



Universidad
de Alcalá

**EL REAL DECRETO-LEY 8/2019. LA
OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA JORNADA
LABORAL.**

**ROYAL DECREE-LAW 8/2019. THE
OBLIGATION TO REGISTER THE WORKING
TIME.**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D^ª ESTHER MUÑOZ RODRIGO

Dirigido por:

Dr. D. JOSÉ LUIS GIL Y GIL

Codirigido por:

D. JOSÉ RAFAEL GARCÍA DE LA CALLE

Alcalá de Henares, a 19 de enero de 2.021

Resumen

La jornada de trabajo siempre ha sido un tema que ha generado numerosas controversias entre los empleados y sus superiores. Estas se han intentado solucionar a partir de la normativa y la jurisprudencia.

La falta de soluciones consensuadas a estos problemas ha generado varios pronunciamientos contradictorios por parte de los tribunales españoles. Ante esta situación, se elaboró el Real Decreto-ley 8/2019 el cual estudiamos en este trabajo. El objetivo principal es el análisis de la obligación del registro de jornada y las consecuencias en caso de incumplimiento. La implantación de este registro ha llevado al desarrollo de diversos sistemas de registro que han sido incorporados por las diferentes empresas, en función de cuál es el más adecuado y fiable en función de su actividad.

Esta nueva obligación permite que se realicen menos horas extraordinarias y, en los casos en los que se produzcan estos excesos de jornada, los trabajadores reciben una remuneración o prestación a cambio.

En conclusión, debido a la situación de pandemia mundial que se vive desde hace meses, las empresas españolas han tenido que incorporar el teletrabajo para reducir los contagios en sus centros de trabajo. Esta nueva forma de trabajo ha dificultado el cumplimiento del registro de las horas que realizan los teletrabajadores y por ello, se han introducido nuevos sistemas tecnológicos para poder llevar a cabo el cumplimiento de esta obligación.

Palabras clave: Real Decreto- ley 8/2019, obligación, registro, jornada, trabajadores, horas extraordinarias y teletrabajo.

Abstract

The management of workdays is a topic that tends to generate some controversy between employees and their respective employers. Said controversies have been attempted based on the legislation and jurisprudence.

The lack of agreed solutions to this problem has led to several contradictory pronouncements among the Spanish courts. Based on the foregoing, Royal Decree-law 8/2019 was approved, and it is the regulation that we will analyze in this project. The main purpose of the project is to study the obligation to control the working time and the sanctions of not complying with it. As a consequence of this legal requirement, Spanish companies had to decide which of the available systems were they going to establish, based on which of them was more suitable and reliable.

This new obligation reduces the overtime, and in case an employee works more hours in his/her working shift than those established in their contract, the employee will get paid or will receive a benefit as compensation.

The compliance with the above has become more complex for Spanish companies due to the COVID-19 pandemic, as for safety reasons, companies have incorporated teleworking. In order to mitigate the complications originated by the pandemic, new technological tools have been implemented to facilitate the compliance of controlling employees' working hours.

Key words: Royal Decree-law 8/2019, obligation, register, day, employees, overtime and teleworking.

Índice

	Pág.
ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
1. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA JORNADA.....	12
1.1. Aspectos relevantes del Real Decreto- ley 8/2019.....	12
1.2. Las dificultades en el Registro de la Jornada.....	19
1.3. El valor probatorio del Registro de la Jornada en la reclamación de horas extraordinarias.....	26
2. EL REGISTRO DE LA JORNADA EN EL TELETRABAJO.....	30
2.1.La regulación del teletrabajo.....	30
2.2.El control de la jornada en el teletrabajo.....	33
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	46
ANEXO I. Listado de sentencias consultadas.....	51
ANEXO II. Listado de normativa consultada.....	52

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
CCOO	Comisiones Obreras
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
Cepyme	Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa
EBEP	Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
JUR	Jurisprudencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
NFC	Near Field Communication
Núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
QR	Quick response barcode
Rec.	Recurso
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UGT Unión General de Trabajadores

INTRODUCCIÓN

Explicando de forma introductoria el origen del registro de jornada en España, debemos destacar que siempre ha sido un tema muy discutido. A la hora de realizar este registro, no se tiene en cuenta la cualificación de los trabajadores, sino su productividad, ya que no todos los trabajadores realizan el mismo trabajo en el mismo tiempo. Por esta razón, antes de que hubiera un registro de jornada, los que tardaban más en hacer su trabajo, solían ser compensados con mayor remuneración, sin embargo, los que tardaban menos no recibían ningún beneficio a cambio¹.

La ausencia de un registro de la jornada ordinaria ha dado lugar a la realización de más horas de las que forman parte del horario de cada trabajador, sobre todo en sectores como el financiero, el mundo de los seguros y en la educación². Es cierto que en otros sectores se realizan más horas extraordinarias, pero estas acaban siendo remuneradas, como en el sector de la hostelería³. Por eso es importante señalar la diferencia entre los sectores que realizan horas extraordinarias y no reciben una compensación a cambio de aquellos en los que sí la reciben, ya que el problema de la realización de horas extraordinarias no existiría en estos últimos. Así pues, los excesos de jornada suponen el principal problema de la ausencia del registro de jornada, ya que estas horas de más no son pagadas, ni compensadas con descansos.

Desde que se estableció la obligación de registrar la jornada en el año 2019, han aumentado las reclamaciones por la realización de horas extraordinarias porque los trabajadores no reciben ninguna remuneración por ellas⁴.

La obligación de registrar la jornada se ha establecido como consecuencia de los diversos pronunciamientos de la jurisprudencia. El primero que se ha de explicar es la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, AN) de 4 de diciembre de 2015⁵. En ella el tribunal explicó que el registro de jornada era necesario para poder determinar cuándo los trabajadores realizaban más horas de las que constituían su jornada. De esta

¹ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo. *La Ley* núm. 12190/2019 p.1.

² OLÍAS, LAURA Y SÁNCHEZ, RAÚL. (2018). *Los sectores que más abusan de las horas extra no pagadas: finanzas, educación e inmobiliario*. eldiario.es. Recuperado de: https://www.eldiario.es/economia/sectores-abusan-horas-extra-pagadas_1_1159462.html.

³ CEREZAL, PABLO. (2019). *Registro horario: ¿Qué sectores hacen más horas extra?* Expansión. Recuperado de: <https://www.expansion.com/economia/2019/05/07/5cd0a0f1468aebb83b8b4585.html>.

⁴ CEREZAL, PABLO. (2019). *Registro horario: ¿Qué sectores hacen más horas extra?*, op. cit.

⁵ Rec. 301/2015.

forma, quedarían probadas las horas extraordinarias que realizaban tal y como exigía el artículo 35.5 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 (en adelante, ET)⁶. La AN realizó esta interpretación porque si no existía este registro, los trabajadores no tendrían una forma de probar que su jornada, en ocasiones, podría exceder del tiempo máximo de trabajo.

Sin haber transcurrido mucho tiempo desde la publicación de este fallo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) elaboró la Instrucción 3/2016, sobre la intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias (en adelante, Instrucción 3/2016). Esta instrucción insistía en la intervención de los inspectores para recabar toda la información respecto a las jornadas laborales de los trabajadores que desempeñaban su actividad en las diferentes empresas españolas, con independencia de si realizaban o no horas extraordinarias. Su fundamento se situaba en la misma interpretación que había hecho la AN del artículo 35.5 del ET⁷, es decir, el establecimiento del registro de jornada facilitaría poder probar las horas extraordinarias. Además, la ITSS para asegurarse de que las empresas cumplieran con esta obligación, promovió la tipificación de este incumplimiento como sanción muy grave en el artículo 7.5 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 (en adelante, LISOS)⁸. La Administración decidió recoger esta sanción porque apreciaron que la flexibilidad horaria tipificada en las leyes laborales era un avance para mejorar la situación laboral de los trabajadores, pero no existía un equilibrio, ya que las jornadas se prolongaban de forma indebida⁹.

Contra la sentencia que dictó la AN, la empresa planteó recurso ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS) porque consideraban que se estaba interpretando el artículo 35.5 del ET de una forma tan amplia que les imponían obligaciones que en verdad no tipificaba este precepto. El TS resolvió este recurso el 23 de marzo de 2017¹⁰ y supuso un

⁶ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 24 de octubre de 2015.

⁷ GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA. (2017). La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo), *La Ley* núm. 1763/2017 p.3.

⁸ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 8 de agosto de 2000.

⁹ TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. (2017). La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo. *La Ley*, núm.7621/2017 p.4.

¹⁰ Rec. 81/2016.

cambio respecto a la interpretación que había realizado la AN. Esta resolución explicaba que no era obligatorio establecer mecanismos de control de la jornada diaria de los trabajadores¹¹. A su vez, dejaba sin efecto la infracción por no establecer el registro de la jornada.

Sin embargo, es importante conocer los votos particulares que tuvo esta resolución del TS, porque tres de ellos se opusieron a la resolución de la sentencia del tribunal. Uno de ellos afirmaba que la legislación española entendía que las empresas debían contar con sistemas que facilitaran el registro de la jornada diaria para comprobar que se cumplían las normas sobre el tiempo de trabajo¹². Otro de los votos afirmaba que la legislación española en el artículo 35.5 del ET no imponía la obligación de registro de jornada, pero, sí se podía deducir esta obligación de otras normas. El último voto particular, se posicionaba a favor de que el artículo 35.5 del ET junto con otros, tipificaban la obligación de registrar la jornada. Por tanto, los dos últimos votos particulares razonaban que, aunque en la jornada de tiempo parcial hubiera un sistema de registro, esto no significaba que no se fuera a establecer en el resto de las jornadas, sin embargo, en ese momento no existía una ley que recogiera esta obligación con carácter general¹³.

Antes de continuar con la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es importante resaltar que en la sentencia dictada por la AN no se hacía referencia a ninguna directiva de la Unión. Sin embargo, el TS sí que se centró en alguna¹⁴, lo que generó dudas en la AN respecto a si la solución del TS era o no conforme con el Derecho de la Unión Europea¹⁵.

Además, la intervención del TJUE se debe a que las contradicciones que existían en ese momento eran entre órganos de diferente jerarquía, Audiencia Nacional y Tribunal

¹¹ TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. (2017). La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo, *op. cit.*, p.5.

¹² MONREAL, ERIK. (2019). Registro de la jornada: ¿Era urgente y necesario implantarlo legalmente? *La Ley* núm. 4993/2019 p.4.

¹³ MONREAL, ERIK. (2019). Registro de la jornada: ¿Era urgente y necesario implantarlo legalmente?, *op. cit.*, p.4.

¹⁴ Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en la que se establecen las normas de organización del tiempo de trabajo; 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.

¹⁵ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. *Diario La Ley*, núm. 8835/2019 p.7.

Supremo. Esto es importante resaltarlo, ya que cuando las contradicciones son entre órganos de la misma jerarquía, las contradicciones las resolverá el Tribunal Supremo.

Como la AN no estaba de acuerdo con la solución del TS, recurrió a la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en la que se establecen las normas de organización del tiempo de trabajo (en adelante, Directiva 2003/88/CE) y planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE, siguiendo el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. Esta actuación la suelen realizar los jueces nacionales cuando tienen dudas sobre cómo interpretar el Derecho de la Unión Europea. En este caso la AN no tenía dudas respecto a cómo aplicar este Derecho, sino que planteó esta cuestión porque entendía que el TS no había interpretado bien este Derecho y por eso solicitó la intervención del TJUE para que determinara la interpretación adecuada¹⁶.

El auto presentado por la AN buscaba que el TJUE se posicionara respecto a la interpretación de los siguientes preceptos: artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 2003/88/CE y la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 relativa a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo (en adelante, Directiva 89/391/CEE). Lo que quería principalmente la AN era que el TJUE manifestara si los artículos 34 y 35 del ET contradecían al Derecho europeo. El TJUE explicó que los trabajadores tienen reconocido como derecho fundamental que sus jornadas estén limitadas y consten de tiempos de descanso. Para poder garantizarlo entiende que ha de haber un sistema que permita registrar estas jornadas, ya que, sin él, no sería posible computar de forma objetiva y veraz las horas realizadas realmente por cada trabajador. Además, el TJUE entiende que el artículo 35.5 del ET no establece este sistema de control de la jornada ordinaria. Por ello, la conclusión a la que llega es que en todos los Estados Miembros se ha de establecer la obligación de registrar la jornada de los trabajadores¹⁷.

Por último, el Abogado General se ha pronunciado ante el TJUE respecto a la petición realizada por la Audiencia Nacional. Sus explicaciones coinciden con las conclusiones del tribunal, porque entiende que para poder aplicar la Directiva 2003/88/CE es necesario que los Estados Miembros desarrollen un sistema objetivo y fiable para poder

¹⁶ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.4.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, *op. cit.*, pp.10-13.

registrar la jornada de los trabajadores, de este modo se les podrá garantizar una concreta jornada ordinaria acompañada de sus respectivos descansos. Esta es la única vía posible para garantizar el respeto a esta Directiva. Además, entiende que el artículo 34 del ET, antes del Real Decreto-ley 8/2019, era contrario al Derecho de la Unión Europea¹⁸.

Por todas estas controversias, en España, en el año 2019 se elaboró el Real Decreto-ley 8/2019 de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en adelante, Real Decreto-ley 8/2019)¹⁹. En el que se introdujeron cambios importantes respecto al registro de la jornada de trabajo. Sin embargo, esto no es suficiente, por lo que se tendría que plantear un cambio en la normativa española para que el registro de jornada quede claro. Es decir, se debería de concretar si el registro es o no obligatorio en todas las empresas para evitar la realización de horas extraordinarias.

Una vez analizado el origen de la obligación del registro de jornada, se resalta que el objetivo principal de este trabajo es el estudio del Real Decreto- ley 8/2019. Este es el texto legal en el que se tipifica la obligación de registrar la jornada de trabajo por las empresas.

A su vez, se busca explicar cuáles son las principales dificultades para registrar la jornada laboral. Se analizarán cuáles son los mecanismos que permiten probar la realización de horas extraordinarias por parte de los trabajadores de las diferentes empresas, ya que estas horas se llevan a cabo en numerosos sectores como el de la hostelería.

Por otro lado, debido a la importancia que ha ganado en los últimos meses por el COVID-19, en este trabajo se estudia de forma genérica la regulación del teletrabajo y cómo se ha llevado a cabo el registro de jornada en esta nueva modalidad de trabajo a distancia.

Para poder realizar este trabajo se han analizado sentencias de los diferentes tribunales españoles y europeos para poder ejemplificar las dificultades en la práctica del registro de la jornada laboral.

¹⁸ DE LA MORENA CORRALES, PABLO. (2019). El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada). *Diario La Ley*, núm. 6997/2019 p.4.

¹⁹ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 12 de marzo de 2019.

Para poder cumplir con los objetivos de este trabajo, la metodología no solo se ha basado en el análisis de la jurisprudencia sino también en el estudio de la doctrina científica en el ámbito jurídico laboral. Al igual que se ha examinado la legislación vigente en Europa y en España que trata de regular la obligación del registro de jornada.

Por último, este trabajo se ha centrado en analizar la nueva forma de trabajo que se ha implantado como consecuencia de la pandemia mundial: el teletrabajo. Se ha estudiado cómo se ha ido elaborando en España la nueva normativa y así explicar las dificultades que han surgido para registrar la jornada laboral de los teletrabajadores. También se analiza la legislación que regula la obligación de registrar la jornada realizada a través de esta nueva forma de trabajo.

1. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA JORNADA

1.1. Aspectos relevantes del Real Decreto- ley 8/2019

El Registro de la Jornada ha supuesto durante muchos años un foco de discusión. Por eso, se elaboró el Real Decreto-ley 8/2019. Concretamente, la norma en su Capítulo III recoge las “Medidas de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo”, entre las cuales destaca la obligación para el empresario de registrar la jornada laboral de sus trabajadores. De este modo se busca asegurar a los trabajadores sus derechos en materia laboral, al igual que garantizarles la adecuada seguridad jurídica y permitir un control por parte de la ITSS. A su vez, con esta norma se podrá garantizar la seguridad jurídica de las empresas.

Como veremos ahora, este Real Decreto-ley 8/2019 introduce numerosas novedades respecto a la legislación anterior y por ello se procede a su explicación.

Comenzamos analizando el contenido del artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019. En este apartado se tipifica que “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”. Por tanto, no es suficiente con registrar que el trabajador ha acudido a su puesto de trabajo, sino que es necesario determinar tanto la hora de entrada como la de salida, ya

que de este modo será más fácil diferenciar el tiempo de trabajo efectivo de la realización de horas extraordinarias²⁰.

En este momento las horas efectivas de trabajo solo se pueden conocer en un momento “ex post”, es decir, cuando el trabajador ya ha realizado su actividad profesional. Sin embargo, esto no impide que, en el momento de probar estas horas efectivas de trabajo, la ITSS también permita aportar los horarios y la planificación que haga el empresario para los diferentes períodos de trabajo, aunque estos son elaborados “ex ante”²¹ y, por tanto, no reflejan las horas realmente trabajadas por cada empleado.

A su vez es importante resaltar que, en la obligación de registrar la jornada de trabajo, no se diferencia entre los distintos puestos que existen en una empresa, ni entre los tipos de contrato, ni el sector en el que se trabaje, al igual que tampoco se establecen diferencias en función del tamaño de la empresa, ya que la norma entiende que es una obligación que se ha de llevar a cabo en todos los contratos. Es decir, esta obligación se aplica a todos los trabajadores y empresas que se encuentren comprendidos en el artículo 1.1 del ET: “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

Además, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social elaboró una Guía Técnica²² en la que se desarrolla de una forma más práctica la forma en la que se ha de cumplir la obligación de registro de la jornada de los trabajadores. Esto se debe a la gran cantidad de consultas que recibieron tras la aprobación del Real Decreto-ley 8/2019²³.

En relación con el carácter general con el que se dota a esta obligación de registro de la jornada de trabajo, es importante resaltar algunas especialidades que recoge esta Guía. Por un lado, respecto a las relaciones laborales especiales que se tipifican en el artículo 2 del ET como las empleadas del hogar, los penados en las instituciones

²⁰ SANTA- BÁRBARA RUPÉREZ, VÍCTOR. (2019). Inspección de Trabajo y Seguridad social ante el registro de jornada laboral: todo lo que debes saber. *Revista de Derecho vLex*, núm. 181 p.2.

²¹ OLEART ABOGADOS. (2019). El registro de la jornada laboral. La nueva regulación 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. *Revista de Derecho vLex*, núm. 180 p.3.

²² Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: “Guía sobre el Registro de Jornada”. Recuperado de: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

²³ DE LA MORENA CORRALES, PABLO. (2019). El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada), *op. cit.*, p.5.

penitenciarias, los deportistas profesionales... en estos casos, para determinar si es necesario cumplir o no la obligación de registrar la jornada, se ha de consultar la normativa específica que se aplica a estas relaciones. Muchas de ellas, al no tener nada regulado, se remiten al ET²⁴. La segunda excepción se refiere al personal de alta dirección, los cuales constituyen también una relación laboral especial, sin embargo, tienen una normativa específica, en concreto el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, (en adelante, RD 1382/1985)²⁵. Esta normativa se caracteriza porque da gran libertad a estos trabajadores para que gestionen ellos mismos su tiempo de trabajo, ya que tal y como recoge el artículo 2 de esta norma, esta relación laboral se basa en la confianza: “La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe”.

Así pues, y tal y como establece la Guía, además de la hora de entrada y salida, es necesario indicar los descansos realizados durante el tiempo de trabajo. De lo contrario, se entendería que todas las horas que realiza un trabajador desde que entra hasta que sale son tiempo de trabajo efectivo²⁶.

En este momento se ha de resaltar la condición de los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas. A ellos no se les aplica el ET porque tienen su regulación específica el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP)²⁷. En el artículo 51 se tipifica que “para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”. Lo que quiere decir este artículo es que en la normativa que regula la actividad del personal público, se ha venido tipificando la obligación de registrar la jornada desde hace varios años. El primer texto que tipificó esta obligación fue la Instrucción de 21 de diciembre de 1983, de la Secretaría de Estado para

²⁴ DE LA MORENA CORRALES, PABLO. (2019). El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada), *op. cit.*, pp.5-6.

²⁵ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 12 de agosto de 1985.

²⁶ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, *op. cit.*, p.3.

²⁷ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 1 de noviembre de 2015.

la Administración Pública, por la que se dictan normas sobre jornada y horario de trabajo, licencia y vacaciones del personal (en adelante, Instrucción de 1983)²⁸. Por tanto, desde esa fecha las Administraciones Públicas tendrán la obligación de llevar a cabo el registro del horario de sus empleados²⁹.

El registro de jornada del personal de las Administraciones Públicas se lleva haciendo desde hace mucho tiempo, lo único que la normativa se ha ido actualizando y hace unos años se elaboró la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (en adelante, Resolución de 2019)³⁰. En ella el apartado 12 se dedica al “control y seguimiento de la jornada y horario de trabajo”. Es en este precepto donde se especifica que estos trabajadores tendrán que registrar todas sus entradas y salidas³¹, al igual que las salidas o descansos que hagan durante su jornada.

Aunque los trabajadores públicos tengan que cumplir con la normativa que se ha explicado en los párrafos anteriores, es necesario resaltar que en las Administraciones Públicas también hay personal laboral³². Es decir, personas que no tienen la cualidad de empleado público y por tanto deben seguir todo lo tipificado en la legislación laboral y algunos preceptos del EBEP en los que se especifique que estos se aplicarán a este personal. Esto es lo que regula el artículo 7 del EBEP: “El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”.

Otra de las novedades del Real Decreto-ley 8/2019 es la elaboración del artículo 34.9 del ET. Este precepto tipifica que “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”. Este precepto hace referencia a la posibilidad de emplear la negociación para

²⁸ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 22 de diciembre de 1983.

²⁹ VALVERDE, MIGUEL Y SERALLER, MERCEDES. (2019). *600.000 empleados públicos tienen ya el registro de jornada en Gobierno y empresas*. Expansión. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#WW/vid/784752677>.

³⁰ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 1 de marzo de 2019.

³¹ Confederación sindical de comisiones obreras: “Registro de Jornada de Trabajo”. Recuperado de: <http://www.feccoo-madrid.org/315c503133976fb8982df4b45f3b3935000063.pdf>, p.5.

³² Confederación sindical de comisiones obreras: “Registro de Jornada de Trabajo”, *op. cit.* p.5.

establecer el mecanismo de registro de la jornada más adecuado, estableciendo así una forma de control de las horas realizadas por cada trabajador. Un ejemplo de la negociación colectiva serían las “Instrucciones sobre el registro diario de jornada” en Telefónica de 17 de julio de 2019. Fueron acordadas entre Telefónica, UGT y CCOO para establecer las directrices adecuadas para cumplir con el registro de la jornada. Determinaron que el registro se realizara a través de la Tarjeta de Identificación Personal cuando los empleados llegasen a las instalaciones de la empresa. En el caso de los teletrabajadores acordaron un sistema telemático³³.

Sin embargo, en el caso de no existir negociación, esto no significa que el empresario no esté obligado a cumplir el establecimiento de un mecanismo adecuado para registrar la jornada³⁴, es decir, tanto si existe como si no existe la negociación, el empresario va a tener que cumplir con esta obligación.

Ambos textos, el ET y la Guía del Ministerio, mantienen la misma posición respecto a las formas de establecer un mecanismo para registrar la jornada de los trabajadores, pero siempre y cuando se trate de un medio que garantice la fiabilidad y seguridad de los datos. Asegurando de este modo que, los datos no se pueden manipular una vez hayan sido registrados³⁵.

Una cuestión para resaltar es qué se entiende por “consulta con los representantes legales de los trabajadores”. Esto se explica en el artículo 64.1 del ET como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”. Esta consulta se hará con el Comité de empresa o con los delegados de personal y es necesaria siempre que se vayan a tratar cuestiones laborales que afecten a los trabajadores.

El último apartado del artículo 34.9 del ET resalta que la empresa, una vez haya registrado todos los horarios de los trabajadores, necesita mantener estos registros durante

³³ MARCOS HERRERO, JOSÉ ANTONIO. (2019). La protección de datos personales de los empleados en el registro de la jornada y los denominados “Derechos digitales”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 11 (2019) p.46.

³⁴ SANTA- BÁRBARA RUPÉREZ, VÍCTOR. (2019). Inspección de Trabajo y Seguridad social ante el registro de jornada laboral: todo lo que debes saber, *op. cit.*, p.3.

³⁵ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, *op. cit.*, p.3.

un período de cuatro años, dejándolos, en cualquier momento, a disposición de los trabajadores, de sus representantes legales y de la ITSS.

En relación con el apartado anterior, se resalta la necesidad de que el registro se haga a través de un mecanismo fiable y que garantice que no se pueden alterar, en ningún momento, los datos recogidos. Además, estos registros se deben mantener en el lugar de trabajo de forma física o de cualquier otra forma, pero bajo la condición de que permitan tener un acceso inmediato a sus contenidos³⁶.

Respecto a esta obligación tipificada en el artículo 34.9 del ET, la Guía del Ministerio de Trabajo plantea dos situaciones en las que hay dificultades a la hora de determinar quién es el sujeto obligado a cumplir con el registro de la jornada de sus trabajadores. El primer supuesto conflictivo es respecto a las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT). En este caso, es la empresa usuaria la que ha de cumplir con esta obligación tal y como recoge el artículo 15.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante, Ley 14/1994)³⁷. Es, por tanto, la empresa usuaria la que se encarga de la organización y dirección de la actividad laboral de los trabajadores durante el tiempo que trabajan para esta empresa. Cuestión diferente, es el tratamiento que hace la empresa sobre esos datos que registra ya que, estos se suelen transferir a la ETT, pero siempre respetando las normas sobre la protección de datos.

Otra relación en la que surge el conflicto para determinar quién es el sujeto obligado para cumplir con este registro es en la subcontratación de obras y servicios tipificada en el artículo 42 del ET. En la Guía se especifica que, si “los trabajadores de la contratista prestan actividad en la empresa principal, ambas empresas podrán acordar servirse de los sistemas de registro diario de jornada empleados en la principal para sus trabajadores”. Por tanto, si hay subcontratación de empresas, el sistema de registro será compartido por estas. Pero es importante tener cuidado en estos casos, porque es posible

³⁶ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, *op. cit.*, pp.3-4.

³⁷ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 2 de junio de 1994.

estar ante una cesión ilegal de trabajadores si no se puede justificar que ambas empresas, la principal y la contratista, tienen el mismo sistema de registro³⁸.

Otra de las novedades que introduce el Real Decreto-ley 8/2019 es el cambio en el artículo 34 del ET, pero en este caso se trata del apartado séptimo. En este se permite que “el Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran”. La novedad reside en que el Gobierno puede regular cuestiones relativas a la obligación de registro de la jornada de trabajo, pero solo en aquellos ámbitos en los que se requiera su intervención.

Por otro lado, el Real Decreto-ley 8/2019 introduce otra modificación en su artículo 11. Establece que el incumplimiento de la obligación de registro de jornada va a tener consecuencias para el empleador. Por tanto, es este artículo el que modifica el artículo 7 de la LISOS, precepto en el que se recogen las infracciones graves. Concretamente, el apartado quinto, es el que especifica que se trata de una infracción grave “la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”. Por lo que desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, es posible la imposición de multas a aquellas empresas que no cumplan con esta obligación³⁹. De este modo se agrava la tipificación de esta infracción, ya que antes del Real Decreto- ley 8/2019 no aparecía tipificada en ninguna normativa y, por tanto, se entendía como una infracción leve ya que se trataba como una infracción documental.

Además, esta infracción en los contratos a tiempo parcial, el artículo 12.4.c del ET establece que es obligatorio el registro de la jornada de trabajo para los trabajadores

³⁸ DE LA MORENA CORRALES, PABLO. (2019). El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada), *op. cit.*, p.6.

³⁹ OLEART ABOGADOS. (2019). El registro de la jornada laboral. La nueva regulación 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, *op. cit.*, p.3.

a tiempo parcial, ya que como se mencionaba anteriormente, el Real Decreto-ley 8/2019 establece esta obligación con carácter general, sin diferenciar entre la gran variedad de tipos de contratos⁴⁰. En el artículo 12.4. apartado c, se regula que, en caso de que el empresario no registre la jornada del trabajador a tiempo parcial, se entenderá que el contrato se transforma, es decir, pasa de ser a tiempo parcial a ser a tiempo completo.

Es importante tener en cuenta que llevar a cabo esta obligación no impide que se cumpla con la obligación de registrar las horas extraordinarias. Este último deber se encuentra tipificado en el artículo 35.5 del ET. Por tanto, la obligación de registrar las horas extraordinarias y la de registrar la jornada de trabajo, son obligaciones independientes y compatibles⁴¹.

Por último, hay que resaltar la Disposición Final Sexta del Real Decreto-ley 8/2019. En ella se recoge que todos los artículos de esta norma entrarán en vigor al “día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”, es decir, el 13 de marzo de 2019. Sin embargo, lo relativo a la obligación de registro de la jornada de trabajo, tipificado en el artículo 10 de esta norma, entrará en vigor “a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”, es decir, a partir del 12 de mayo de 2019. Esto se debe a que el Ministerio cuando aprobó esta nueva legislación lo que quería es que se aplicara de la forma más adecuada posible.

1.2.Las dificultades en el Registro de la Jornada

En el Derecho Laboral han surgido numerosas controversias respecto a la obligación de registrar o no la jornada de trabajo. Esto se debe a la gran variedad de contratos y a su duración⁴². Con el paso de los años se han ido sucediendo varias reformas en la normativa, al igual que se han elaborado diferentes Instrucciones de la ITSS⁴³ para poder solventar esta situación de falta de seguridad jurídica para los trabajadores.

⁴⁰ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. (2019). La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019. *Temas Laborales*, núm. 147/2019 pp.145-147.

⁴¹ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, *op. cit.*, p.5.

⁴² TRILLO, FRANCISCO. (2016). Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre. Rec. 301/2015). *La Ley*, núm. 9227/2016 p.2.

⁴³ Instrucción 3/2016, sobre la intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias y la 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.

Una de las reformas para destacar en esta materia es la del año 2012. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012)⁴⁴, fue elaborada en plena crisis económica. El artículo 34.2 de esta ley, regulaba la posibilidad de que el convenio colectivo o bien, a través de un acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores “se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”. Esta medida que incorporaron era compatible con la realización de horas extraordinarias, por eso se consideró una posibilidad de establecer la flexibilización del trabajo⁴⁵.

En el año 2015, en la sentencia de la AN de 4 de diciembre de 2015⁴⁶ se condenaba a Bankia a establecer un sistema que registrara la jornada diaria de sus trabajadores, fundamentando su posición en el artículo 35.5 del ET. La AN consideró que este artículo del ET buscaba que el trabajador pudiera conocer cuál era la jornada que realizaba cada día y así poder demostrar si llevaba a cabo o no horas extraordinarias⁴⁷. Por eso, si no se registraba su jornada no podría demostrar el exceso de horas que realizaba.

La consecuencia fue la Instrucción 3/2016 elaborada por la ITSS, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias (en adelante, Instrucción 3/2016). En ella se recoge la obligación de llevar a cabo un control de las horas que realizan los trabajadores para evitar que se supere la jornada de ocho horas, que es el máximo legal que recogen las normas europeas. Esta tipificación fue el resultado de la implantación de una mayor flexibilidad horaria. Esto acarrearía un perjuicio para los derechos de los trabajadores, ya que llevarían a cabo jornadas más largas sin recibir nada a cambio. Sin embargo, a pesar de suponer un daño para los derechos de los trabajadores, en la LISOS no se tipificó ninguna sanción para las empresas que no cumplieran con el registro de la jornada de sus trabajadores, por ello se consideró como una simple infracción formal⁴⁸.

⁴⁴ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha 7 de julio de 2012.

⁴⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, ANA. (2011). Flexibilidad interna y reforma laboral (Ley 3/2012). *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm.24 (2011) p.207.

⁴⁶ AS 2016, 97.

⁴⁷ TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. (2017). La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo, *op. cit.*, p.3.

⁴⁸ TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. (2017). La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo, *op. cit.*, p.4.

A pesar de esto, esta sentencia de la AN fue recurrida en casación ante el TS en 2017⁴⁹. Este órgano fue partidario de la idea de establecer el registro de jornada cuando se llevaran a cabo horas extraordinarias, porque si se tuviera que registrar la jornada ordinaria, esto sería tipificado en el artículo 34 del ET⁵⁰ junto con el resto de las normas respecto a la jornada ordinaria de trabajo.

Como consecuencia de esta sentencia del TS, la ITSS elaboró una nueva 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 (en adelante, Instrucción 1/2017). Esta instrucción, como su propio nombre indica complementa a la anterior del año 2016.

La Instrucción 1/2017 sigue la interpretación que realizó el TS en su última sentencia, “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”. Por tanto, si una empresa no realiza el registro de la jornada ordinaria de sus trabajadores no se la podrá sancionar⁵¹.

Lo que se pretendía con las distintas normas era ir introduciendo en nuestro sistema jurídico una mayor flexibilidad laboral⁵², contribuyendo de este modo a que los trabajadores dispusieran de una forma más libre de su tiempo de trabajo.

Debido a estas controversias respecto a la obligación de registro o no de la jornada ordinaria de los trabajadores, se ha buscado una solución mediante la elaboración del Real Decreto-ley 8/2019, el cual amplía la regulación del artículo 34 del ET porque introduce la obligación de registrar la jornada en su apartado noveno.

En este artículo se menciona la “flexibilidad horaria” y no se hace distinción entre los diferentes tipos de contrato para cumplir con el registro de jornada. Por lo que la norma

⁴⁹ STS de 23 de marzo de 2017 (RJ. 2017, 1174).

⁵⁰ TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. (2017). La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo, *op. cit.*, p.7.

⁵¹ TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. (2017). La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo, *op. cit.*, p.8.

⁵² CUBO MAYO, ÁNGEL. (2016). El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario. *La Ley*, núm. 5991/2016 p.1.

da a entender que es una obligación de carácter general, lo cual da lugar a las dificultades que se pueden encontrar los empresarios a la hora de registrar la jornada en determinados tipos de contratos⁵³.

En el momento de poner en práctica esta obligación, los sistemas de registro se han ido estableciendo en función de los distintos tipos de jornada laboral. Cabe diferenciar entre los sistemas de registro digitales y los manuales.

Comenzamos explicando los sistemas de registro digital, en el caso de los puestos de trabajo móviles o itinerantes, cabe destacar que su registro de jornada se encuentra regulado en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (en adelante, RD 1561/1995)⁵⁴. Como se ha explicado, al tener su propia regulación no se les aplicará el ET, sino el artículo 10.bis.5 del RD 1561/1995 en el que se tipifica que “el empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas”. Por tanto, los empresarios están obligados a llevar un recuento de las horas que trabajan los empleados móviles al igual que han de conservar esta recopilación de datos por unos tres años, por si en algún momento surgiera cualquier discrepancia, poder probar sus argumentos.

Estos trabajadores se caracterizan porque no pasan por el centro de trabajo, como es el caso de un agente comercial o los transportistas. Para ellos se han pensado varias opciones para poder registrar sus jornadas. En primer lugar, establecer un código QR o un NFC en el vehículo que utilicen para sus desplazamientos durante su jornada⁵⁵. El empleado solo tendrá que escanear ese QR o NFC con su teléfono móvil o el dispositivo que le facilite la empresa y automáticamente se iniciará el registro de su jornada. En el momento de poner fin a su jornada, tendrá que hacer lo mismo.

Otra opción son las aplicaciones de geolocalización que puede contratar la empresa. Para poder usarlas, el empleado se tendrá que dar de alta en la que corresponda

⁵³ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. (2019). La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019, *op. cit.*, p.136.

⁵⁴ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha 27 de septiembre de 1995.

⁵⁵ DEL MAR, VIÇENT Y MOLINA GARCÍA, OMAR. (2019). *La implementación técnica del Registro de la Jornada*. Elderecho.com. Recuperado de: <https://elderecho.com/la-implementacion-tecnica-del-registro-la-jornada>.

a su empresa. Una vez comience su jornada, tendrá que activarla y desactivarla cuando termine su jornada⁵⁶.

En ambos sistemas se entiende que se registra el tiempo de trabajo efectivo, por lo que las pausas y descansos que tengan reconocidos en su contrato también los tendrán que especificar. Por tanto, es el trabajador el que ha de estar pendiente de hacer los registros, ya que hasta el momento no se han elaborado mecanismos que se activen automáticamente. Sin embargo, es el empresario quien tiene que implantar estos sistemas en sus centros de trabajo.

Ahora bien, estos trabajadores itinerantes pueden pasar por el establecimiento de la empresa de forma intermitente mientras realizan la ruta⁵⁷. En estos casos se les aplicarían los mecanismos explicados anteriormente porque se les consideran los más fiables y transparentes para estos tipos de trabajo.

Por otro lado, hay que establecer diferencias entre los trabajadores que realizan su actividad en un solo centro o en varios centros de trabajo. A su vez en estos casos es importante el número de trabajadores que tiene la empresa para establecer un método de registro de la jornada u otro. En el caso de que se trate de una compañía con más de doscientos trabajadores, no importa si desempeñan su actividad en el mismo centro o en varios, ya que los métodos de recopilar la información sobre la jornada son los mismos. Los más relevantes son aquellos que utilizan datos biométricos, es decir, aquellos que obligan a las empresas a instalar unas máquinas a la entrada de los edificios. Estas pueden estar configuradas para que el registro se haga a través de la huella digital o del reconocimiento facial, permitiendo de este modo que el trabajador fiche su hora de entrada y salida, al igual que los descansos y las diferentes pausas que haga a lo largo de su jornada. Estos establecimientos también pueden optar por los códigos QR o de los NFC, ya que son sistemas más rápidos para llevar a cabo el registro.

Por otro lado, si es el caso de empresas pequeñas, por ejemplo, en un bar con cinco camareros, una forma de registrar la jornada es a través del teléfono. Este supone un registro más complejo, pero igual de efectivo que en las circunstancias anteriores. En este caso, la empresa ha de dar de alta un número de teléfono que se identifique con el

⁵⁶ DEL MAR, VIÇENT Y MOLINA GARCÍA, OMAR. (2019). *La implementación técnica del Registro de la Jornada*, op. cit.

⁵⁷ DEL MAR, VIÇENT Y MOLINA GARCÍA, OMAR. (2019). *La implementación técnica del Registro de la Jornada*, op. cit.

establecimiento del trabajo. Cada empleado, se habrá dado de alta y tendrá un número de identificación el cual suele ser el número del DNI. El mecanismo es el siguiente: el trabajador cada vez que llegue al establecimiento tendrá que llamar al número que haya dado de alta el empleador y tendrá que identificarse, bien diciendo en alto el número de identificación o bien tecleándolo con el teléfono. De este modo quedará hecho el registro⁵⁸. Este sistema también será empleado en los centros de trabajo que tengan pocos empleados, pero varios establecimientos.

Hasta ahora se han resaltado los mecanismos digitales para registrar la jornada. Sin embargo, hay negocios, principalmente aquellos que tienen un menor número de trabajadores, que han implantado el mecanismo de registro manual⁵⁹. Esto es, han diseñado una tabla en la que aparezcan los datos del trabajador y los días de la semana, para que los trabajadores vayan haciendo un registro diario de la hora de inicio y fin de la jornada, al igual que los descansos o pausas que realicen a lo largo de su actividad laboral.

Todos estos sistemas de registro de jornada no vienen especificados en la legislación, ya que la norma solo se encarga de establecer la obligación de registro. Por tanto, las herramientas para poder cumplir con esta obligación serán determinadas a partir de la negociación colectiva entre el empresario y los sindicatos o con los representantes de los trabajadores⁶⁰. De no ser posible esta negociación por no existir representantes de los trabajadores, el empleador tendrá que tomar una decisión consultando previamente a los trabajadores para implantar el sistema de registro de jornada más fiable y objetivo.

Es importante resaltar que, para llevar a cabo este registro de jornada a través de los sistemas mencionados, es necesario acceder a los datos que registren los trabajadores. Por ello hay que garantizar a los trabajadores el derecho a la protección de datos, siendo este uno de los motivos que obstaculiza el desarrollo de la regulación sobre el registro de jornada.

⁵⁸ DEL MAR, VIÇENT Y MOLINA GARCÍA, OMAR. (2019). *La implementación técnica del Registro de la Jornada*, op. cit.

⁵⁹ OLÍAS, LAURA. (2019). *Manual o electrónico, pero obligatorio: las claves del registro de la jornada laboral que entra en vigor este domingo*. eldiario.es. Recuperado de: https://www.eldiario.es/economia/manual-electronico-obligatorio-registro-trabajadores_1_1159459.html.

⁶⁰ CANDAMIO BOUTUREIRA, JOSÉ JUAN. (2019). *12 de mayo de 2019. Registro diario de jornada obligatorio: distintos tipos de jornada y sus características de registro*. Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/revista/12-05-2019-registro-diario-jornada-obligatorio-distintos-tipos-jornada-caracteristicas-registro-339>.

Establecer un registro de la jornada de los trabajadores conlleva que se recopilen datos personales de cada uno de ellos, lo que podría dar lugar a intromisiones en su intimidad⁶¹. En consecuencia, para poder proteger el tratamiento de los datos personales se elaboró la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD)⁶².

Entre los principios que se recogen en esta ley, para poder recopilar cualquier dato personal de cualquier persona, incluyendo los datos de los trabajadores, es el artículo 6.2 el que tipifica la necesidad de contar con el consentimiento de estos: “Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas”. Si se cuenta con este consentimiento, el empleador ha de garantizar al trabajador que se le van a pedir los datos que sean necesarios para poder realizar el registro adecuado⁶³.

Para asegurar el cumplimiento de esta obligación, la ITSS publicó el Criterio Técnico 101/2019, sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Registro de Jornada (en adelante, Criterio Técnico 101/2019)⁶⁴, dejando sin efecto las instrucciones anteriores. Todo esto surge tras la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) el 14 de mayo de 2019 Asunto C- 55/18⁶⁵, donde establece que es obligatorio para todos los Estados establecer un registro de la jornada laboral de los trabajadores⁶⁶. Este criterio estará vigente desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019.

Con todo ello, esta obligación de registrar la jornada ordinaria pretende otorgar mayor flexibilidad a los horarios y al poderse registrar toda la jornada se podrá determinar cuándo un trabajador realiza horas en exceso.

⁶¹ POQUET CATALA, RAQUEL. (2018). La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador. *Lex social*, núm. 1/2018 p.20.

⁶² Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 6 de diciembre de 2018.

⁶³ POQUET CATALA, RAQUEL. (2018). La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador, *op. cit.*, p.22.

⁶⁴ Publicado el 10 de junio de 2019.

⁶⁵ JUR 2019,149299.

⁶⁶ vLex. (2017). Comentarios a 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. *Revista de Derecho vLex* núm.156 p.1.

1.3.El valor probatorio del Registro de Jornada en la reclamación de horas extraordinarias

Las dificultades que se han visto en el apartado anterior respecto al registro de la jornada tienen consecuencias en el registro y prueba de las horas extraordinarias.

En primer lugar, el concepto de horas extraordinarias aparece recogido en el artículo 35.1 del ET como “aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior”. Para que estas horas puedan ser reclamadas se va a necesitar que haya un registro, tal y como establece el artículo 35.5 del ET: “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”. Por tanto, a final de mes se entregará al trabajador, junto a su retribución, una copia de las horas extraordinarias realizadas en ese período de tiempo.

Como se ha explicado, en la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019 se estableció que los Estados Miembros tenían que cumplir con la obligación de registrar la jornada laboral de los trabajadores para así mejorar su seguridad⁶⁷. Tras esta sentencia se elaboró el Real Decreto-ley 8/2019 en el que se recoge esta obligación para las empresas españolas. Sin embargo, respecto al registro de las horas extraordinarias ya se venía tipificando esta obligación en el artículo 35.5 del ET. Además, ahora se recoge que los trabajadores tienen la posibilidad de iniciar un procedimiento cuando el empresario no cumpla en ningún caso con estas obligaciones.

El procedimiento que se puede iniciar para reclamar los excesos de jornada sería el procedimiento de oficio, regulado en el artículo 148.a. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS)⁶⁸. Este precepto tipifica que el procedimiento de oficio se puede iniciar a consecuencia “de las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados”. De esta forma los empleados que se vean

⁶⁷ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.17.

⁶⁸ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 11 de octubre de 2011.

afectados por este incumplimiento podrán reclamar la retribución correspondiente a las horas que han trabajado⁶⁹.

En estos casos, si el Inspector de Trabajo aprecia que la empresa no ha cumplido la obligación de registrar la jornada de sus trabajadores y les causan perjuicios económicos a estos, se les impondrá una sanción administrativa. Cuando esta sea firme la autoridad laboral puede interponer la demanda de oficio e iniciar este proceso. En esta demanda deben aparecer los datos de las personas afectadas y de aquellas contra las que se dirige el procedimiento, tal y como especifica el artículo 149 de la LRJS. Una vez admitida la comunicación de la autoridad laboral, el procedimiento seguirá su curso y la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto a posteriores demandas⁷⁰.

En este procedimiento es la autoridad laboral la que defiende los intereses de los trabajadores que han visto afectado su patrimonio. Es por ello por lo que el plazo de prescripción que se ha de tener en cuenta es el de un año, según el artículo 59.1 del ET: “Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación”.

En estos procedimientos hay que resaltar las dificultades que surgen en el momento de la prueba. Antes de la nueva legislación, estos procedimientos en los que se reclamaba la realización de horas extraordinarias indicaban que muchas veces no se llevaba a cabo el registro de estas horas. Entonces, los juzgados se posicionaron en que era el demandante quien tenía que probar la realización de estas horas⁷¹. Esto se debe a que en el artículo 35.5 del ET se exigía que el empresario realizara este registro, pero los trabajadores eran los que tenían que aportar las pruebas ante los tribunales⁷². Así pues, con el nuevo texto legal se debe diferenciar entre la *ficta documentatio* y la carga de la prueba⁷³.

La *ficta documentatio* aparece regulada en el artículo 94.2 de la LRJS: “Los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como

⁶⁹ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.19.

⁷⁰ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.19.

⁷¹ EGUARAS MENDIRI, FLORENTINO. (2020). Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada. *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm.207 p.20.

⁷² EGUARAS MENDIRI, FLORENTINO. (2020). Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada, *op. cit.*, p.20.

⁷³ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.17.

medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el juez o tribunal o cuando éste haya requerido su aportación. Si los documentos de prueba no se presentaren y se debiera a la ausencia de una causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada”. Por tanto, se tendrán que aportar los documentos en los que quede acreditada la realización de las horas extraordinarias, ya que su ausencia hará que el juez dé por probado el exceso de la jornada ordinaria. En este sentido se posiciona el TS en la sentencia del 19 de julio de 2018⁷⁴. Si la empresa no aporta los documentos que prueben que se han realizado estos excesos de jornada, el tribunal dará la razón al trabajador, sirva de ejemplo la siguiente situación: cuando se requiere al empresario que acredite la jornada de trabajo realizada por uno de sus camioneros y este no lo hace, careciendo de una causa justificada⁷⁵, en esta situación estamos ante una *ficta documentatio*.

Sin embargo, cuestión diferente es cuando el empresario no aporta los documentos porque no ha cumplido la obligación de registrar la jornada. Aquí no se está ante la *ficta documentatio* sino que, se trata de una carga de la prueba del artículo 217.6 y 217.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)⁷⁶.

En el primer artículo se recoge que “las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”. Mientras, el segundo de estos artículos tipifica que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Ambos preceptos son interpretados por el TS en la sentencia de 23 de marzo de 2017⁷⁷. En esta resolución el tribunal afirma que, si no se hace un registro de las horas extraordinarias, estas se entienden como no realizadas. Es posible que el trabajador pueda probar que ha realizado estas horas, lo cual resulta perjudicial para el empresario, porque se estaría probando que efectivamente el empresario no está cumpliendo con la obligación de registrar las horas extraordinarias⁷⁸. El problema de esta sentencia del Tribunal Supremo es que pierde eficacia tras la sentencia dictada por el TJUE del 14 de mayo de

⁷⁴ Rec. 169/2017.

⁷⁵ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.18.

⁷⁶ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 8 de enero del 2000.

⁷⁷ Rec. 81/2016.

⁷⁸ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.19.

2019 en la que se establece que todos los Estados Miembros han de cumplir con la obligación de registrar la jornada de los trabajadores, es decir, no puede haber ninguna empresa que incumpla esta obligación.

De este modo, si resulta que la empresa no cumple con esta obligación y el trabajador aporta indicios suficientes de haber realizado horas extraordinarias, se produciría una inversión de la carga de la prueba tal y como explica la sentencia del TSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2017⁷⁹. Si el empleador no cumple la obligación de registrar la jornada, no estaríamos ante una *ficta documentatio*, sino ante una carga de la prueba porque el empresario no estaría cumpliendo con la normativa al no instalar en su empresa los controles necesarios para registrar las horas extraordinarias.

Es importante resaltar que se presume que el empresario va a llevar a cabo el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el principio de buena fe y confianza. También se presume que cumplirá la obligación, porque los representantes de los trabajadores van a tener acceso a esta documentación⁸⁰ para así poder asegurarse de que se están respetando los derechos de los empleados. De este modo, si el trabajador no está de acuerdo con los registros que ha llevado a cabo la empresa, entonces la carga probatoria la tendrá que asumir él⁸¹, ya que tendrá que probar de alguna manera que lo llevado a cabo por el empresario no refleja la realidad.

Por otro lado, la prueba de estas horas extraordinarias lleva a diferenciar dos situaciones porque, no es lo mismo reclamar horas extraordinarias realizadas de forma esporádica, que reclamar horas extraordinarias debido a que su jornada laboral excede la jornada ordinaria aprobada por el ET o el convenio colectivo.

Esta diferencia queda explicada por la jurisprudencia⁸². Si lo que se reclama es un exceso de horas extraordinarias que realiza el trabajador en cada uno de sus servicios, está realizando más horas que las previstas en el ET o en el convenio colectivo que se le aplique. Por eso, cuando reclame estos excesos es necesario que presente su horario y durante cuánto tiempo ha estado cumpliendo este. De esta forma, se podrán probar los

⁷⁹ Rec. 765/2017.

⁸⁰ EGUARAS MENDIRI, FLORENTINO. (2020). Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada, *op. cit.*, p.21.

⁸¹ EGUARAS MENDIRI, FLORENTINO. (2020). Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada, *op. cit.*, p.22.

⁸² STSJ Islas Canarias 13 de marzo de 2015 (Rec. 596/2014), STSJ Islas Canarias de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 81/2017) y STSJ Islas Canarias de 31 de enero de 2019 (Rec. 654/2018).

excesos en el juicio y la empresa tendrá que presentar la documentación que pruebe que no existían estos excesos, por ejemplo, a través de los registros que hayan estado llevando a cabo. Mientras, que cuando se reclama la realización de horas extraordinarias de forma intermitente, entonces el demandante tendrá que probar día por día y hora por hora, los excesos⁸³. En ambas situaciones el trabajador tiene que llevar él mismo un registro que sea fiable para poder aportarlo en el juicio y poder recibir una retribución por los excesos de horas realizados.

Tras la elaboración del Real Decreto-ley 8/2019 el empresario tiene que cumplir con la obligación de registrar la jornada y todos los excesos de esta. En caso de que se inicie un procedimiento tendrá que presentar las pruebas pertinentes, porque si no lo hace se dará por cierto el exceso de la jornada.

Una cuestión diferente es que las horas extraordinarias sean obligatorias porque lo recoge el Convenio Colectivo. Sin embargo, la carga de la prueba vuelve a recaer sobre el empresario, además, el convenio daría indicios de que se están realizando estas horas de más⁸⁴.

Pero el registro de jornada que se ha explicado hasta el momento es para los trabajadores que desempeñaban sus funciones de forma presencial, a pesar de que fueran trabajadores móviles, a todos ellos se les aplica la normativa explicada y se les han presentado todas estas dificultades. Sin embargo, en el caso de los trabajadores a distancia o teletrabajadores, el registro de jornada plantea nuevas dificultades, las cuales se procede a explicar a continuación.

2. EL REGISTRO DE LA JORNADA EN EL TELETRABAJO

2.1. La regulación del Teletrabajo

Vivimos en una sociedad que está en una evolución constante. Las nuevas tecnologías dan lugar a continuos cambios en cualquier ámbito, incluido el laboral. Estos

⁸³ CANDAMIO BOUTUREIRA, JOSÉ JUAN. (2019). *Para la acreditación de un horario fijo superior al legal, ante ausencia de registro de jornada, basta con que el trabajador aporte indicios*. Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/revista/acreditacion-horario-fijo-superior-legal-ausencia-registro-jornada-basta-trabajador-aporte-indicios-354>.

⁸⁴ MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo, *op. cit.*, p.19.

avances han introducido una nueva forma de trabajo conocida como teletrabajo, trabajo a distancia, trabajo móvil o trabajo en el domicilio⁸⁵.

En España se ha aprobado el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (en adelante, Real Decreto-ley 28/2020)⁸⁶, siendo la primera norma que regula de forma general el trabajo a distancia.

A lo largo de la historia, se han elaborado diversos textos legales que han ido desarrollando una regulación muy escasa sobre esta nueva forma de trabajo. Para poder explicar los problemas que plantea el trabajo a distancia, es necesario comenzar estudiando el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo elaborado en 2002 (en adelante, Acuerdo Marco de 2002).

El Acuerdo Marco de 2002 se elaboró para cumplir dos objetivos principales. En primer lugar, para conseguir regular de forma uniforme el teletrabajo garantizando así la seguridad jurídica de los teletrabajadores de cualquier estado miembro de la Unión Europea. El otro objetivo era incorporar esta nueva modalidad de trabajar entre las empresas para que se fueran adaptando a los avances de las nuevas tecnologías y, de tal forma, aprovechar las ventajas que estas aportan a sus diferentes actividades profesionales⁸⁷. Las principales ventajas del teletrabajo son la mayor libertad y flexibilidad que se da a los trabajadores para organizar su trabajo, y la posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar⁸⁸.

En el Acuerdo Marco de 2002 se ofrece una definición de lo que se entiende por teletrabajo: “Es una forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza la tecnología de la información, en el contexto de un contrato o relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados”⁸⁹. Sin embargo, esta definición no es la que recoge la normativa española.

⁸⁵ ARRIETA IDIAKEZ, FRANCISO JAVIER. (2019). La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia. *Relaciones laborales*, núm. 42 p.4.

⁸⁶ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 23 de septiembre de 2020.

⁸⁷ MELLA MÉNDEZ, LOURDES. (2002). Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo. *La Ley*, núm.4156/2002 (2002), p.1.

⁸⁸ MELLA MÉNDEZ, LOURDES. (2002). Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo, *op. cit.*, p.2.

⁸⁹ HERNANDO DE LARRAMENDI, ÁLVARO. (2003). Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo. *La Ley*, núm. 1665/2003 p.1.

El ET, antes de la reforma del año 2012, en su artículo 13 recogía la definición del contrato de trabajo a domicilio. Tras la mencionada reforma, este artículo sufrió modificaciones porque se dejó de lado el término “trabajo a domicilio” y se comenzó a hablar de “trabajo a distancia”⁹⁰, quedando la definición de la siguiente forma: “Aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”.

El Acuerdo Marco de 2002 no establece disparidades entre la gran variedad de actividades laborales, ni entre empleados públicos o privados⁹¹. Por tanto, las bases que establece sobre el teletrabajo sirven para que cada estado miembro elabore su propia regulación respecto a esta nueva forma de trabajar.

Además, este documento centra su atención en establecer unas indicaciones sobre el tiempo de trabajo y la forma de organizar este. Esto se debe a que los teletrabajadores disfrutaban de una mayor flexibilidad y autonomía en su trabajo, por eso resulta necesario delimitar unas reglas para que las empresas controlen las horas que trabajan sus empleados y así evitar los excesos de jornada. Esta flexibilidad y autonomía de la que disfrutaban los teletrabajadores no significa que no tengan que cumplir un horario y una jornada acorde con lo establecido en la normativa. Por ello, las empresas deben garantizar la igualdad de derechos entre sus teletrabajadores y los que realizan su actividad desde las instalaciones de la empresa⁹². Al igual que se han de asegurar los superiores de las empresas en que todos sus empleados cuenten con la misma carga de trabajo⁹³.

Este Acuerdo Marco de 2002 dio lugar a las negociaciones entre CEOE, Cepyme, CCOO y UGT que suscribieron el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva en 2003 (en adelante, Acuerdo Interconfederal)⁹⁴. Este constituye el primer documento de la normativa española en el que se tipifica una regulación con las principales

⁹⁰ SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA. (2017). Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica. *La Ley*, núm. 3830/2017 p. 2.

⁹¹ MELLA MÉNDEZ, LOURDES. (2003). Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo, *op. cit.*, p.5.

⁹² HERNANDO DE LARRAMENDI, ÁLVARO. (2003). Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, *op. cit.*, pp.3-4.

⁹³ MELLA MÉNDEZ, LOURDES. (2002). Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo, *op. cit.*, p.18.

⁹⁴ RESOLUCIÓN de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003).

características del teletrabajo para que las diferentes empresas lo empiecen a incorporar. Recoge las mismas indicaciones que en el acuerdo europeo y, por tanto, apela a que los convenios colectivos de cada sector se pronuncien sobre esta nueva forma de trabajo y de este modo, garantizar a los trabajadores una seguridad jurídica respecto a su actividad⁹⁵, porque los empresarios tienen que asegurar a sus empleados que sus jornadas van a constar de una duración máxima y mínima, al igual que van a tener tiempos de descanso.

Tras este primer acuerdo suscrito en España, se comienzan a reformar varios convenios colectivos para incorporar esta forma de trabajo, pero se hace de una forma tan general que provoca que sean las empresas las que elaboren sus propios convenios y establezcan las indicaciones para poder realizar el teletrabajo de una forma segura para sus empleados⁹⁶.

Entre los inconvenientes de esta nueva forma de trabajo, se aprecia el aislamiento que puede sufrir el teletrabajador. Este aislamiento puede tener lugar debido a la flexibilidad que tiene su jornada, es decir, es más fácil que los teletrabajadores realicen más horas de las que establece la ley, por ello el empleador ha de evitar que esto suceda⁹⁷. Al igual que, el empleador ha de intentar mantener al teletrabajador comunicado constantemente con el resto trabajadores de la empresa⁹⁸, de esta forma podrá desempeñar su trabajo de una forma completa, tal y como si estuviera en los establecimientos de la empresa.

Finalmente, el pasado 22 de septiembre se elaboró el Real Decreto- ley 28/2020 que regula el trabajo a distancia. Por lo que este se convierte en el primer texto normativo que regula esta nueva forma de trabajo.

2.2.El control de la jornada en el teletrabajo

Desde hace años, el control de la jornada laboral de los teletrabajadores ha sido el centro de numerosas discusiones. Con esta nueva forma de trabajo el empleador ya no se

⁹⁵ HERNANDO DE LARRAMENDI, ÁLVARO. (2003). Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, *op. cit.*, p.4.

⁹⁶ PRECIADO PÉREZ, IVAN. (2018). El teletrabajo: luces y sombras de una herramienta de flexibilidad laboral aún por explotar. *La Ley*, núm. 1995/2018 p. 2.

⁹⁷ CAÑADAS SÁNCHEZ, FRANCISCO JAVIER. (2017). *Teletrabajo: Revisión teórica y análisis jurídico- laboral* [Doctorado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, España] p. 129.

⁹⁸ MELLA MÉNDEZ, LOURDES. (2002). Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo, *op. cit.*, p.18 y HERNANDO DE LARRAMENDI, ÁLVARO. (2003). Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, *op. cit.*, p.4.

centra en que el trabajador esté durante un número determinado de horas realizando su trabajo, sino que se centra más en los resultados que pueda conseguir el teletrabajador con su actividad⁹⁹.

La Inspección de Trabajo desde que comenzó a expandirse el teletrabajo intentó realizar más controles. Sin embargo, se han encontrado con varias dificultades para llevar a cabo la comprobación de que los trabajadores desempeñan su actividad desde su domicilio. Esto se relaciona con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, es decir, la Inspección de Trabajo no puede controlar a estos teletrabajadores si no les permiten entrar en su domicilio¹⁰⁰. Ante esta situación, se tipificó la obligación de registrar las horas extraordinarias¹⁰¹, la cual se ha explicado en el apartado anterior.

Debido a la ausencia de regulación en esta materia hay que estudiar los pronunciamientos de los tribunales españoles respecto a esta cuestión. En concreto, es importante tener en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Castilla y León de 3 de febrero de 2016¹⁰² para continuar explicando la problemática del registro de la jornada en el teletrabajo. En esta sentencia el tribunal condena a la empresa a que abone a sus teletrabajadores las horas extraordinarias que han realizado. Al ser trabajadores que no están realizando su actividad en las instalaciones de la empresa, se tendría que haber instalado algún mecanismo de registro y control de la jornada de los teletrabajadores. Pero la empresa no cumplió con esta obligación tipificada en el artículo 35.5 del ET y por ello, el tribunal no le dio la razón.

Es cierto, que para poder cumplir con la obligación de controlar la jornada laboral de los teletrabajadores hay que respetar el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.1 CE)¹⁰³. Este tribunal condenó a la empresa al abono de las horas extraordinarias porque no había ningún control de la jornada. La justificación que dio la empresa fue que ellos entendían que si instalaban algún mecanismo para controlar la jornada estarían vulnerando estos derechos. Es decir, este tribunal entendió que estos derechos debían ser garantizados por el empleador, pero no podían ser alegados por este para justificar el incumplimiento de la obligación de control de la jornada de los

⁹⁹ CAÑADAS SÁNCHEZ, FRANCISCO JAVIER. (2017) *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁰ CAÑADAS SÁNCHEZ, FRANCISCO JAVIER. (2017) *op. cit.*, p. 131.

¹⁰¹ MIRÓ MORROS, DANIEL. (2016). El control de la jornada y el teletrabajo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 920/2016 p.1.

¹⁰² Rec. 2229/2015.

¹⁰³ SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA. (2017). Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica, *op. cit.*, p. 8.

teletrabajadores. Es decir, que son derechos que tienen reconocidos los trabajadores y solo ellos los pueden alegar como violados en un conflicto con la empresa.

Una posible forma de controlar que los trabajadores cumplen con su jornada laboral sería a través de las conexiones que hacen a la intranet de la empresa, ya que en esta quedaría recogido todo el tiempo que el teletrabajador está conectado y no se vulneraría ninguno de los derechos mencionados anteriormente.

De este modo, el tribunal entiende que, si la empresa ha adoptado unas pautas respecto a la jornada de trabajo tanto en el convenio colectivo como en sus reglamentos internos y se lo han comunicado a los teletrabajadores, si estos no respetan estas pautas y entonces realizan horas extraordinarias, estas no las tendría que abonar el empleador. En estos casos se entiende que el teletrabajador está incumpliendo la normativa establecida por la empresa. Sin embargo, si ocurre lo contrario, es decir, que no se han adoptado estas pautas, entonces sí tendría que ser abonado ese exceso¹⁰⁴.

Además, a los trabajadores, aunque principalmente a los teletrabajadores, se les ha de garantizar el derecho a la desconexión digital, tipificado en el artículo 88.2 de la LOPD. Este derecho es fundamental respecto al registro de la jornada laboral, en concreto en los teletrabajadores ya que realizan su actividad a través de las nuevas tecnologías. Este artículo contiene que “las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, al igual que se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Por tanto, al garantizar este derecho y junto con la flexibilidad que permite el teletrabajo se fomenta la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, esta flexibilidad como se viene explicando no es una ventaja absoluta, porque es necesario que para que exista la conciliación se establezca un control de los horarios.

Ante tantas dudas y problemas que plantea esta nueva forma de trabajo y sobre todo la carencia de una normativa que sirva de base para regular el teletrabajo, han surgido numerosas discusiones.

¹⁰⁴ SAN de 4 de diciembre de 2015 (Rec. 301/2015), SAN de 19 de febrero de 2016 (Rec. 383/2015) y SAN de 6 de mayo de 2016 (Rec. 59/2016).

Debido a esta inestabilidad en materia de teletrabajo, junto con la declaración del estado de alarma el pasado 14 de marzo de 2020, la necesidad de elaborar una normativa que regulara esta forma de trabajo se ha acelerado. Esto se debe a que en los últimos meses se ha alterado la vida de los españoles, ya que se establecieron medidas de confinamiento para limitar, entre otros derechos, la libre circulación de las personas.

Las limitaciones impuestas han llevado a las empresas a reorganizarse, porque a pesar de esta situación de alarma, estaban obligadas a mantener su actividad, aunque no fueran consideradas como actividad esencial¹⁰⁵. Algunas empresas españolas tenían elaborados proyectos futuros para implantar el teletrabajo en sus plantillas. Sin embargo, estos han tenido que ser implantados de forma inmediata para poder adaptar su actividad a las necesidades del momento. Incluso, en algunos sectores comenzaron a plantear la posibilidad de introducir esta nueva forma de trabajo, cuando todavía ni se lo habían planteado¹⁰⁶. Por lo que para la mayoría de las empresas ha supuesto una modernización de sus dinámicas de trabajo.

El teletrabajo ha supuesto una transformación para la actividad laboral porque, principalmente, los domicilios se han transformado en los nuevos lugares de trabajo. A pesar de estos cambios, las empresas han tenido que mantener los turnos de trabajo y el control de las jornadas, para evitar que se vulneren los derechos de sus trabajadores. Es por ello, que se entiende que las empresas siguen siendo las encargadas de organizar y registrar los turnos de trabajo¹⁰⁷.

Por otro lado, al aumentar el teletrabajo y el uso de las nuevas tecnologías como internet, ordenadores etc., las empresas han tenido que garantizar el derecho a la desconexión digital, es decir, asegurarse de que los trabajadores no trabajen fuera de su horario. Poder garantizar este derecho se ha convertido en una prioridad desde que se incorporaron estos avances tecnológicos en el ámbito laboral¹⁰⁸. Esta desconexión digital es más complicada que se respete, no solo en la situación excepcional que se vive en España, sino en cualquier actividad laboral que se realice mediante el teletrabajo, porque

¹⁰⁵ ROMERO, IVÁN. (2020). *El registro de jornada también es obligatorio con el teletrabajo*, Cinco Días. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/04/08/legal/1586377163_835727.html.

¹⁰⁶ BAZ RODRÍGUEZ, JESÚS. (2020). Geolocalización, dispositivos móviles y trabajo ubicuo. *La Ley*, núm.7211/2020 p.17.

¹⁰⁷ EUROPAPRESS. (2020). *Tecnología para controlar el derecho a la desconexión digital en tiempos de teletrabajo*. Europapress. Recuperado de: <https://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-tecnologia-controlar-derecho-desconexion-digital-tiempos-teletrabajo-20200520142607.html>.

¹⁰⁸ EUROPAPRESS. (2020). *Tecnología para controlar el derecho a la desconexión digital en tiempos de teletrabajo*, op. cit.

se pueden recibir a cualquier hora llamadas, un correo, un mensaje etc.¹⁰⁹, lo que hace difícil que el trabajador desconecte realmente.

Debido a esta situación, las compañías tecnológicas han aumentado sus investigaciones y han comenzado a crear herramientas que permiten controlar las jornadas de los teletrabajadores. Así pues, se prevé que esta nueva forma de trabajo continúe en el futuro.

Principalmente, estas herramientas, ofrecen un control a partir de las conexiones al WIFI de la empresa o al software corporativo¹¹⁰. Esto es lo que se conoce como fichaje en remoto. Sea cual sea la herramienta que empleen las empresas para registrar la jornada, esta ha de ser un mecanismo fiable, que evite las distorsiones, porque si esto no se cumple, al final los teletrabajadores tienen que realizar horas extraordinarias y no van a recibir una recompensa por ello. Para evitar esta situación lo mejor es intentar recopilar pruebas por si es necesario aportarlas para demostrar que se han realizado horas de más¹¹¹. A pesar de conseguir pruebas de la realización de este exceso de horas, no todas valdrán, ya que han de ser registradas a partir de sistemas que tengan la suficiente validez para los tribunales.

Debido a la excepcionalidad que se está viviendo en España, el Ministerio de Trabajo y Economía Social elaboró una Guía¹¹² realizando algunas indicaciones básicas que las empresas deben cumplir en estos momentos.

En esta guía se establece que cualquier empresa que pueda, debe implantar el teletrabajo. Esta lo tendrá que hacer de forma excepcional y temporal, ya que las empresas están obligadas a intentar el mantenimiento de su actividad¹¹³. Se habla de un período de tiempo porque se han de asegurar, antes de la vuelta de sus trabajadores a los centros de trabajo, que han adoptado las medidas higiénicas necesarias para evitar la propagación del virus en sus instalaciones y así asegurar a sus trabajadores que pueden volver a sus centros de trabajo de forma segura, esto se refiere principalmente al establecimiento de

¹⁰⁹ ROMERO, IVÁN. (2020). *El registro de jornada también es obligatorio con el teletrabajo*, op. cit.

¹¹⁰ EUROPAPRESS. (2020). *Tecnología para controlar el derecho a la desconexión digital en tiempos de teletrabajo*, op. cit.

¹¹¹ ROMERO, IVÁN. (2020). *El registro de jornada también es obligatorio con el teletrabajo*, op. cit.

¹¹² Guía para la actuación en el ámbito laboral con relación al nuevo coronavirus.

¹¹³ CORDERO GONZÁLEZ, JULIO. (2020). *Derechodemia laboral y COVID-19: diques de contención ¿provisionales? Frente a un desbordamiento oceánico*. *La Ley*, núm. 5882/2020 p.16.

mamparas, a la compra de geles hidroalcohólicos, asegurar que los trabajadores trabajan manteniendo la distancia de 1,5 metros, etc.

Esta situación excepcional ha creado problemas en algunas empresas, porque estas siguen teniendo que cumplir la obligación de registrar la jornada, pero ante la carencia de medios suficientes para la mayoría de las actividades, surgen problemas de seguridad e integridad de los dispositivos digitales que se utilizan¹¹⁴. Así pues, a pesar de haber incorporado el teletrabajo de forma obligatoria debido a la pandemia mundial, las empresas van a seguir teniendo la obligación de registrar las jornadas, pero cambiando sus herramientas¹¹⁵.

De modo que, los avances que se han conseguido hasta el momento siguen planteando problemas. Ante esta situación el Gobierno elaboró el pasado mes de junio un Anteproyecto de Ley para regular el trabajo a distancia. Con este texto lo que se busca es tipificar unos requisitos mínimos y unos mecanismos de control que proporcionen seguridad jurídica a todos los empleados que desempeñen sus jornadas fuera de los centros de las empresas¹¹⁶. Para elaborar este texto se tomó de referencia el Acuerdo Marco Europeo del año 2002, el cual se ha explicado en párrafos anteriores, ya que ha sido el texto que se ha aplicado durante todos estos años y ha servido de referencia para elaborar los posteriores instrumentos normativos.

Este documento a su vez especifica las principales características del teletrabajo, al igual que los derechos y obligaciones que tienen las empresas¹¹⁷. Por ejemplo, se entenderá por teletrabajo todo aquel que sea realizado por una persona desde su domicilio o lugar elegido de forma libre para desarrollar como mínimo el 20% de su jornada laboral. Por lo que el Gobierno aboga por determinar un mínimo de la jornada laboral para entender que esa persona está realizando teletrabajo.

¹¹⁴ BAZ RODRÍGUEZ, JESÚS. (2020). Geolocalización, dispositivos móviles y trabajo ubicuo, *op. cit.*, p.18.

¹¹⁵ CARRIZOSA, ROSA. (2020). *El teletrabajo: un antes y un después*. Diario Información. Recuperado de: <https://www.diarioinformacion.com/alicante/2020/04/13/teletrabajo-despues/2255017.html>

¹¹⁶ ESTEBAN, PATRICIA. (2020). *Descansos, registro horario y salud laboral, prioridades de la futura ley del teletrabajo*. Cinco Días. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/2405406651?accountid=14475>.

¹¹⁷ LUPICINO. (2020). *ANTEPROYECTO DE LEY DEL TRABAJO A DISTANCIA*. Recuperado de: <https://www.lupicinio.com/anteproyecto-de-ley-del-trabajo-a-distancia/>.

Por otro lado, el anteproyecto defiende la igualdad entre los teletrabajadores y los trabajadores que realizan su actividad desde las instalaciones de la empresa¹¹⁸. Este principio es muy importante que sea garantizado por todas las empresas para que los teletrabajadores no se sientan aislados ni discriminados y puedan disfrutar de las mismas ventajas y derechos laborales.

Este anteproyecto busca acelerar el proceso de elaboración en España de una normativa que regule esta forma de trabajo. Este documento ha sido muy criticado por CEOE y Cepyme que consideran que este proyecto no genera seguridad ni garantías para fomentar el empleo¹¹⁹. Además, consideran que no se ha establecido un buen diálogo entre todas las partes por lo que no es un texto que recoja una regulación adecuada a la realidad social¹²⁰.

En el artículo 14 del anteproyecto se especifica la obligación que tienen las empresas de llevar a cabo el registro del horario y jornada de trabajo. Concretamente este precepto se remite al contenido del artículo 34.9 del ET donde aparece regulado el registro de jornada. Con este nuevo proyecto se ha de garantizar un trabajo a distancia seguro y que haga desaparecer los problemas que han surgido hasta el momento debido a la ausencia de una regulación.

Respecto al Real Decreto- ley 28/2020, cabe explicar que se trata de una norma que se aplicará cuando el trabajador desempeñe un mínimo del 30% de su jornada desde su hogar o desde el lugar que él mismo elija, siempre y cuando no sean los establecimientos de la empresa¹²¹. Este texto entra en vigor a los 20 días de su publicación, por lo que hasta entonces sigue vigente el artículo 13 del ET.

Para poder aprobar este texto, se han llevado a cabo varias negociaciones hasta llegar a un acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y los agentes sociales, quienes

¹¹⁸ EL CORREO. (2020). *Teletrabajo en España: 10 puntos clave del borrador del Anteproyecto de Ley de Trabajo a Distancia*. EL CORREO. Recuperado de: <https://www.elcorreo.com/economia/trabajo/teletrabajo-espana-borrado-anteproyecto-ley-trabajo-a-distancia-20200831111754-nt.html>.

¹¹⁹ VALVERDE, MIGUEL. (2020). *CEOE: 'El plan de Díaz desincentiva el teletrabajo'*. Expansión. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#vid/ceoe-plan-diaz-desincentiva-846111641>.

¹²⁰ RODRIGUEZ, OLGA. (2020). *Los empresarios consideran "errático" y "desequilibrado" el Anteproyecto de Ley del teletrabajo*. EL INDEPENDIENTE. Recuperado de: <https://www.elindependiente.com/economia/2020/07/08/los-empresarios-consideran-erratico-y-desequilibrado-el-anteproyecto-de-ley-del-teletrabajo/>.

¹²¹ CARRODEGUAS MÉNDEZ, ROBERTO. (2020). La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública. *La Ley*, núm. 11847/2020 p.4.

mostraron su disconformidad porque no eran partidarios de que los empresarios sufragaran todos los gastos generados por esta nueva modalidad de trabajar. A pesar de estos obstáculos, en el texto se termina recogiendo el derecho al registro de jornada adecuado en el artículo 14: “El sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que 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”. Por tanto, esta norma se remite a lo regulado en el artículo 34.9 del ET, de este modo se les aplicarían las mismas condiciones a los trabajadores a distancia que los trabajadores presenciales.

Además, el legislador en esta norma, concretamente en el artículo 22 recoge de forma general las facultades de control de las que dispone el empresario: “La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. Así pues, el empresario puede emplear medios tecnológicos para registrar la jornada del trabajador a distancia, igual que hará con los trabajadores presenciales¹²², garantizando a todos y cada uno de sus empleados el derecho a la intimidad y protección de datos.

Una de las novedades que dota de seguridad al trabajo a distancia es la compensación de gastos por parte de las empresas. Es decir, los gastos del teletrabajo serán asumidos por la empresa y no por el trabajador¹²³.

Sin embargo, los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas que realicen su trabajo a distancia, no se rigen por el Real Decreto- ley 28/2020, sino que el Gobierno aprobó otra norma para ellos. En concreto se trata del Real Decreto- ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las

¹²² CARRODEGUAS MÉNDEZ, ROBERTO. (2020). La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública, *op. cit.*, p.5.

¹²³ SÁNCHEZ, LUIS JAVIER. (2020). *Las empresas tendrán un año para adaptarse a la ley que regulará el teletrabajo: Tres expertos explican sus ventajas y desventajas*. Confilegal. Recuperado de: <https://confilegal.com/20200907-las-empresas-tendran-un-ano-para-adaptarse-a-la-ley-que-regulara-el-teletrabajo-tres-expertos-explican-sus-ventajas-y-desventajas/>.

Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (en adelante, Real Decreto-ley 29/2020)¹²⁴. A través de este texto se incluye el artículo 47.bis en el EBEP, en el que se regula el teletrabajo para estos empleados públicos¹²⁵. Este artículo 47.bis.5 establece que “el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo”. Por tanto, para poder llevar a cabo un control de la jornada de estos trabajadores públicos se aplicarán las normas que ya se venían aplicando a estos empleados públicos y que están reguladas en el EBEP.

Por todo ello, ante la elaboración de estos nuevos textos normativos, es necesario entender que el trabajo a distancia se ha impuesto a la fuerza debido a la situación excepcional que se ha estado viviendo estos meses por el COVID-19. Sin embargo, el control de la jornada de los teletrabajadores sigue las normas que se aplican a los trabajadores presenciales, aunque los sistemas del registro de la jornada son a través de las nuevas tecnologías, siendo complicado aplicar los sistemas manuales.

Ahora que se ha establecido esta nueva regulación, la modalidad del teletrabajo se tiene que terminar de asentar y todos los trabajadores se han de adaptar a ella, ya que se prevé que esta nueva forma de trabajo va a permanecer en el futuro.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Real Decreto- ley 8/2019 fue elaborado de forma muy general lo que no ha conseguido erradicar los problemas que tenían los trabajadores respecto al desempeño de las horas extraordinarias. El problema principal con el que se encuentran los trabajadores cuando inician un procedimiento de reclamación de estas horas, es la dificultad que tienen a la hora de probar estos excesos de jornada. Respecto a esta cuestión, es importante resaltar que no es lo mismo hacer horas extraordinarias de forma intermitente que, hacerlas porque la jornada laboral pactada es superior a la jornada establecida en el convenio o reglamento interno que regula su actividad profesional. Al

¹²⁴ Publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 30 de septiembre de 2020.

¹²⁵ ARANZADI EXPERTO. (2020). Administración Local: Medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas: Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre. *Thomson Reuters*, MIX 2020\928307 (2020) p.1.

igual que no es lo mismo que se realicen horas extraordinarias teniendo la empresa establecido un registro de jornada, que en el caso de que no tenga establecido ningún sistema para su registro.

Todo esto lleva a plantear la diferencia entre la *ficta documentatio* y la carga de la prueba. En ninguno de estos casos, el empresario aporta la documentación requerida para probar que el trabajador tiene una jornada laboral que cumple con la normativa. Sin embargo, la diferencia se sitúa en el motivo que justifica su falta de aportación. En la carga de la prueba no lo hace porque no cumple con la obligación de llevar a cabo el control de la jornada. Por otro lado, en la *ficta documentatio* sucede que el empresario si ha cumplido con la obligación de llevar a cabo el registro, sin embargo, no ha aportado las pruebas y no ha motivado esta falta. En ambos casos la consecuencia sería la misma: dar por probado la realización de horas extraordinarias.

Estas situaciones quedaron resueltas con la elaboración de instrucciones como la del año 2016 y 2017, en las que se aumentaron las intervenciones de la ITSS. De esta forma, tras las inspecciones se elaborarían unas actas, las cuales se aportarían en estos procedimientos como prueba, asegurando de este modo una mayor protección a los trabajadores.

SEGUNDA.- Debido a las dificultades que rodean la obligación de registro de la jornada laboral, es importante que los trabajadores conozcan cuál va a ser su jornada y mediante qué sistema la empresa va a realizar este control. La importancia de que tengan esta información se debe a que el sistema elegido debe ser fiable y adecuado para poder dejar constancia de las horas que realizan los empleados. De no ser así, será cada trabajador quien tendrá que llevar su propio registro, a través de un sistema que le asegure que, en caso de tener cualquier problema con su superior, podrá tener una prueba fiable de las horas trabajadas. Esto le puede generar problemas a los trabajadores durante el procedimiento, porque es posible que le puedan rechazar esta prueba por no cumplir los requisitos de fiabilidad.

TERCERA.- En algunas relaciones laborales como la subcontratación o la contratación a través de ETT, existen dificultades para determinar quién es el sujeto obligado a registrar la jornada del trabajador. Ante este tipo de situaciones la normativa trata de solventar estas dificultades. En el caso de la subcontratación entiende que la obligada al registro es la empresa principal, mientras en el caso de la contratación a través

de ETT sería la empresa usuaria. Sin embargo, en este tipo de relaciones es fundamental que ambas partes estén en continua comunicación, ya que se han de intercambiar los datos relativos al registro de jornada de cada trabajador que tengan en común, de esta forma se aprecia que ambas empresas tienen un control respecto de los trabajadores. De no transmitirse esta información, se podría confundir esta relación contractual totalmente lícita con una cesión ilegal de trabajadores.

Estas empresas, al igual que el resto en las que se registran datos personales de los empleados, es fundamental que tomen todas las precauciones que se especifiquen en la LOPD y evitar de este modo cualquier atentado contra la intimidad y dignidad de los trabajadores. Por tanto, la normativa relativa al control de la jornada ha de ir debidamente coordinada con esta ley.

CUARTA.- Entre los problemas más evidentes respecto a esta materia, se resalta la ausencia de una normativa completa. Esto ha generado continuas desigualdades entre los trabajadores como las diferentes interpretaciones de los artículos 34 y 35 del ET por los tribunales españoles, sobre todo de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Las divergencias entre los tribunales españoles han sido muy evidentes y han creado una doctrina jurisprudencial de gran fuerza, tanto que se han ido sucediendo diversas reformas para conseguir una legislación sin vacíos legales.

Una de las decisiones que tuvo gran impacto en esta materia fue la sentencia del TJUE quien impuso la obligación a todos los estados miembros de que llevaran a cabo el registro de la jornada de los diferentes trabajadores. A pesar de este pronunciamiento, la normativa española no termina de resolver estas divergencias aunque, es cierto que introduce facilidades respecto al desempeño de la jornada laboral como puede ser la concesión a los trabajadores de una mayor flexibilidad horaria. Esta mayor libertad para distribuir su jornada supone, en mi opinión, un error y un aumento de los problemas que ya existían puesto que, al haber mayor libertad para distribuir las horas de trabajo, hay mayores probabilidades de realizar horas extraordinarias. Además, hay que sumarle que esta libertad de los trabajadores supone una complicación para llevar a cabo un control de la jornada y de su forma de probar los incumplimientos de registro de las horas de trabajo. De este modo se complica la posibilidad de que los trabajadores sean recompensados por el desempeño de horas superiores a las que componen su jornada.

QUINTA.- Los derechos de los trabajadores, como la intimidad y la dignidad se ven también afectados con la implantación del teletrabajo. Es decir, el hecho de realizar el trabajo a distancia no significa que las empresas no tengan que cumplir con la obligación de registrar la jornada de sus trabajadores, sino que, además, han de tener mucha precaución de no vulnerar sus derechos fundamentales. Por lo que han de cumplir estas dos obligaciones, pero teniendo la precaución de no incurrir en la entrada ilegítima al domicilio de un trabajador para poder llevar a cabo este registro diario.

Las empresas, desde que se aprobó el RDL 8/2019 tuvieron un período de dos meses para valorar toda la casuística que se les podría presentar a la hora de cumplir con la obligación de registrar la jornada de trabajo. Este tiempo fue muy escaso y las empresas terminaron estableciendo en sus convenios colectivos y en sus reglamentos internos, unas pautas respecto al modo de desarrollar este control de la jornada y la adaptación de su negocio al teletrabajo.

Si ocurriese que los empleados no respetan esta normativa, en el hipotético caso de que desempeñen horas extraordinarias, estas no serán abonadas por el empresario, ya que se entiende que es el trabajador el que no está cumpliendo el convenio colectivo. De este modo los empresarios han encontrado una solución para intentar reducir la realización de horas extraordinarias con el teletrabajo y evitar la vulneración de derechos de sus empleados.

SEXTA.- El Real Decreto- ley 8/2019 ha tipificado en la LISOS unas infracciones para las empresas que no cumplan esta obligación. Con esta nueva norma el sistema se ha vuelto más estricto porque las infracciones se han calificado como graves, cuando antes eran tratadas como simples infracciones documentales y siendo, por tanto, en ese momento clasificadas como infracciones leves. El cambio de categoría se debe a que con la infracción del registro se están dañando los derechos de los trabajadores.

SÉPTIMA.- La implantación de esta obligación de registro, al igual que el rápido desarrollo del teletrabajo en España, han provocado que la industria tecnológica trabaje a contrarreloj para encontrar el sistema más fiable y adecuado para registrar las diferentes jornadas laborales, en función de la actividad o de la forma de trabajo que lleves a cabo. Esto es un punto importante para tener en cuenta, puesto que como se ha estudiado, a lo largo de los años, se han ido elaborando varias reformas normativas en las que se establecía la obligación de registrar la jornada ordinaria, o bien, las horas extraordinarias.

Es decir, se establecía esta obligación, sin embargo, no se especificaban los sujetos que estaban obligados a llevarla a cabo, ni a través de qué sistema se iba a llevar a cabo, ya que solo determinaban que debía de ser un sistema fiable. Por ello, la normativa en vez de ser tan general debería abarcar cuestiones más específicas para poder poner solución a situaciones que tras varios años siguen generando dudas a los empresarios.

En mi opinión, esta libertad de registro que se concede a las empresas lo considero el inicio de las desigualdades entre los trabajadores. En este caso, lo adecuado hubiera sido que tipificaran un sistema con unas características más concretas para así poder garantizar la igualdad de derechos ante el registro de jornada, por ejemplo, especificando los datos que han de ser proporcionados por el cliente para que el registro sea correcto y no invada su esfera personal.

A pesar de la elaboración del Real Decreto- ley 28/2020, el problema sigue sin ser resuelto, porque siguen otorgando gran libertad a los empresarios para decidir el sistema que consideran más adecuado a su actividad, lo cual sigue generando desigualdades laborales.

BIBLIOGRAFÍA

ARANZADI EXPERTO. (2020). Administración Local: Medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas: Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre. *Thomson Reuters*, MIX 2020\928307.

ARRIETA IDIAKEZ, FRANCISO JAVIER. (2019). La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia. *Relaciones laborales*, núm 42.

BAZ RODRÍGUEZ, JESÚS. (2020). Geolocalización, dispositivos móviles y trabajo ubicuo. *La Ley*, núm.7211/2020.

CANDAMIO BOUTUREIRA, JOSÉ JUAN. (2019). *Para la acreditación de un horario fijo superior al legal, ante ausencia de registro de jornada, basta con que el trabajador aporte indicios*. Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/revista/acreditacion-horario-fijo-superior-legal-ausencia-registro-jornada-basta-trabajador-aporte-indicios-354>.

CANDAMIO BOUTUREIRA, JOSÉ JUAN. (2019). *12 de mayo de 2019. Registro diario de jornada obligatorio: distintos tipos de jornada y sus características de registro*. Iberley. Recuperado de: <https://www.iberley.es/revista/12-05-2019-registro-diario-jornada-obligatorio-distintos-tipos-jornada-caracteristicas-registro-339>.

CAÑADAS SÁNCHEZ, FRANCISCO JAVIER. (2017). *Teletrabajo: Revisión teórica y análisis jurídico- laboral* [Doctorado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, España].

CARRIZOSA, ROSA. (2020). *El teletrabajo: un antes y un después*. Diario Información. Recuperado de: <https://www.diarioinformacion.com/alicante/2020/04/13/teletrabajo-despues/2255017.html>.

CARRODEGUAS MÉNDEZ, ROBERTO. (2020). La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública. *La Ley*, núm. 11847/2020.

CEREZAL, PABLO. (2019). *Registro horario: ¿Qué sectores hacen más horas extra?* Expansión. Recuperado de: <https://www.expansion.com/economia/2019/05/07/5cd0a0f1468aebb83b8b4585.html>.

Confederación sindical de comisiones obreras: “Registro de Jornada de Trabajo”. Recuperado de: <http://www.feccoo-madrid.org/315c503133976fb8982df4b45f3b3935000063.pdf>.

CORDERO GONZÁLEZ, JULIO. (2020). Derechodemia laboral y COVID-19: diques de contención ¿provisionales? Frente a un desbordamiento oceánico. *La Ley*, núm. 5882/2020.

Criterio Técnico 101/2019, sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Registro de Jornada.

CUBO MAYO, ÁNGEL. (2016). El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario. *La Ley*, núm. 5991/2016.

DE LA MORENA CORRALES, PABLO. (2019). El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada). *Diario La Ley*, núm. 6997/2019.

DE LA PUEBLA PINILLA, ANA. (2011). Flexibilidad interna y reforma laboral (Ley 3/2012). *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm.24.

DEL MAR, VICENT Y MOLINA GARCÍA, OMAR. (2019). *La implementación técnica del Registro de la Jornada*. Elderecho.com. Recuperado de: <https://elderecho.com/la-implementacion-tecnica-del-registro-la-jornada>.

EGUARAS MENDIRI, FLORENTINO. (2020). Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada. *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm.207.

EL CORREO. (2020). *Teletrabajo en España: 10 puntos clave del borrador del Anteproyecto de Ley de Trabajo a Distancia*. EL CORREO. Recuperado de: <https://www.elcorreo.com/economia/trabajo/teletrabajo-espana-borrado-anteproyecto-ley-trabajo-a-distancia-20200831111754-nt.html>.

ESTEBAN, PATRICIA. (2020). Descansos, registro horario y salud laboral, prioridades de la futura ley del teletrabajo. *Cinco Días*. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/2405406651?accountid=14475>.

EUROPAPRESS. (2020). *Tecnología para controlar el derecho a la desconexión digital en tiempos de teletrabajo*. Europapress. Recuperado de:

<https://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-tecnologia-controlar-derecho-desconexion-digital-tiempos-teletrabajo-20200520142607.html>.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA. (2017). La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo), *La Ley* núm. 1763/2017.

Guía para la actuación en el ámbito laboral con relación al nuevo coronavirus.

HERNANDO DE LARRAMENDI, ÁLVARO. (2003). Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo. *La Ley*, núm. 1665/2003..

IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. (2019). La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019. *Temas Laborales*, núm. 147/2019.

Instrucción 3/2016, sobre la intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

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.

LUPICINO. (2020). *ANTEPROYECTO DE LEY DEL TRABAJO A DISTANCIA*. Recuperado de: <https://www.lupicinio.com/anteproyecto-de-ley-del-trabajo-a-distancia/>.

MARCOS HERRERO, JOSÉ ANTONIO. (2019). La protección de datos personales de los empleados en el registro de la jornada y los denominados “Derechos digitales”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 11.

MELLA MÉNDEZ, LOURDES. (2002). Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo. *La Ley*, núm.4156/2002.

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: “Guía sobre el Registro de Jornada”. Recuperado de: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>.

MIRÓ MORROS, DANIEL. (2016). El control de la jornada y el teletrabajo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 920/2016.

MOLINS GARCÍA- ATANCE, JUAN. (2019). El registro de la jornada de trabajo. *La Ley* núm. 12190/2019.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. *Diario La Ley*, núm. 8835/2019.

MONREAL, ERIK. (2019). Registro de la jornada: ¿Era urgente y necesario implantarlo legalmente? *La Ley* núm. 4993/2019.

OLEART ABOGADOS. (2019). El registro de la jornada laboral. La nueva regulación 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. *Revista de Derecho vLex*, núm. 180.

OLÍAS, LAURA. (2019). *Manual o electrónico, pero obligatorio: las claves del registro de la jornada laboral que entra en vigor este domingo*. eldiario.es. Recuperado de: https://www.eldiario.es/economia/manual-electronico-obligatorio-registro-trabajadores_1_1159459.html.

OLÍAS, LAURA Y SÁNCHEZ, RAÚL. (2018). *Los sectores que más abusan de las horas extra no pagadas: finanzas, educación e inmobiliario*. eldiario.es. Recuperado de: https://www.eldiario.es/economia/sectores-abusan-horas-extra-pagadas_1_1159462.html.

POQUET CATALA, RAQUEL. (2018). La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador. *Lex social*, núm. 1/2018.

PRECIADO PÉREZ, IVAN. (2018). El teletrabajo: luces y sombras de una herramienta de flexibilidad laboral aún por explotar. *La Ley*, núm. 1995/2018.

RESOLUCIÓN de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003).

RODRIGUEZ, OLGA. (2020). *Los empresarios consideran "errático" y "desequilibrado" el Anteproyecto de Ley del teletrabajo*. EL INDEPENDIENTE. Recuperado de: <https://www.elindependiente.com/economia/2020/07/08/los-empresarios-consideran-erratico-y-desequilibrado-el-anteproyecto-de-ley-del-teletrabajo/>.

ROMERO, IVÁN. (2020). *El registro de jornada también es obligatorio con el teletrabajo, Cinco Días*. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/04/08/legal/1586377163_835727.html.

SÁNCHEZ, LUIS JAVIER. (2020). *Las empresas tendrán un año para adaptarse a la ley que regulará el teletrabajo: Tres expertos explican sus ventajas y desventajas*. Confilegal. Recuperado de: <https://confilegal.com/20200907-las-empresas-tendran-un-ano-para-adaptarse-a-la-ley-que-regulara-el-teletrabajo-tres-expertos-explican-sus-ventajas-y-desventajas/>.

SANTA- BÁRBARA RUPÉREZ, VÍCTOR. (2019). Inspección de Trabajo y Seguridad social ante el registro de jornada laboral: todo lo que debes saber. *Revista de Derecho vLex*, núm. 181.

SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA. (2017). Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica. *La Ley*, núm. 3830/2017.

TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. (2017). La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo. *La Ley*, núm.7621/2017.

TRILLO, FRANCISCO. (2016). Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre. Rec. 301/2015). *La Ley*, núm. 9227/2016.

VALVERDE, MIGUEL. (2020). *CEOE: 'El plan de Díaz desincentiva el teletrabajo'*. Expansión. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#vid/ceoe-plan-diaz-desincentiva-846111641>.

VALVERDE, MIGUEL Y SERALLER, MERCEDES. (2019). *600.000 empleados públicos tienen ya el registro de jornada en Gobierno y empresas*. Expansión. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#WW/vid/784752677>.

vLex. (2017). Comentarios a 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. *Revista de Derecho vLex* núm.156.

ANEXO I

LISTADO DE SENTENCIAS CONSULTADAS

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 14 de mayo de 2019 Asunto C-55/18 (JUR 2019, 149299).

Audiencia Nacional

SAN de 4 de diciembre de 2015 (Rec. 301/2015).

SAN de 19 de febrero de 2016 (Rec. 383/2015).

SAN de 6 de mayo de 2016 (Rec. 59/2016).

Tribunal Supremo

STS de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016).

STS de 19 de julio de 2018 (Rec. 169/2017).

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Islas Canarias de 13 de marzo de 2015 (Rec. 596/2014).

STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (Rec. 2229/2015).

STSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2017 (Rec. 765/2017).

STSJ Islas Canarias de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 81/2017).

STSJ Islas Canarias de 31 de enero de 2019 (Rec. 654/2018).

ANEXO II

LISTADO DE NORMATIVA CONSULTADA

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 relativa a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en la que se establecen las normas de organización del tiempo de trabajo.

Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo elaborado en 2002.

Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva en 2003.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Real Decreto-ley 8/2019 de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Real Decreto- ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

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.

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.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Instrucción de 21 de diciembre de 1983, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan normas sobre jornada y horario de trabajo, licencia y vacaciones del personal.