

CASACION núm.: 116/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 338/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Jordi Agustí Juliá

En Madrid, a 20 de abril de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de Casación interpuesto por la letrada D.^a Ana Godino Reyes, en nombre y representación de la empresa ABANCA Corporación Bancaria, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de febrero de 2016, numero de procedimiento 383/2015, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la Confederación Intersindical Galega contra la empresa ABANCA Corporación Bancaria, S.A., y como partes interesadas la Federación de Servicios de la UGT, la Federación de Servicios de CC.OO., la Federación de Sindicatos Independientes de servicios financieros (CSICA-FINE) y Alternativa Sindical de Caixas de Aforros (ASCA-CIC), sobre Conflicto Colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos ASCA (Alternativa Sindical de Caixas de Aforros), la Confederación Intersindical Galega (CIG), la

Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA) y la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO. Servicios) .

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada la Confederación Intersindical Galega se presentó 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, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare: «Que las partes se avengan a reconocer y que se establezca un sistema de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla de Abanca Corporación Bancaria, S.A., de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, las horas extraordinarias que se puedan realizar, así como que se proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los trabajadores, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo» .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 19 de febrero de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos la demanda formulada por D. Xosé Ramón González Losada, actuando en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, a la que se han adherido la Federación de Servicios de la UGT, Federación de Servicios CCOO, Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA-FINE), Alternativa Sindical de Caixas de Ahorros (ASCA-CIC) contra la empresa ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. en materia de CONFLICTO COLECTIVO y declaramos que ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. debe establecer un sistema de registro de la jornada diaria

efectiva que realiza la plantilla de la empresa, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, y las horas extraordinarias que, en su caso se puedan realizar, 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, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.»

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

«**PRIMERO.-** La Federación de Banca y Ahorro de la Confederación Intersindical Galega está integrada en la Confederación Intersindical Galega, sindicato más representativo a nivel autonómico, y además tiene implantación suficiente en Abanca Corporación Bancaria, S.A. por lo que forma parte de todas las mesas de negociación de carácter general entre empresa y sindicatos. (Hecho conforme) **SEGUNDO.-** El convenio de aplicación en la empresa es el Convenio Colectivo de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro. Dicho convenio establece una jornada anual de 1.680 horas. (Hecho conforme). **TERCERO.-** El 9 de diciembre de 2014 la empresa procedió a la apertura de un periodo de consultas para la modificación substancial de condiciones de trabajo e inaplicación de convenio colectivo. El 26 de diciembre de 2014 alcanzó un acuerdo con los sindicatos CCOO, UGT y CSICA, que mantiene en vigor jornadas singulares y horarios especiales establecidos por "acuerdo individual o colectivo" con carácter previo. (Hecho conforme, descriptor 3). **CUARTO.-** En dicho acuerdo del 26 de diciembre de 2014, se establece como horario general (punto 1.1):

-Todo el año, excepto del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas), de lunes a viernes, de 8 a 14:30, y los martes y jueves adicionalmente de 16:30 a 19 horas.

-Del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas de lunes a domingo), de lunes a viernes de 8 a 14:30 horas.

Contempla también ese artículo que "en el caso de oficinas con seis o más empleados y en servicios centrales, se podrán establecer rotaciones para que una parte de la plantilla preste sus servicios los lunes y miércoles por la tarde en sustitución de los martes y jueves. (Hecho conforme, descriptor 3). **QUINTO.-** En dicho acuerdo se establece (punto 1.2) la implantación de un horario flexible para una figura denominada gestores comerciales especializados, hasta para 200 personas: -

-Todo el año, excepto del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas), de lunes a jueves de 8 a 19 horas, con un periodo mínimo de interrupción de 1 hora y un límite de jornada de 9 horas, con la flexibilidad necesaria a la entrada y salida para no exceder la citada jornada diaria y anual, y los viernes de 8 a 14:30 horas. -Del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas), de lunes a viernes de 8 a 14:30 horas. (Hecho conforme, descriptor 3). **SEXTO.-** El punto 1.3 establece además que con independencia de

los horarios establecidos para el personal, se establece un límite del 7,5% de oficinas que pueden abrir al público en horario de tarde. El resto de oficinas únicamente abrirán al público las tardes de jueves. (Hecho conforme, descriptor 3). **SÉPTIMO.-** Los citados horarios comenzaron a aplicarse el 12 de enero del 2015. (Hecho conforme). **OCTAVO.-** En lo que se refiere al control sobre el cumplimiento de estos horarios, o de las horas extraordinarias que pudieran hacerse, no existe ningún tipo de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla. (Hecho conforme). **NOVENO.-** Abanca Corporación Bancaria S.A., no informa a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias que se realizan. Tampoco comunica a los trabajadores y trabajadoras la jornada laboral realizada y el monto de las horas extraordinarias. **DECIMO.-** La inspectora Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo, en fecha 24 de noviembre de 2015, procedió a extender acta de infracción a la empresa demandada, por incumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo, al haber constatado que la empresa no procede a registrar la jornada de los trabajadores, tal y como dispone el artículo 35.5 del ET. (Descriptor 24). En septiembre de 2014, la inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra procedió a formular requerimiento a la empresa demandada para que cumpliera los siguientes extremos: Registro diario de jornada, especialmente los días en que se celebren reuniones por la tarde (a fin de comprobar el cumplimiento del descanso entre jornadas). Si se sobrepasan, en total, trabajo de mañana y reuniones de tarde, las nueve horas, también se registrarán como horas extraordinarias. Se registrarán su compensación con tiempo de trabajo, en su caso. Se reflejarán en los recibos de salarios. A efectos de comprobación, de cada reunión se remitirá escrito a esta Inspección y al comité de empresa y a los delegados sindicales, en el que conste: día de la reunión y duración de la misma, y lista de asistentes; así como lugar desde el que se desplazan los asistentes y duración previsible del desplazamiento. Este escrito se aportará en los diez días siguientes a cada reunión, y durante todo el año 2008. En caso de compensación con tiempos de descanso se aportará también a esta inspección en el plazo de los diez días siguientes al descanso compensatorio (se indicará nombre, puesto de trabajo y centro de trabajo. (Descriptor 6). **DECIMO-PRIMERO.-** En fecha 12 de noviembre de 2015 se celebró el acto de conciliación ante el servicio interconfederal de mediación y arbitraje de Madrid que finalizó sin acuerdo. (Descriptor 8) Se han cumplido las previsiones legales.»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la letrada D.^a Ana Godino Reyes, en nombre y representación de la empresa ABANCA Corporación Bancaria, S.A., siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas ASCA (Alternativa Sindical de Caixas de Aforros), la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA) y la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO. Servicios) y, evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido, se emitió informe en el

sentido de interesar la desestimación del recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de abril de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 30 de diciembre de 2015 se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO por la representación letrada de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA -CIG-, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, y como interesados FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO, FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS –CSICA-FINE- y ALTERNATIVA SINDICAL DE CAIXAS DE AFORROS –ASCA-CIC-, interesando se dicte sentencia por la que: «Se declare que las partes se avengan a reconocer y que se establezca un sistema de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla de Abanca Corporación Bancaria, S.A., de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, las horas extraordinarias que se puedan realizar, así como que se proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los trabajadores, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo» .

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 19 de febrero de 2016, en el procedimiento número 383/2015, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «Estimamos la demanda formulada por D. Xosé Ramón González Losada, actuando en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, a la que se han adherido la Federación de Servicios de la UGT, Federación de Servicios CCOO, Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA-FINE), Alternativa Sindical de Caixas de Ahorros (ASCA-CIC) contra la empresa ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. en materia de CONFLICTO COLECTIVO y declaramos que ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. debe establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla de la empresa, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, y las horas extraordinarias que, en su caso se puedan realizar, 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, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.»

TERCERO.-1.- Por la representación letrada de ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en un único motivo. Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS, denuncia la parte recurrente infracción, por interpretación errónea, de los artículos 35.5, en relación con el 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y de la Disposición Adicional tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre.

2.- El recurso ha sido impugnado por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA -CIG-, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO, FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS – CSICA-FINE- y ALTERNATIVA SINDICAL DE CAIXAS DE AFORROS – ASCA-CIC-, proponiendo el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso.

CUARTO.-1.- En el único motivo del recurso la parte alega infracción, por interpretación errónea, de los artículos 35.5, en relación con el 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y de la Disposición Adicional tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre.

En esencia aduce que el apartado objeto de interpretación forma parte del artículo 35 ET que lleva por título “horas extraordinarias” y que, en toda su regulación, haciendo gala de coherencia con su título, no regula ninguna cuestión que no sea precisamente el régimen de realización y retribución de las horas extraordinarias. El apartado 1 las define, el 2 establece un límite numérico a su realización, el 3 excluye del concepto las horas necesarias para prevenir o reparar siniestros o daños extraordinarios y el 4 establece el carácter voluntario de su realización. El número 5 no es sino la continuación de esa regulación de las horas extraordinarias, y exige su registro y notificación a los trabajadores junto con el recibo justificativo del pago del salario. Por ello no cabe suponer que el artículo 35.3 ET establece la obligación empresarial de

poner en marcha un sistema de registro diario de la jornada que realizan todos los trabajadores, al margen de que realicen horas extraordinarias o no.

2.-Cuestión similar a la ahora sometida a la consideración de la Sala ha sido resuelta por el Pleno de la misma, sentencia de 23 de marzo de 2017, casación 81/2016. En la citada sentencia se contiene el siguiente razonamiento:

«**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 los 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 -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 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.»

2.-Aplicando el anterior razonamiento al asunto examinado, procede estimar el recurso formulado y casar y anular la sentencia recurrida, en el extremo relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos, por no haber sido impugnados y ser acordes con la doctrina que aquí aplicamos. Sin costas.

FALLO

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

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de febrero de 2016, en el procedimiento número 383/2015, en actuaciones nº 301/2015, seguidas a instancia de la representación letrada de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA -CIG-, contra ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, y como interesados FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO, FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS –CSICA-FINE- y ALTERNATIVA SINDICAL DE CAIXAS DE AFORROS –ASCA-CIC-, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en el extremo 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. Sin costas

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

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga 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.