



Roj: **AAN 2/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2A**

Id Cendoj: **28079240012018200001**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2018**

Nº de Recurso: **252/2017**

Nº de Resolución: **3/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AAN 2/2018,**
AAAN 40/2018

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: GCM

NIG: 28079 24 4 2017 0000264

Modelo: N31350

TEXTO LIBRE

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000252 /2017

Nº 3/2018

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

ILMOS. SRES.MAGISTRADOS:

RAMON GALLO LLANOS

D^a. MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZUCCONI

En MADRID, a diecinueve de enero de dos mil dieciocho. Dada cuenta, examinadas las actuaciones, habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAMON GALLO LLANOS procede dictar resolución con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 26 de julio de 2017 por parte del Letrado Sr. D. ARMANDO GARCÍA LÓPEZ en nombre y representación de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (en adelante CCOO) se presentó demanda contra la empresa DEUTSCHE BANK SAE sobre conflicto colectivo interesando se citase como partes interesadas a las siguientes organizaciones sindicales: FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT). CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT),



CONFEDERACION EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA, SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS(ELA), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG).

Segundo.- Por decreto de la Letrada de la Administración de Justicia adscrita a esta Sala de 28 de julio de 2017 se acordó la admisión a trámite de la demanda, se designó ponente y se señaló como fecha para la celebración de los actos de conciliación y juicio el día 8 de noviembre de 2017.

Tercero.- Los actos de conciliación y juicio tuvieron lugar el día previsto para su celebración, resultando la conciliación sin avenencia, se procedió a la celebración del juicio.

En dicho acto, el actor se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare la obligación de la empresa demandada de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla del Deutsche Bank, 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 de 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 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, interesando que con carácter previo se formulase cuestión prejudicial al TJUE.

El letrado de la UGT se adhirió a la demanda.

El letrado de la empresa demandada, se opuso a la demanda. CGT, ELA y CIG no comparecieron al acto del juicio.

Cuarto .- Tras la deliberación del caso y encontrándose los autos pendientes de sentencia, el día 15 de diciembre de 2015 se dictó providencia por la Sala en la que se acordó **suspender** la tramitación del procedimiento y **DAR AUDIENCIA** a las partes para que en el plazo común e improrrogable de **DIEZ DÍAS** puedan alegar lo que a su derecho convenga sobre la pertinencia de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Quinto.- El día 28 de noviembre de 2017 por parte de CCOO se presentó escrito evacuando el traslado conferido en el que tras efectuarse las alegaciones que se tuvieron por conveniente proponía se concretase la cuestión prejudicial de la siguiente manera:

1.- ¿Es compatible con el Derecho de la Unión Europea, recogido en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, una legislación como la aplicada en España, según ha interpretado el TS, por el que no es exigible a la empresa que disponga de un sistema de registro de la jornada de trabajo como instrumento idóneo para verificar el cumplimiento efectivo de la jornada debida, incluyendo un sistema que permita detectar los supuestos en los que ha incurrido en un exceso de jornada?.

De forma supletoria, y para el caso de que se responda sobre la inexistencia de disponer de un sistema de registro:

2.- ¿Es compatible con el Derecho de la Unión Europea, recogido en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, una legislación como la aplicada en España, según ha interpretado el TS, por el que no es exigible a la empresa que disponga de un sistema de control de la jornada de trabajo efectiva que sea idóneo para verificar el cumplimiento efectivo de la jornada debida, incluyendo un sistema que permita detectar los supuestos en los que ha incurrido en un exceso de jornada?.

3.- ¿Es compatible con dicha regulación que la empresa no facilite ni a los propios trabajadores, ni a los representantes de los trabajadores ni la Autoridad Laboral, la información de la que disponga la empresa sobre el grado de cumplimiento efectivo de la jornada de trabajo?.

4.- En relación con las cuestiones anteriores, ¿el sistema de registro, o en su defecto, de control efectivo de jornada debe reunir características tales que permita deducir que recoge datos objetivos, verificables, y sobre el que exista alguna garantía de autenticidad en el sentido de incorpora el requisito de la calidad de los datos que recoge?.



5.- ¿Es exigible, con arreglo al art. 22 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , que en los supuestos en los que la empresa pretenda implantar un régimen de jornada que pueda implicar la superación de los umbrales de jornada semanal fijados en la Directiva, o inferiores establecidos en la legislación nacional, ha de haber obtenido previamente y de manera verificable a la implantación del régimen de ampliación de jornada, el consentimiento de los trabajadores sometidos a dicho régimen, y ha de haber dado efectividad a un sistema de registro de la jornada de trabajo accesible a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, sin cuya realización dicho exceso de jornada sería ilegal?.

El día 30 de noviembre de 2017 se presentó escrito por la representación de DEUTSCHE BANK SAE solicitando que la Sala resuelva no haber lugar a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

El día 1 de diciembre de 2017 por parte de UGT se presentó escrito efectuando alegaciones en el que solicitando se elevase petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea del tenor siguiente:

1.- ¿El artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3 , 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , en relación con los artículos 4.1 , 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 , deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional por la que, como ha interpretado el Tribunal Supremo, no resulta exigible para la empresa el establecimiento de un sistema de registro, control o comprobación de la jornada diaria efectiva de trabajo?.

2.- De ser positiva la respuesta a la primera segunda, el sistema obligatorio de registro, control o comprobación de la jornada diaria efectiva de trabajo que han de tener las empresas ¿ha de ser objetivo, fiable y accesible, tanto para los trabajadores como para sus representantes legales y, en su caso, la autoridad laboral?.

El día 5 de diciembre de 2017 se presentaron alegaciones por CGT en las que adhería al planteamiento de la cuestión prejudicial.

Sexto.- Por Diligencia de constancia de fecha 19/12/17 se acordó que pasasen las actuaciones al ponente para el dictado de la resolución correspondiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL LITIGIO.-

El presente procedimiento tiene por objeto, entre otras cuestiones, determinar si la demanda DEUTSCHE BANK SAE, tiene obligación de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla del Deutsche Bank, 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.

SEGUNDO .- HECHOS

Son hechos conformes entre las partes los siguientes:

1.- La Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOOSERVICIOS), sindicato con implantación en la empresa demandada, está integrada en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, organización sindical con la consideración de más representativa a nivel estatal.

2.- La empresa demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Sector de la Banca (código de convenio nº 99000585011981), que fue suscrito, con fecha 19 de abril de 2016, de una parte por la Asociación Española de Banca (AEB), en representación de las empresas del sector, y de otra por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CC.OO. y la Federación Estatal de Servicios de UGT, en representación de los trabajadores afectados, el Artículo 27 de dicho Convenio sectorial regula la jornada y horarios de la forma siguiente:

"1. La jornada máxima de trabajo para el sector, en cómputo anual, será de 1.700 horas, en las que están computados como de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio. La mencionada jornada máxima se cumplirá de acuerdo con las jornadas y horarios de trabajo del personal que se definen en este mismo artículo y la normativa de general aplicación.

2. Se mantiene el horario continuado actualmente establecido, que será el siguiente:

Lunes a viernes: De las 8 horas a las 15 horas, en cuya duración están computados como de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio.



Las horas de trabajo correspondientes a los sábados no festivos comprendidos entre el 1 de enero al 31 de marzo, excepto el sábado santo cuando coincida en el mes de marzo, y entre el 1 de octubre al 31 de diciembre, a razón de 5 ? horas cada uno, serán distribuidas anualmente en función de los Acuerdos Colectivos alcanzados o que se alcancen en cada Empresa.

A falta de acuerdo, la Empresa podrá mantener la situación que tuviera a 31 de diciembre de 2014 por aplicación del XXII Convenio Colectivo de Banca o adherirse a cualquiera de los acuerdos vigentes en las cuatro primeras Empresas con mayor censo del sector.

En tal sentido, se reconocen las previsiones recogidas en los Acuerdos Colectivos de Empresa vigentes en esta materia a la fecha de firma del presente Convenio.

3. Alternativamente, se establece el horario partido que figura a continuación:

Lunes a jueves: De las 8 horas a las 17 horas, con 1 hora de pausa para el almuerzo.

Viernes: De las 8 horas a las 15 horas, en las que están computados como de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio.

Del 23 de mayo al 30 de septiembre: lunes a viernes: de las 8 horas a las 15 horas, en las que están computados como de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio.

El horario partido será voluntario y se ofrecerá por cada Empresa a quienes estime conveniente. Las aceptaciones recibidas no podrán aplicarse en más del 25 por ciento de los centros de trabajo de cada Empresa, ni suponer más del 25 por ciento de la plantilla de cada banco.

En el ámbito de cada Empresa, a petición de los Sindicatos firmantes del Convenio, se les comunicará la relación de los centros afectados por la partición de horario que aquí se define y el número de personas afectadas en cada centro, así como sus modificaciones.

Desde la entrada en vigor del Convenio a los empleados y empleadas que realicen el horario partido definido en este punto en centros de trabajo radicados en Municipios de censo superior a 50.000 habitantes, se les abonará por cada día en que efectivamente cumplan dicho horario partido, en concepto de ayuda alimentaria, la cuantía de 9 euros.

4. Las Empresas podrán establecer horarios, continuados o no, distintos para el personal directivo y auxiliar del mismo (incluidos los chóferes) en el mínimo que precise, y para el personal de producción (gestores y visitantes), así como adecuar el horario de servicio al público y, por tanto, el del mínimo de personal indispensable para prestarlo, al que tengan otras entidades o establecimientos no bancarios de análoga función.

5. Quienes tuvieran jornadas especiales de duración más reducida con respecto a la normal, las mantendrán con la misma duración actual solamente si dichas jornadas fueran inferiores a siete horas, y tendrán derecho a entrar en el trabajo a la misma hora que el resto del personal, ya que la salida anticipada se considera como condición de derecho más beneficiosa.

6. Excepcionalmente, en los días laborables que en cada caso integren la semana natural en que cada localidad celebre su Fiesta Mayor anual, la jornada del personal será de cuatro horas de trabajo efectivo, y cuando en determinadas localidades los días de festejos reales no coincidan con los de la semana antes definida, podrán hacerse las variaciones necesarias para lograr esa coincidencia, siempre que las mismas supongan el mismo número de días laborables de reducción horaria que hubieran correspondido en la citada semana natural. Para estas variaciones será siempre necesario acuerdo formal previo de la Comisión Paritaria. La solicitud deberá cursarse dentro del primer trimestre de cada año."

5.- En la entidad demandada resulta de aplicación un Convenio de Empresa firmado entre CCOO y representantes de la misma el 28 de noviembre de 2001, actualmente en vigor, que en su artículo 5 regula, entre otras cosas, el horario laboral para todo el colectivo de empleados del Banco, la redacción de este precepto, en su última redacción- 23-11-2.016- es la siguiente:

"a.- Horario laboral:

De aplicación para todo el colectivo de empleados/as de Deutsche Bank S.A.E:

1) La distribución del horario laboral para los meses comprendidos entre el 1 de Octubre y 30 de Abril (ambos inclusive) será el siguiente:

Lunes a jueves: de 8:00 a 17:00 horas, con una hora de pausa para el almuerzo y 15 minutos diarios de descanso obligatorio, los cuales estarán computados como tiempo de trabajo efectivo.



De lunes a jueves, el inicio del horario diario tendrá, a voluntad del empleado/a y salvando las necesidades de la oficina y/o centro de trabajo, flexibilidad de hasta una hora (de 8:00 a 9:00 horas). El tiempo dispuesto en el inicio de la jornada laboral se recuperará al finalizar el mismo día laborable (de 17:00 a 18:00 horas).

Viernes: de 8:00 a 15:00 horas, en las que están computados como tiempo de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio.

Libranza de todos los sábados con cierre de oficinas y/o centros de trabajo, a excepción del Servicio de Banca Telefónica y Electrónica.

El horario de caja y de atención al público será de lunes a jueves será de 8:30 a 16:30 horas y los viernes de 8:30 a 14:15 horas

2) La distribución del horario laboral para los meses comprendidos entre el 1 de Mayo y el 30 de Septiembre (ambos inclusive) será el siguiente:

Lunes a jueves: de 8:00 a 15:00 horas, en las que están computados como tiempo de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio.

Viernes: de 8:00 a 14:00 horas, en las que están computados como tiempo de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio.

Libranza de todos los sábados con cierre de oficinas y/o centros de trabajo, a excepción del Servicio de Banca Telefónica y Electrónica.

El horario de caja y de atención al público será de lunes a jueves será de 8:30 a 14:15 horas y los viernes de 8:30 a 13:15 horas.

3) Los empleados/as que a 6-11-1998 no tuviesen asignado horario de 8:00 a 17:00 y hubiesen elegido realizar el horario continuado de 8:00 a 16:00 horas con libranza de todos los sábados del año, en el que están computados como tiempo de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio, y a día de hoy no lo hubiesen cambiado por el de 8:00 a 17:00, seguirán realizando el horario continuado de 8:00 a 16:00 horas. Estos empleados/as podrán incorporarse en cualquier momento al horario partido solicitándolo a la Dirección de Recursos Humanos.

4) Los empleados/as que efectúen el horario partido recibirán una ayuda alimentaria de 10,20 ? mediante vales restaurante (separados en un vale de 8 ? y otro de 2,20 ?) por cada día en que efectivamente cumplan dicho horario. Estos vales serán para todos los empleados/as, sin la exclusión establecida en el Convenio Colectivo de Banca para las poblaciones con un censo inferior a 50.000 habitantes. Esta cantidad se incrementará con los aumentos que establezca el Convenio Colectivo de Banca, siendo siempre superior en 1,20 ? a lo que en dicho Convenio se acordase.

5) Asimismo los empleados/as que efectúen el horario partido podrán disponer, a su voluntad y salvando las necesidades de la oficina y/o centro, de hasta 1,30 horas de tiempo para el almuerzo, debiendo recuperar en el mismo día el tiempo añadido.

6) Cualquier modificación o reducción de la jornada anual, que se produzca en el futuro sobre la establecida en el vigente Convenio Colectivo de Banca o Legislación aplicable, será aplicado a partir del 01.01.2009 o sucesivamente en el año que corresponda. Las partes, a través de la Comisión de Seguimiento establecida en la Cláusula Adicional Cuarta, establecerán a partir del año 2009 la adaptación del horario regulado en el presente Convenio Interno a fin de cumplir con dicha reducción.

7) Ante cualquier modificación de horarios según lo establecido en el artículo 25.4 del vigente Convenio Colectivo de Banca , las partes, a través de la Comisión de Seguimiento establecida en la Cláusula Adicional Cuarta, establecerán la adaptación del horario regulado en el presente Convenio Interno a fin de cumplir con dicho artículo.

8) En los casos en que el Calendario Laboral de una Comunidad Autónoma establezca uno o varios festivos que tengan la naturaleza de recuperables, se entenderá recuperada de facto.

No obstante, la Empresa se reserva la facultad de recuperar los festivos que tengan esa naturaleza, negociando con la Comisión Paritaria de Interpretación y Seguimiento establecida en el Pacto 15º del Convenio Interno la forma de hacerlo.

9) Todos los aspectos relacionados con la jornada laboral y horarios no estipulados en este apartado, se regirán por lo establecido en el vigente Convenio Colectivo de Banca...

e.- Horarios adicionales, al establecido en el apartado a.- (Horario Laboral):



1) Horario adicional para la División de Operaciones:

En las Áreas de la División de GTO: Cash Ops, PBC Ops, GTFO - Global Trade Finance Ops y COB - Clienton Boarding, se establece, para un número máximo de 22 puestos, un horario de trabajo adicional al recogido en los puntos 1) y 2) del apartado a.-, para el personal de nueva contratación o para el personal que, a propuesta de la Dirección del Banco, voluntariamente quiera adherirse a este horario, con las siguientes especificaciones:

La distribución del horario laboral durante todos los meses del año será alguno de los dos siguientes:

a.1):

> Lunes a Viernes: de 10:00 a 18:00 horas, con una hora de pausa para el almuerzo y 15 minutos diarios de descanso obligatorio, los cuales estarán computados como tiempo de trabajo efectivo.

a.2)

> Lunes a Viernes: de 15:00 a 19:00 horas, con dos horas para el almuerzo y 15 minutos diarios de descanso obligatorio, los cuales estarán computados como tiempo de trabajo efectivo

Para los empleados que actualmente ya prestan sus servicios en Deutsche Bank, SAE la adhesión a estos nuevos horarios será voluntaria. Dicha adhesión se efectuará por escrito enviando copia al Departamento de Relaciones Laborales. Este personal retornará al horario establecido en los puntos 1 y 2 del apartado a) del Pacto 5º del Convenio Interno en los siguientes supuestos:

a.- En el caso de que la prestación de servicios en este horario, ya no fuera necesaria

b.- En cualquier momento, por mutuo acuerdo de las partes

c.- Por solicitud de cualquiera de las partes, desde el momento en que se cumplan 2 años de servicio en este nuevo horario.

c) Las horas de trabajo efectivo, en cómputo anual, no podrán superar la jornada anual recogida en cada momento por el Convenio Colectivo de Banca. Ante cualquier modificación o reducción de la jornada anual, que se produzca en el futuro sobre la establecida en el vigente Convenio Colectivo de Banca o Legislación aplicable, se ajustará a lo estipulado en el punto 6) del apartado a.-

d) El horario laboral del personal afectado por este apartado, para los días que se establecen en el punto 2) del apartado b.-, será el correspondiente a:

> Personal con Horario 1.a.1): de 10:00 a 13:30 horas

> Personal con Horario 1.a.2): de 11:00 a 14:30 horas

e) Todos los aspectos relacionados con la jornada laboral y horarios no estipulados en este Acuerdo, se regirán por lo establecido en el Convenio Interno y/o en el vigente Convenio Colectivo de Banca, así como el resto de temas no contemplados en este Acuerdo.

f) Si fuera necesario la incorporación de nuevas Áreas o incremento del colectivo máximo de puestos, deberá ser sometido previamente para su aprobación a los representantes de los trabajadores.

g) El Banco facilitará a los firmantes de este acuerdo el personal adscrito a este horario, así como las variaciones que se puedan producir, en dicho colectivo."

5.- El 7 de julio de 2016 se firmó un acuerdo entre la representación de Deutsche Bank SAE y los sindicatos CC.OO, U.G.T. y C.G.T. con un 95,34% de representatividad en el que se establecía un horario especial en las siguientes áreas de la División de GTO: GTO-CIO Investment Banking Operations, Securities & Custody Operations, Banking & Cash Operations, PBC CIO Mgmt Continental Europe y Global Support CAC, y para un colectivo máximo de 20 puestos, adicional al recogido en los puntos 1 y 2 del apartado a) del Pacto 5º del Convenio Interno de Deutsche Bank SAE, para el personal de nueva contratación o para el personal que, a propuesta de la Dirección del Banco, voluntariamente quiera adherirse a este horario, siendo para todos los meses del año de Lunes a Viernes: de 15:00 a 22:00 horas continuadas, en las que están computados como tiempo de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio.

6.- A pesar de esta variedad de horarios, no existe en la entidad demandada ningún tipo de registro de la jornada efectiva que realiza la plantilla que permita establecer un control sobre el cumplimiento del horario de Convenio o de las horas extraordinarias que pudieran realizarse en contra de lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 27 del Convenio Sectorial, así como en el Artículo 5 del Convenio Interno y acuerdos en los que se regulan los distintos horarios, el Banco demandado cuenta con una aplicación informática (Absences Calendar) en la que se informa de todas las ausencias de día completo (vacaciones,



permisos, bajas) sin que permita el control de la jornada efectivamente realizada ni el seguimiento de las prolongaciones de jornada que pudieran darse en cada momento.

7.- La Inspección de trabajo y seguridad social de las provincias de Madrid y Navarra han requerido a la demandada para que implante un sistema de registro horario de jornada, y ante la inobservancia de tales requerimientos, se extendió acta de infracción con propuesta de sanción. La sanción fue dejada sin efecto a raíz de la STS de 23-3-2.017 a la que se hará referencia a continuación.

TERCERO.- DERECHO NACIONAL (LEYES Y JURISPRUDENCIA).-

1.- Constitución Española de 1.978

Art. 40.2: " Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados."

2.- Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores- Real Decreto legislativo 2/2015:

Artículo 12.4 relativo al contrato de trabajo a tiempo parcial.

" 4. El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:

a) El contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2, se deberá formalizar necesariamente por escrito. En el contrato deberá figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo.

De no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

b) Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y esta se realice de forma partida, solo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo.

c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3.

La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5.

En todo caso, la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las previamente pactadas y las voluntarias, no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1.

A estos efectos, 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."

Artículo 34. Jornada.

"1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.



3. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.

4. Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.

En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

5. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

6. Anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo.

7. El Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.

8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

Artículo 35. Horas extraordinarias.

1. Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

2. El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el apartado

3. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

El Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en situación de desempleo.

3. No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.



4. La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2.

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."

Artículo 63.1 relativo a los Comités de Empresa:

"El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores."

Artículo 64.7 relativo a las competencias de los Comités de Empresa.

" El comité de empresa tendrá también las siguientes competencias:

a) Ejercer una labor:

.º De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

.º De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19.

.º De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres."

3.- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.-

Art. 10 apartados 1 y 3

1. En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las secciones sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo

3.- Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo:

1º. Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

2º. Asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, con voz pero sin voto."

4.- Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales.

Artículo 35.1

" 1. Los Delegados de Prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo"

Artículo 36.1

" Son competencias de los Delegados de Prevención:

d) Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales."

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

Artículo 10 bis. Límites del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles.

1. Sin perjuicio del respeto a la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores y a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, previstos en



este real decreto con el fin de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores móviles y la seguridad vial, cuando mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se hubiera establecido la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores móviles no podrá superar las cuarenta y ocho horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral ni exceder en ningún caso de las sesenta horas semanales.

El período de referencia de cuatro meses establecido en el párrafo anterior podrá ser ampliado hasta un máximo de seis meses mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, siempre que dicha ampliación se fundamente en la existencia de razones objetivas o técnicas o de organización del trabajo.

2. Cuando, sin tener la calificación de trabajador nocturno conforme a lo previsto en el artículo 36.1 del Estatuto de los Trabajadores, un trabajador realice trabajo nocturno, su jornada de trabajo diaria no podrá exceder de diez horas por cada período de veinticuatro.

En ningún caso la retribución específica del trabajo nocturno, determinada conforme a lo previsto en el artículo 36.2 del Estatuto de los Trabajadores, podrá poner en peligro la seguridad vial.

3. En el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles se incluirán todas las horas trabajadas para uno o más empresarios en el período considerado. A tal efecto el empresario solicitará por escrito al trabajador el cómputo de tiempo de trabajo efectuado para otros empresarios. El trabajador facilitará estos datos por escrito.

Sin perjuicio de lo que se establezca en la negociación colectiva, en los contratos de trabajo podrá determinarse la forma de cumplimiento de las obligaciones previstas en este apartado.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, los trabajadores móviles interrumpirán con un período de descanso la jornada continuada que exceda de seis horas consecutivas. La pausa será de duración no inferior a treinta minutos.

Cuando el tiempo total de trabajo sea superior a nueve horas diarias, la pausa será, como mínimo, de cuarenta y cinco minutos.

Las fracciones en que, en su caso, se dividan estos períodos no podrán tener una duración inferior a quince minutos, salvo en aquellas rutas de transporte regular de viajeros cuyo recorrido no exceda de cincuenta kilómetros.

5. El empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas.

Artículo 18.bis. Control del tiempo de trabajo en la marina mercante.

1. En los buques dedicados a la marina mercante, deberá colocarse en un lugar fácilmente accesible del buque un cuadro, en el que figuren los datos contenidos en el modelo normalizado que se incluye en el anexo I del presente Real Decreto, redactado en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés, en el que se especifique la organización del trabajo a bordo y en el que figuren para cada cargo, al menos:

a) El programa de servicio en la mar y en puerto.

b) El número máximo de horas de trabajo o el número mínimo de horas de descanso de conformidad con lo establecido en el presente Real Decreto y, en su caso, en el convenio colectivo que resulte de aplicación al buque.

Los datos contenidos en el cuadro deberán actualizarse cuando los cambios en la organización del trabajo a bordo lo hicieran necesario.

2. Deberán llevarse a bordo registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos contenidos en el modelo que se incluye en el anexo II del presente Real Decreto, redactados en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés. Los modelos de registros le serán facilitados al trabajador por el capitán o por una persona autorizada por éste.

Los registros serán cumplimentados diariamente por el trabajador y firmados semanalmente por el capitán, o por una persona autorizada por éste, y por el propio trabajador, a quien se entregará mensualmente una copia de su registro.

Los registros estarán sujetos a las funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la legislación laboral que corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.



3. El naviero deberá conservar a disposición de la autoridad laboral el cuadro y los registros de los tres últimos años.

4. Deberá llevarse a bordo, en un lugar fácilmente accesible para la tripulación, un ejemplar de las disposiciones legales y reglamentarias y de los convenios colectivos aplicables al tiempo de trabajo en el buque.

-Disposición adicional tercera. Competencia de los representantes de los trabajadores en materia de jornada

"Sin perjuicio de las competencias reconocidas a los representantes de los trabajadores en materia de jornada en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Real Decreto, éstos tendrán derecho a:...

b) Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores."

Disposición adicional séptima. Aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario.

1. La presente disposición se aplicará a las condiciones de trabajo que se regulan en los siguientes apartados de los trabajadores móviles del ferrocarril que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza prestados por las empresas ferroviarias. En lo no previsto en esta disposición será de aplicación la subsección 3.ª de la sección 4.ª del capítulo II de este real decreto, relativa al transporte ferroviario.

Las condiciones de trabajo aquí reguladas no serán de aplicación respecto al tráfico de viajeros transfronterizo local y regional ni al tráfico de mercancías transfronterizo que no supere los quince kilómetros más allá de la frontera.

Tampoco serán de aplicación, por considerarse como una operación de transporte nacional, respecto a los trenes de relaciones transfronterizas, cuyo inicio y finalización tenga lugar en la infraestructura ferroviaria española aunque utilicen la infraestructura de otro Estado sin efectuar paradas.

2. A los efectos de esta disposición se entenderá por:

a) Servicios de interoperabilidad transfronteriza: los servicios transfronterizos para los cuales se exigen a las empresas ferroviarias al menos dos certificados de seguridad, con arreglo a los requisitos establecidos en el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General, aprobado por Real Decreto 810/2007, de 22 de junio.

b) Trabajador móvil que realiza servicios de interoperabilidad transfronteriza: todo trabajador miembro de la tripulación de un tren que realiza servicios de interoperabilidad transfronteriza durante más de una hora de su jornada diaria.

c) Conductor o maquinista: todo trabajador que conduce un vehículo de tracción.

d) Tiempo de conducción: la duración de una actividad programada durante la cual el maquinista es responsable de la conducción de un vehículo de tracción, con la exclusión del tiempo previsto para la puesta en servicio y para la puesta fuera de servicio del vehículo. Incluye las interrupciones programadas en las que el maquinista permanece como responsable de la conducción del vehículo de tracción.

3. El descanso diario en el domicilio tendrá una duración mínima de doce horas consecutivas dentro de cada período de veinticuatro horas.

Esta duración se podrá reducir a nueve horas una vez cada siete días. En tal caso la diferencia hasta las doce horas de descanso diario se compensará añadiendo las horas que correspondan al siguiente descanso diario en el domicilio.

No se podrá fijar un descanso diario reducido entre dos descansos diarios fuera del domicilio.

4. El descanso diario fuera del domicilio tendrá una duración mínima de ocho horas consecutivas dentro de cada período de veinticuatro horas.

Este descanso irá siempre seguido de un descanso diario en el domicilio. No obstante, mediante la negociación colectiva podrá acordarse un segundo descanso consecutivo fuera del domicilio así como la forma de compensar la diferencia entre las ocho horas y las doce horas del descanso diario.

Los trabajadores móviles dispondrán para el descanso fuera del domicilio de lugares que reúnan las condiciones necesarias de seguridad y salud y permitan el descanso en condiciones adecuadas de comodidad.

5. Todo trabajador móvil incluido en esta disposición deberá disfrutar de un período de descanso mínimo semanal ininterrumpido conforme a lo previsto en el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores ,



garantizándose al trabajador móvil cada año ciento cuatro períodos de descanso semanal de veinticuatro horas de duración; de ellos, como mínimo, doce serán descansos dobles de cuarenta y ocho horas, que comprenderán el sábado y el domingo, y otros doce serán descansos dobles, sin garantía de que estén incluidos en ellos un sábado o un domingo. A la duración de estos períodos de descanso semanal se sumará el descanso diario conforme al apartado 3.

Respetando lo anterior así como lo previsto en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, hasta un máximo de ocho períodos de descanso semanal podrá formar parte de las vacaciones anuales. Se estará, en su caso, a lo acordado en la negociación colectiva en cuanto a disfrute del descanso semanal y las vacaciones.

6. Con independencia de lo previsto en la disposición adicional duodécima del Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario, la duración del tiempo de conducción no podrá ser superior a nueve horas diarias en el trabajo diurno ni a ocho en el trabajo en período nocturno. La duración máxima del tiempo de conducción en cada período de dos semanas no podrá exceder de ochenta horas.

7. Si la duración del tiempo de trabajo de un conductor que no circule acompañado de un segundo maquinista excede de ocho horas, se establecerá un período de descanso durante la jornada o pausa de cuarenta y cinco minutos de duración. Si el tiempo de trabajo fuera superior a las seis horas pero no excediera de las ocho, la pausa durante la jornada será de al menos treinta minutos.

La pausa se disfrutará en un momento de la jornada adecuado para que el maquinista pueda recuperarse y en caso de retraso de los trenes se adaptará a la jornada a realizar. En cualquier caso una parte de la pausa de, al menos, treinta minutos, deberá concederse entre la tercera y la sexta hora de trabajo.

En el caso de que haya un segundo maquinista, las condiciones de la pausa o descanso durante la jornada serán las previstas en la legislación laboral común.

8. Si la duración del tiempo de trabajo del personal de acompañamiento excede de seis horas se establecerá una pausa de treinta minutos durante el mismo.

9. Toda empresa ferroviaria que realice servicios de interoperabilidad transfronteriza deberá disponer de un registro en el que se recojan las horas diarias de trabajo y de descanso de los trabajadores móviles con el fin de asegurar el cumplimiento de esta disposición. La empresa deberá conservar este registro, al menos, durante tres años y lo tendrá a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral así como los elementos que justifiquen las horas reales de trabajo.

6.- Jurisprudencia del TS.-

El TS en la Sentencia 246/2017 de 23 de marzo,- Rec. 81/2016 - ha descartado que con carácter general exista en el derecho interno una obligación empresarial de registrar la jornada ordinaria de trabajo. Dicho criterio ha sido reiterado en la STS 20-4-2017- REC 116/2016 - sobre la base de la argumentación siguiente:

« **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 período 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 hermenéutica 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 "registrar". 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 (LA LEY 3346/1995), 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 (LA LEY 48644/2006)) 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 (LA LEY 3346/1995) 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) 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 (LA LEY 5477/1993), 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 -15- 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 ensu 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 LEY)-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.»

IV.- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.-

1.- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.-

Artículo 31.2

"2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas."

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

Artículo 4.1

Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que los empresarios, los trabajadores y los representantes de los trabajadores estén sujetos a las disposiciones jurídicas necesarias para la aplicación de la presente Directiva.

Artículo 11.3

Los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores tendrán derecho a solicitar del empresario que tome las medidas adecuadas y a presentarle propuestas en ese sentido para paliar cualquier riesgo para los trabajadores y/o eliminar las fuentes de riesgo.

Artículo 16

1. A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo.

2. La presente Directiva y, sin perjuicio del procedimiento mencionado en el artículo 17 en lo referente a las adaptaciones técnicas, las directivas específicas podrán ser modificadas de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 118 A del Tratado.

3. Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán plenamente al conjunto de los ámbitos cubiertos por las directivas específicas, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas y/o específicas contenidas en dichas directivas específicas."

3.- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Consideración 3 de la introducción:

"Las disposiciones de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (4), se continúan aplicando plenamente a los ámbitos que cubre la presente Directiva, sin perjuicio de disposiciones más rigurosas y/o específicas contenidas en la misma."

Artículo 3 Descanso diario

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas.

Artículo 5 Descanso semanal

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas.



Artículo 6 Duración máxima del tiempo de trabajo semanal Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores:

- a) se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales;
- b) la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.

Artículo 16 Períodos de referencia

Los Estados miembros podrán establecer:

- a) para la aplicación del artículo 5 (descanso semanal), un período de referencia que no exceda de 14 días;
- b) para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses.

Los períodos de vacaciones anuales pagadas, concedidas de conformidad con el artículo 7, y los períodos de bajas por enfermedad no se tendrán en cuenta o serán neutros para el cálculo del promedio;

- c) para la aplicación del artículo 8 (duración del trabajo nocturno), un período de referencia definido previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre interlocutores sociales.

Si el período mínimo de 24 horas de descanso semanal exigido por el artículo 5 quedare comprendido en este período de referencia, no se tomará en consideración para el cálculo del promedio.

Artículo 22 Disposiciones varias

1. 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:

- a) ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;
- b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;
- c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;
- d) 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;
- e) 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 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16.

V.- ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Por CCOO y UGT se considera que la obligación de la empresa demandada de implantar un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla del Deutsche Bank, 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 se deriva de la interpretación de los arts, 34 y 35 del E.T en relación con el 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3 , 5 , 6 , 8 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 en relación a su vez con los arts 8 del Convenio 1 de la OIT y 11 del Convenio 30 de la OIT.

La empresa demandada se opone a tal obligación, entendiendo que la cuestión ya ha sido resuelta en supuestos similares por la Ss. TS de 23 de marzo y 20 de abril de 2017 .

6.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS CUESTIÓN A PLANTEAR.-

1.- El Artículo 267 del TFUE dispone que "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:



a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad."

2.- Ante esta Sala se encuentra pendiente de resolución definitiva el presente procedimiento de conflicto colectivo promovido por la organización sindical CCOO frente al Deutsche Bank en la que se pretende se declare la obligación de dicha entidad de implantar un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla de forma que se permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación.

3.- Como se ha expuesto arriba el Tribunal Supremo, cuya doctrina reiterada complementa el sistema de fuentes del Derecho interno (art. 1 , 6 del código civil), en Ss. de 23-3- 2017 y 20-4-2.017 ha establecido que dicha obligación no puede declararse con arreglo a la normativa vigente, existiendo únicamente en los supuesto de los trabajadores a tiempo parcial- art. 12.4 E.T , en el caso de que en la empresa se realicen horas extraordinarias- art. 35.5 E.T - y en aquellos sectores de la actividad en que su legislación específica expresamente lo requiera.

4.- Siendo esta la interpretación que debe seguir la Sala respecto del Derecho Interno, consideramos que las siguientes razones nos han de llevar a elevar cuestión prejudicial al TJUE:

a.- En la encuesta de población activa de 2016 (EPA) se reflejaba que el 53,7 % de las horas extraordinarias no son registradas.

b.- La Dirección General de Empleo del ministerio de Empleo y Seguridad Social, en informes de 31-7-2014 y 1-3-2016 ha indicado lo siguiente: "para saber, para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, es preciso conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas. Quizá podría decirse que si las horas extraordinarias son voluntarias para el trabajador, salvo lo pactado, será conocida su realización de antemano y a partir de ese momento comenzar el cómputo. Sin embargo eso no es suficiente. Primero, como hemos dicho, porque las horas extraordinarias son la diferencia entre el total de horas trabajadas en un cierto periodo y el número de horas ordinarias de ese mismo periodo; segundo, porque esa jornada ordinaria puede ser distribuida irregularmente a lo largo del año (art. 34.2 E.T), y, tercero, porque incluso horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria no tendrán que ser contadas como tales, si se han compensado con descanso (art. 35.2 E.T)". Inmediatamente después, se dictó la Instrucción 3/2016 por la que la Inspección de Trabajo- en adelante ITSS- comenzó a requerir el despliegue del registro diario de jornada a las empresas.

c.- El único medio de comprobar si se excede o no la jornada de trabajo, es el registro diario de la misma durante el periodo de referencia que es anual (en este sentido STS de 25 de abril de 2006- rec 147/2005)-.

d.- Así, el art. 12.4 E.T establece la obligación de registrar la jornada diaria de los trabajadores a tiempo parcial, sucediendo lo mismo con los trabajadores móviles, de la marina mercante y ferroviarios (arts. 10.bis. 5, 18.bis. 2 y Disposición Adicional 7ª del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo).

f.- En la práctica, de la interpretación que de los arts. 34 y 35 E.T que hemos expuesto, y respecto de los trabajadores a tiempo completo, resulta:

i.- que el trabajador carece de un medio probatorio útil y objetivo para acreditar la realización de horas por encima de su jornada ordinaria;

ii.- que los representantes de los trabajadores carecen de un medio útil que les permita comprobar si el tiempo efectivamente trabajado por los trabajadores supera o no la jornada necesaria, y si se respetan los descansos semanales y diarios entre jornadas;

iii.- que no existe un instrumento para que la ITSS compruebe si los trabajadores superan o no la jornada ordinaria, incluso en el caso de que se produzcan denuncias concretas de los trabajadores o de



sus representantes, no pudiendo comprobar, tampoco, si los trabajadores han consentido prestar horas extraordinarias. Prueba de ello es que tras la publicación de las Ss.TS de 23-3 y 20-4 de 2017, se ha dictado la Instrucción 1/2017 por la que se dejó sin efecto la Instrucción 3/2016 antes referida.

g.- La interpretación jurisprudencial de los arts. 34 y 35 E.T que exponíamos, en la práctica, comporta dejar en manos del empresario que haya o no control sobre la superación de la jornada ordinaria, así como que se respeten los descansos semanales y diarios y el cumplimiento de los horarios pactados, y llevanza del registro de trabajadores que prestan más de 48 horas de servicios semanales ya que la obligación de registrar diariamente la jornada se condiciona a los supuestos arriba referidos, lo que, a juicio de esta Sala, implica que el Derecho interno, no garantiza la efectividad del cumplimiento de los mandatos relativos a ordenación del tiempo de trabajo previstas en los arts. 3, 5, 6 y 22 de la Directiva 2003/88 CE, ni con carácter general en materia de prevención de riesgos laborales por el art. 4.1 de la Directiva 1989/391, privando a los representantes de los trabajadores de las fuentes de conocimiento necesarias para poder ejercer de forma eficaz las facultades que el art. 11.3 de la Directiva 1989/391 les encomienda.

h.- En fin, consideramos que la falta de llevanza de un sistema objetivo y efectivo de cómputo de la jornada de trabajo cual es el registro horario de la jornada efectivamente desarrollada impide verificar, tanto a los trabajadores, como a sus representantes legales el cumplimiento de las limitaciones que en orden a la ordenación del tiempo de trabajo imponen los preceptos citados, no garantizándose de forma efectiva los mandatos establecidos en los arts. 3, 5, 6 y 22 de la Directiva 2003/88, pues se carece de un instrumento idóneo de verificación del cumplimiento de los mismos.

6.- Procede, en consecuencia, y con carácter previo a la decisión del pleito formular las cuestiones al TJUE en los términos que se expondrán.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAR FORMULAR CUESTIONES PREJUDICIALES AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, EN EL AMBITO DEL ARTICULO 267 DEL TFUE .

1ª.- ¿Debe entenderse que el Reino de España, a través los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, según vienen siendo interpretados por la doctrina jurisprudencial, ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen los artículos artículos 3, 5, y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 para aquellos trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

2ª.- ¿El artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los artículos 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional interna como son los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresa el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios.?

3ª.- ¿Debe entenderse que el mandato perentorio dirigido a los Estados miembros, establecido en artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los artículos 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general, se asegura para los trabajadores ordinarios con la normativa nacional interna, contenida en los arts. 34 y 35 ET, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, a diferencia de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se comunica que contra la misma no cabe recurso alguno (artículo 161 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social).



Procédase a remitir la presente cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, secretaría del Tribunal de Justicia, Rue du Fort Niedergrünewald. L-2925 Luxemburgo.

Incorpórese el original al libro de Autos, dejando certificación del mismo en el procedimiento de su razón.

Así, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ