

**“EL CONTROL DE LA JORNADA: MARCO NORMATIVO Y CONSECUENCIAS
JURÍDICAS”**

MÁSTER EN DIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS

CURSO 2019/2020

AUTOR: NAUZET AGUILAR RODRÍGUEZ

TUTOR: JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

RESUMEN

El tiempo de trabajo ha sido una de las características esenciales del contrato laboral y por ende de la lucha obrera y del Derecho del Trabajo como herramienta de esta. A lo largo de la historia la contraposición de intereses en este aspecto ha sido una de las más problemáticas. Asimismo, en los últimos tiempos las posibilidades que han surgido con el auge de las nuevas tecnologías han disipado las ya de por sí difusas barreras del control del tiempo de trabajo por parte del empresario. Los últimos cambios normativos en la materia adaptándose a los nuevos tiempos han propiciado también cambios jurisprudenciales de los que se dará cuenta en este trabajo, ya que, las nuevas formas de empleo y por tanto de control empresarial han llegado para quedarse en lo que, a priori, parece el inicio de un cambio en el paradigma de las relaciones laborales.

Palabras clave: Tiempo de trabajo, control, nuevas formas de trabajo.

ABSTRACT

The working time has been one of the most fundamental parts in the labor relations, not just because it is one of the pillars on the labor's contract but also the labor's law. Along history the opposite interests between workers and employers have been one of the most problematic. Although, from a few years ago new technologies have faded the borders among worker's privacy rights and employer's control power. The last law's changes to adapt to the new times have promoted new jurisprudence decisions which are going to be studied along this work. All of that, because the new work systems and their control system associated are here to stay forever as a new work relations paradox.

Key words: working time, control, new work systems

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	3
I. ORIGEN HISTÓRICO Y ACTUALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO	5
1.1. La relación entre tiempo y concepción del trabajo.....	5
1.2. La creación del Derecho del Trabajo y su relación con el tiempo de trabajo	6
1.3. Breve repaso a la historia del Derecho del Trabajo español.....	10
1.4. Consideraciones en torno al tiempo de trabajo, la jornada de trabajo en la actualidad	11
1.5. Tiempo de trabajo y nuevas tecnologías.....	11
1.6. Contraposición de intereses y tiempo de trabajo.....	12
1.7. Salud y tiempo de trabajo	13
1.8. Breve comentario a la visión de género en torno al tiempo de trabajo.....	13
II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	15
2.1. Régimen jurídico del control de la jornada laboral	15
2.2. Estatuto de los Trabajadores.....	15
2.3. La “jornada laboral extrema”	16
2.4. El contrato a tiempo parcial	17
2.5. Antecedentes jurisprudenciales al RD-L 8/2019	17
2.6. Comentarios al RD-L 8/2019	21
2.7. Guía sobre el registro de jornada.....	21
III. EL CONTROL DE LA JORNADA POR PARTE DE LA EMPRESA: MÉTODOS LÍCITOS E ÍLÍCITOS	25
3.1. Consideraciones a la práctica del control de la jornada.....	25
3.2. El derecho a la desconexión	27
3.3. Legalidad del uso de videocámaras para el control de la actividad laboral.....	28
3.4. Especial mención al uso de la videovigilancia por parte de la Inspección de Trabajo	30
CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFÍA.....	34

ABREVIATURAS

ET 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

ITSS Inspección de Trabajo y Seguridad Social

LISOS 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

LOLS Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

RLT Representación Legal de los Trabajadores

RD-L Real Decreto-Ley

SAN Sentencia Audiencia Nacional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El control del tiempo de trabajo es el punto central sobre el que se vertebra este trabajo, no obstante, debido a la interconexión de las diferentes esferas que rigen la relación laboral, debemos tener en cuenta otros aspectos. Así, a lo largo del trabajo se irán tratando los diferentes puntos relacionado con el tema principal.

En el inicio del primer capítulo se tocará la parte histórica, donde se verá como desde los inicios del movimiento obrero, el tiempo de trabajo juega un papel fundamental, asimismo, también lo es para la creación del Derecho del Trabajo como la rama que conocemos hoy en día. Más adelante serán revisadas las primeras manifestaciones del Derecho de Trabajo en España. En la segunda parte de este primer tema serán analizados los rasgos más distintivos de la jornada laboral en la actualidad, para poder confrontar la jornada laboral típica a lo largo de la historia con la actual. Este primer tema será concluido con algunos de los aspectos más importantes que afecta a la jornada de trabajo en la actualidad.

En el segundo tema del trabajo será analizado el régimen jurídico actual de la jornada de trabajo en España, comentando las normas más importantes que rigen en este sentido. Desde la normativa europea, pasando por la Constitución española y el Estatuto de los Trabajadores. Para finalizar el capítulo, se analizará la reciente modificación de la obligación de contabilizar las horas extra, desde la jurisprudencia que dio visibilidad a la necesidad de crear una regulación hasta el RD-L 8/2019 y la posterior guía elaborada por el Ministerio de Trabajo.

En el tercer y último capítulo del trabajo, se tocarán otros temas relacionados con el control empresarial del tiempo de trabajo mayormente relacionado con las nuevas tecnologías, como el llamado “derecho a la desconexión” o la videovigilancia. Se finalizará el trabajo con unas sucintas conclusiones.

I. ORIGEN HISTÓRICO Y ACTUALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO

1.1. La relación entre tiempo y concepción del trabajo.

La evolución social del ser humano ha ido en paralelo con las diferentes formas de trabajo y las diferentes visiones que se han tenido del mismo¹. Este camino no ha ido en una única dirección, (la concepción del trabajo ha cambiado multitud de veces a lo largo de la historia) aunque podríamos diferenciar tres grandes bloques:

El primero de ellos, que se dio fundamentalmente en la época clásica y en la Edad Media, concibe el trabajo como algo penoso, no hay que atender sino al propio origen de la palabra, del latín *tripalium*, el cual, era un elemento de tortura formado por tres palos. Autores clásicos como Aristóteles o Platón, eliminaban al trabajo de aquellas tareas más dignas que eran las que realizaban los ciudadanos, quedando el resto para los esclavos, no considerados personas.

El segundo tiene dos grandes protagonistas, quienes son Lutero y posteriormente Calvino, cambiando la percepción que se tiene del trabajo para convertirlo en un elemento que dignifica al ser humano, además de ser una responsabilidad social.

El tercero, que es el más común actualmente, considera el trabajo una necesidad, en el sentido de que la mayoría de personas no disponen de riquezas y dado que son miembros de una economía capitalista, están obligados a vender su fuerza de trabajo para poder adquirir bienes y servicios. Ello introduce la idea de escasez en el concepto trabajo por la dificultad que tienen las economías actuales para la consecución del pleno empleo, derivada en gran medida de la maximización del beneficio que intenta hacer el empresario de este bien, puesto que, intentan que los trabajadores rindan lo máximo posible en el tiempo que presten sus servicios, además de intentar que sus empleados presten la mayor cantidad de horas posible al mínimo precio posible. A ello, hay que añadirle que en la actualidad desde los años ochenta las diferentes reformas del mercado de trabajo han ido enfocadas a la flexibilización

¹ Este subepígrafe este epígrafe ha seguido en todo momento la referencia de MERCADER UGUINA, J. (2019). Fundamentos históricos del Derecho del Trabajo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (pp.25-46). Valencia. Tirant lo Blanch.

el tiempo de trabajo, lo que ha acrecentado el problema, especialmente en España, pues dependemos más del sector servicios que otros países de nuestro entorno².

1.2. La creación del Derecho del Trabajo y su relación con el tiempo de trabajo

“No puede decirse por ello que durante los períodos que precedieron a la revolución industrial no hubiese relaciones laborales, esto es, trabajadores por cuenta de empleadores, ni tampoco que el Derecho no se ocupase de regular tales relaciones; pero en modo alguno cabe entender existente un Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo, esto es, la ordenación jurídica del trabajo asalariado prestado en régimen de libertad, es ciertamente fruto del modo de producción capitalista que nace con la revolución industrial.” Estas palabras del profesor Palomeque definen a la perfección, el momento en el que el Derecho del Trabajo se empieza a perfilar tal y como lo conocemos hoy en día (aunque ya hubiesen normas que regulasen la relación de trabajo, fue aquí cuando esas normas empezaron a tomar un cuerpo reconocible), esto es, en los inicios de la Revolución Industrial, donde la tensión de los intereses contrapuestos entre patronos y obreros llevó a la necesidad de dictar normas que clarificasen los límites en los que estos habían de moverse. Una de las primeras reivindicaciones, tanto en cuanto es uno de los pilares del contrato de trabajo fue la regulación del tiempo de trabajo. El siguiente extracto de “El Capital” de Marx explica el fenómeno de la escasez del tiempo de trabajo, mediante la imperiosa necesidad del obrero de venderla en pequeñas parcelas de tiempo que solo daban para subsistir, pues de ninguna manera es posible vender más cantidad para él.

“La persistencia de esta relación [de trabajo] exige que el propietario de la fuerza de trabajo no la venda nunca más que por un tiempo determinado, pues si la vende toda ella en bloque, de una vez para siempre, se vende en realidad a sí mismo, se transforma de libre en esclavo, de poseedor de mercancía en mercancía. En tanto que persona, se tiene que comportar siempre respecto de su fuerza de trabajo como respecto de propiedad suya y, por lo tanto, como respecto de mercancía propia; y sólo puede hacerlo así si no pone su fuerza de trabajo a disposición del comprador, si no se la cede para su uso, más que

² ALONSO OLEA, M. (1995). *El Trabajo como bien escaso y la Reforma de su Mercado*. (pp.9-20). Madrid. Civitas.

*transitoriamente, por un plazo determinado, de modo que no renuncie a su propiedad por su enajenación”*³

Vista la importancia histórica del tiempo en la relación de trabajo, no es de extrañar que desde los albores del movimiento obrero, en la Revolución Industrial, los dos pilares en las reivindicaciones proletarias, fueron la limitación del tiempo de trabajo y el aumento de salario, no en vano, son los ejes fundamentales sobre los que se sostiene aún, hoy en día, el contrato laboral y el Derecho del Trabajo.

Las condiciones laborales en la Revolución Industrial eran inhumanas, la jornada típica en esta época llegaba en la mayoría de casos a las doce horas. Ello acrecentaba el sufrimiento de la clase obrera, por lo que, como es normal, la limitación de la jornada de trabajo fue uno de los primeros objetivos del movimiento obrero.

El movimiento cartista, que abogaba por la jornada de 8 horas (8 horas de trabajo, 8 horas de descanso y 8 horas de ocio), es considerado el primer movimiento importante relacionado con la limitación del tiempo de trabajo. Ello influyó mucho en los diferentes movimientos obreros existentes en la época, donde cabe destacar a los “mártires de Chicago”⁴, que dieron origen a la celebración del “Día Mundial del Trabajo” el 1 de mayo. Conmemorando el encarcelamiento y posterior ahorcamiento de gran parte de los líderes sindicales de dicha ciudad que participaron en la huelga de 1 de mayo de 1886, donde se reivindicaba la jornada de 8 horas. Importantes organizaciones obreras, entre las que destaca la AIT, tenían entre sus principales metas la limitación antes comentada. Posteriormente, todas esas reivindicaciones dieron sus frutos, no solo porque muchos de los huelguistas consiguieran su propósito, sino además, el trágico final que tuvieron los líderes del suceso sembró la semilla para que generaciones posteriores siguieran el camino. Años más tarde, estas limitaciones de la jornada laboral consiguieron un respaldo jurídico internacional por medio de numerosos convenios de la OIT. A modo ejemplificativo, el primer convenio⁵ ratificado por dicha organización fue relativo a la limitación de las horas en la industria (sector primordial en todo el mundo, en cuanto al trabajo por cuenta ajena se refería, en aquel entonces).

³ Extracto de MERCADER UGUINA, J. (2019). *Op. cit.* Originalmente en MARX, K. (1867). *El Capital*.

⁴ GUTIÉRREZ, J. (1 de mayo de 2017) *Los Mártires de Chicago: historia de un crimen de clase en la tierra de la “democracia y la libertad”*. Artículo basado en un libro del mismo autor. Recuperado de: http://lhblog.nuevaradio.org/b2-img/gutierrez_chicago.pdf

⁵ Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1).

Como vemos, la limitación del tiempo de trabajo fue uno de los pilares del movimiento obrero desde sus inicios, ello buscaba por un lado, la salvaguarda de la salud de los trabajadores (en la medida de lo posible, pues las condiciones laborales de la época eran terribles) y también se puede considerar como germen de la conciliación laboral y familiar. MERCADER UGUINA (2019), destaca este fragmento, que resalta debido a la terrible situación descrita:

“Condiciones de trabajo en una fábrica de ladrillos de la Inglaterra del Siglo XIX. Extracto del interrogatorio al padre de dos niñas aprendices, llevado a cabo por una Comisión de Estudio acerca de las

Condiciones de trabajo en una fábrica de ladrillos de la Inglaterra del Siglo XIX:

Pregunta: ¿A qué hora van las niñas a la fábrica?

Respuesta: Durante seis semanas, han ido a las tres de la mañana, y han terminado a las diez de la noche.

Pregunta: ¿De qué descansos disponían, para descansar o comer, durante esas diecinueve horas?

Respuesta: Un cuarto de hora para el desayuno, media hora para comer, un cuarto de hora para beber.

Pregunta: ¿Tiene usted grandes dificultades para despertar a sus hijas?

Respuesta: Sí, al principio debíamos zarandearlas para despertarlas, después ponerlas de pie y vestirlas antes de mandarlas a trabajar.

Pregunta: ¿Cuánto duermen?

Respuesta: No podemos acostarlas antes de las once de la noche, porque hay que darles algo de comer.

Entonces, mi mujer tenía la costumbre de velarlas toda la noche, por miedo a no despertarlas a tiempo.

Pregunta: ¿A qué hora tenían ustedes la costumbre de despertarlas?

Respuesta: En general, mi mujer y yo nos levantamos a las dos de la mañana para vestirlas.

Pregunta: ¿De modo que no dormían más de cuatro horas?

Respuesta: Apenas cuatro horas.

Pregunta: ¿Cuánto tiempo ha durado esto?

Respuesta: Cerca de seis semanas.”

Pregunta: ¿En general, las niñas trabajaban de seis de la mañana a ocho y media de la tarde?

Respuesta. Así es.

Pregunta: ¿Estaban cansadas las niñas por este modo de vida?

Respuesta: Sí, mucho. Más de una vez se durmieron con la boca llena. Había que zarandearlas para que comieran.

Pregunta. ¿Sus hijas han sufrido accidentes?

Respuesta: Sí, mi hija mayor, la primera vez que fue a trabajar, se pilló el dedo en un engranaje a la altura de la articulación, y permaneció cinco semanas en el hospital de Leeds.

Pregunta: ¿Se le pagó el salario durante todo ese tiempo?

Respuesta: No, dejaron de pagarla desde que se produjo el accidente.

Destaca la crudeza con la que se trataba a los obreros en la época, incluso a los niños, lo que nos lleva a entender mejor lo que se llamó “la cuestión social” definida como “*el conjunto de problemas que se plantean para la cooperación y convivencia de clases, estratos y estamentos sociales, los cuales, formando una misma sociedad, se encuentran separados entre sí por hábitos de vida y por su ideología y su visión del mundo*”⁶

⁶ Extracto original de TÖNNIES, F. (1933). *Desarrollo de la cuestión social*. Barcelona. Labor. en MERCADER UGUINA(2019). *OP. CIT.*

1.3. Breve repaso a la historia del Derecho del Trabajo español

En España no se puede hablar de una conciencia obrera como tal hasta el periodo 1868-1875, año de la desamortización de Mendizábal y Madoz. En esta época comienzan a darse tres fenómenos (asociacionismo obrero, difusión cultural y movimientos de lucha como el ludismo) que son los que marcan el paso de la llamada “prehistoria del movimiento obrero” a un movimiento obrero como tal. La lucha por el derecho de asociación en España también pasa por varias fases, desde su prohibición en el Código Penal (1848), pasando por el cooperativismo y las sociedades de socorro mutuo, hasta que a finales del siglo XIX y principios del XX, ya se empieza a advertir una conciencia de clase como tal y las diferentes sensibilidades de La Internacional llegan a nuestro país formando el PSOE y UGT(1888) y posteriormente la CNT(1910).

En cuanto a legislación laboral propiamente dicha, las primeras manifestaciones en España fueron la Ley Benot(1873), que regulaba el trabajo infantil y la “Ley de la Silla”, que obligaba al patrón a que cada trabajadora dispusiera de una silla en establecimientos no fabriles de venta al público o la Ley de Accidentes de Trabajo(1900). Ya en la Primera República se hacen grandes avances, la Comisión de Reformas Sociales(1883), dio buena cuenta de los problemas que incidían en la clase trabajadora española y empezaron las reformas, aunque no fue hasta la Segunda República después de pasar por la dictadura de Primo de Rivera cuando el Derecho del Trabajo tomó forma constitucional. Todo ello quedó sepultado en la época de la dictadura franquista, donde se adaptaron las normas laborales a la ideología fascista, creando por ejemplo el Sindicato vertical (de obligada afiliación para empresarios y obreros) o penalizando la huelga. Ya posteriormente, con la muerte del dictador se vuelve a la democracia y se inicia un modelo democrático de las relaciones laborales basado en la constitucionalización de los derechos laborales, que seguimos disfrutando hoy en día. Se puede ver como en España, los diferentes modelos de relaciones laborales han llegado como es costumbre en nuestro país, más tarde que en el resto de países de nuestro entorno, además de haber dado pasos hacia delante y hacia atrás en consonancia con las diferentes situaciones políticas del momento.

1.4. Consideraciones en torno al tiempo de trabajo, la jornada de trabajo en la actualidad

La reivindicación de la limitación de la jornada laboral nació en un contexto preminentemente industrial en la Revolución Industrial. Hoy en día el panorama es bien distinto. Así, las diferentes reformas llevadas a cabo desde los años ochenta han ido encaminadas a flexibilizar la disposición horaria del trabajador por el empresario, puesto que es ahí donde se pueden aumentar las plusvalías del trabajo ajeno hoy en día⁷. Dichas flexibilizaciones han ido encaminadas hacia el modelo “just in time” o toyotismo⁸, que aunque a priori es un modelo de trabajo industrial han influido también en otros sectores como el de servicios.⁹ En el caso español, como en la mayoría de países desarrollados, el trabajo industrial ha perdido fuerza en relación con el sector terciario, llegando este a aglutinar el 76,42% de los trabajadores asalariados por cuenta ajena. Ello conlleva que la jornada típica del trabajo fabril (8 horas de lunes a viernes en el mismo horario), se haya visto desplazada por jornadas que dependen de terceros (turistas, pacientes, compradores...), como puede ser el caso, de los profesionales de la salud que hacen servicios de guardia, o si aumentamos el periodo de referencia, los trabajadores de hostelería cuando aumentan su jornada en periodo de alta ocupación, en relación a periodos de menor afluencia de turistas. Ello, tiene una enorme repercusión en la regulación del tiempo de trabajo además de un debilitamiento del poder obrero, pérdida de poder que se ha visto acrecentada desde la crisis económica de 2008.

1.5. Tiempo de trabajo y nuevas tecnologías

Las nuevas tecnologías y las nuevas formas de trabajo que han venido aparejadas han influido también en el paradigma laboral, especialmente, en lo concerniente a la regulación del tiempo de trabajo.

⁷ ARGÜELLES BLANCO, A.R. (2012). La ordenación sostenible del tiempo de trabajo: luces y sombras de las últimas reformas laborales. *Revista Internacional de Organizaciones*. nº 8, junio 2012, (pp 11–29). Recuperado de: https://www.revista-rio.org/index.php/revista_rio/article/view/95/100

⁸ ALVAREZ NEWMAN, D. (2013). Poder, control y producción de subjetividad en las prácticas laborales del toyotismo. *MIRÍADA*. Año 5 No. 9 (2013). (p. 111-128) Recuperado de: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/miriada/article/view/3106/3725>

⁹ MARTÍN RODRÍGUEZ, O. (2017). Flexibilidad y distribución del tiempo de trabajo. Especial referencia al caso español. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Núm. 25, julio-diciembre de 2017, (pp. 3-35). Recuperado de <https://www-sciencedirect-com.accedys2.bbt.ull.es/journal/revista-latinoamericana-de-derecho-social/vol/25/issue/25>

En el caso por ejemplo, del teletrabajo, han surgido nuevas dificultades puesto que la línea que separa trabajo de ocio es cada vez más difusa.¹⁰ Nuevos fenómenos como la normalización del uso de dispositivos móviles han propiciado el aumento de la jornada de trabajo de forma encubierta, ya que, dichos dispositivos permiten el contacto directo entre empresa y trabajador. Otras formas de control derivadas de las nuevas tecnologías como la geolocalización o la videovigilancia tendrán su consideración en posteriores epígrafes del presente trabajo.

Así pues, las nuevas tecnologías pensadas en un inicio como herramienta que facilita las labores del trabajador, se han convertido en elementos de control incluso más allá de la relación llegando a la esfera personal.

1.6. Contraposición de intereses y tiempo de trabajo

Uno de los fundamentos del contrato de trabajo es la contraprestación de trabajo/salario. Debido a la alienación que se produce en el sistema capitalista, los frutos que recibe el trabajador, no son los frutos directos del trabajo, sino, el pago por un trabajo determinado en un tiempo dado. Por lo tanto, el control horario cimenta uno de los pilares para la obtención de plusvalía por parte del empresario. Es conveniente hacer una reflexión de ello por cada una de las partes.

Por un lado, desde el punto empresarial, en la actualidad, la maximización de la plusvalía generada por el trabajo ajeno, no está tan relacionada con el aumento de horas, sino, más bien, con una mayor flexibilización del control sobre el tiempo de trabajo. Así, en términos jurídicos, las diversas reformas laborales desde los años noventa hasta la actualidad han ido encaminadas a una mayor flexibilidad en favor de la parte empresarial. Además el estatuto en la actualidad deja abierta la posibilidad a la negociación colectiva en este respecto, dando ventaja a la patronal, pues en la negociación colectiva prevalece la parte empresarial, más aún después de la reforma laboral de 2012.

¹⁰ PURCALLA BONILLA, M.A. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: Claves teóricas y prácticas. *Anuario IET. Presente y futuro del derecho del trabajo*. Vol.5.(pp.95-110). Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/200652>

1.7. Salud y tiempo de trabajo

“[El hombre] si trabaja es por algo más que el trabajo (una causa que considera justa, amistades que contrae y la diversión que encuentra en él.....). Tampoco escapa el esclavo. Si trabaja es para escapar de la muerte: trabaja para vivir, como todos, y estaría loco si viviera para trabajar. [...] Aristóteles, con su genial buen sentido, ha dicho lo esencial: «El trabajo tiende al reposo, y no el reposo al trabajo». Los patronos se equivocan cuando creen que se descansa, de noche, para poder trabajar todo el día, que se descansa el fin de semana para poder trabajar toda la semana, las vacaciones, para poder trabajar el año entero... ¿Y la jubilación, quizá, para poder trabajar la muerte entera? La verdad, naturalmente, es justo lo contrario: se trabaja todo el día, o una parte del día, para tener un techo bajo el que dormir y aprovechar las veladas; se trabaja toda la semana para poder aprovechar los fines de semana, todo el año para poder aprovechar las vacaciones, y finalmente durante cuarenta años, o poco le falta, para poder aprovechar la jubilación... Así es, en efecto. Se trabaja para el ocio, ésta es la cuestión, es decir, para el tiempo libre (el otium de los Antiguos), para la vida tal cual es —la propia, la de los allegados—, tal como puede ser, tal como debe ser, de ningún modo inactiva (incluye las actividades deportivas, intelectuales, políticas, artísticas...), pero liberada tanto como se pueda de coacciones y de incomodidades. ¿La civilización del ocio? Es la propia civilización. Los Antiguos ya lo sabían y por ello disponían de esclavos. A nosotros, que afortunadamente ya no los tenemos, nos corresponde redescubrirlo.”¹¹

El anterior fragmento refleja a la perfección la estrecha relación entre tiempo de trabajo y descanso. Así pues, limitar el tiempo de trabajo es también preservar la salud y el bienestar de los trabajadores. Esto es así porque por un lado con el correcto descanso se disminuyen las probabilidades de sufrir un accidente, y por otro lado permiten la conciliación de la vida laboral y familiar.

1.8. Breve comentario a la visión de género en torno al tiempo de trabajo.

Aunque este breve subepígrafe bien daría para un estudio por separado, en este caso es conveniente hacer unos pequeños comentarios en relación a la ordenación del tiempo de trabajo en las mujeres, esta necesidad viene dada por fenómenos como la “doble jornada” o

¹¹ COMTE-SPONVILLE, A. THYBERT, S. (2007). *La vida humana*. Barcelona. Paidós. En MERCADER UGUINA (2019). OP CIT.

la especial dificultad para compaginar, por ejemplo, lactancia y cuidado de niños (en muchos casos la mujer es quién asume esta tarea debido a sesgos históricos). Así pues, es conveniente puntualizar que las especialidades que sufre la mujer en la conciliación de la vida familiar y laboral, bien hacen necesario, tener en cuenta la perspectiva de género a la hora de legislar en torno al tiempo de trabajo.¹²

¹² ALTUZARRA ARTOLA, A. GÁLVEZ GÁLVEZ, C. GONZÁLEZ FLORES, A. (2018). Diferencias de género en la distribución del tiempo de trabajo en las regiones españolas. *Revista Internacional de Sociología*. Vol. 76, Nº. 3 (julio-septiembre, 2018). (p.105) Recuperado de: <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbt.ull.es/revista/1961/A/2018>

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

2.1. Régimen jurídico del control de la jornada laboral

Es recomendable hacer una fotografía del actual régimen jurídico de la jornada laboral. Para ello, en un inicio serán comentados los artículos 5 y 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET en lo sucesivo), los cuales, sustentan en gran medida la base jurídica del poder de decisión empresarial en lo relativo al control de la jornada laboral. Posteriormente, se tratará el trasfondo jurisprudencial que terminó derivando en la obligación del registro de jornada implantada por 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.

2.2. Estatuto de los Trabajadores

La facultad empresarial para dictar los tiempos de trabajo descansa fundamentalmente sobre el artículo 5.b) ET. Se obliga al trabajador a “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.” De ello, se puede extraer que el empresario tiene potestad para dictar órdenes e instrucciones, una de las cuales, es la fijación de horarios.

Por otra parte, el artículo 20 ET, en sus dos primeras partes reafirma las ideas, ya comentadas, del artículo 5, enfatizando dos conceptos importantísimos en este sentido. Por un lado, el deber del trabajador de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue. Ello es importante, porque trae a colación uno de los fundamentos del contrato de trabajo, el cual es, el intercambio de salario por un trabajo determinado, no solo el tiempo de trabajo, además de la realización de una actividad bajo unas ciertas premisas. De aquí podemos sustraer, que el tiempo de trabajo es un límite de la relación laboral que actúa en dos sentidos, por un lado marca unos límites al trabajador, en cuanto al deber de obediencia debido que le debe al empresario, y por otro, limita al empresario en la búsqueda de la plusvalía derivada del trabajo ajeno, evitando con ellos abusos hacia la parte débil de la relación laboral.

En su apartado segundo, el artículo 20 obliga al trabajador a la diligencia y la colaboración, de acuerdo con disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario o por la ley y la costumbre en su defecto. Todo ello bajo el paraguas de la buena fe, que recalca es base de la relación por las dos partes.

2.3. La “jornada laboral extrema”

El cálculo de la jornada máxima que puede realizar un trabajador es ciertamente complejo¹³ debido a la compleja casuística laboral dificultada por las sucesivas flexibilizaciones que se han venido dando en las sucesivas reformas laborales.

Calcula MARTÍN RODRÍGUEZ, O. (2017), los tiempos de trabajo máximos semanales, quincenales y diarios, en base en el descanso mínimo disfrutable por los trabajadores, esto es, si la regulación laboral permite bajo pacto en convenio calcular la jornada laboral en cómputo anual, por ende, permite que en determinadas épocas del año, dicha jornada sea mayor de las cuarenta semanales en cómputo anual y que se sean compensadas a lo largo del año. Así, en determinados periodos de aumento de la producción (como podría ser el de temporada alta en el sector turístico o el de rebajas y campaña de navidad en el de comercios), las jornadas máximas serían las siguientes:

“a) si el máximo de horas diarias se encuentra establecido en nueve, y el descanso semanal en día y medio a la semana, el número de horas ordinarias máximas a la semana a realizar será de 54 horas;

b) si el máximo de horas diarias está establecido en nueve horas y el descanso semanal en periodos de catorce días, el número de horas ordinarias a realizar la primera semana será de 63 horas;

c) si la negociación colectiva permite superar las nueve horas de jornada ordinaria diarias y el descanso semanal se disfruta cada semana, el número de horas ordinarias máximas a la semana será de 72 horas;

d) si se pueden superar las nueve horas diarias y el descanso semanal se disfruta acumulado en periodos de catorce días, el número de horas ordinarias máximas a realizar es de 84 la primera semana.”

¹³ BASTERRA HERNÁNDEZ, M. (2017). La jornada ordinaria de trabajo en *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. (pp. 73-130). Valencia. Tirant lo Blanch

Por lo tanto, en determinadas épocas y circunstancias durante el año, el trabajador tuviese que cumplir (con base en presupuestos legales, esto es, potestad convencional o unilateral del empresario en la fijación de la jornada), con las llamadas “jornadas semanales extremas” , en la cual, los diferentes mecanismos de flexibilidad de la jornada laboral, se unen para dar con periodos en los que, por un lado, las jornadas laborales sean las más extensas posibles y por otro, los tiempos de descanso sean mínimos. Ello haciendo que el espíritu de salvaguarda de la salud ligado al acotamiento de la jornada laboral se vea en entredicho.

2.4. El contrato a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial, aunque sea una modalidad contractual, es conveniente comentar algo sucintamente, pues sus particularidades a la hora de fijar el tiempo de trabajo pueden arrojar algo de luz en relación al tema principal del presente trabajo.

La modalidad a tiempo parcial, si bien, en un primer momento estuvo pensada como forma de complementar las horas empresariales insuficientes para la modalidad a tiempo completo además de facilitar la conciliación laboral y familiar para ciertos colectivos. Ello en la práctica se ha visto diluido y el contrato a tiempo parcial, no ha sido otra cosa, que un paso más en la flexibilización del tiempo de trabajo. Ello ha supuesto que dicha modalidad contractual, solo sirva como método para completar horas de trabajo en empresas, de una forma precaria y dualizando el mercado de trabajo.¹⁴

Aunque se debe tener presente esta modalidad, pues sirve como precedente a la implantación del RD-L 8/2019, ya que, obligaba al registro de jornada previa publicación del decreto.

2.5. Antecedentes jurisprudenciales al RD-L 8/2019

En lo siguiente será repasada la jurisprudencia reciente en materia de control de la jornada laboral y como ello derivó en la obligación del registro de jornada del RD-L 8/2019, cuyo origen es la sentencia de la sala cuarta de la Audiencia Nacional AN/207/2015.

¹⁴ GARCÍA PERROTE, I. NIETO ROJAS, P. (2010). Aspectos laborales del contrato a tiempo parcial. *Revista jurídica de Castilla y León*. N°22 Septiembre de 2010. (pp. 13-60). Recuperado de: <https://dialnet-unirioja.es/accedys2.bbt.ull.es/revista/3784/A/2010>

La mencionada sentencia, cuya demandada era la empresa Bankia S.A., estimó la pretensión de los demandantes (los sindicatos de la empresa). Los demandantes pedían que se obligara a la empresa a llevar un registro diario de jornada de cada trabajador que fuese remitido semanalmente a la Representación Legal de los Trabajadores (en adelante RLT). La justificación que se dio por parte de los sindicatos litigantes fue la siguiente; no puede haber un recuento eficaz de las horas extraordinarias (la empresa negaba la realización de las mismas), sin un recuento diario de la jornada de cada trabajador que justifique si se han producido dichas horas. Es decir, sin un recuento eficaz de la jornada diaria y posterior informe a la RLT, el derecho al cobro de las horas trabajadas corre el peligro de quedar vacío de contenido. Así pues, el Tribunal aunque desestimó ciertas partes del *petitum* (poco relevantes para el caso que se trata), obligó a Bankia a llevar control de las horas trabajadas de toda su plantilla. Dicha sentencia fue recurrida, lo que derivó en la sentencia STS 246/2017, de 23 marzo, de la sala cuarta del Tribunal Supremo.

Dicha sentencia STS 246/2017 (fue dictada en casación), es de mucha ayuda para entender los argumentos que derivaron en la obligación de contabilizar la jornada proveniente de la publicación del RDL 8/2019, ello pese a haber estimado el recurso de casación interpuesto por Bankia, anulando la sentencia AN/207/2015 pero aportando votos particulares que arrojaron luz sobre el tema.

El Tribunal entiende, que del artículo 35.5, la obligación de contabilizar las horas extraordinarias y su posterior informe a los representantes de los trabajadores solo se da si se han producido dichas horas. Esto es, si no se realizan dichas horas la obligación de contabilizarlas y de informarlas desaparece, por ello, creyó conveniente, anular la decisión que obligaba a Bankia a establecer un control de la jornada para todo su personal. Esta decisión, no fue compartida por todos los miembros del Tribunal y tuvo tres votos particulares que serán analizados a continuación.

El primer voto particular lo formula la Magistrada Excm. Sra. Doña María Lourdes Arastey Sahún, voto al que se adhiere también la Magistrada Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga. En dicha argumentación la Magistrada sostiene una serie de argumentos que pasaremos a resumir de forma sucinta a continuación:

-En el punto primero de su argumentación, mantiene que, en lo referente a las horas extraordinarias, éstas reciben su denominación “ex post”, por lo que, en su opinión no se debería hacer una interpretación tan literal de la norma.

-En el apartado segundo, menciona el especial tratamiento que tienen las horas extraordinarias y la contabilización de las horas en los contratos a tiempo parcial, ello, para generar un paralelismo, entre el correcto cumplimiento de las horas estipuladas en los contratos a tiempo parcial (refiriéndose a la LISOS y las sanciones estipuladas para ello) y la necesidad que vio el legislador de obligar a las empresas que opten por esta modalidad contractual de contabilizar las horas.

-En el tercer punto de su argumentación toca el tema de la seguridad jurídica, la cual, influye en las dos partes de la relación laboral. Ello es debido a que no todo el exceso diario de jornada laboral es directamente contabilizado como hora extraordinaria. Además, deduce que las posibles dificultades técnicas que pudiesen derivarse del control horario no pueden contraponerse al espíritu de control que le quiso dar el legislador.

-Para finalizar, en el punto cuarto destaca que no solo se debe ver como una situación en la que el trabajador sea el único interesado, pues entra también la regulación en materia de Seguridad Social, donde el Estado debe garantizar que se coticen de forma correcta las horas trabajadas. Apunta hacia el final la Magistrada que en su opinión el recurso debió de ser desestimado, como había propuesto el Ministerio Fiscal.

El segundo voto particular de la STS 246/2017 fue formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, quien cree que la demanda debió ser estimada pero por motivos diferentes a los esgrimidos. Sempere Navarro empieza explicando los argumentos esgrimidos en la sentencia son erróneos. Ello se da en su opinión, porque el debate ha ido “desde lo funcional hacia lo orgánico, además de polarizarse indebidamente en torno al alcance de un concretísimo precepto”. Continúa el Magistrado su argumentación, esgrimiendo que la sentencia de la Audiencia Nacional estaba acertada en cuanto usaron el artículo 35.5 ET en sus justificaciones pero que no se debió condenar a la empresa a instaurar un sistema total de control de jornada, sino que se debió matizar la decisión y solo obligar a Bankia a controlar la jornada de ciertos trabajadores, puesto que no todos cumplían a su entender, los requisitos necesarios. En el siguiente apartado, esgrime que los derechos al correcto descanso y el cobro íntegro de las horas trabajadas pueden ser argumentos que desemboquen en la necesidad de contabilizar las horas trabajadas pero que el ordenamiento jurídico español no contempla una forma concreta de hacerlo. Además, saca a colación la realidad empresarial para hacer ver que es tan compleja y diferente que sería muy difícil crear un sistema que sea aplicado por el conjunto del tejido empresarial. Para concluir

manifiesta que la sentencia AN/207/2015, debió ser estimada en gran parte, pero no solo basándose en el 35.5 ET, sino en una serie de preceptos que llevan a la conclusión de que el citado artículo no debe traducirse literalmente a la realidad, sino más bien, se debe hacer una lectura amplia del mismo.

El siguiente voto particular lo firma el Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià, al cual, se adhiere la Magistrada Excma. Sra. Da. Rosa María Virolés Piñol. Comienza el Magistrado, aclarando que mantiene las mismas consideraciones que la Magistrada Arastey Sahún, aunque cree conveniente matizar ciertos aspectos. En primer lugar, acepta que el precepto relativo a la contabilización de las horas extraordinarias sea interpretado de una forma menos literal, puesto que, reconoce que de otra manera el derecho al cobro de las horas trabajadas podría quedar vacío de contenido sin la obligación de dicho control horario. Utiliza más adelante el argumento esgrimido por Sempere Navarro de la compleja realidad empresarial, pero esta vez para decir que ya existen sistemas de control horarios obligatorios para trabajos tan dispares como la minería o los conductores profesionales, lo cual, por tanto, no debe ser justificación para negar la obligación de llevar un control de las horas trabajadas. Hacia el final de su argumento, cita la propia sentencia y la matiza: “Respecto a las Conclusiones de la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico quinto). En este fundamento, se dice “que de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de "lege data" esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador...”. Pues bien, discrepo totalmente de esta opinión. No cabe duda alguna de que en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en los países del “Common Law”, son las Cortes Generales, como representantes del Pueblo Español -artículo 66 de la Constitución (RCL 1978, 2836) - las que tienen reservada la facultad de crear Derecho, y en su consecuencia, como se dice bien, los Tribunales no tienen la función de asumir funciones legislativas. Ahora bien, no es ello lo que estimo puede -y en mi opinión, debió- llevar a cabo la Sala frente a la pretensión de la recurrente que impugna la decisión de la instancia- en interpretación del artículo 35,5 del Estatuto de los Trabajadores.” Se vislumbra, que el Magistrado opina que los tribunales pueden rellenar los huecos dejados por el legislador haciendo una lectura de los preceptos en concordancia con el resto de normas del ordenamiento jurídico, más aún si cabe en el orden social, el cual, está supeditado al carácter tuitivo del Derecho del Trabajo.

2.6. Comentarios al RD-L 8/2019

Una vez repasada la STS 246/2017, se hará lo propio con el RD-L 8/2019, debido a que estuvo muy influenciada por la mencionada decisión judicial y además, es uno de los pilares del presente objeto de estudio, más concretamente el punto V de la exposición de motivos.

Comienza la exposición, explicando que el control horario está en el propio origen del Derecho del Trabajo, dejando ver su importancia y pone como ejemplo de necesidad de la norma la dificultad de la Inspección de Trabajo para sancionar a las empresas que no cotizan las horas extraordinarias, situación agravada por la nuevas formas flexibilizadoras de regulación del tiempo de trabajo. Continúa, nombrando los requerimientos de los tribunales al legislador español para obligar a las empresas a implantar el control horario para sus trabajadores, pues su falta, genera inseguridad jurídica. Como es obvio, el cambio en el ET viene aparejado con sus correspondientes sanciones en caso de incumplimiento.

Por último, para justificar la modificación por la vía rápida del RD-L, argumenta que los datos estadísticos de la EPA, muestran como hay muchas horas extraordinarias prestadas no cobradas, lo que supone un perjuicio para millones de trabajadores, además de para la caja de la Seguridad Social, la cual está en muy mal momento. Quedaron modificados, por tanto, el ET en su artículo 34 y 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 (LISOS en lo que sigue) en su artículo 11.

2.7. Guía sobre el registro de jornada

La complejidad para llevar a la práctica el registro de jornada y la consiguiente avalancha de consultas recibidas en la Dirección General de Trabajo, impulsaron al Ministerio a crear la guía sobre el registro de jornada¹⁵. El mencionado documento está dividido en 4 bloques:

¹⁵ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL. (2019). *Guía sobre el registro de jornada*. Recuperado de: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

-Bloque A, relativas al ámbito de aplicación del registro horario.

En este bloque, en su apartado 1, se delimita el ámbito de aplicación del registro horario incluyendo a todos los trabajadores del art. 1 ET de manera general, si bien deja al margen algunas excepciones que son las que siguen:

-Las Relaciones laborales de carácter especial, en cuyo caso habrá que atender a su regulación específica (como se regula la jornada la jornada en cada caso en concreto), quedando exceptuado el personal de alta dirección, en cualquier caso

-Las profesiones que ya tengan un sistema específico para el registro de jornada (como pueden ser los conductores profesionales).

-Los trabajadores que tengan pactado un régimen de libre disponibilidad del tiempo de trabajo. Si bien, aquí no anula la obligación del registro, se flexibiliza.

-Los trabajadores con contrato a tiempo parcial, para los que ya existe una obligación de registro.

-“Trabajadores que, a día de hoy, ya cuentan con registros específicos regulados en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y que son los llamados en el propio Real Decreto trabajadores móviles”

-Las sociedades cooperativas de trabajo.

En el apartado 2, es explicado el caso de las ETT y las particularidades que conlleva para este tipo de empresas. La empresa usuaria será la obligada a dicho control. En el caso de las subcontratas laborales, la empresa contratista siempre estará obligada, aunque el RD-L recoge que en ciertos casos se puede compartir esa responsabilidad para mayor seguridad jurídica.

-Bloque B, sobre contenido y el sistema de registro.

La parte primera de este bloque, recoge quizá el punto que más controversia ha generado, esto es, si todo el tiempo transcurrido entre el inicio y el final de la jornada laboral se debe contabilizar como de trabajo efectivo. Ante esto, el Ministerio recuerda que solo es obligatorio tener constancia del inicio y el final de la jornada, aunque recomienda dejar constancia sobre otros aspectos, como pueden ser los descansos obligatorios o cualquiera otra pausa que disfrute el trabajador.

Asimismo, da pautas para los trabajadores itinerantes como pueden ser los comerciales, en los que recomienda que se lleve un control que permita discernir entre tiempo de trabajo (con los tiempos de puesta a disposición si fuese el caso) y tiempo de descanso puro. De esta forma puntualiza lo siguiente:

“En definitiva, solo tiene la consideración de jornada laboral a efectos de registro lo contemplado en el artículo 34 ET, aun cuando subsistan deberes empresariales en materia de prevención de riesgos laborales y sí sea considerado tiempo de trabajo a efectos de accidente de trabajo (in itinere o en misión) porque el trabajador se encuentra bajo la esfera organizativa del empresario, sin poder retornar a su ámbito personal para romper el nexo causal con su actividad profesional.”

En lo relacionado con los medios permitidos para el registro horario, la parte segunda del bloque B, dice lo siguiente:

“Así, será válido cualquier sistema o medio, en soporte papel o telemático, apto para cumplir el objetivo legal, esto es, proporcionar información fiable, inmodificable y no manipulable a posteriori, ya sea por el empresario o por el propio trabajador.” Aclara también que dichos sistemas deben respetar en todo caso la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Continúa este bloque, analizando la posibilidad legal de que el empresario adopte unilateralmente un sistema de registro, ello es posible solo en caso de en defecto de convenio o acuerdo colectivo. Finalmente en la parte 4, se exponen las obligaciones de consulta del art. 34.9 ET, para lo cual se hace referencia al art. 64.1 ET, además dentro de este apartado de la Guía se hace la siguiente reflexión: “la consulta debe permitir a los representantes de los trabajadores 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”.

-Bloque C, sobre conservación y acceso al registro.

En cuanto a este tercer bloque se refiere la Guía dicta que la conservación de los registros se hará mediante “cualquier medio de conservación siempre que se garantice su preservación y la fiabilidad e invariabilidad a posteriori de su contenido, ya se trate de soporte físico o cualquier otro que asegure idénticas garantías. “Además, se exige que “que sea posible acceder a los mismos en cualquier momento en que se soliciten por los

trabajadores, sus representantes o la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, garantizando el empresario su cumplimiento, que será coherente con el sistema de registro utilizado. Esta obligación está establecida directa y expresamente en la Ley por lo que no puede ser condicionada en ningún caso.” En este apartado no parece estar del todo claro, si el soporte papel, a priori, más fácilmente manipulable, vaya a ser una garantía de cumplimiento real de la obligación.

-Bloque D, sobre el registro de horas extraordinarias.

En este último bloque, se menciona, la contabilización de las horas extraordinarias, para lo cual mantiene el régimen que ya existía derivado del art. 35 ET.

III. EL CONTROL DE LA JORNADA POR PARTE DE LA EMPRESA: MÉTODOS LÍCITOS E ÍLÍCITOS

3.1. Consideraciones a la práctica del control de la jornada

Una vez visto el trasfondo jurídico del control de la jornada de trabajo, es conveniente, en la medida de lo posible, hacer un retrato real de este sistema en la práctica, esto es, estudiar como las empresas están llevando el mandato legal del RD-L 8/2019 referente al registro horario a la práctica. Entonces se podrá comprobar si *de facto*, se está cumpliendo la norma y además, si hay empresas que aprovechando el momento están usando dicho mecanismo para ampliar su capacidad para controlar al trabajador.

El estudio normativo y jurisprudencial, ha vislumbrado la necesidad que existía en nuestro ordenamiento jurídico de obligar a la contabilización del tiempo de trabajo, de una forma que permita la vigilancia del cumplimiento de los límites legales, convencionales y contractuales por parte del empresario, esto por parte de la RLT y de la Inspección de Trabajo. Del lado patronal, si bien se negaron a dicho cambio, la realidad actual es distinta, pues es sabido, que dicho control también actúa en sentido opuesto. Así, en determinadas empresas se ha aprovechado el mecanismo de control para usarlo a su favor, recortando en derechos, que si bien no estaban por escrito, eran práctica común y se entendían respaldados por la costumbre, que en multitud de ocasiones marcan el devenir práctico de la relación laboral.

En muchas empresas ciertas prerrogativas que existían anteriormente (pausas para fumar, para tomar café, etc.) que no eran contabilizadas han pasado ahora a estarlo, de esta manera, los trabajadores se ven obligados a “fichar” cuando quieren disfrutar de estas pausas. La forma más común del registro de jornada es la digital, por medio de alguna tarjeta, huella o código, que una vez introducida en la máquina registra los movimientos que realiza el trabajador en su jornada de trabajo. Algunas empresas, que suelen ser las que no pueden afrontar los costes de adquisición para implantar el modelo digital usan el formato físico, utilizando tablas en papel aunque este sistema no es tan recomendable porque ofrece menos seguridad.

Así, hoy en día, una norma que fue pensada para luchar contra los abusos y el fraude a la Seguridad Social, ha tornado en una herramienta que facilita la monitorización del trabajador, ha habido sentencias sonadas como la SAN 144/2019 de 10 de diciembre de

2019, en la que se desestimó la pretensión de los trabajadores al no quedar demostrado que éstos pasaban a una condición menos ventajosa, pues como ha quedado reflejado, muchas de estas situaciones parten de la mera costumbre y nunca habían quedado por escrito.

Otros de los aspectos a tener en cuenta es la multiplicidad de formas variables que adopta la relación laboral, desde el administrativo que trabaja en la oficina hasta el comercial itinerante, hay una cantidad enorme de diferentes formas de prestación de trabajo. Ello, hace que el control de la jornada se dificulte en ciertos casos porque las delimitaciones de la jornada se hacen más difíciles, no obstante, dicho inconveniente no puede suponer impedimento para que se cumpla la normativa, no solo por el imperativo legal, sino además, porque el articulado que regula el control de la jornada es suficientemente laxo para que se pueda adaptar a casi cualquier situación. Fijándonos en el caso más extremo, el del comercial itinerante, si bien es verdad que su situación supone una dificultad añadida a la de, por ejemplo, un trabajador que presta el 100% de su trabajo en una oficina, no es una idea descabellada obligar a contabilizar las horas, pudiendo ser argumentado de la manera siguiente:

-Cuanta más libertad para realizar sus funciones, es supponible una mayor confianza mutua entre las partes, es decir, no tiene sentido que el trabajador que tenga potestad para decidir sobre una gran parte de su trabajo, (entendiendo que lo hace de una forma en la que garantice los intereses de la empresa) no haga lo propio con su horario y aunque no fuera así, debido a la presunción de actuación conforme a la buena fe de las partes habría que demostrarlo. Además, los horarios pactados son fácilmente comparables con el trabajo realizado, porque se pueden relacionar las horas de trabajo con los clientes visitados, por ejemplo.

-Ante la dificultad de discernir el exceso de horas trabajadas, se puede discutir que hasta ahora este tipo de trabajos se han dado y se han podido calcular dichas horas por otros medios y que el nuevo sistema solo facilita dicha contabilización. Ante la duda de que el trabajador infle el monto total de horas, se podría volver al punto anterior y esgrimir que el número total de horas y el trabajo finalmente realizado están relacionados y que el trabajador incurriría en una falta a su obligación de la buena fe, lo que podría suponer incluso el despido disciplinario.

-Por último, aunque no sea un argumento como tal, cabe destacar que en este tipo de trabajos tienen una mayor incidencia los complementos salariales derivados de una mayor

productividad, hecho este, que seguro irá ganando fuerza en el tiempo y que es posible que en algún sentido modifique la forma tradicional de relacionar trabajo y tiempo.

Así, la cantidad de argumentos a favor de implantar un sistema de recuento de horas trabajadas supera con creces a los argumentos en contra. Por lo tanto, sería más correcto hablar de conveniencia o dificultad aplicativa de la norma, en vez de referirse a la necesidad, ya que, desde la entrada en vigor del RDL 8/2019, el número de horas extraordinarias contabilizadas es mayor.

3.2. El derecho a la desconexión

Un punto importante a tener en cuenta, es la delimitación de la frontera a la que puede llegar el empresario en el control de los trabajadores. Esta reflexión, entronca con el derecho a la intimidad y el novedoso “derecho a la desconexión”, de los cuales versará este apartado. Muchos son los trabajos hoy en día donde trabajadores itinerantes son rastreados por medio de aplicaciones móviles (repartidores o comerciales son un ejemplo), dejando a un lado la mayor presión que supone realizar las funciones bajo su control (tema que daría para otro trabajo). Por lo tanto, la mejor forma de arrojar luz sobre el tema es analizarlo primero desde dos puntos de vista diferentes con sus respectivas figuras jurídicas por separado para luego pasar a una idea general que las una.

Del lado de los trabajadores, el deber de obediencia del artículo 5.c referido a las órdenes e instrucciones que se den por la parte empresarial donde la fijación horaria es uno de los más importantes. GARCÍA PERROTE (2019), comenta, los límites que la rigen y pone como ejemplo la (STS 25 junio 1987, STS 28 diciembre 1989 y 25 abril 1991) donde el tribunal expone lo siguiente: “Las órdenes empresariales están dotadas de presunción de legitimidad, salvo que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, atenten contra su dignidad, sean ilegales o manifiestamente irregulares o, en fin, sean peligrosas para el trabajador desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales”. “La extralimitación empresarial no entra, en efecto, en ámbito del trabajo convenido” Así pues, el mencionado autor acude a límites que se han fijado en el Tribunal Supremo para esclarecer hasta dónde puede llegar el empresario en el ejercicio de sus funciones, o dicho de modo, dar a conocer a los trabajadores hasta donde tienen que llegar en el cumplimiento de su deber de obediencia en la relación laboral.

Del lado empresarial, la potestad de control del empleador en el ET, no se plasma de forma directa jurídicamente hablando. Dicha prerrogativa está dispersa y atiende a aclaraciones relacionadas con las obligaciones de los trabajadores. A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 20 ET, en este se encuentra la frontera que delimita hasta donde llega el deber de obediencia y el poder de decisión empresarial. Así tenemos una demostración jurídica de la acotación de los poderes empresariales en pro de la dignidad, salud y bienestar de la parte débil de la relación laboral. Cabe mencionar aquí, que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD), que transpone el reglamento Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)(Reglamento 2016/679 en lo sucesivo), ha sido la puerta para un límite antes inexistente en relación al control empresarial. Ello es, el derecho del trabajador a la desconexión digital del artículo 20 ET, debido a que las nuevas tecnologías estaban suponiendo herramientas de control empresarial fuera de la jornada de trabajo, aumentando estas fuera de los marcos legales, contractuales y convencionales.

Una vez más, la amplia casuística laboral hace difícil poner ejemplos concretos que indiquen con claridad la licitud de los actos y puesto que no hay normativa tendremos que esperar que los tribunales vayan dando forma a esta nueva realidad, especialmente en lo relacionado con las nuevas tecnologías.

3.3. Legalidad del uso de videocámaras para el control de la actividad laboral

En lo tocante al tema de las videovigilancia será comentada la doctrina más relevante en este sentido.

El control por medios de sistema de videovigilancia debe hacerse bajo los principios de los artículos 4 y 18.1 CE, teniendo presente el criterio de proporcionalidad. MERCADER UGUINA (2019), cita 3 puntos en los que deben basarse dicho control.

1)“El control debe ser estrictamente laboral”, las fronteras en este sentido se encuentran por un lado en el artículo 22.8 LOPD “el tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el art. 89 de esta ley orgánica”, “Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de

sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores (...) previstas, respectivamente, en el art. 20.3 ET (...), siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”, aquí el legislador permite el control del trabajador a través de la grabación de imágenes por videocámaras pero especificando que dicho control no puede sobrepasar el límite fijado por el 20.3ET.

2)“Espacios de control excluidos”, “En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos (art. 89.2 LOPD). Evitando con ello el menoscabo del derecho a la intimidad que tienen los trabajadores.

3)“Información del establecimiento de los sistemas de control”, el artículo 89.2 obliga expresamente a la información a los trabajadores del uso por parte de la empresa de videocámaras en el lugar de trabajo. Dicha información debe ser previa, expresa y concisa y “se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 RGPD.” Por todo lo anterior, el empresario tiene potestad para usar la videovigilancia con los mencionados límites para observar cualquier comportamiento ilícito, entendiendo que ello se refiere al cometimiento de delitos, actitudes sancionables administrativamente o a la inobservancia de las normas laborales.

Para dar una imagen real de los preceptos, el citado autor acude a casos reales. En concreto a la conocida STC 186/2000, en la que una empresa instala cámaras de vigilancia sin informar a los trabajadores ante la sospecha que están sufriendo menoscabo del dinero de caja por parte de los mismos. En ella, el Tribunal considera ajustada a derecho la decisión porque entiende que el empresario puede llevar el control de la manera que le resulte más adecuada y señala dos criterios a tener en cuenta, por un lado, habían indicios acerca del incumplimiento del trabajador y por otro, las grabaciones fueron las necesarias, en lugar (la caja registradora) y tiempo (solo hasta que se confirmaron las sospechas). El autor cita esta sentencia en concreto para hacer ver que, a veces, aunque no se notifique a los trabajadores la decisión de instalar sistemas de videovigilancia como forma de control, esta decisión puede resultar ajustada a la legalidad.

Se debe tener presente que en el año 2016 el Tribunal Constitucional cambió la doctrina que venía manteniendo y desde ese momento cree suficiente la utilización de avisos generales de videovigilancia en los centros de trabajo. De esta manera, la no información específica a los trabajadores de medidas de videovigilancia existiendo medios de información generales potesta al empresario a este tipo de control según el Tribunal¹⁶.

3.4. Especial mención al uso de la videovigilancia por parte de la Inspección de Trabajo

La parte empresarial en su afán de aumentar su poder de control en la relación laboral por medio de la videovigilancia, ha provisto a la ITSS de una nueva herramienta que le facilita su tarea, así la Inspección de Trabajo en su capacidad para fiscalizar la actividad empresarial en materia laboral, puede requerir a la empresa, las grabaciones de videovigilancia para comprobar que se está cumpliendo, por ejemplo, con las jornadas máximas de trabajo o en su caso, para verificar si un trabajador a tiempo parcial presta más horas de las que cotiza.

Mención especial cabe realizar sobre este hecho en la época actual, pues la crisis derivada del COVID-19 y la posterior necesidad de implantar un sistema ex professo para compensar el cierre obligatorio de todas empresas no consideradas dentro de los servicios esenciales, ha derivado, en la necesidad de la ITSS de aumentar el control para evitar posibles fraudes que se pudieran dar una vez las empresas han podido comenzar de nuevo con su actividad. Así pues, han lanzado una campaña¹⁷ especial para ello y una de las herramientas que están utilizando es el requerimiento de las grabaciones de videovigilancia.

El modo en el que suelen proceder es pedir a la empresa las grabaciones y posteriormente, contrastarlas con la información que disponen (altas, registros horarios, contratos a tiempo parcial si los hubiere), por esta y otras vías están aflorando multitud de fraudes contra la SS¹⁸ relacionados con los ERTE derivados del COVID-19. Dichos fraudes

¹⁶ NAVARRO NIETO, F. (2019). Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Nº150. (pp. 71-90).

¹⁷ ILLUECA, H. (1 de julio de 2020). La Inspección de Trabajo lanza una campaña de detección de fraude en ERTE que incide en la protección y uso responsable de los recursos públicos. [Nota de prensa del Ministerio de Trabajo y Economía Social].

Recuperado de: <http://prensa.mitramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3851>

¹⁸ DE LA FUENTE, A. (25 DE JUNIO DE 2020). Los fraudes en los ERTE, una lista de argucias multadas con hasta 187.000 euros por trabajador. Público.

consisten en que trabajadores que están cobrando la prestación, empiezan a trabajar pero sin registrar su vuelta al trabajo en la Seguridad Social, de esta manera muchos empresarios están usando las arcas públicas para ahorrarse la mayor parte de los costes laborales.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La regulación del tiempo de trabajo ha sido una de las facetas más importantes desde los albores del movimiento obrero y el nacimiento del Derecho del Trabajo como rama.

SEGUNDA: En la actualidad la búsqueda de la maximización de la plusvalía del obrero por parte del empresario ha ido enfocándose cada vez más en la flexibilización del tiempo de trabajo, por ello las diferentes reformas laborales desde los años ochenta hasta ahora han ido en ese sentido.

TERCERA: Las nuevas tecnologías han desdibujado aún más las fronteras entre ocio y tiempo de trabajo, posibilitando aumentos de jornada encubiertos. Además han dado nuevas herramientas al empresario para aumentar su poder de control sobre el trabajador.

CUARTA: Las Sentencia AN/207/2015 y su posterior recurso de casación que derivó en la STS 246/2017, fueron el germen que impulsó al legislador a la publicación del RD-L 8/2019 que incluía la obligación de contabilizar las horas trabajadas.

QUINTA: El RD-L 8/2019, intentó resolver los problemas planteados en los votos particulares de la STS 246/2017, obligando a las empresas (salvo las que estén excluidas) a llevar un registro de horas trabajadas de sus trabajadores.

SEXTA: El Estado es una de las partes interesadas en que se cumpla la normativa laboral en materia de tiempo de trabajo, pues de ello depende una buena parte de los ingresos de la Seguridad Social.

SÉPTIMA: Las reticencias patronales a la imposición del control horario han quedado en evidencia, pues luego de la aprobación del RD-L 8/2019 se ha podido realizar dicha contabilización incluso en los trabajos con los horarios más flexibles.

OCTAVA: Las lagunas que irán surgiendo relacionadas con el registro de jornada serán suplidas paulatinamente por las decisiones judiciales, así, ya tenemos el ejemplo de la SAN 144/2019. Tener en cuenta que las empresas están tomando una especie de aire de

venganza que incluso ha desembocado en situaciones menos beneficiosas para el trabajador que antes del RD-L 8/2019, como en el ejemplo de la sentencia citada anteriormente.

NOVENA: Incluso en casos extremos donde el trabajador presta la totalidad de su jornada de forma itinerante es posible llevar un registro de jornada, como en el caso de los comerciales itinerantes. Ello es así porque en este tipo de trabajos se requiere una confianza entre las partes que debe ir en las dos direcciones.

DÉCIMA: La tecnología móvil ha propiciado que el trabajador pueda llevar consigo las herramientas de trabajo consigo incluso fuera de la jornada laboral, por lo tanto, el legislador español debería fijar unos límites claros en este sentido, más aún con la realidad laboral actual (teletrabajo) relacionada con la enfermedad COVID-19.

UNDÉCIMA: El control de la jornada laboral va en dos direcciones, tanto del lado patronal como de los trabajadores, así pues, parece justo que la ITSS utilice los medios de control de la jornada laboral de que disponen los empresarios para precisamente fiscalizar el correcto cumplimiento de la normativa por parte de ellos.

DUODÉCIMA: A modo de reflexión final, la obligación del registro horario ha sido en general buena para preservar los derechos de los trabajadores y del Estado pero hay que tener en cuenta que vivimos en tiempos donde todo cambia muy deprisa (más aún con los acontecimientos derivados del COVID-19). Por ello el legislador español debería ir trabajando ya en una nueva legislación, puesto que, las nuevas formas de trabajo no solo han venido para quedarse sino que serán cada vez más comunes a lo largo de los años. Aunque siempre el Derecho suele ir por detrás de la realidad, parece esta una buena ocasión para adelantarse y conseguir tal vez, mitigar los problemas que se derivarán.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. (1995). *El Trabajo como bien escaso y la Reforma de su Mercado*. Madrid. Civitas.

ALTUZARRA ARTOLA, A. GÁLVEZ GÁLVEZ, C. GONZÁLEZ FLORES, A. (2018). Diferencias de género en la distribución del tiempo de trabajo en las regiones españolas. *Revista Internacional de Sociología*. Vol. 76, Nº. 3 (julio-septiembre, 2018). (p.105)
Recuperado de: <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbtck.ull.es/revista/1961/A/2018>

ALVAREZ NEWMAN, D. (2013). Poder, control y producción de subjetividad en las prácticas laborales del toyotismo. *MIRÍADA*. Año 5 No. 9 (2013). (p. 111-128) Recuperado de: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/miriada/article/view/3106/3725>

ARGÜELLES BLANCO, A.R. (2012). La ordenación sostenible del tiempo de trabajo: luces y sombras de las últimas reformas laborales. *Revista Internacional de Organizaciones*. nº 8, junio 2012, (pp 11–29). Recuperado de: https://www.revista-rio.org/index.php/revista_rio/article/view/95/100

BASTERRA HERNÁNDEZ, M. (2017). *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia. Tirant lo Blanch

DE LA FUENTE, A. (25 DE JUNIO DE 2020). Los fraudes en los ERTE, una lista de argucias multadas con hasta 187.000 euros por trabajador. *Público*. Recuperado de: <https://www.publico.es/economia/fraudes-erte-lista-argucias-multadas-187000-euros-trabajador.html>

GARCÍA PERROTE, I. NIETO ROJAS, P. (2010). Aspectos laborales del contrato a tiempo parcial. *Revista jurídica de Castilla y León*. Nº22 Septiembre de 2010. (pp. 13-60). Recuperado de: <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbtck.ull.es/revista/3784/A/2010>

GARCÍA PERROTE, I. (2019). *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia. Tirant lo Blanch.

GUTIÉRREZ, J. (1 de mayo de 2017) *Los Mártires de Chicago: historia de un crimen de clase en la tierra de la "democracia y la libertad"*. Artículo basado en un libro del mismo autor. Recuperado de: http://hblog.nuevaradio.org/b2-img/gutierrez_chicago.pdf

ILLUECA, H. (1 de julio de 2020). La Inspección de Trabajo lanza una campaña de detección de fraude en ERTE que incide en la protección y uso responsable de los recursos públicos. [Nota de prensa del Ministerio de Trabajo y Economía Social]. Recuperado de: <http://prensa.mitramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3851>

MARTÍN RODRÍGUEZ, O. (2017). Flexibilidad y distribución del tiempo de trabajo. Especial referencia al caso español. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Núm. 25, julio-diciembre de 2017, (pp. 3-35). Recuperado de <https://www-sciencedirect-com.accedys2.bbtk.ull.es/journal/revista-latinoamericana-de-derechosocial/vol/25/issue/25>

MERCADER UGUINA, J. (2019). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia. Tirant lo Blanch.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL. (2019). *Guía sobre el registro de jornada*. Recuperado de: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

NAVARRO NIETO, F. (2019). Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Nº150. (pp. 71-90).

PURCALLA BONILLA, M.A. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: Claves teóricas y prácticas. *Anuario IET. Presente y futuro del derecho del trabajo*. Vol.5.(pp.95-110). Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/200652>