidos anteriormente.

Además, el convenio sostiene que el registro horario no supone ninguna limitación a la permanencia del personal en la oficina una vez terminada su jornada laboral y el uso para fines personales de los equipos informáticos y ofimáticos de Norbolsa asignando al empleado.

A nuestro juicio, inicialmente, nos encontramos ante una previsión no usual, ya que prevé la posibilidad de que el trabajador en su tiempo de descanso utilice las instalaciones de la empresa. Aunque este hecho puede considerarse compatible a la legislación, sería recomendable que la empresa garantizase que el trabajador en el tiempo referido no se encuentre realizando labores relacionadas con la actividad de la empresa. A nuestro parecer, a pesar de esta previsión del convenio colectivo, en el supuesto de una hipotética inspección de trabajo partiríamos de una presunción de tiempo de trabajo y, por consiguiente, le correspondería a la empresa probar que el trabajador no se encuentre realizando la actividad profesional.

#### - Convenio Colectivo gallego de centros especiales de empleo<sup>45</sup>

El anterior convenio presenta una regulación del registro diario de jornada muy limitada, prueba de ello es la utilización del mismo precepto para prever la jornada de trabajo máxima anual, distribución irregular, pausa de bocadillo y registro de jornada.

En cuanto a la regulación del registro se reduce a transcribir el primer párrafo del art. 34.9 ET. En cuanto al registro o no de las pausas deja la decisión de su registro en manos de las empresas.

Cuando se refiere al contenido objeto de registro, se indica de forma diferenciada tres datos distintos: el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo, el tiempo efectivo de trabajo y los tiempos de descansos. A

<sup>45</sup> Resolución de 16 de enero de 2020 por la que se registra y publica el Convenio Colectivo gallego de centros especiales de empleo (DO. Galicia 24-2-2020).

nuestro entender y como ocurre en otros convenios, hubiese sido deseable aclarar que se considera tiempo de trabajo efectivo el tiempo comprendido entre las hora de inicio y finalización, sin perjuicio del descuento de las pausas.

Finalmente, este convenio recoge supuestos que no se consideran tiempo efectivo de trabajo, entre otros: el acceso o salida al trabajo, el aseo o cambio de ropa, el de transporte al centro de trabajo, el dedicado a la comida y, por último, el descanso entre jornada.

Finalmente, se prevé como modelo preferente el telemático, aunque se considera válido el registro en soporte documental (papel). Además, se establece la obligación de la persona trabajadora de comunicación a su superior jerárquico en el caso de incidencia con el sistema de fichaje.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Destacaremos a continuación las ideas más relevantes y realizaremos algunas consideraciones críticas que nos han surgido tras el desarrollo de este trabajo.

La relevancia del registro de jornada reside o deriva en la materia objeto de registro ya que el registro no constituye un fin en sí mismo, sino que se diseña como el instrumento de control más idóneo para proteger la normativa relativa al tiempo de trabajo, especialmente el exceso irregular de jornada.

La aprobación del registro de jornada refleja una tendencia legislativa sensible con el cumplimiento efectivo de los derechos laborales, más allá de su reconocimiento legal. Una tendencia impulsada tanto por el TJUE como por la normativa comunitaria<sup>46</sup>. Otro ejemplo, de la búsqueda del cumplimiento efectivo de los derechos laborales, en el ámbito nacional, podría ser la aprobación del registro retributivo salarial que persigue garantizar la igualdad retributiva de hombres y mujeres que realicen trabajos con el mismo valor<sup>47</sup>.

Como hemos tratado en el primer apartado, el no establecimiento del registro de jornada o una irregular implementación podría provocar una merma en diferentes derechos fundamentales: vida e integridad física y moral; intimidad personal y familiar; propia imagen, secreto de las comunicaciones y, por último, libertad sindical y la negociación colectiva.

<sup>46</sup> Por ejemplo la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE 11-7-19). Vid. considerando 39.

<sup>47</sup> Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14-10-20).

A pesar del avance normativo que supone el reconocimiento de la obligación de garantizar el registro de jornada, el art. 34.9 ET presenta una redacción insuficiente para dar respuesta a las particularidades de las distintas formas de trabajo, especialmente a las formas de trabajo emergentes con la digitalización. Asimismo, desde la inclusión del nuevo apartado 9 en el art. 34ET han existido múltiples dudas en torno a su aplicación efectiva; la principal, relacionada con las formas flexibles de trabajo.

Además, las referidas dudas tampoco han sido resueltas en el RD 28/2020 de trabajo a distancia. Al igual que el art. 34.9 ET, el art. 14 del RDL 28/2020 mantiene una redacción insuficiente y de carácter general en lugar de inclinarse por desarrollar aspectos vinculados a las particularidades del trabajo a distancia. A nuestro entender, hubiese sido pertinente complementar el criterio temporal con otros criterios propios o relacionados con la modalidad de teletrabajo, caracterizada por la flexibilidad en la ejecución de la prestación. Por ejemplo, el criterio de la productividad, este podría permitir una reducción del tiempo de trabajo con mantenimiento salarial en supuestos de aumento de productividad, fomentado la eliminación del presentismo y la ampliación de los tiempos de descansos.

El legislador delega esta gran labor en la negociación colectiva, a nuestro parecer un idóneo instrumento para adaptar las particularidades del sector o de la empresa a la obligación del registro de jornada<sup>48</sup>. No obstante, consideramos que hubiese sido preferible establecer unos criterios legales mínimos y uniformes para reforzar la seguridad jurídica de empresas y personas trabajadoras. De la misma manera, el establecimiento de unos criterios mínimos legales adquiere especial importancia en las relaciones laborales no amparadas por ningún convenio colectivo, para garantizar la efectividad pacífica del registro de jornada en las modalidades de trabajo flexibles.

Por otra parte, el registro de jornada y las formas de organización de trabajo flexibles han sido percibidas como dos realidades, sino incompatibles, muy difíciles de articular. El principio o la máxima que debe de regir la relación entre registro de jornada y las formas de trabajo flexibles sería: a mayor dosis de flexibilidad mayor necesidad de garantizar el registro fiable, objetivo y accesible de jornada de trabajo.

<sup>48</sup> Según Goerlich Peset el esfuerzo normativo del RDL 28/2020 es relativo, ya que a pesar de los 22 artículos que componen el texto normativo, el peso de las normas aportan muy poco puesto que muchos artículos son remisiones previstas en otras normas laborales, como por ejemplo los derechos relacionados con el uso de medios digitales (Derecho a la intimidad y a la protección de datos, y derecho a la desconexión digital), Goerlich Peset J.M., “La regulación del teletrabajo una reflexión general”, Congreso sobre la regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo, Universidad de Valencia, 16 de noviembre de 2020.

Asimismo, conviene recordar que las modalidades de trabajo más flexibles, modalidades atípicas, derivadas de un uso intensivo de las nuevas tecnologías no encuentran adecuación en lo dispuesto en el art. 34.9 ET. Aunque la obligación de garantizar el registro de jornada incluya a todos los trabajadores comprendidos en el art. 1.1 ET, este tipo de modalidades ultra flexibles o imprevisibles no son adaptables a lo previsto en el artículo 34 ET. Nos referimos, por ejemplo a los contratos de cero horas, minitrabajos, trabajo a llamada o algunos trabajos a través de plataformas digitales. Por tanto, parece necesario que, en primer lugar, se proceda a la aplicación de la normativa actual a fin de proteger los derechos de las personas trabajadoras y, seguidamente, procedería revisar el marco normativo para regular estas nuevas formas de producción con el objetivo de proteger los derechos aludidos en el nuevo entorno laborales.

Respecto a las pausas o interrupciones y su necesidad de reflejarla en el registro, una de las cuestiones no aclarada por la norma, el MESS aunque recomienda su cómputo también sostiene que se podrá eludir cuando la expresión legal, convencional o contractual de esas pausas se clara predeterminada y global porque resultan identificables con otros instrumentos.

A nuestro parecer, la posibilidad de no registrar las pausas no parece compatible con las notas de objetividad, fiabilidad y accesibilidad que según el TJUE deben de concurrir en el registro de jornada para cumplir con la Directiva 2003/88 y el derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la CDFUE<sup>49</sup>. Por tanto, interpretamos la no obligación de registrar las pausas como una debilidad o flaqueza del registro de jornada diaria, susceptible de eliminación a través de la negociación colectiva, de acuerdo colectivo, o en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que las interrupciones pueden ser claras desde un punto de vista formal (previstas en la ley, convenio o contrato), pero no disfrutarse. Igualmente, tenemos que recordar que la determinación del tiempo de trabajo efectivo debe de realizarse *ex post* y no *ex antes*, a fin de comprobar la realización de horas extras. Además, determinadas pausas también son tramos de tiempo protegidos por el Derecho Europeo como se deduce de los arts. 1.2 y 4 de la Directiva 88/2003, y por nuestro Derecho interno, como es, el art. 34.4 ET. Por todo lo expuesto anteriormente, consideramos de gran relevancia el registro de las pausas e interrupciones para cumplir con la finalidad del registro horario del art.34.9 ET y con la Directiva 88/2003.

En lo que respecta a los sistemas o los medios susceptibles de utilizarse para dar cumplimiento a la obligación del registro, especialmente en las formas de trabajo a distancia, adquiere relevancia la protección del derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos. El establecimiento de estos

<sup>49</sup> Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (DOCE 18-12-2000).



sistemas debe garantizar la objetividad, fiabilidad y no manipulación de los datos registrados y atender a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad desarrollados e interpretados por la jurisprudencia.

En referencia al sistema manual en papel consideramos que difícilmente puede garantizar la no manipulación de los mismos. Por ello, estimamos conveniente el establecimiento de garantías adicionales para la utilización de ese formato como, por ejemplo, la intervención de los representantes legales de los trabajadores en la cumplimentación y control del mismo.

A nuestro entender la mejor vía de adaptación del registro a las circunstancias y realidades de la actividad productiva se obtendría mediante la negociación colectiva, preferiblemente sectorial, que debería establecer o sugerir los tipos de registros más adecuados para garantizar el registro de jornada. En cualquier caso, como subraya la Guía, la obligación del artículo 34.9 ET no depende de lo previsto en la negociación colectiva o acuerdo de empresa, siendo exigible en todo caso.

Por otra parte, tras el inicio de la crisis sanitaria, el incremento de la utilización mayoritario de la modalidad de teletrabajo reforzó la necesidad de aprobar una normativa adaptada a esta forma de trabajo, que tuviese en cuenta las peculiaridades y los riesgos de esta modalidad con el objetivo de mantener la protección de los derechos de los trabajadores.

La organización de tiempo de trabajo en la modalidad de teletrabajo tiende claramente hacia la flexibilidad, abandonando las formas organizativas tradicionales. Se aprecia una relativización del lugar concreto y un desplazamiento del tiempo concreto en la prestación de servicios, adquiriendo importancia la figura de la disponibilidad.

La disponibilidad del trabajador para prestar servicios en la empresa, por regla general<sup>50</sup>, no tiene consideración de tiempo de trabajo pero incide en el descanso y la conciliación de la vida personal y familiar. Por tanto, la abusiva utilización de esta figura puede trasgredir los derechos referidos. Consecuentemente, creemos necesaria su regulación legal a fin mitigar los riesgos de la misma para los derechos de las personas trabajadoras. Hasta entonces y ante la previsible generalización del uso de la figura aludida, recomendamos su regulación a través de la negociación colectiva limitando su uso a actividades productivas en las que la disponibilidad sea imprescindible y siempre que la anterior no vulnere derechos de las personas teletrabajadoras, entre ellos, el derecho a la igualdad de trato respecto de los trabajadores de la empresa que prestan servicios en el centro de trabajo. La regulación a través de la negociación colectiva de la disponibilidad, limitando su uso y asignado una retribución para los trabajadores compensando las restricciones en la libertad de su tiempo de descanso, adquiere más relevancia en los supuestos

<sup>50</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018 (TJCE 2018/5).

de inexistencia de trabajadores presenciales en la empresa, por la dificultad de aplicar el principio de igualdad de trato.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos el derecho a la desconexión digital puede contribuir a impedir el uso abusivo de los tiempos de disposición, ya que según lo dispuesto en el art. 18 RDL 28/2020 tal deber empresarial “conlleva una limitación de uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descansos, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que disponga la normativa legal o convencional aplicables”.

Esta convergencia en la protección del tiempo de descanso del registro de jornada y del derecho a la desconexión se refleja en numerosos acuerdos colectivos en los que se desarrolla tanto el registro horario como el derecho a la desconexión digital. A nuestro juicio, la regulación conjunta de los derechos laborales anteriores es una práctica recomendable para abordar de forma completa la protección del tiempo de descanso de las personas trabajadoras.

En relación al papel de la negociación colectiva, en lo que respecta al registro de jornada, consideramos que presenta un papel crucial para su cumplimiento efectivo debido a la insuficiente regulación legal, a pesar de que el cumplimiento del art. 34.9 ET no se supedita al desarrollo de la negociación colectiva. Asimismo, a nuestro juicio, el nivel sectorial sería el propicio y adecuado para organizar el registro de jornada, dejando cuotas de adaptación disponibles para el nivel empresarial<sup>51</sup>. Asimismo, la negociación colectiva tiene la oportunidad de prever las situaciones laborales que presenten naturaleza de tiempo de trabajo efectivo, con carácter aclaratorio y a fin de reducir la conflictividad judicial. A este respecto sería recomendable que la negociación colectiva materializase el criterio extensivo sobre la naturaleza de “tiempo de trabajo” basada en la limitación de la libertad de disponer de tu tiempo de la persona trabajadora<sup>52</sup>, mediante la redacción de un conjunto de supuestos relacionados con el sector de la actividad donde concurren esta limitación de libertad.

<sup>51</sup> Resolución de 3 de agosto de 2020, de Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (BOE 14-10-2020).

Según lo dispuesto en el art. 39.2 se designa el nivel de empresa para organizar y documentar el registro de jornada.

<sup>52</sup> Ortega Lozano, P.G. “El concepto de tiempo de trabajo y su delimitación como tiempo de trabajo efectivo por la jurisprudencia”, ponencia presentada en las *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. El nuevo escenario en materia de materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, 12 y 13 de diciembre de 2019. Recuperado en: [https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document\\_library/get\\_file?uuid=b1bd9872-2cdb-4271-889f-0a6895670a36&groupId=10128](https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=b1bd9872-2cdb-4271-889f-0a6895670a36&groupId=10128), p.16.

Finalmente, también sería recomendable que la negociación colectiva refuerce las insuficiencias que el registro de jornada vaya exteriorizando a través de los pronunciamientos judiciales. Por ejemplo, a efectos de facilitar el control, puede ser útil la inclusión en el registro de jornada de los datos relativos a prolongaciones de jornada y sus correspondientes compensaciones derivadas por ejemplo de la jornada irregular<sup>53</sup>.

Por otro lado, y para terminar, apreciamos cierta desnaturalización en relación a la finalidad registro de jornada de trabajo, ya que tras la aprobación de la obligación del registro diario de jornada se vienen exteriorizando unos efectos no pretendidos por el legislador en el momento de la aprobación del art. 34.9 ET. Entre otros: la utilización del sistema de registro para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores, que en algunos casos pueden llegar a suponer una invasión a su esfera íntima y personal; la obligatoriedad de los trabajadores a efectuar unilateralmente el registro de jornada, conllevando sanciones en caso de incumplimiento; por último, la no consideración de algunas interrupciones como tiempo efectivo de trabajo tras la aprobación del art. 34.9 ET (desayunos, pausa del bocadillo, pequeñas interrupciones por causas personales) debido al no reconocimiento de una condición más beneficiosa, provocada por la no acreditación de la voluntad de la empresa. Sin perjuicio de lo indicado, la necesidad de garantizar el registro diario de jornada resulta imprescindible para luchar contra la precarización laboral y proteger los derechos de las personas trabajadoras.

<sup>53</sup> STS de 4 de diciembre de 2019 (RJ/2019/5483).