

# IMPACTO SOBRE EL TRABAJADOR DE LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO HORARIO A LA LUZ DE LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES\*

MARÍA TERESA VELASCO PORTERO

*Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*

Universidad Loyola Andalucía

## EXTRACTO

**PALABRAS CLAVE:** registro horario, despidos, retrasos

Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo las empresas tienen la obligación de garantizar el registro diario de la jornada. El objetivo perseguido con el establecimiento de esta obligación es la lucha contra el fraude en las horas extraordinarias, posibilitando el control por parte de la Administración de las horas efectivamente trabajadas para comprobar que se respetan los límites legales y convencionales y que se retribuyen todas las horas extraordinarias realizadas. La medida ha sido cuestionada por los empresarios y aplaudida por los sindicatos, y todavía es pronto para saber si realmente está cumpliendo su objetivo. Lo que sí se puede observar es también ha tenido el efecto de poner luz sobre determinados incumplimientos contractuales por parte del trabajador, que han dado lugar a despidos. Las cuestiones surgidas en este sentido y el criterio seguido en las resoluciones judiciales emitidas en estos primeros meses de aplicación de la norma son el objeto del presente trabajo.

## ABSTRACT

**KEY WORDS:** time sheet, dismissal, delays

Since the entry into force of the Royal Decree-Law 8/2019, the 8th of March, of urgent social protection measures and measures to combat precarious working conditions during working hours, companies have been required to ensure the daily registration of working hours. The aim of this obligation is to combat overtime fraud, allowing the administration to monitor the hours actually worked to verify that the legal and conventional limits are respected and that all overtime worked is remunerated. The measure has been questioned by employers and applauded by trade unions, but it is still too early to say whether it is actually achieving its objective. What can be observed is that it has also had the effect of shedding light on certain contractual breaches on the part of the worker, which have resulted in dismissals. The issues raised in this respect and the approach followed in the court resolutions in these first months of application of the rule are the subject of the present work.

\* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales” (2019-2021), a cargo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, con número de referencia RTI2018-097917-B-100.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DESPIDOS RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE REGISTRO HORARIO
  - 2.1. Despidos como represalia
  - 2.2. Despidos por incumplimientos puestos de manifiesto por el sistema de control y registro horario
3. DESCUENTO EN NÓMINA DEL SALARIO NO DEVENGADO POR RETRASOS EN LA LLEGADA AL PUESTO DE TRABAJO
4. REGISTRO DE LAS PAUSAS PARA EL CAFÉ O PARA FUMAR UN CIGARRILLO. ¿POSIBLE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?
5. CONCLUSIONES

### 1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Ley, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo incluyó también determinadas disposiciones dirigidas a establecer el registro de la jornada de trabajo, según su exposición de motivos a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La finalidad de la modificación normativa en este sentido quedaba clara en dicha exposición de motivos “La realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral legal o convencionalmente establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo (...) Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada. (...) Una de las circunstancias que han incidido en los problemas del control de la jornada por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en las dificultades de reclamación por parte de las personas trabajadoras afectadas por esa extralimitación horaria y que, a la postre, ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, ha sido la ausencia en el Estatuto de los Trabajadores de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada que realizan las personas trabajadoras”. Por ello, y por la necesidad de resolver los problemas derivados de la posible inadecuación de la normativa interna a 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<sup>1</sup>, el artículo 34 del ET ha sido modificado pasando a establecer la obli-

<sup>1</sup> Sobre el tema, la polémica judicial que se había levantado y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre dicha cuestión, ver por todos Rojo Torrecilla, E., “La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial

gación de la empresa de garantizar el registro diario de la jornada, incluyendo el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona<sup>2</sup>. Asimismo, se reformó la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en el sentido de incluir la transgresión de la obligación de registro horario entre las infracciones graves<sup>3</sup>.

Se trataba, en puridad, de una extensión a todos los contratos de la obligación de llevar registro horario que ya existía con respecto a los trabajadores a tiempo parcial (art. 12.4 c) ET), cuyo incumplimiento supone la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios<sup>4</sup>, así como con respecto a otros colectivos más minoritarios como los trabajadores móviles (art. 10 bis. 5º RD 1561/1995), el trabajo en la marina mercante (art. 18 bis. 2º RD 1561/1995), los trabajadores móviles en el transporte ferroviario en servicios de interoperabilidad transfronteriza (Disp. Adic. 7ª. 9º RD 1561/1995) y los trabajadores desplazados (art. 6.2 c) Ley 45/1999).

Pasados unos meses desde la aprobación del decreto ley, y transcurrido el plazo que se concedió a las empresas para negociar e instaurar el sistema de registro horario, la Inspección de Trabajo ya ha comenzado a imponer las primeras sanciones por incumplimientos en esta materia. La doctrina se ha manifestado en general crítica, no tanto con el establecimiento de una obligación de registro sino con la concreta regulación legal, dudando de que sea la fórmula más adecuada para acabar con la precariedad laboral en materia de jornada y poniendo

entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3/2019.

<sup>2</sup> Nuevo artículo 34.9 ET: “9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

<sup>3</sup> Art. 7 LISOS: Son infracciones graves: “5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”.

<sup>4</sup> Así lo han entendido STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 1802/2019 de 3 de julio, AS 2019\1867, STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 01019/2019 de 24 mayo, AS 2019\1494, STSJ País Vasco, núm. 2512/2018, de 18 diciembre, JUR 2019\52800, STSJ Andalucía, Granada, núm. 487/2018, de 22 febrero, AS 2019\120, STSJ Cataluña, núm. 3241/2017, de 19 mayo, AS 2017\1275. Sobre este tema, Aragón Gómez, C., “Las consecuencias derivadas del incumplimiento del registro de jornada con respecto a los trabajadores a tiempo parcial”, *Blog El foro de Labos*, 12-11-2019, <https://forodelabos.blogspot.com/2019/11/las-consecuencias-derivadas-del.html>

de manifiesto sus imprecisiones y la falta de atención a las peculiaridades de determinados sectores<sup>5</sup>.

A ello hay que sumar que, a pesar de que la finalidad primaria de la norma es la protección del trabajador frente a abusos empresariales, el establecimiento de un sistema de registro horario en las empresas era de suponer (como de hecho ha ocurrido) que tuviese también consecuencias con respecto a la detección de incumplimientos tanto del deber de trabajar como del deber de buena fe, que ya han llegado a los Tribunales. Asimismo, supone una nueva obligación también para los trabajadores que pudieran estar disfrutando de un régimen más relajado o flexible de cumplimiento de jornada y que ahora tienen una obligación formal cuyo incumplimiento puede ser sancionable. Es en estas cuestiones en las que nos vamos a detener en el presente trabajo, exponiendo la más reciente doctrina judicial sobre controversias surgidas en relación con la aplicación del registro horario, cuando es utilizado como método de control empresarial con respecto a la actividad del trabajador.

En general podemos decir que con respecto a la inobservancia de las normas sobre jornada que se pongan de manifiesto con el fichaje (faltas de asistencia o de puntualidad) suelen ser formar parte de la tabla de faltas leves, graves o muy graves recogida en los convenios colectivos, por lo que la trascendencia de obligación empresarial de registro se refiere fundamentalmente a la existencia de un instrumento de prueba fehaciente con la que acreditar la falta del que antes quizás no disponía el empresario. Igualmente suelen estar descritos dentro del régimen sancionador del convenio colectivo los comportamientos de falseamiento del fichaje propio o ajeno, lo cual tampoco va a ser novedoso.

Sin embargo, hay situaciones nuevas que se derivan de que ahora la llevanza del registro es obligatorio para la empresa, que puede ser sancionada si no lo hace. Dado que el cumplimiento de la obligación exige la colaboración del trabajador, van a producirse nuevas situaciones relacionadas con la falta de dicha colaboración, que es recomendable que empiecen a ser contempladas en los convenios colectivos<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Véase Morón Prieto, R., “El registro de jornada en los tiempos líquidos: limitaciones en la regulación y de la regulación del registro de jornada”, en Puebla Pinilla y Mercader Uguina, (Dir.), *Tiempo de reformas, en busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, Tirant lo Blanch, 2019. La cuestión ya fue puesta de manifiesto al hilo de la proposición de Ley del Partido Socialista de 2017 sobre este tema: Igartúa Miró, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*, Tirant, 2018, pp. 379 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido, Alfonso Mellado, C.L y Rodríguez Pastor, G., *El registro de jornada*, Tirant, 2019, pp. 54 y 55.

Por otra parte, la obligación de llevar un registro horario ha supuesto que algunas empresas que venían teniendo cierta flexibilidad de jornada basada en la confianza hayan tenido que explicitar qué tiempos se considera que no son tiempo de trabajo, lo que está empezando a generar conflictos con respecto al mantenimiento o no de las anteriores condiciones de flexibilidad y falta de control.

Veamos más detenidamente cómo han ido resolviendo este tipo de cuestiones nuestros tribunales.

## **2. DESPIDOS RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE REGISTRO HORARIO**

La primera gran consecuencia de la existencia de un registro horario en la empresa es que en relación con él se pueden producir incumplimientos laborales sancionables, incluso con el despido. En este sentido, la casuística es variada, puesto que algunos despidos han venido motivados por la detección de retrasos o inasistencias al trabajo en virtud del establecimiento de un sistema de fichaje o registro. En otros casos, el despido se produce por haber falseado el trabajador el sistema para que no se descubrieran sus incumplimientos y, finalmente, también hay supuestos en que el despido es una represalia empresarial hacia el trabajador que previamente ha denunciado falseamientos del fichaje por parte de la empresa. Analizaremos por separado detenidamente las resoluciones judiciales que han recaído en cada uno de estos supuestos.

### **2.1. Despido como represalia**

Es el caso resuelto por la STSJ de Murcia, de 30 de abril de 2019. Se trataba de una trabajadora que prestaba servicios como auxiliar de caja para un bazar, que interpuso una denuncia ante la Inspección de Trabajo, poniendo en su conocimiento que su empresa obligaba a los trabajadores a firmar cuadrantes falsos en los que figuraban como descansados días que en realidad estaban trabajando sin salario, y que además manipulaba los datos que suministraba el sistema de fichaje. A raíz de esta denuncia la Inspección de Trabajo inició actuaciones y giró varias visitas al centro de trabajo. Poco después, la trabajadora fue despedida por “las discrepancias de criterio sobre la forma de desarrollar las funciones propias de su trabajo”. Impugnado el despido, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia declaró nulo el despido, por considerar que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, proclamado por el art. 24 CE, considerando el órgano judicial que “dicha tutela opera no solo en relación a la interposición de demanda o reclamación ante la jurisdicción, sino también en relación a otros actos preparatorios, no exigidos por el ordenamiento, como las

denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo”<sup>7</sup>. Asimismo reconoció a la trabajadora el derecho a una indemnización por daño moral.

No se trata de una doctrina novedosa sino más bien una aplicación de la doctrina constitucional reiterada en numerosas ocasiones de que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que muy al contrario se también se puede producir en todas aquellas ocasiones en que su ejercicio o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produce como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. Del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva<sup>8</sup> o de los actos preparatorios o previos al mismo como el ejercicio de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso<sup>9</sup> reitera nuestro TC que no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza<sup>10</sup>. Por otra parte, según doctrina consolidada de la Sala IV del Tribunal Supremo estima que las denuncias ante la Inspección de Trabajo tienen dicho carácter preparatorio de la reclamación jurisdiccional<sup>11</sup>.

## **2.2. Despidos por incumplimientos puestos de manifiesto por el sistema de control y registro horario**

Dentro de este apartado contamos con resoluciones judiciales sobre varios supuestos de hecho distintos.

A) En primer lugar, el caso de un trabajador que, según prueba el sistema de fichaje, llega reiteradamente a su puesto de trabajo posteriormente a la hora de entrada fijada por la empresa, aunque en el cómputo total de horas trabajadas respeta la jornada global. En este caso la STSJ de Madrid, sentencia núm. 756/2019 de 5 julio (JUR 2019\245979) consideró el despido procedente ya que, según el tribunal, “aunque el demandante hubiese cumplido su jornada laboral (esto es, el número de horas de trabajo establecido en cómputo periódico), ello no excluiría la entidad incumplidora inherente a las faltas de puntualidad, pues a la empleadora no solamente le asiste derecho a exigir el cumplimiento de una

<sup>7</sup> FD Segundo STSJ Murcia 458/2019 de 30 de abril.

<sup>8</sup> STC 16/2006, de 19 de enero

<sup>9</sup> STC 55/2004, de 19 de abril

<sup>10</sup> Vid. García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, “Limitaciones al alcance de la garantía de indemnidad, a propósito de la STC 183/2015, de 10 de septiembre del Pleno del Tribunal Constitucional”, *Revista de Información Laboral*, 3/2016

<sup>11</sup> FD Segundo STSJ Murcia 458/2019 de 30 de abril.

determinada jornada laboral (número de horas de trabajo), sino también el que esas horas de trabajo se realicen dentro de un concreto horario (esto es, en el marco de unas determinadas horas de llegada y de salida del puesto laboral), a fin de organizar la actividad productiva dentro de su ámbito.”

En realidad tampoco se trata de una doctrina nueva, ya que nuestros tribunales ya vienen considerando que el incumplimiento del horario de trabajo es una desobediencia del trabajador sobre una condición de trabajo que el artículo 41.1 ET considera esencial y que, por tanto, es sancionable con el despido<sup>12</sup>.

B) Supuesto de un trabajador que simula su entrada y salida al centro de trabajo mediante el acceso desde su domicilio a la aplicación de gestión de asistencia al trabajo: La STSJ de Andalucía, Sevilla, sentencia núm. 3268/2018 de 15 noviembre (JUR 2019\26043) declara improcedente el despido. Aunque en principio pudiera parecer una interpretación muy restrictiva de lo que se considera atentado contra la buena fe contractual y por tanto sorprenda un tanto la resolución, en realidad el caso concreto presenta unas características que justifican de manera razonable la calificación, y que hace que no pueda ser tomada como un criterio general extrapolable a otros casos. En esta ocasión se daba la circunstancia de que el convenio colectivo de aplicación calificaba de manera expresa falta grave (no muy grave) la de “simular la presencia de otro trabajador, valiéndose de su firma, ficha o tarjeta de control”. Por ello, el tribunal no consideró razonable que se calificase como falta grave esta simulación y, por el contrario, se pudiese tildar de falta muy grave la realización de la misma conducta cuando se trate de simular su propia asistencia. Señala expresamente la sentencia que “la entidad del quebrantamiento de la buena fe en uno y otro caso no parece que sea de entidad distinta, por el hecho de que la simulación afecte al trabajador que la efectúe o a otro compañero, cuando la finalidad es la misma, máxime si, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, ha de hacerse una interpretación restrictiva de la falta”. Por otra parte, también se tienen en cuenta las características personales del trabajador, ya que se trataba de una persona con un cociente intelectual de 52 (*sic.*), lo que considera que atenúa su culpabilidad.

Trabajador que falsea sus partes de trabajo (en los que tiene que señalar la hora de entrada y salida), de forma tal que no coinciden con la hora de acceso detectada por la cámara de seguridad de la entrada: Sobre este particular tenemos sentencias anteriores al establecimiento de la obligación de registro horario, pero que consideramos que merece la pena traer a colación, puesto que consideran que se trata de un incumplimiento del deber de buena fe que justifica el despido. Así podemos citar, por ejemplo, la STS núm. 740/2015 de 30 septiembre (JUR 2015\241691), así como la STSJ Galicia núm. 5239/2011 de 25 de noviembre

<sup>12</sup> Por todas, STSJ de Madrid 526/2016, de 15 de junio, FD Cuarto.

(JUR 2011/427793). En el mismo sentido, más recientemente, el mismo tribunal ha venido a reiterar su doctrina en la STSJ Galicia de 12 de junio de 2019, (JUR 2019\215484), en un caso que plantea ciertas peculiaridades. Se trataba de un empleado que prestaba servicios como vigilante para una empresa de seguridad, teniendo asignado el turno de noche entre las 23:00h y las 7:00h, en un centro de trabajo completamente aislado que se encontraba en un monte alejado de zonas habitadas. Una noche, dos inspectores de la empresa se presentaron en el centro de trabajo y lo encontraron vacío, a pesar de lo cual el trabajador había dejado allí mismo su informe de servicio totalmente cumplimentado, sin reflejar su ausencia, indicando como hora de finalización las 7:00 horas. Poco después, el trabajador llegó en coche al centro de trabajo, reconociendo a los inspectores que había sido avisado por un compañero previamente inspeccionado, manifestando que había tenido que ir a casa “a por una pastilla que necesitaba”; si bien, los inspectores constataron que el trabajador llevaba puesto “lo que parecía ser un pijama” debajo del uniforme. El TSJ considera en su sentencia que la declaración de procedencia es proporcionada, porque “el actor no sólo ha vulnerado la confianza de su empleador, ausentándose de un servicio de vigilancia sin informar a nadie y sin justificación de ningún tipo, sino que dicha conducta se ha visto agravada -y mucho- por el falseamiento del parte de incidencias, dado que hizo constar que su salida se había producido -sin incidencias reseñables- a las 07:00 -que es la hora en la que finaliza su servicio-, cuando lo había abandonado, como muy tarde, a la 01:30 horas.”. Como vemos, la doctrina judicial es que el falseamiento del parte y del registro se considera de suficiente gravedad como para justificar el despido.

C) Fallos en el sistema de registro implantado por la empresa: Ya se ha planteado el supuesto en que se ha despedido a un trabajador por supuestas faltas de puntualidad detectadas por el sistema de registro, y el trabajador ha cuestionado la fiabilidad del sistema. Nos referimos al caso de un profesor al que se le despidió por faltas de puntualidad o salidas antes de la hora prevista acreditadas por el sistema de registro, cuando el trabajador había puesto de manifiesto previamente en varias ocasiones a su coordinadora que el sistema no le reconocía la huella dactilar, y ni sus alumnos ni la propia coordinadora habían tenido quejas sobre su comportamiento, de manera que la única prueba que se presentó fue la del registro horario. El TSJ de Madrid consideró que el despido era improcedente, no aceptando por tanto que el registro sea una prueba irrefutable de los incumplimientos. (STSJ de Madrid, Sentencia 783/2019 de 12 Julio 2019). Lo único que el Tribunal consideró reprochable es que el trabajador no comunicase los fallos del sistema a la Dirección de la Escuela, sino solo a la coordinadora, pero entendió que dicha falta no justificaba por sí misma el despido.

D) Negativa por parte del trabajador a utilizar el sistema de fichaje: Por último, a pesar de ser un supuesto que ya había sido resultado antes de que el ET



estableciese la obligación empresarial de llevar un registro horario, no queremos dejar de mencionar que en el caso de que el trabajador se niegue a utilizar el sistema de fichaje establecido en la empresa se trataría de una desobediencia grave sancionable con el despido (STSJ de Cataluña núm. 7141/2016 de 1 diciembre. AS 2016\1898). Entendemos que esta consecuencia es actualmente aún más clara, habida cuenta de la responsabilidad en que incurre la empresa cuando no lleva el registro horario.

### **3. DESCUENTO EN NÓMINA DEL SALARIO NO DEVENGADO POR RETRASOS EN LA LLEGADA AL PUESTO DE TRABAJO**

En este caso ha sido la Audiencia Nacional la que ha resuelto sobre el tema, admitiendo el descuento en nómina del salario no devengado por retrasos en la llegada al puesto de trabajo. Se trata de la SAN de 20 de junio de 2019, sentencia núm. 82/2019 (AS 2019\1743), que resuelve el procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por un sindicato contra una empresa de Contac Center que contaba con un sistema de fichaje en la entrada a sus centros de trabajo. La empresa daba un tiempo de cortesía entre 1.5 y 3 minutos para incorporarse al puesto y hacer la conexión. Pues bien, era práctica habitual en la empresa descontar a los trabajadores, en la nómina de cada mes, la parte correspondiente a los minutos de retraso en que hubiera podido incurrir el empleado a la hora de incorporarse al puesto, descontando el tiempo no trabajado.

Uno de los sindicatos con implantación en la empresa interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que se declarara contraria a derecho esta práctica empresarial y que se reconociera el derecho de los trabajadores a que les fueran abonadas las diferencias retributivas, basándose en tres argumentos: a) que a los trabajadores no se les permitía compensar dichos retrasos con otros períodos de trabajo; b) que la práctica impugnada constituía una auténtica multa de haber prohibida por el ordenamiento jurídico; y c) que la empresa, además de detraer salario, procedía a sancionar disciplinariamente a los trabajadores que incurrieran en faltas de puntualidad, por lo que vulneraba el principio non bis in ídem.

La SAN desestima los tres argumentos, considerando en primer lugar que la distribución irregular de la jornada es una facultad de la empresa y no del trabajador, por lo que el retraso injustificado en la incorporación al puesto de trabajo no genera un derecho del trabajador a que su jornada sea redistribuida y recuperarlo más tarde. En segundo lugar, considera que no se trata en este caso de una multa de haber, ya que no se produce la pérdida de un salario devengado. Ya que no ha habido efectiva prestación de servicios no hay devengo de salario. Y, por último, considera que no hay doble sanción puesto que la detracción de salarios

obedece a la naturaleza sinalagmática del contrato y las sanciones impuestas por retrasos reiterados e injustificados son una manifestación del poder disciplinario.

Por todo ello, la Audiencia concluye que la decisión de la empresa es ajustada a derecho. Esta doctrina plantea el problema de qué se considera jornada de trabajo, ya que en la empresa analizada existía lo que podríamos llamar un doble sistema de registro: un registro de entrada al centro y un registro de llegada al puesto, marcado por el momento de la conexión. La sentencia considera que la jornada comienza en el momento de la conexión, por lo que admite el descuento del tiempo que media entre la entrada y la conexión por no ser de trabajo efectivo, en congruencia con lo dispuesto en el ET, según el cual el tiempo de trabajo se computa de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

En realidad, la obligación de registro que establece el Estatuto no afecta ni tan siquiera a los tiempos de puesta a disposición (que no es el caso que nos ocupa), aunque sean computables.

#### **4. REGISTRO DE LAS PAUSAS PARA EL CAFÉ O PARA FUMAR UN CIGARRILLO. ¿POSIBLE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?**

La cuestión de las pausas para el café, el bocadillo o el cigarro han saltado a la actualidad a raíz de la publicación de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, núm. 144/2019 de 10 Dic. 2019. En el caso concreto, se trataba de una empresa en la que no se controlaba la jornada y en la que se venía tolerando, “por una política de confianza empresarial (...) que los trabajadores salieran de las instalaciones para fumar o tomar café”. Llegado el momento de instalar el sistema de registro de jornada obligatorio según el nuevo 34.9 ET, la empresa exige registrar las ausencias para fumar, tomar café o desayunar por entender que no forman parte de la jornada de trabajo, siendo importante reseñar que el sistema de registro no había llegado a ser pactado con los representantes de los trabajadores, a pesar de haber existido un periodo de consultas y debate sobre el mismo sin haber llegado a acuerdo.

La cuestión que ha resultado más mediática ha sido la referente a este tema de los descansos para fumar o desayunar, pero en realidad los sindicatos habían pedido la nulidad de diversos aspectos del sistema de fichaje igualmente interesantes y a los que nos referiremos más adelante.

En concreto, el sindicato CCOO solicitaba la declaración de nulidad del “nuevo cómputo de fichajes de incidencia sobre ausencia para fumar, tomar café, desayunar” por considerar que hasta entonces “se integraban como tiempo de trabajo dentro de la jornada y no se fichaba ni se descontaba”. Consideraban que

a este respecto se había producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo, regulando nuevas condiciones que no existían con anterioridad.

A este respecto, la AN considera que para que exista una modificación sustancial de condiciones de las previstas en el 41 ET tienen que concurrir, entre otros elementos, “a) la existencia de una previa condición de trabajo establecida en norma distinta de la ley o del Convenio colectivo- esto es en contrato de trabajo, acuerdo colectivo no estatutario o decisión unilateral del empleador de efectos colectivos; y b.- que se produzca una decisión empresarial, bien unilateral, bien consensuada que suponga una alteración de tal condición”<sup>13</sup>. Sin embargo, en el caso concreto analizado la Audiencia considera que no se probó por parte del sindicato la existencia de una previa condición más beneficiosa en virtud de la cual las ausencias del trabajador para fumar, tomar café o desayunar, fuesen consideradas por el empleador con anterioridad a la comunicación como tiempo de trabajo efectivo. Recuerda la AN la jurisprudencia del TS que para que exista condición más beneficiosa exige ineludiblemente que la adquisición y el disfrute suponga “la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por un acto de voluntad constitutivo de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”. Es definitiva, “resulta decisivo que concurra una voluntad de la empresa de incorporar la condición al nexo contractual, sin que baste con la mera repetición en el tiempo, puesto que lo decisivo es que no se trate de una mera liberalidad o tolerancia del empresario, sino de aquella voluntad de atribuir un derecho al trabajador.”<sup>14</sup> En cambio, en el caso concreto la Audiencia considera que tan solo se había probado que existía un horario flexible y que la empresa permitía que se saliese del centro para fumar o desayunar, no que dicho tiempo se considerase de trabajo efectivo (entre otras cosas porque no existía control de la jornada laboral).

Como vemos, es evidente en este caso que la obligatoriedad del sistema de registro no siempre va a derivar en un aumento de la protección de los trabajadores evitando abusos por parte de la empresa, sino que en determinados supuestos también puede revertir en su contra.

Esta sentencia es también relevante en otros aspectos, no solo en lo relativo a este tema tan mediático de las pequeñas pausas intrajornada. En primer lugar, en cuanto a la validez de un sistema que no ha llegado a ser pactado con los representantes de los trabajadores (como es el caso). La AN considera que es suficiente con que se hayan producido una serie de reuniones e intercambiado

<sup>13</sup> FD 4º.

<sup>14</sup> STS de 2-10-2019