

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 246/2017

Fecha de sentencia: 23/03/2017

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 81/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 15/03/2017

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Escudero Cinca

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Conflicto Colectivo. Bankia. Horas extraordinarias. Necesidad de llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados. No existe. Sólo se debe llevar registro de horas extras realizadas. Votos Particulares.

CASACION núm.: 81/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO**

Sentencia núm. 246/2017

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Jordi Agustí Juliá

En Madrid, a 23 de marzo de 2017.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado Don Martín Godino

Reyes, en nombre y representación de Bankia, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de diciembre de 2015, en actuaciones nº 301/2015, seguidas en virtud de demanda a instancia de la Federación de Servicios de la Unión General de trabajadores (FES-UGT), la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO SERVICIOS), la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA), la Asociación de Cuadros y Profesionales de Bankia (ACCAM- BANKIA), el Sindicat Autonom de Treballadors D'Estalvi (SATE), la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT) y ACB- Bankia contra BANKIA, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido como parte recurrida la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO Servicios) representada por el letrado D. Armando García López, la Federación de Servicios de la Unión General de trabajadores (FES- UGT) representada por el letrado D. José Antonio Mozo Saiz, la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA) representada por el letrado D. Manuel Valentín Gamazo de Cárdenas, la Asociación de Cuadros y Profesionales de Bankia (ACCAM- BANKIA) representada por el letrado D. Pablo Urbanos Canorea, el Sindicat Autonom de Treballadors D'Estalvi (SATE) representado por el letrado D. Francisco Javier Soto Ibáñez, la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT) representada por la letrada D^a. Ángeles Morcillo Garmendia y ACB- Bankia representada por el letrado D. Sergio Bañales Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios de la Unión General de trabajadores (Fes- UGT), la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO Servicios), la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA), la Asociación de Cuadros y Profesionales de Bankia (ACCAM- BANKIA), el Sindicat Autonom de Treballadors D'Estalvi (SATE), la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), y ACB- Bankia se planteó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación terminaron por suplicar se dictara sentencia por la que se declare «La obligación de que la empresa Bankia, - establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, - así como que proceda a dar traslado, a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de diciembre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «En la demanda de conflicto colectivo, promovida por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeS UGT); la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO); la FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS (CSICA); la ASOCIACIÓN DE CUADROS Y PROFESIONALES DE BANKIA (ACCAM-BANKIA); el SINDICAT AUTONOM DE TREBALLADORS D'ESTALVI (SATE); la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y ACB BANKIA, desestimamos la excepción de falta de acción, alegada por BANKIA, SA. Estimamos la demanda y condenamos a BANKIA, SA a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- UGT y CCOO ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan implantación suficiente en la empresa demandada. - CSICA; ACCAM-BANKIA; SATE; CGT y ACB-BANKIA acreditan también implantación suficiente en la empresa.

2º.- BANKIA regula sus relaciones laborales por el convenio colectivo de Cajas de Ahorro, publicado en el BOE de 29-03-2012, que se encuentra actualmente en situación de ultractividad.

3º.- El 26-11-2012 CCOO; UGT; ACCAM; SATE; CSICA y CGT alcanzaron acuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido, con CAJA MADRID; BANCAJA; CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA DE ÁVILA; CAIXA LAIETANA; CAJA SEGOVIA y CAJA RIOJA, integradas en BANKIA, en el que regularon, entre otras materias, el régimen horario, en el que se convino un horario general; 6 horarios singulares de oficinas, con algunas cláusulas comunes; horario singular en la Dirección de Negocios Mayoristas; horario singular en la Dirección Financiera y de Riesgos; horario singular en la Dirección de Operaciones y Procesos; horario singular en la

Dirección de Sistemas, junto con algunas reglas aplicables a estos últimos horarios singulares.

4º.- La empresa demandada no tiene un sistema de registro de la jornada diaria. - No obstante, registra el control de ausencias, de manera que los trabajadores, que no cumplen su jornada por alguna razón, están obligados a registrarlo en la Intranet de la empresa.

5º.- Los representantes de los trabajadores han solicitado de la dirección el establecimiento de sistemas de registro de jornada. - UGT lo reclamó el 15-06-2015, respondiéndose por la empresa que ya existía un control de ausencias.

6º.- El 15-06-2015 la Inspección de Trabajo de Sevilla emitió informe, que obra en autos y se tiene por reproducido, sobre denuncia, promovida por CCOO, referida al intento de implantar horario flexible en la empresa, sin que se levantará acta de infracción alguna. - No obstante, el Inspector de Trabajo informó que en actuación previa, ya extendió acta de infracción por falta de llevanza de registro diario individual de jornada y requirió a las partes para su implantación con el debido consenso. El 19-10-2015 la Inspección de Trabajo de Granada emitió informe, porque constató que en la empresa no había registro diario de jornada, lo cual le impidió constatar la denuncia sobre si se realizaban o no horas extraordinarias, iniciando, a continuación, el correspondiente expediente sancionador como consecuencia de la falta de registro diario de jornada. El 28-10-2015 la Inspección de Trabajo de Sevilla requirió a la empresa demandada para que promoviera un registro diario de jornada, por cuanto su inexistencia le impidió constatar si se producían o no prolongaciones de jornada en la empresa demandada. El 12-11-2015 se produce un nuevo requerimiento a la empresa y se recoge también en el Libro de Visitas por carecer de registro diario de jornada.

7º.- La empresa demandada no notifica a los representantes de los trabajadores la información mensual sobre horas extraordinarias, por cuanto no existen resúmenes de horas extraordinarias en la misma.

8º.- El 14-07-2015 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Bankia, S.A . La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso. Con fecha 17 de junio de 2016 se admitió el presente recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de interesar la

desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de febrero actual, acto que fué suspendido por providencia de 22 de febrero de 2017, señalándose para nueva votación y fallo por la Sala en Pleno el día 15 de marzo de 2017, en el que se llevó a efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada en proceso de conflicto colectivo por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, estima la demanda y condena a la entidad bancaria demandada a: «establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro».

Contra ese pronunciamiento se interpone el presente recurso cuyo único motivo alega la infracción del artículo 35-5 del ET en relación con el 20-3 del mismo texto legal y con la Disposición Adicional Tercera del R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre y con el artículo 3-1 del Código Civil.

Entiende el recurso que la sentencia le impone obligaciones que van más allá de lo dispuesto en el art. 35 del ET, donde se regula la realización de horas extras y el establecimiento de un registro en el que se anoten las que se realizan día a día, pero sin imponer la necesidad de establecer un registro de la jornada diaria efectiva, ni que el mismo permita comprobar (controlar) el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, al margen de la realización de horas extraordinarias, solución

contraria a lo dispuesto en el art. 20-3 del ET que faculta al empresario a tomar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento por sus empleados de sus obligaciones laborales.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión planteada, conviene en primer lugar recordar e interpretar la norma en la que se funda la obligación impuesta a la recurrente por la sentencia impugnada, esto es el artículo 35 del ET que, bajo la rúbrica de horas extraordinarias, regula que se consideran horas extraordinarias, su retribución, número máximo que se pueden realizar, forma de computar su realización, descanso compensatorio, su realización voluntaria y excepciones a esa regla acaba disponiendo en su número 5: «A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.». Su interpretación con arreglo a diferentes normas de hermeneútica nos muestra:

Del tenor literal de esta disposición se deriva que la misma se refiere exclusivamente a las horas extras, cual se deriva de la determinación literal de su fin "a efectos del cómputo de horas extraordinarias" objeto que se cumple mediante el registro diario de la jornada realizada, sin que se deba olvidar que la expresión "la jornada... se registrará día a día" hace referencia a la necesidad de establecer un registro donde se anote, asiente o apunte, pues este es el sentido propio del término "registrará". Pero la obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende sólo a las horas extraordinarias realizadas para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad.

Esta interpretación literal se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto.

Igualmente, esa interpretación es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado. En efecto, obsérvese que el deber de registrar la jornada laboral se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias (título del estudiado artículo 35) y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo, lo que es relevante por cuanto el diferente encabezamiento de cada artículo indica que el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho y, sin embargo, impone la sentencia recurrida. Esta interpretación sistemática se ve avalada por lo dispuesto en el artículo 12-4-c) del ET, sobre la obligación de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes por el trabajador con contrato parcial y con obligación del patrono de entregar al operario un resumen mensual de las horas que trabaja obligándole a guardar esos resúmenes cuatro años (periodo de tiempo superior al de la prescripción del art. 59 del ET), mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado. Así mismo, la necesidad de llevar un registro para el control del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios que establecen los artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y su Adicional Séptima, nos muestran que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese

general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el art. 34 del ET.

Finalmente, dado el contexto en el que se ubica la norma debe entenderse que su finalidad es el control de la realización de horas extraordinarias, para evitar excesos con los que se sobrepasen los límites que establece, pero no implantar un control de la jornada ordinaria, registro al que no obliga en el art. 34 del ET y sí impone en los supuestos especiales que antes se citaron, lo que evidencia el espíritu de la norma que solo establece esa obligación en casos concretos. Frente a ello, no cabe decir que lo impone la realidad social del siglo en que vivimos, ni utilizar argumentos como el de que otros lo hacen, por cuanto no se conoce en qué condiciones, ni que la empresa si controla las ausencias por intranet, donde el empleado que falta debe registrar sus ausencias y justificarlas, porque, precisamente, por ese medio u otro puede registrar las horas de entrada y salida, así como el exceso de jornada, lo que le permitirá conocer las horas que trabaja, sin necesidad de que la empresa lleve un complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados.

TERCERO.- Jurisprudencia sobre la materia.

La doctrina de la Sala sobre el artículo 35-5 del ET, acorde con la interpretación dada, se compendia en nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2003 (R. 63/2003) que luego ha sido reiterada en nuestras sentencias de 25 de abril de 2006 (R. 147/2005) y de 18 de junio de 2013 (R. 99/2012), sentencias en las que se analiza la obligación de registro y comunicación de sus datos que establece el citado artículo 35-5. En la primera de ellas al respecto se dice:

... «En definitiva, ha de ser estimado este primer motivo del recurso, sin que ello afecte, naturalmente, a la obligación empresarial de cumplir lo estrictamente ordenado en la disposición adicional 3ª del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, en el sentido de

"ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores", lo que supone que la comunicación habrá de realizarse en los supuestos de realización de horas extraordinarias, pues como ha afirmado la Sala de lo contencioso administrativo de este Tribunal Supremo (STS 5 de junio de 1989) dictada en materia sancionatoria por infracción del artículo 35.5 ET, "caen consiguientemente por su base las infracciones imputadas por no llevar el registro o control de aquellos y por no dar a los trabajadores copia del resumen semanal, innecesarias tanto aquella llevanza como esta entrega, por cuanto no se realizaban, ni eran por tanto retribuidas". ».

Esta doctrina es reiterada en nuestra sentencia de 25 de abril de 2006 que concreta el alcance de la obligación empresarial y forma de computar el número de horas extras realizadas, aunque luego se compensaran con descanso, a los representantes de los trabajadores. En igual sentido la sentencia de 18 de junio de 2013 se dice: «Esta Sala ha de partir, por tanto de que no se ha probado que, los trabajadores encuadrados en el GP 5 y GP-6 hayan superado la jornada anual pactada en el artículo 12.2 a) del Convenio Colectivo vigente, ni que hayan reclamado compensación alguna por haber superado la citada jornada, incumbiendo acreditar tales hechos a la parte actora, hoy recurrente, por lo que no habiéndolo logrado, se ha de concluir que la empresa demandada no ha infringido los preceptos cuya vulneración denuncia el recurrente, referentes al derecho de información de la Confederación General de Trabajo.».

De estas sentencias se desprende que el artículo 35-5 sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado.

La inexistencia de la obligación de llevar un registro para el control de la horas jornada ordinaria es reconocida por nuestra sentencia de 11 de febrero de 2003 en el inciso final de su fundamento quinto, al hacer suya la doctrina sentada por la Sala III de este Tribunal en su sentencia

de 5 de junio de 1989, donde se concluye que no hay que llevar registro de control de horas extras cuando no se realizan, ni se retribuyen su doctrina es reiterada en nuestra sentencia de 3 de octubre de 2006 (R. 146/2005) donde se dice: «De aquí que la primera postulación de la demanda, en cuanto interesa **“el derecho de los trabajadores a la existencia de un sistema de marcaje horario que refleje la verdadera jornada realizada por los trabajadores”** no se presente avalada por un sustrato fáctico y normativo que propicie su estimación, siendo notorio –como ya así se razona en la sentencia recurrida– que el sistema de control horario establecido en la Entidad recurrida se ajusta a las previsiones de lo acordado en el Pacto de 25 de octubre de 1991 y no entra en desacuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, que sólo exige el registro diario de la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de horas extraordinarias, lo que no es el preciso objeto del presente litigio, aunque lo hubiera sido, ya, del que dio lugar al recurso de casación nº 147/2005 de esta Sala que fue resuelto por sentencia de 25 de abril de 2006. En otro aspecto enjuiciador, tampoco, puede decirse que incumpla la empresa el sistema de marcaje horario pactado entre ella y la representación sindical de los trabajadores en la misma.».

CUARTO.- Normativa de la Unión Europea.

La solución interpretativa dada se ajusta a lo dispuesto por la normativa comunitaria sobre la jornada laboral y la ordenación del tiempo de trabajo, normativa que en nuestro ordenamiento jurídico han implementado las normas antes examinadas.

En este sentido el artículo 6 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, establece la necesidad de limitar la duración de la jornada máxima por medio de disposiciones legales, reglamentarias o convenios colectivos estableciendo un límite máximo de cuarenta y ocho horas a la semana, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días. Posteriormente en su artículo 18 establece: «1. a) Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, a más tardar el 23 de noviembre de 1996, o se asegurarán, a más tardar en dicha fecha, de que los interlocutores sociales establezcan las disposiciones necesarias mediante convenio. Los Estados miembros deberán adoptar todas las

medidas necesarias para garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva.

b) i) No obstante, siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:

- ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;
- ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;
- el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;
- los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;
- el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16.

Antes de la finalización de un período de siete años a contar desde la fecha mencionada en la letra a), el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, acompañada de un informe de evaluación, reexaminará las disposiciones del presente inciso i) y decidirá sobre el curso que deberá dárseles.

ii) Asimismo, y por lo que respecta a la aplicación del artículo 7, los Estados miembros podrán hacer uso de un período transitorio de tres años como máximo, a contar desde la fecha mencionada en la letra a), siempre que durante dicho período transitorio:

- los trabajadores disfruten de un período anual de tres semanas de vacaciones retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o por las prácticas nacionales y que
- dicho período de tres semanas de vacaciones anuales retribuidas no pueda ser sustituido por una compensación financiera, salvo en caso de que concluya la relación laboral.».

Obsérvese que el apartado 1-b)i permite inaplicar la jornada máxima del art. 6, pero regula esos supuestos requiriendo que el trabajador preste su consentimiento, sobre el que se informará a la autoridad competente y obligando a que "el empresario lleve registros

actualizados de todos los trabajadores que realicen un trabajo de este tipo", tenor literal del que se deriva que la obligación de llevar a registros actualizados sólo se impone en los casos que no se aplican las limitaciones del art. 6 sobre la duración de la jornada. Esta disposición es reiterada por el art. 22 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003.

Por contra, la normativa comunitaria si se impone la necesidad de llevar un registro de las horas de trabajo y de descanso en supuestos especiales. En este sentido el artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE, sobre el transporte de navegación, la Directiva 2000/79, CE, sobre navegación aérea, la Directiva 1999/63, CE, sobre el trabajo en el mar, la Directiva 2002/15, CE, sobre el transporte en carretera y otras disposiciones similares sobre jornadas especiales que han sido traspuestas a nuestras disposiciones legales y reglamentarias.

En definitiva, la normativa examinada impone, al igual que la española, la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada máxima.

QUINTO.- Conclusiones.

De lo razonado hasta aquí se deriva que el artículo 35-5 del ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, cual establece la sentencia recurrida.

Cierto que de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de "lege data" esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden

suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte.

Además, no se deben olvidar las normas reguladoras de la protección de datos, de creación de archivos de datos, y del control de estos que deberán ser tratados con respeto de lo dispuesto en la Ley 15/1999, de diciembre, y en el nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, norma que, aunque no será de aplicación hasta el 25 de mayo de 2018, deberá tenerse en cuenta para orientar la creación de registros de datos, dado que al efecto se requiere una norma legal o pactada que "establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado" (artículo 9-2 del Reglamento citado) y es que la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18-4, máxime cuando la pretensión ejercitada y, el fallo que la estima van más allá del simple control de entrada y salida, por cuánto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual.

Todos los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013), sin que, por lo demás se deba olvidar que la introducción o modificación de sistemas de control por el empresario no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (SSTS 19 de julio de 2016 (R. 162/2015) y 25 de enero de 2017 (R. 47/2016)).

La falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET, pues es principio de derecho el de la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y de las sancionadoras. Además, tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro que nos ocupa y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el art. 6, números 5 y 6 del Real Decreto Legislativo citado.

La solución dada no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor del artículo 217-6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de

horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que si las realizó.

SEXTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso y a casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos, al haberse impugnado y ser acordes con la doctrina que aquí aplicamos. Sin costas.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Bankia, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de diciembre de 2015, en actuaciones nº 301/2015.
2. Casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos por no haber sido impugnados.
3. Decretar la devolución del depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez

D^a. Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López
Serrana

D^a. M^a. Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la

D^a. Rosa María Virolés Piñol
Millán

D^a. M^a. Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Angel Luelmo

D. Antonio V. Sempere Navarro
Gallego

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo

D. Jordi Agustí Juliá

VOTO PARTICULAR QUE, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL Art. 260.2 DE LA LEY ORGANICA, FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a M^a LOURDES ARASTEY SAHÚN Y AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACION Nº 81/2016.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación número 81/2016 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a dicha solución y entiendo que, en todo caso, el recurso debió ser desestimado.

La postura que sostengo se fundamenta en la interpretación que se hace del art. 35.5 del Estatuto de los trabajadores (ET), de la que discrepo.

Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1. Entiende la mayoría de la Sala que el citado art. 35.3 ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de la plantilla y que sólo obliga a efectuar el registro de las horas extraordinarias.

Sostuve en la deliberación que la obligación de registrar las horas extraordinarias se vacía de contenido si no se efectúa un seguimiento o control de la jornada realizada por el trabajador, pues el concepto de hora extraordinaria solo surge cuando se produce la superación de la jornada ordinaria y, por ello, no cabe argumentar que el cumplimiento de la obligación legal para la empresa se satisface cuando ésta registra las horas extraordinarias, ya que la calificación como tales solo será posible “ex post”, esto es, tras haberse efectuado un determinado número de horas, al día, a la semana, al mes o al año. Decae así la posibilidad de interpretar de manera tan estricta y literalmente el precepto – interpretación a la que se acoge el texto de la sentencia que no comparto-.

2. La cuestión del control del tiempo de trabajo merece dos menciones en el texto del Estatuto de los trabajadores: una en el art. 12.4 c) ET (incorporado por el RDL 16/2013), en relación con el contrato a tiempo parcial; la segunda, en el art. 35.5 ET, en relación con las horas extraordinarias.

En ambos supuestos el legislador necesita introducir esa cautela precisamente porque en ambos casos nos apartamos de prestaciones de servicios sujetas al límite de la jornada ordinaria pactada. Por ello, lo que resulta necesario siempre es conocer la jornada que se está prestando a fin de delimitar en qué punto de cumplimiento – por defecto o por exceso-

de aquella jornada ordinaria pactada se está y, en consecuencia, si se ha superado o no la jornada parcial, el número de horas complementarias o los límites de la jornada ordinaria para conceptuar el exceso como horas extraordinarias. No en vano el art. 7.5 LISOS califica como infracción «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, (...) horas extraordinarias, horas complementarias...».

3. Entiendo que a la luz de la regulación indicada no cabe negar la obligación empresarial de llevar algún tipo de registro, pues solo tras su llevanza, cabrá determinar si cada uno de los trabajadores en concreto ha superado o no la jornada ordinaria pactada. Bien puede ocurrir que se supere la jornada diaria pero que ello no implique la calificación del exceso como horas extraordinarias, dado que la definición de estas vendrá determinada por la superación de la jornada semanal en cómputo anual (art. 34.1 ET), por lo que el único medio para conocer la superación será la anotación de la jornada efectivamente realizada.

Las dificultades técnicas que pudieran derivarse de la obsolescencia de la redacción del precepto no permiten negar cual es el verdadero espíritu del legislador. La norma exige el control aun cuando no establezca la fórmula que pudiera ser más adecuada para cada actividad o sector de actividad, siempre que la misma resulte fiable y se gestione de modo objetivo.

4. La cuestión suscitada va más allá del tema de los medios de prueba a disposición del trabajador para acreditar la realización de horas extraordinarias en caso de discrepancias sobre su realización y abono. El control no sólo permite hacer el seguimiento sobre la compensación de las horas extras con tiempo de descanso, y permite cumplir con lo dispuesto en la Disp. Ad. 3ª del RD 1561/1995 (STS/4ª de 25 abril 2006, rec. 147/2005), que expresamente se refiere al mismo, sino que incide en las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social, con el efecto negativo tanto para los derechos del trabajador como para las arcas del sistema.

En suma, el recurso debió ser desestimado, como también proponía el Ministerio Fiscal con argumentación muy próxima a lo que acabo de exponer.

En Madrid a 23 de marzo de 2017

Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 81/2016.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo Voto Particular discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación número 81/2016 para sostener la tesis que sostuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Tal y como defendí durante la deliberación, considero que el debate se ha deslizado desde lo funcional hacia lo orgánico, además de polarizarse indebidamente en torno al alcance de un concretísimo precepto. La demanda debía haberse estimado pero por razones y fundamentos diversos a los acogidos en instancia, pacificándose el conflicto suscitado mediante una sentencia que acogiera lo sustancial de la petición sindical, pero sin las consecuencias a que aboca la sentencia recurrida.

Dado ese carácter (concurrente con buena parte de la argumentación de la mayoría, discrepante con su conclusión), el presente Voto Particular no solo acepta los Antecedentes que alberga la sentencia del Pleno sino también cuantas consideraciones jurídicas sustentan la decisión salvo, precisamente, las que pugnan con cuanto seguidamente, de la forma más breve que he sido capaz, expongo.

PRIMERO.- Términos del debate.

1. La pretensión articulada.

Mediante su demanda de 22 de octubre de 2015, los sindicatos accionantes articulan una doble petición: 1º) Que la empresa (Bankia) establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, 2º) Que proceda a dar traslado, a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la

Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro.

Esa es, literalmente, la petición que formulan (página 15 de la demanda). Sin embargo, al explicar detalladamente lo que se debate, el expositivo (“hecho”) décimo alberga formulación algo diversa, omitiendo la referencia a la condición *diaria* de la jornada.

2. El criterio de la sentencia de instancia.

En lo que ahora interesa, la SAN 207/2015, de 4 de diciembre, estima la demanda y realiza una doble condena, de modo que Bankia debe:

- Establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación.
- Dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro.

Considera la Sala de instancia que el registro de jornada diaria, con la entrega consiguiente de los resúmenes diarios de jornada a cada trabajador, es el presupuesto constitutivo para controlar los excesos de jornada, ya que dichos resúmenes no pueden contener las horas extraordinarias realizadas diariamente, que solo concurren cuando se supera la jornada ordinaria en cómputo anual, para lo cual el único medio de comprobación es precisamente el registro diario de jornada, siendo inadmisibles negar el cumplimiento de dichas obligaciones, porque no se realizan horas extraordinarias puesto que, si se admitiera dicho criterio, la finalidad del art. 35.5 ET, que es asegurar prueba documental sobre las horas extraordinarias a los trabajadores, quedaría totalmente vacía de contenido.

3. El criterio de nuestra sentencia.

La muy argumentada sentencia de que discrepo estima el recurso de la empresa y acoge lo sustancial de la tesis patrocinada por Bankia: el art. 35 ET regula la realización de horas extras y el establecimiento de un registro en el que se anoten las que se realizan día a día, pero sin imponer la necesidad de establecer un registro de la jornada diaria efectiva, ni que el mismo permita comprobar (controlar) el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, al margen de la realización de horas extraordinarias, solución contraria a lo dispuesto en el art. 20.3 del ET que faculta al empresario a tomar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento por sus empleados de sus obligaciones laborales.

A esa conclusión aboca la interpretación literal, histórica, sistemática y topográfica del artículo 35.5 ET. Se relaciona, de manera certera, lo previsto en ese precepto con lo dispuesto respecto del contrato de trabajo a tiempo parcial y diversas previsiones reglamentarias (RD 1561/1995), así como Jurisprudencia de la propia Sala Cuarta acerca del artículo 35.5 ET, además de las previsiones eurocomunitarias sobre ordenación del tiempo de trabajo y la protección de datos. Está presente asimismo la concordancia con los preceptos de la LISOS (“tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro que nos ocupa y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el art. 6, números 5 y 6 del Real Decreto Legislativo citado”).

SEGUNDO.- Argumentos de este voto.

1. Errónea centralidad del artículo 35.5 ET.

A) El éxito o fracaso de la pretensión principal articulada por la demanda no debiera haberse anudado a lo previsto en el artículo 35.5 ET, como han hecho tanto la sentencia de instancia cuanto el recurso de la empresa y nuestra propia resolución.

Los argumentos que desarrolla la sentencia de la que discrepo son acertados si lo que se pretende es concluir afirmando que el artículo

35.5 ET no obliga a que toda empresa posea y lleve un Registro sobre la jornada diaria realizada por cada trabajador, con independencia de que desarrolle su actividad incluyendo horas extraordinarias. En ese sentido es comprensible que se salga al paso de la interpretación acuñada por la Sala de instancia.

B) Sin embargo, el conflicto colectivo suscitado no está pretendiendo una interpretación del artículo 35.5 ET sino una condena a la empresa (art. 157.1.d LRJS): que se le obligue a establecer *“un sistema de registro”*.

Vale la pena recordar que ni siquiera la demanda de conflicto colectivo está obligada a indicar la fundamentación jurídica en que se basa (arts. 157.1 y 80 LRJS), por más que sea muy conveniente que así lo haga. Pero el mencionar en su pretensión el artículo 35.5 ET no equivale a que solo se postule determinada interpretación del precepto. En realidad, lo que se pide es el resultado a que se llegaría si el artículo 35.5 ET significase lo que demandantes y Audiencia Nacional entienden.

C) La respuesta a la petición formulada por los sindicatos no debiera haberse agotado en el examen sobre el alcance del artículo 35.5 ET. Aunque del mismo no derive la obligación ni de crear un registro, ni de registrar la jornada diaria en sitio alguno, recordemos que lo solicitado es que el empleador *establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados*. En esencia, creo que esa petición merece respuesta a partir de fundamentos jurídicos diversos al art. 35.5 ET en su actual redacción y ubicación.

2. Previsiones legales relevantes y adicionales al art. 35.5 ET.

A) La empresa viene obligada a respetar la integridad física de sus empleados y a cumplir con las normas sobre seguridad y salud laborales (arts. 4.2.d y 19 ET). Es el empleador quien debe realizar la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas

sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 14.2 LPRL). Una de las vertientes claramente relacionadas con la seguridad y salud de los trabajadores es la relativa a la ordenación del tiempo de trabajo y a la observancia de los límites existentes (en tal sentido, basta recordar que la Directiva 2033/88/CE, de 4 de noviembre está basada en tal título competencial). La misma conexión aparece en el propio texto constitucional, cuando prescribe que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE).

B) Sobre el empleador pesa la obligación de que se respeten los descansos legal o convencionalmente establecidos. Por eso se tipifica como 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 y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores* (art. 7.5 LISOS).

Las previsiones invocadas incluyen la posibilidad de que haya jornadas fijadas en unidades cronológicas distintas al día natural; el propio convenio aplicado en el caso de Bankia contempla la jornada anual.

C) Sin ánimo exhaustivo, recordemos asimismo que la empresa está obligada a satisfacer al trabajador la remuneración pactada o legalmente establecida (art. 4.2.f ET) y que la misma está en función de la jornada desempeñada, incluyendo la posibilidad de horas extraordinarias.

3. Necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la actividad desarrollada.

A) De los títulos anteriores (remuneración adecuada, prevención de riesgos, control sobre el tiempo de trabajo) deriva una clara conclusión para nuestro caso: la empresa viene obligada a controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando los mismos están sujetos a control horario.

B) La Ley no establece un método para que la empresa cumpla con esa obligación, que a la vez es un derecho, pero sí le exige que no se preste más actividad de la permitida, que remunere conforme a lo trabajado y que opere con arreglo a las magnitudes de tiempo convencionalmente fijadas.

A través de la negociación colectiva, de los pactos colectivos, de los usos de empresa, o de la propia decisión adoptada por el empleador es posible optar por uno u otro método de comprobación, fiscalización o control. El carácter flexible en el modo de llevar a cabo ese control sobre el tiempo de trabajo casa bien con la heterogénea realidad empresarial. Poco tiene que ver la empresa minúscula donde su titular (persona física) está al frente con la gran corporación multicéntrica; distinta es la actividad agrícola y la industrial, la muy tecnificada y la arcaica; etc. De igual modo, nada tiene que ver el centro de trabajo donde existe un horario rígido y uniforme a lo largo de cinco días con la empresa que permite el horario libre y la realización de jornadas según demanda; etc.

C) Todas estas reflexiones deben trasladarse al concreto conflicto que ahora resolvemos. Existiendo múltiples centros de trabajo, un convenio colectivo que contempla la jornada en cómputo anual y un elevado grado de tecnificación, debiera hacerse accedido a la pretensión de los trabajadores pero: a) Sin derivar su éxito del artículo 35.5 ET); b) Sin anudar al sistema de control las consecuencias propias del registro de horas extras; c) Dejando abierta la opción por la modalidad o “sistema de registro”, sin que esa obligación desemboque en la necesidad de que haya un Registro física y formalmente constituido como tal.

4. Otras consideraciones.

A) El Hecho Probado Sexto da cuenta de que la Inspección de Trabajo ha levantado diversas Actas de infracción a Bankia como consecuencia “falta de llevanza” del registro diario de jornada.

Quizá ese dato haya contribuido al sesgo que se ha advertido inicialmente: se pasa de debatir sobre la obligación empresarial de fiscalizar la jornada (desde la diaria hasta la anual) a la de documentar formalmente en un Registro lo que va sucediendo. Es claro que puede existir un Registro y paralelo incumplimiento del deber empresarial de fiscalizar lo que realmente sucede y viceversa. Dado el actual tenor de las normas generales (no existiendo precepto heterónomo específico para el sector productivo a que pertenece Bankia) debiera haberse incidido en el deber que pesa sobre la empresa al amparo de normas diversas al artículo 35.5 ET.

B) Para conocer la existencia de horas extraordinarias cuando la jornada se computa en términos anuales es evidente que resulta imprescindible establecer la magnitud del tiempo trabajado por cada persona durante el periodo de referencia. Sea en su tarjeta magnética de asistencia, sea en el sistema central de controles horarios, sea mediante hojas volantes no manipulables, sea mediante el propio teléfono móvil del trabajador o a través de su ordenador, etc., lo seguro es que un mecanismo de totalización del tiempo de actividad productiva, que sea fiable y accesible al propio interesado ha de existir.

C) Cuando se formaliza la demanda de conflicto colectivo, el artículo 12.4.h) ET prescribe que *“La jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias”*. Como bien indica la sentencia de que discrepo, esa norma presupone que el art. 35.5 ET no conduce a similar resultado cuando prescribe que *“A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el*

período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”.

Ahora bien, la implantación de un método específico de control para el trabajo a tiempo parcial (registro diario, totalización mensual, entrega de copia al trabajador) no implica que en todos los demás casos ya no exista sistema de control alguno. Por las expuestas razones, siempre resulta necesario conocer la jornada que se está prestando a fin de delimitar en qué punto de cumplimiento –por defecto o por exceso- de aquella jornada ordinaria pactada se está y, en consecuencia, si se ha superado o no la jornada parcial, el número de horas complementarias o los límites de la jornada ordinaria para conceptuar el exceso como horas extraordinarias. No en vano el art. 7.5 LISOS califica como infracción “la transgresión de las normas y *los límites* legales o pactados en materia de jornada, (...) horas extraordinarias, horas complementarias...”

D) En fin, que las Directivas de la UE sobre ordenación de tiempo de trabajo no exijan la implantación de un registro, dado el carácter mínimo y mejorable de sus previsiones (art. 23 Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre) en modo alguno obstaculiza la conclusión a que se accede.

De igual modo, el obligado respeto a las normas sobre tratamiento de los datos del trabajador está previsto y exigido por el propio Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo que, sobre desplegar su vigencia varios años después de interponerse la demanda, permite modalizaciones en materia laboral y no pretende exonerar a la empresa del cumplimiento de sus obligaciones, sino conciliarlas con esa cautela.

E) De cuanto antecede deriva la obligación empresarial de llevar algún tipo de control, comprobación o fiscalización de la actividad desplegada por cada empleado. Solo de ese modo es posible determinar si cada uno de los trabajadores en concreto ha superado o no la jornada ordinaria pactada, remunerarlos en concordancia y respetar su salud

laboral. Bien puede ocurrir que se supere la jornada diaria pero que ello no implique la calificación del exceso como horas extraordinarias, dado que la definición de estas vendrá determinada por la superación de la jornada semanal en cómputo anual (art. 34.1 ET) o de ésta misma (art. 35.1 ET en concordancia con el art. 34.2 ET), por lo que el único medio para conocer la superación será la anotación de la jornada efectivamente realizada.

La redacción y alcance del artículo 35.5 ET (asumiendo la tesis patrocinada por la mayoría de la Sala) no permiten ignorar el resultado de la interpretación sistemática de nuestro ordenamiento: debe existir control aun cuando no exista una única fórmula prescrita al efecto. De ese modo resulta posible optar por la más adecuada para cada sector de actividad o centro de trabajo, siempre que la misma resulte fiable y se gestione de modo objetivo.

F) La cuestión suscitada va más allá del tema de los medios de prueba a disposición del trabajador para acreditar la realización de horas extraordinarias en caso de discrepancias sobre su realización y abono. El control de referencia no sólo permite hacer el seguimiento sobre la compensación de las horas extras con tiempo de descanso, y permite cumplir con lo dispuesto en la Disp. Ad. 3ª del RD 1561/1995 (STS/4ª de 25 abril 2006, rec. 147/2005), que expresamente se refiere al mismo, sino que incide en las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social, con el efecto negativo tanto para los derechos del trabajador como para las arcas del sistema.

G) El artículo 64.7 ET prescribe que los representantes legales de los trabajadores poseen la competencia *“de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral”*, así como *“de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa”*. No parece necesaria argumentación adicional para comprender que el acceso a la información sobre el tiempo realmente trabajado (sin perjuicio del sigilo con que debe ser tratada)

constituye un presupuesto para que pueda llevarse a cabo tan importante cometido, con independencia de las previsiones específicas existente en materia de horas extras, de trabajo a tiempo parcial o de otros sectores de actividad.

TERCERO.- Conclusión.

No es el artículo 35.5 ET, sino toda una serie de preceptos concordantes, la base a partir de la cual surge la necesidad de que Bankia, una empresa de grandes dimensiones, fuertemente tecnificada, y con una rica regulación convencional del tiempo de trabajo, lleve a cabo un control sobre el tiempo de trabajo efectivamente desempeñado por cada una de las personas que integran la plantilla.

Por todo lo anterior, con las importantes advertencias sobre las razones que conducen a ello, la sentencia debió ser sustancialmente confirmada. La modalidad procesal de conflicto colectivo y el respeto al principio de congruencia procesal debieran haber desembocado en una confirmación matizada de la sentencia de instancia, y no en su anulación.

Madrid, 23 de marzo de 2017

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià, a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el Recurso de Casación ordinaria 81/2016, y al que se adhiere la Magistrada Excma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación ordinaria 81/2016, en el que expreso, con el máximo respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala, en cuanto a la fundamentación jurídica y fallo de la sentencia, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

Considero que, previa desestimación del recurso interpuesto por la demandada BANKIA, S.A., procedía confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

El presente voto particular se funda en las siguientes consideraciones :

PRIMERA.- 1. Con carácter previo, conviene señalar, que comparto todas las argumentaciones formuladas por la Magistrada D^a Lourdes Arastey en su voto particular a la sentencia mayoritaria, para concluir en que el recurso debió ser desestimado, remitiéndome a su exposición que hago mía. Asimismo, comparto las argumentaciones expuestas en los apartados 2, 3 y 4 del “SEGUNDO.- Argumentos de este voto.”, formulado por el Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, concluyendo en que la sentencia de instancia debió ser sustancialmente confirmada. No obstante, creo preciso efectuar algunos argumentos adicionales, dado el tenor de los razonamientos que se contienen en la sentencia mayoritaria.

2. La cuestión controvertida versa sobre la interpretación que deba darse al artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, del que derivan -según la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida las dos siguientes obligaciones para la empresa demandada : a) Establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación; y, b) Dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro.

Justifica sustancialmente la sentencia recurrida, la interpretación que da a dicho precepto, en que “conviene subrayar que la previsión contenida en el art. 35.5. ET, como recuerda la STS 11-12-2003 y reitera STS 25-04-

2006, rec. 147/2005, " tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe. De este medio obligacional de patentización de las horas extraordinarias deriva que sea el trabajador el primer y principal destinatario de la obligación empresarial de elaborar "a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador ... entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente" . - Queda claro, por tanto, que en el resumen no se contiene el número de horas extraordinarias realizado diariamente, sino la jornada realizada diariamente.

Así pues, si la razón de ser de este precepto es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. - Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, que en BANKIA es de 1680 horas en cómputo anual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 31.1 del convenio colectivo de Cajas de Ahorro, siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada, sea imposible controlar la realización de horas extraordinarias".

Para refutar esta apreciación de la instancia, la sentencia mayoritaria acude al tenor literal del precepto, que dice se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos, así como con una interpretación lógico sistemática del mismo, desdeñando la "realidad social", citando jurisprudencia sobre la materia y normativa de la Unión Europea, para concluir en que se trata de una cuestión de "lege ferenda" y no de "lege data", en que no se puede olvidar el nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, que todo ello

impide llevar a cabo una interpretación extensiva del artículo 35.5 del ET, y que la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

SEGUNDA.- 1. Pues bien, mi discrepancia es total con estas opiniones de la posición mayoritaria, que paso a analizar en el mismo orden establecido en la sentencia, efectuando las siguientes consideraciones :

A) Sobre la interpretación del artículo 35.5 del ET. (fundamento jurídico segundo de la sentencia). En este fundamento, se hace referencia a la interpretación literal de este precepto, señalando, que “del tenor literal de esta disposición se deriva que la misma se refiere exclusivamente a las horas extras, cual se deriva de la determinación literal de su fin”, para a continuación decir que “Esta interpretación literal se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto”, sin que se cite texto alguno.

Lo cierto es, sin embargo, que la redacción original contenida en el ET, versión de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, era la de que “la realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente”. Sin embargo, este precepto se modificó y en la nueva redacción -vigente- dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, al repetido artículo 35 del ET, se establece en su apartado 5 que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”. Es decir que mientras en la redacción original lo que se

registraban eran las horas extraordinarias, en la redacción actual lo que se registra es la jornada. La primera consecuencia es que en la redacción original si no se realizaban horas extraordinarias no se podían registrar, no se podía llevar registro alguno, mientras que según la redacción actual siempre es posible el registro porque el objeto del mismo es la jornada no las horas extraordinarias, aunque la finalidad última sea el conocimiento del adecuado cómputo de estas últimas. La finalidad, en mi opinión, del cambio normativo, obedecía, precisamente, a que no se pudiera eludir la obligación de registrar las horas extraordinarias simplemente negando su existencia.

A continuación, la posición mayoritaria señala que la “igualmente esta interpretación -la literal- es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado”, que viene “avalada -dice- por lo dispuesto en el artículo 12-4-c) del ET, sobre la obligación de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes por el trabajador con contrato parcial y con obligación del patrono de entregar al operario un resumen mensual de las horas que trabaja obligándole a guardar esos resúmenes cuatro años (periodo de tiempo superior al de la prescripción del art. 59 del ET), mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado. Así mismo, la necesidad de llevar un registro para el control del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios que establecen los artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y su Adicional Séptima, nos muestran que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el art. 34 del ET”.

Pues bien, sobre este argumento que -al entender de la opinión mayoritaria-alteraría la sistemática del precepto, conviene señalar, que

efectivamente tras la reforma operada en el ET por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, el artículo 12.4.c) del mismo establece que *“la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5.*

El empresario deberá conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años.

En caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.”

Es claro, a tenor de dicho redactado, que la regulación expresa y específica del registro de jornada en los contratos a tiempo parcial está plenamente justificada esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque el precepto establece legalmente una presunción iuris tantum en caso de incumplimiento de las obligaciones registrales, la de considerar el contrato celebrado a jornada completa; presunción ésta, que dada las consecuencias, en especial para la empresa, desde la perspectiva de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social, era necesario establecerla expresamente. Por el contrario, el incumplimiento de la obligación común de registro de jornada del artículo 35.5 del ET no produce efecto alguno de esta naturaleza. En segundo lugar, porque -como ha puesto de manifiesto la doctrina- la flexibilidad con que se dota al trabajo a tiempo parcial a través de la prolongación de la jornada mediante los dos tipos de horas complementarias, las pactadas y las voluntarias, aconsejaban, sin duda, dejar constancia de que el registro de la jornada debía incluir expresamente a las horas complementarias de manera diferenciada de las horas ordinarias.

También se citan otros tres supuestos de registro para el control del tiempo de trabajo para: a) trabajadores móviles; b) trabajadores de la marina mercante y, c) trabajadores ferroviarios. Y en efecto, en el Real

Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, que regula las jornadas especiales de trabajo, en sucesivas reformas del mismo ocasionadas por la necesaria trasposición de Directivas de la Unión Europea, en sus artículos 10.bis.5, 18.bis 2 y disposición adicional séptima, hace referencia a registros con respecto a los trabajadores móviles en el transporte por carretera, al trabajo en la marina mercante y a los servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario, respectivamente. como consecuencia de la obligada trasposición de Directivas para determinadas categorías de trabajadores. En su consecuencia, en definitiva -y contrariamente a lo que sostiene la opinión mayoritaria con relación a que dado el contexto en el que se ubica la norma y el espíritu de la misma evidencia que la obligación sólo lo es para casos concretos, y que “frente a ello no cabe decir que lo impone la realidad social del silo en que vivimos”- todo lo expuesto conduce a que el registro de jornada a que alude el artículo 35.5 del ET guarda coherencia con la regulación de otros preceptos sobre registro de jornada en determinados supuestos, pues mientras el primero lo podemos calificar de necesario para todos los trabajadores y obligatorio para las empresas, los otros cuatro supuestos tienen una justificación bien por el establecimiento de una presunción legal y particularidades de su contenido en el caso del contrato a tiempo parcial, bien porque sean la consecuencia de la obligada trasposición de Directivas para determinadas categorías de trabajadores. Y en cuanto a la “realidad social” del tiempo en que ha de ser aplicada la norma -como elemento de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil- su prevalencia en el presente caso con respecto a los demás elementos interpretativos se impone -en mi opinión- precisamente habida cuenta del tiempo transcurrido, más de 22 años desde el redactado del precepto por la Ley 11/1994;

B) Respecto a la Jurisprudencia sobre la materia (fundamento jurídico tercero). En este fundamento se citan por la posición mayoritaria diversas sentencias de esta Sala en apoyo de la interpretación que sostiene. Sin embargo, la lectura de las mismas ni mucho menos lleva a la rotundidad

con que se expresa la sentencia mayoritaria en el sentido de que *“De estas sentencias se desprende que el artículo 35-5 sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado”*. Adviértase, precisamente, que dos de ellas -concretamente la de 11-12-2003 y, en especial, la de 25-04-2006 (rec. 147/2005)- llevan a la Sala de instancia a formar su convicción sobre el registro de la jornada diaria, remitiéndome al comentario que, con respecto a dicha sentencia se efectúa en el punto cuarto de la consideración jurídica segunda del ya citado voto particular de la Magistrada D^a Lourdes Arastey y en el Segundo apartado F) del también mencionado voto particular del Magistrado D. Antonio V. Sempere;

C) Sobre la Normativa de la Unión Europea (fundamento jurídico cuarto). En este fundamento la mayoría de la Sala alude a que “La solución interpretativa dada se ajusta a lo dispuesto por la normativa comunitaria sobre la jornada laboral y la ordenación del tiempo de trabajo, normativa que en nuestro ordenamiento jurídico han implementado las normas antes examinadas”, citando diversos preceptos de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, con cita asimismo de otras Directivos para supuestos especiales -a los que antes ya he hecho referencia- para insistir en que “En definitiva, la normativa examinada impone, al igual que la española, la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada máxima”. Al respecto, y además de lo expuesto en mi consideración anterior, hago mío el contenido del Segundo, apartado D) del voto particular del Magistrado D. Antonio V. Sempere, cuando señala que *“En fin, que las Directivas de la UE sobre ordenación de tiempo de trabajo no exijan la implantación de un registro, dado el carácter mínimo y mejorable de sus previsiones (art. 23 Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre) en modo alguno obstaculiza la conclusión a que se accede”* y,

D) 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- 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.

En efecto, lo que propugno, es una decisión que confirme la interpretación y aplicación de la norma controvertida efectuada por la Sala de instancia, teniendo en cuenta para ello la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, formulando un criterio jurisprudencial, que no entrañaría la elaboración de una norma en sentido propio y pleno, pero sí podría contener un desarrollo singularmente autorizado y digno, con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, y con él, el artículo 6.1 del mismo, que sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico.

Como ya decía una ya antigua –pero sin duda actual- sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933, “la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la “necesidad de

estabilidad y fijeza” de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la “plasticidad y movilidad” de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma.”

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

Por otra parte, se hace referencia en las “Conclusiones” de la sentencia mayoritaria al obligado respeto a las normas sobre tratamiento de los datos del trabajador previsto y exigido por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo, con cita del artículo 9.2 del mismo, pero abstracción hecha de que, como se dice en el apartado D) párrafo segundo del voto particular del Magistrado D. Antonio V. Sempere, sobre desplegar su vigencia varios años después de interponerse la demanda, dicho Reglamento permite modalizaciones en materia laboral y no pretende exonerar a la empresa del cumplimiento de sus obligaciones, sino conciliarlas con esa cautela, tampoco se indica de los diez subapartados

de dicho precepto, a cual pudiera afectar el “registro de la jornada”, para considerarlo como dato “sensible” cuyo tratamiento se prohíbe; prohibición que, en cualquier caso, dependería de los elementos que pudiesen ser utilizados para el registro, y no de éste, en sí mismo.

También en sus “Conclusiones” la posición mayoritaria refiere que “Todos los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013)”. Sin embargo, además de que en esta sentencia el TC efectúa otras afirmaciones como las de que «el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”, parece que se olvida que el principio de libertad de empresa está limitado por otros principios constitucionales, entre otros, el derecho al trabajo en su sentido más amplio (artículo 35 CE), y el derecho a la salud laboral (artículo 40 CE), ninguno de los cuales merece la atención de la posición mayoritaria.

Finalmente, se argumenta, de una parte, que la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción de forma evidente y terminante y, de otra parte, que la solución dada no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor del artículo 217-6 de la LEC. Argumentos, ambos, que en mi opinión carecen de relevancia para justificar la estimación del recurso. El primero, porque claramente no estamos aquí en el campo del

derecho sancionador y no podemos -ni debemos- entrar en el examen de la tipificación como falta leve o grave de una conducta empresarial; y en cuanto al segundo argumento, porque la cuestión objeto de controversia, es decir, el “registro de la jornada diaria”, resulta evidente que tiene mucho mayor alcance que el que le otorga la mayoría de la Sala al circunscribirlo a una mera cuestión de prueba de las horas extraordinarias, pues dejando aparte el aspecto recaudador para la seguridad social, el tiempo de trabajo tiene, para los trabajadores, varias e importantes implicaciones, entre otras, la protección de la seguridad y salud laboral; la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; y la introducción de políticas en materia de tiempo de trabajo que fomenten o tiendan al pleno empleo, que sí justifican el registro de la jornada.

TERCERA.- 1. Todo cuanto se deja expresado produce la consecuencia de que, en mi opinión, el pronunciamiento que debiera de haber efectuado la sentencia recaída en estas actuaciones, era el de desestimar el recurso de casación ordinaria interpuesto por la demandada BANKIA, S.A., confirmando el fallo estimatorio de la sentencia de instancia. El tiempo de trabajo es sin duda una condición de trabajo de gran relevancia social y económica donde se ven implicados diversos intereses de empresarios y trabajadores, lo que debería haber conllevado a esta Sala, ante la realidad social de una crisis generalizada que afecta a grandes sectores de nuestra sociedad, a confirmar la interpretación evolutiva del artículo 35.5 del ET, lamentando que ello no sea así considerado por la mayoría de la Sala, lo que estimo resta relevancia y legitimidad a su doctrina.

Madrid, a 23 de marzo de 2017

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel López García de la Serrana, así como los votos particulares formulados por la Excma. Sra. Magistrada D^a. María Lourdes Arastey Sahún al que se adhiere la Excma. Sra. Magistrada D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga, por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, y al formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Juliá al que se adhiere la Excma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.