

EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA

Raquel Poquet Catalá

*Professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social
Universitat de València*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Notas configuradoras
3. MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO
 - 3.1. Antecedentes
 - 3.2. Ámbito laboral
 - 3.3. Ámbito de la Administración Pública
4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO
5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
 - 5.1. Antecedentes normativos
 - 5.2. Antecedentes judiciales nacionales
 - 5.3. Antecedentes judiciales comunitarios
 - 5.4. Antecedentes normativos en la Administración Pública
6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO
 - 6.1. Legislación de la Administración Pública
 - 6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas
 - 6.3. Legislación laboral
7. CONCLUSIÓN
8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Si el teletrabajo ya constituía una incipiente y, cada vez más creciente, modalidad de prestación de servicios en los últimos años, con la crisis sanitaria causada por la pandemia declarada el pasado 11 de marzo de 2020 por la OMS, se ha precipitado la implementación de esta modalidad de trabajo a distancia. De hecho, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su art. 5, se refiere al carácter preferente del teletrabajo, previendo que se establecerán sistemas de organización del trabajo que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia (teletrabajo), debiendo la empresa o entidad pública adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Esta medida, además, debe ser prioritaria frente al cese temporal o la reducción de la actividad.

Su Exposición de Motivos ya señalaba que *“las recomendaciones de las Autoridades Sanitarias dirigidas a reducir la expansión del COVID-19 han puesto de manifiesto los beneficios de la modalidad del trabajo no presencial, en aquellos puestos en que resulta posible, por su capacidad potencial de reducir la probabilidad de exposición y contagio por COVID-19. Gracias a las herramientas informáticas y digitales, pueden realizarse las tareas laborales diarias desde dispositivos conectados a Internet, incluyendo reuniones online, llamadas «virtuales» vía voz, videoconferencias o envío de documentos internos”*.

Asimismo, el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, prorroga también el carácter preferente del trabajo a distancia frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, que mantendrá su vigencia hasta 3 meses después del fin de la vigencia del estado de alarma. La misma prórroga se establece para la concreción mediante trabajo a distancia del derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19.

En el ámbito concreto de la Administración Pública, por Resolución de 10 de marzo de 2020, del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública sobre medidas a adoptar en la Administración General del Estado (AGE) con motivo del COVID-19, se contemplaba el uso del teletrabajo como una de las medidas de frenar la propagación del COVID-19. Expresamente se indicaba que *“en supuestos debidamente justificados se permitirá modalidades no presenciales de trabajo, previa autorización de los titulares de las Subsecretarías de los Departamentos ministeriales con el objetivo de garantizar la prestación de los servicios públicos. En aquellos Departamentos que ya tengan implantada dicha modalidad de prestación del servicio se mantendrán vigentes las condiciones previstas en dicho régimen”*.

Y, en términos similares, procedieron las comunidades autónomas y entidades locales respecto a su personal a través de sus propias instrucciones y resoluciones.

(S

La urgencia y precipitación en activar el teletrabajo para sus personas empleadas por parte de las distintas Administraciones (AGE, autonómica y local) en esta situación excepcional no puede ocultar la existencia de serias limitaciones que han dificultado su implantación, tan simple, como que unos departamentos ya tenían implantado el teletrabajo, mientras que otros no, o unos contaban con una alta digitalización de los procedimientos administrativos, mientras que otros no.

De hecho, según un informe de Gartner que recoge una muestra mundial, la situación ocasionada por el COVID-19 ha provocado que un 74% de las empresas haya decidido instaurar de manera permanente el teletrabajo en al menos un 5% de su plantilla una vez terminada la crisis del coronavirus. Y una cuarta parte de las empresas encuestadas pasarán al menos al 20% de sus empleados y empleadas a trabajar en remoto. De cualquier forma, a pesar de esta puesta en marcha, en España, y aunque, según datos de Eurofond, un 30 % de las personas ocupadas ha pasado a prestar sus servicios en la modalidad de teletrabajo, esta cifra se sitúa bastante alejada de la de otros países como Bélgica, Países Bajos o Finlandia donde más de la mitad de las personas trabajadoras han pasado a prestar servicios desde casa. Antes de esta crisis, Países Bajos (14%), Finlandia (13,3%) y Luxemburgo (11%) eran los países europeos con mayor número de personas teletrabajadoras, el triple que en España, que apenas alcanzaba ese exiguo 4%, según datos de Eurostat.

En la Administración General del Estado el porcentaje de personal en activo que prestaba servicios en modalidad no presencial, a fecha de 3 de abril de 2020, según la información proporcionada por la Dirección General de Función Pública fue del 66,80%. El resto del personal estaría dentro de los servicios esenciales (29,39%), cuya prestación se considera imprescindible realizarla de forma presencial (por ejemplo, los funcionarios con destino en los establecimientos penitenciarios) o en aislamiento por motivo del COVID-19 (3,81%).

Como prueba de ello, está el hecho de que el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula el permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, dejó fuera de su ámbito de aplicación con carácter general al personal público, pues su disposición adicional primera señalaba que *"el Ministerio de Política Territorial y Función Pública y los competentes en las comunidades autónomas y entidades locales quedan habilitados para dictar las instrucciones y resoluciones que sean necesarias para regular la prestación de servicios de los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, con el objeto de mantener el funcionamiento de los servicios públicos que se consideren esenciales"*. Por tanto, este permiso retribuido recuperable no fue de aplicación general al personal funcionario, ni al personal laboral de departamentos ministeriales, organismos autónomos, agencias estatales, entes públicos, entidades públicas empresariales y organismos reguladores.

Muestra más de la implantación del teletrabajo en la Administración se puede observar en titulares como *"Cataluña da teletrabajo a todos sus*

funcionarios y les compra 8.000 portátiles” (El Confidencial, 29 de marzo de 2020); o “El 95% de los funcionarios de la Administración regional [Murcia] trabaja desde su casa” (La Opinión de Murcia, 8 de abril de 2020).

No obstante, ello no debe ser incompatible con que, como indica la exposición de Motivos RDL 8/2019, “*las reglas sobre limitación de la jornada laboral son uno de los elementos que están en el origen del Derecho del Trabajo. Estas reglas se configuran como un elemento de protección de las personas trabajadoras y se aglutinan en torno al establecimiento legal de una jornada máxima de trabajo y su indisponibilidad para las partes del contrato de trabajo, al ser normas de derecho necesario*”.

2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO

2.1. Concepto

Fue en la década de los setenta, en la época de la crisis del petróleo, cuando JACK NILLES (1973), considerado el “padre” del teletrabajo, hizo referencia a uno de los cambios más drásticos en la organización del trabajo, esto es, “enviar el trabajo al trabajador en vez de enviar el trabajador al trabajo”. Se trataba de sustituir los desplazamientos al trabajo gracias a la posibilidad de trabajar de forma no presencial que ofrece el desarrollo de las TIC. Con ello, se ponían en duda los dos ejes centrales de la tradicional relación laboral: la relación entre la persona trabajadora y su lugar de trabajo, por una parte, y la caracterización del horario como elemento definitorio del trabajo, por otra. Lógicamente, debe tenerse presente que las TIC de aquel momento, nada tienen que ver con las actuales¹.

En los años 90, la OIT lo definió como “un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías”². Veinte años más tarde, la aproximación de la OIT se simplificó y modernizó, haciendo referencia al “trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o una computadora”³. Es decir, para la OIT, el término “trabajo a distancia” no cuenta con una definición propia y remite a “teletrabajo”. De este modo, en principio, podría pensarse que tanto “trabajo a distancia”, como “teletrabajo” o “trabajo a domicilio” son sinónimos en determinados contextos e intercambiables. Sin embargo, no es así, pues cada uno de ellos posee una parcela propia. El “trabajo a distancia” acentúa el carácter remoto del servicio prestado, el “teletrabajo” pone de relieve el uso de las TIC, y el “trabajo a domicilio” resalta la tarea que se lleva a cabo en la residencia habitual de la persona trabajadora.

Según el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo puede conceptuarse como “una forma de organización y/o de realización del

¹ THIBAUT ARANDA, J., *Relaciones laborales e internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 (versión on line)

² DI MARTINO, V. Y WIRTH, L., “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida”, *Revista Internacional del Trabajo*, 109, 1990. p. 6.

³ Tesauro de la OIT, disponible en: <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp>

trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”.

A nivel nacional, un sector doctrinal lo conceptúa como “todo trabajo que se realiza por medio de un sistema informático o de telecomunicación e independientemente del lugar en que esa realización se produce (sentido amplio) o fuera de la empresa a la cual se dirige (sentido propio)”. Otro sector lo define como “aquellas actividades laborales prestadas total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones”⁴.

Por su parte, la doctrina judicial⁵ lo define como una relación laboral “propiciada por las nuevas tecnologías que mejoran la calidad de vida de nuestra sociedad y permiten nuevas formas de relacionarse que deben ser reguladas legalmente y amparadas por la legislación vigente, que no puede quedar burlada”, debiendo, además, “asimilar a la presencia física la presencia virtual”.

Por tanto, de estas definiciones se puede señalar que las características básicas de esta emergente modalidad organizativa del trabajo que lo diferencian de otras, especialmente, del contrato de trabajo a distancia, son fundamentalmente la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el lugar de prestación de trabajo. Por un lado, el uso de estas nuevas tecnologías es la herramienta básica del teletrabajo, pues sin ellas no se podría prestar y, por tanto, no se estaría ante esta modalidad contractual. Por otro lado, en cuanto al lugar de trabajo, se requiere también que se preste fuera de la sede física de la empresa, pudiendo ser tanto en el domicilio de la persona trabajadora como en cualquier otro establecido al efecto como podrían ser los denominados “telecentros” o “centros de recursos compartidos”, o bien en centro satélite o móvil⁶.

Por tanto, ni todas las situaciones posibles de trabajo a distancia son manifestaciones del teletrabajo, ni tampoco todas las actividades que se presten en régimen de teletrabajo serán al mismo tiempo supuestos de trabajo a distancia, ni mucho menos trabajo a domicilio.

La NTP 1122⁷ va más allá y, además del teletrabajo en el hogar, define unas nuevas formas mixtas de organización del trabajo que combinan la realización del trabajo en el domicilio con el realizado en la oficina de la empresa como es “el teletrabajo suplementario u ocasional (puede entenderse como aquel en el que el trabajador pasa uno o varios días de trabajo en el hogar –en función de la fuente consultada- a la semana) y/o el

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2002. p. 113.

⁵ STSJ Madrid, sala de lo social, de 30 de septiembre de 1999, rec. núm. 2938/1999.

⁶ CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, (versión on line).

⁷ MANZANO SANTAMARÍA, N., *NTP 1122: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*. Madrid: INSSBT, 2018. Disponible en <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>

teletrabajo alterno (aquel en el que el trabajador divide su tiempo de dedicación al trabajo entre la oficina y el hogar)", como sería el caso del teletrabajo en la Administración Pública.

Asimismo, añade nuevas categorías como el teletrabajo móvil o trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo nómada, que han dado "respuesta a un mercado cada vez más global, competitivo y deslocalizado, apostando por la flexibilidad como medio para adaptarse a los continuos cambios del mercado y los procesos productivos, alcanzando mayor visibilidad alrededor del año 2000 y aumentando progresivamente desde entonces". El trabajo móvil basado en las TIC es definido por EUROFOND como aquel donde "el trabajador (ya sea empleado o autónomo) opera desde varias posibles localizaciones fuera de las instalaciones de su empresa, por ejemplo, desde su casa, desde la instalación del cliente o en desplazamiento, apoyándose en la terminología moderna como un portátil y una tablet"⁸.

Por su parte, el trabajo nómada es definido como una "forma extrema de trabajo móvil, caracterizada (al igual que los teletrabajadores móviles), por el uso de las TIC, la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, la movilidad física, etc., y por tres características específicas que marcan la diferencia: viajan de manera intensiva durante la mayoría de su tiempo, no están fuertemente vinculados a ninguna oficina o lugar de trabajo trascendiendo la necesidad de acudir a un centro de trabajo físico, y la necesidad de llevar, gestionar, reconfigurar sus propios recursos (ordenador, fax, impresora, conexión a internet, toma de corriente, etc.) cuando realizan su trabajo en diferentes localizaciones"⁹. Como se observa pues, cada vez más se está evolucionando hacia esta nueva modalidad de trabajo nómada donde éste viaja junto con la persona trabajadora, en sus dispositivos, ya sea en el ordenador portátil, en la tablet o en el móvil, desde los cuales se realizan muchas gestiones.

El RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, también diferencia entre el trabajo a distancia, esto es, "forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular", y el teletrabajo, definido como "aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación".

Por tanto, a mi entender, el trabajo a distancia sería la categoría general que engloba varias submodalidades, entre ellas, el trabajo a domicilio y el teletrabajo, modalidad esta última que aglutina al trabajo nómada y el teletrabajo móvil. De ahí que se abogue por crear un nuevo concepto, cual es, el "trabajo digital a distancia", que englobaría las diferentes formas de trabajo con TIC y a distancia¹⁰.

⁸ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2015, 7

⁹ MANZANO SANTAMARÍA, N., *NTP 1122: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*. Madrid: INSSBT, 2018. Disponible en <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>, citando a MAKOTO, N.; MARK, G., *Designing for Nomadic Work*. Irvine, Department of Informatics, University of California, 2008.

¹⁰ ARRIETA IDIAKEZ, F. J., "La desconexión digital y el registro diario en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019. p. 7.

2.2. Notas configuradoras

Teniendo presente las anteriores definiciones y el hecho de que el teletrabajo debe prestarlo necesariamente una persona física, las notas que lo caracterizan son básicamente tres¹¹, las cuales, además, deben darse simultáneamente¹² para poder hablar de esta modalidad de prestación de servicios. La primera es la localización, por cuanto el espacio físico en el que se desarrolla la actividad laboral se encuentra fuera de la empresa. En segundo lugar, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En tercer lugar, es preciso que se produzca un cambio en la organización y realización del trabajo, característica que afecta con profundidad en el horario/jornada de trabajo y su control empresarial.

a) La localización

En cuanto al lugar de prestación de servicios como elemento configurador, éste se sitúa fuera de la empresa. Por ello, se podría afirmar que el trabajo es realizado lejos de donde es esperado el resultado, a distancia de la empresa o del cliente que lo ha contratado. La persona trabajadora ya no realiza, pues, sus tareas en los centros habituales de la empresa, sino que ese lugar de trabajo existe y varía según el tipo de trabajo que se desarrolle, pero ya no es dispuesto, con carácter general, por la empresa.

No obstante, cabe recordar las matizaciones indicadas anteriormente, pues se debe diferenciar del trabajo a distancia en que el teletrabajo se trata de una prestación de servicios realizada en un lugar distinto a la sede empresarial, esto es, un verdadero trabajo a distancia.

Así la doctrina judicial¹³ ha señalado, en un caso de un trabajador que prestaba servicios de colaboración periodística fuera de la empresa, concretamente en el domicilio de la actora, acudiendo regularmente al centro de trabajo, aunque no para desempeñar sus tareas, sino someramente para recibir encargos e instrucciones, que se cumple con la primera premisa del teletrabajo, por lo que se estaría ante un trabajo a distancia, normalmente en el domicilio de la persona teletrabajadora.

La elección del lugar recae sobre la persona teletrabajadora o por acuerdo con la empresa, porque en el caso de que lo fije unilateralmente la empresa se está ante un ejercicio del poder de dirección que se extralimita del art. 20.1 ET, pues así se deduce del art. 7 RDL 28/2020.

b) Nuevas tecnologías

La segunda nota característica es la referida a los medios utilizados para ejecutar la prestación laboral, no siendo válido cualquier instrumento,

¹¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: MTSS. 2001.

¹² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTSS, 2000. p. 761.

¹³ STSJ Asturias, sala de lo social, de 14 de abril de 2000, rec. núm. 51/2000.

sino que se requiere la utilización de sistemas informáticos y de comunicación avanzados (teléfonos móviles, ordenadores, correo electrónico o internet). Partiendo de esta premisa se puede afirmar que la persona teletrabajadora está cualificada, o al menos, adaptada a las nuevas tecnologías. Es este elemento configurador el que puede haber hecho que se aparte definitivamente del contrato a domicilio clásico, pues a diferencia de éste, la persona teletrabajadora realiza labores especializadas, de creación e innovación, lo que supone una mayor preparación de aquella que realiza las tareas. Por tanto, el teletrabajo lejos de ser un nuevo trabajo a domicilio necesita de otras características que lo configuran como una modalidad distinta, pese a tener elementos comunes con aquél. Consiste fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones, inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del trabajo a domicilio tradicional basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles¹⁴.

c) Cambio en la organización del trabajo

Es obvio que en esta nueva forma de prestación del trabajo las fronteras entre una relación laboral y un arrendamiento de servicios no son tan claras, pues como se examinará a continuación, se pone en duda, muchas veces, la existencia de las notas configuradoras del contrato de trabajo, especialmente, la dependencia y la subordinación de la persona trabajadora.

Es cierto que la persona teletrabajadora en su prestación de servicios va acompañado de una cierta independencia a la hora de organizar su trabajo. Así en cuanto al tiempo de trabajo no se ve sometido a un horario, o al menos, no tan rígido como el que presta sus servicios de forma presencial, de manera que la persona teletrabajadora puede determinar cuáles son las horas que dedica al trabajo y cuáles al ocio, aunque no hay que olvidar que está la posibilidad de que pase todo lo contrario, es decir, que, en determinados casos, en situaciones de acumulación de trabajo, sobrepase la jornada laboral. De ahí que ya se propuso hace más de 35 años que se establecieran unos mecanismos de control a través de los programas informáticos que permitan conocer el tiempo real de prestación de servicios, y así, determinar el cumplimiento de las jornadas máximas y el disfrute de los descansos¹⁵. Para que ello se produzca es necesario que exista comunicación con la empresa. De ahí la importancia que juegan los medios informáticos, a través de los cuales la persona trabajadora puede ponerse en contacto con la empresa y recibir de ésta órdenes e instrucciones. Por tanto, el ordenador de la persona teletrabajadora, al estar conectado con la empresa, permite no sólo la realización del trabajo, sino también el control de la actividad de la persona trabajadora, control que se concreta en el ejercicio de los poderes empresariales. Así, la comunicación interactiva persona trabajadora/empresa potencia, por ello, el que se esté ante un teletrabajo, sometido a las órdenes y directrices de la empresa¹⁶.

¹⁴ MORGADO PANADERO, P., “El teletrabajo: nueva formación de prestación de servicios (avance jurisprudencial)”, *AL*, núm. 16, 2004. p. 1915.

¹⁵ GARCÍA NINET, I., “Contrato de trabajo a domicilio”, en AA.VV., *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, Tomo III, 1985. p. 487.

¹⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores, 1997. p. 59.

De esta forma, el teletrabajo supone una nueva forma de organización y de ejecución de la prestación de trabajo, donde se deben buscar nuevos indicios de subordinación que respondan a estas nuevas tecnologías. En esta línea se pronuncia también el TS al señalar que "en el actual sistema de producción, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso"¹⁷. Por tanto, en relación con la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo se señala que no se tiene que exigir una dependencia absoluta de la persona trabajadora frente a la empresa, sino que cabe una cierta autonomía a la hora de organizar su trabajo, bastando pues con que el sujeto esté incluido dentro de un ámbito organicista y rector de la persona para la que realice la actividad¹⁸.

En definitiva, y como resumen podría decirse que las características del teletrabajo son las siguientes: "1.-El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en su domicilio particular. 2.-Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales. 3.-La utilización de nuevos instrumentos de trabajo como pueden ser videoterminal, videoconferencia, telefax, etc. 4.-Una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador"¹⁹.

3. MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO

3.1. Antecedentes

Los primeros pasos en la regulación del teletrabajo se sitúan en la Comisión Delors en los años noventa, cuando realizó una serie de recomendaciones de carácter general. Así, en diciembre de 1993 publica el "Libro Blanco de la Comisión sobre Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI". Posteriormente, en 1994, se elaboró el "Informe Bangemann sobre Europa y la Sociedad Mundial de la Información. Recomendaciones al Consejo"; y la citada Comisión adoptó el "Plan de Actuación Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información".

Además, el Libro Verde de la Comisión de 16 de abril de 1997²⁰ hacía hincapié en la necesidad de regular el teletrabajo, y en 1998 la Comisión elaboró la Comunicación "Modernizar la Organización del Trabajo. Actitud positiva ante el cambio"²¹ donde propone que sean los interlocutores sociales los que intervengan para regular esta nueva forma de organización del

¹⁷ STS, sala de lo social, de 8 de octubre de 1992, rec. núm. 2754/1991.

¹⁸ STS, sala de lo social, de 22 de octubre de 1983.

¹⁹ SAN, sala de lo social, de 31 de mayo de 2004, st. núm. 42/2004.

²⁰ Comunicación núm. 128, 1997

²¹ Comunicación núm. 98, 1998

trabajo por cuenta ajena²².

Así se aprueba el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, que regula la definición y el campo de aplicación del mismo, su carácter voluntario y diversos aspectos del mismo, como la seguridad y salud señalando que la empresa es responsable de la protección de la salud y seguridad profesional de la persona teletrabajadora, de tal forma que la empresa debe informar a la persona teletrabajadora sobre la política de la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo, en particular, sobre las pantallas de visualización de datos. Cabe tener presente que este acuerdo es de carácter no vinculante, pues es fruto de las voluntades de los agentes sociales a nivel comunitario para influir en la negociación colectiva y su aplicación efectiva depende de la voluntad de diálogo social.

Asimismo, en España, contamos con el Libro Blanco del Teletrabajo (junio, 2012) que se conforma como un informe sobre la situación del teletrabajo y su aplicación, y la Nota Técnica de Prevención núm. 412 constituye una guía para la implementación del teletrabajo.

3.2. Ámbito laboral

A nivel jurídico-laboral, esta modalidad de organización del trabajo quedó incorporada en nuestro ordenamiento laboral mediante la reforma operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, donde se reguló por primera vez la figura del teletrabajo o, mejor dicho, "*trabajo a distancia*", definiéndolo como "*aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*". Lo configura como una modalidad voluntaria, donde la persona teletrabajadora goza de los mismos derechos que los presenciales y en relación con la prevención de riesgos laborales, en su apartado 4, se determina que "*los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo*".

Paralelamente, el II Acuerdo para la Negociación Colectiva²³ lo incluyó entre una de sus medidas para permitir un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, como una de las "formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías", y estableciendo algunos criterios orientadores en la negociación, como son, el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para la persona trabajadora como para la empresa, la igualdad de derechos de las personas teletrabajadoras con respecto a las personas trabajadoras presenciales, o la importancia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos laborales o la formación de las personas

²² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: MTSS. 2001.

²³ Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014.

teletrabajadoras. De igual modo, el III Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2015, 2016, 2017, de 8 de junio de 2015 (y, por remisión, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, Resolución de 17 de julio de 2018) también hace hincapié en el teletrabajo en su punto 4 indicando que sería deseable que se negociasen en esta materia "aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc."

Con posterioridad, con el RDL 6/2019²⁴ se intenta promover también su uso, pues se reconoce en el art. 34.8 ET el derecho de las personas trabajadoras de solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación del mismo, incluyendo la prestación del trabajo a distancia, como medida para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Finalmente, con el RDL 8/2020 citado anteriormente, como medida para hacer frente al impacto de la pandemia causada por el COVID-19, se determina el carácter preferente y prioritario de esta modalidad de prestación de trabajo.

En la actualidad, el RDL 28/2020, regula el teletrabajo, destacando como características básicas las siguientes. Por un lado, el carácter voluntario y no obligatorio en su prestación. En segundo lugar, la libertad para la elección de horario, siempre dentro de unos límites y siempre que se garantice la conciliación de la vida laboral y familiar. En tercer lugar, los gastos y herramientas deben ser compensados, en cierta forma, por la empresa. Se prevé también como derecho básico a respetar la desconexión digital, y el derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

3.3 Ámbito de la Administración Pública

En el sector público no existía ninguna referencia expresa al trabajo a distancia, ni al teletrabajo en el EBEP, hasta la recién reforma llevada a cabo por el RDL 29/2020.

Sin embargo, fue un sector pionero en la implementación del mismo. Así destaca el Plan Concilia²⁵, como primer plan piloto, y posteriormente la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, que promovió la extensión de esta experiencia piloto al resto de departamentos y organismos públicos. En esta Orden se hace referencia al teletrabajo como una "*nueva fórmula basada en las tecnologías de la información*", como una "*modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial*", por la que una persona empleada de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio. Concretamente, lo define como "*toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la*

²⁴ De 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo y la ocupación.

²⁵ Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005.

política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos". La finalidad de este proyecto era la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En este pilotaje, era cada programa piloto en concreto el que determinaba la jornada y horario aplicable al personal empleado público que participaba.

De hecho, se publicó un *Manual para la Implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado* por el Ministerio de Administraciones Públicas, aunque con carácter meramente informativo, en el que se añadía la potenciación del trabajo en términos objetivos, al margen del tiempo de presencia, el aumento del compromiso y la motivación del personal.

Ahondando un poco más en la citada Orden APU/1981/2006, del Ministerio de Administraciones Públicas, además de su definición del teletrabajo, de su referencia al Plan Concilia como mecanismo de conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar, destaca que en materia de jornada y horarios no se aplica al personal participante en estos programas de teletrabajo la Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado.

Tras el plan piloto, y en atención a la disposición final sexta de la derogada L 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que recoge una habilitación para regular las condiciones del teletrabajo en la Administración General del Estado, se elaboró el proyecto de real decreto de regulación del teletrabajo de 8 de mayo de 2007, pero que no vio la luz.

Y, como se ha dicho, a causa de la crisis sanitaria, el art. 5 RDL 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, regula el "*carácter preferente del trabajo a distancia*". A mayor abundamiento, el art. 6 del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, indica que le corresponde a los Ayuntamientos la "*gestión ordinaria de sus servicios*", unos servicios tras de los cuales se encuentran unos empleados públicos que, en la medida de lo posible, deben seguir trabajando desde casa. Y todo ello sin perjuicio de las medidas que tome el Alcalde sobre organización del trabajo en el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus competencias al respecto.

Y, por último, recientemente, se ha aprobado el RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que añade un nuevo artículo 47 bis al RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, definiendo el teletrabajo como "*aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación*".

En Cataluña, por un lado, el art. 108.2.g) Decreto Legislativo 1/1997²⁶ establece que la jornada y el horario de trabajo se determinarán por reglamento en función de la mejor atención a los administrados, de los objetivos señalados en los servicios y del buen funcionamiento de estos. De ello cabe deducir, pues, que la forma de prestación de los servicios en régimen del teletrabajo se tiene que regular mediante disposición reglamentaria.

Como consecuencia, la Instrucción 2/2008 de la Secretaria de Función Pública y Modernización de la Administración impulsó un proyecto para incorporar el teletrabajo como experiencia piloto. Tras la misma, se decidió seguir con otro segundo plan piloto, hasta la negociación de la Ley sobre teletrabajo. Así se aprueba el Acuerdo del Govern de la Generalitat (Acord GOV 28/2020, de 18 de febrero) sobre medidas aplicables al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos, que incorpora transitoriamente la regulación de la prestación de servicios mediante la modalidad de teletrabajo. Para su ejecución se dicta la Instrucción 1/2020, de 28 de febrero, sobre el procedimiento de autorización para la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos que presta servicios en el Distrito Administrativo de la Generalitat de Cataluña en Barcelona.

La Instrucción 5/2020, de 24 de mayo, también regula la prestación de servicios de forma preferente mediante el teletrabajo, definiéndolo como la forma de organización del trabajo en virtud de la cual la jornada se desarrolla de manera no presencial y mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Finalmente, se ha aprobado el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus organismos autónomos. Este Decreto es aplicable al personal al servicio de la Administración de la Generalidad y de sus organismos autónomos, con excepción del personal docente, el personal estatutario de los servicios de salud, así como el personal de los cuerpos de *Mossos d'Esquadra*, Bomberos y Agentes Rurales y el personal que ocupa puestos de trabajo en centros penitenciarios y de justicia juvenil, los cuales se rigen por sus normas, pactos o acuerdos específicos (art. 2). Por tanto, en principio, el personal funcionario de la Administración local queda incluido en su ámbito de aplicación, así como también el personal laboral, aunque para este último, cabe atenerse también, en principio, a la regulación laboral.

El art. 1 empieza definiendo el teletrabajo como "*una modalidad de prestación de servicios en la que una parte de la jornada laboral se desarrolla de manera no presencial y mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación*". Como se observa, pues, se parte de su carácter parcial, esto es, sin que sea el régimen de prestación de servicios de forma exclusiva. Es decir, no se prevé la prestación de teletrabajo de forma exclusiva, sino combinándolo con la presencial, de tal forma que se podrán prestar en modalidad de teletrabajo hasta un máximo de dos jornadas diarias enteras. Las jornadas de teletrabajo admiten flexibilidad, respetando las pausas y los descansos entre jornadas, con franjas horarias de disponibilidad

²⁶ De 31 de octubre, por el cual se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

obligatoria para la interconexión y coordinación que se establecen dentro del horario de permanencia obligatoria.

El hecho de que se acuerde el régimen de teletrabajo no puede implicar un aumento de la jornada laboral de los empleados públicos, por lo que se debe respetar la media semanal de 37,5 horas. La disposición adicional primera es la que establece, en relación con el control horario, que la Administración habilitará los mecanismos de control horario a efectos de registrar la jornada, y por tanto, sin detallar dichos instrumentos de control.

Debe destacarse, como norma autonómica pionera en la regulación del teletrabajo, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, cuya Disposición adicional décima estableció que *"la administración de la Generalitat, en el marco del Plan para la Implantación de la Administración Electrónica, y de garantía en el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, incorporará las fórmulas telemáticas más adecuadas para hacer posible la implantación del teletrabajo. La definición de los ámbitos funcionariales o colectivos en los que pueda ser posible el teletrabajo, en atención a sus características o por las funciones que deban desempeñar, será delimitada reglamentariamente"*. Dicho desarrollo reglamentario se abordó mediante el Decreto 82/2016, de 8 de julio, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat. En su Preámbulo se indica que *"el trabajo desde el domicilio supone una forma de trabajar con información, mediante herramientas informáticas y telemáticas y sin dependencia de un espacio concreto. Se trata de aprovechar las ventajas de estas tecnologías, fundamentalmente respecto a la adaptabilidad en la prestación laboral que aportan espacial y temporalmente. Asimismo, cada vez son mayores las demandas de medidas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral que faciliten la compatibilización del cumplimiento de las tareas profesionales con un desarrollo satisfactorio de las condiciones personales. También a ellas pretende dar respuesta la implantación del teletrabajo, habiéndose manifestado sus bondades en este sentido allá donde hay experiencias de su implantación. Esta forma de organización del trabajo puede suponer importantes beneficios, tanto para la organización como para el personal afectado. Por una parte, a la Administración le permite reorganizar los procesos de trabajo redefiniendo objetivos, obteniendo, mediante un trabajo orientado a resultados, una mejor gestión del tiempo, una mejora de la calidad en la prestación de los servicios que se prestan a la ciudadanía. Por otra, a la persona teletrabajadora se le posibilita flexibilizar su jornada laboral para adaptarla a sus circunstancias personales y familiares, hecho que, sin duda, aumenta su compromiso y nivel de motivación y singulariza de forma más concreta los derechos generales subjetivos de los que es titular"*.

En relación con la implantación de la Administración Electrónica cabe reflexionar que si se implanta esta digitalización y electronificación de los expedientes y actos administrativos, significa, en el fondo, que el personal empleado público está obligado a utilizar los medios telemáticos, tanto entre sí como con los ciudadanos, por lo que, el camino final es implantar el teletrabajo sin repujos alguno. En realidad, se puede afirmar que, el personal empleado público ya es, en cierta forma, personas teletrabajadoras, pues las

herramientas que dan soporte al funcionamiento electrónico o telemático de la Administración son propios de la modalidad de teletrabajo.

Es decir, con la electrificación del procedimiento administrativo puesto en marcha con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y según el art. 70.2, el expediente administrativo es electrónico, y según el art. 75.2 las gestiones y trámites y actos administrativos se tramitan y se firman a través de plataformas con acceso personalizado para el empleado público. Ello significa que cualquier empleado público puede acceder a la plataforma, operar en ella y desempeñar sus funciones de tramitación desde cualquier equipo informático que cuente con conexión a internet, teniendo en ese momento acceso al expediente administrativo del mismo modo que si estuviese en el centro de trabajo.

4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

Debe partirse de la premisa de que una característica por excelencia del teletrabajo es su flexibilidad en lo referente a la ordenación y distribución del tiempo de trabajo, pero ello no significa que no cumpla con su horario.

En este sentido, cabe diferenciar entre jornada y horario. La jornada fija un límite de duración máxima temporal de los servicios prestados por la persona trabajadora durante un período de tiempo. En palabras de la doctrina, la jornada es "el tiempo que cada día, cada semana o cada año, ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo, constituyendo la jornada una primera aproximación para medir la prestación que el trabajador debe"²⁷. Mientras que el horario determina el momento inicial y final de su prestación de servicios y su distribución a lo largo de la jornada diaria. Es decir, el horario fija la hora de inicio y de fin de la prestación de servicios.

En la Administración Pública, cuando se trata del trabajo presencial, la distribución de la jornada y la fijación de los horarios se realiza, en general, previa negociación con la representación de los empleados públicos.

Pero cuando se trata de la modalidad de teletrabajo, debe tenerse en cuenta que una de sus principales singularidades es la flexibilidad en la ordenación del tiempo de teletrabajo. El teletrabajo va íntimamente ligado a la idea de autonomía de la persona teletrabajadora, ya que le permite una mayor disponibilidad de administrar el tiempo de trabajo, con lo que se pretende, al fin y al cabo, una mayor productividad. No obstante, no debe perderse de vista que esta mayor autonomía en la organización del tiempo dedicado a la actividad profesional puede interferir entre la separación entre vida personal o familiar y vida profesional, aspecto que debe ser cuidado también.

De hecho, la doctrina se había planteado si las personas teletrabajadoras quedaban sometidas o no al régimen legal de la jornada de la misma forma que una persona presencial.

²⁷ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 265.

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

5.1. Antecedentes normativos

La importancia de la jornada de trabajo en el contrato de trabajo queda evidenciada en que el primer Convenio de la OIT, el Convenio núm. 1²⁸, tiene como fin, precisamente, limitar la jornada laboral, fijando así un máximo de ocho horas de trabajo al día y cuarenta y ocho a la semana en las empresas industriales. Su art. 7 c) obliga al empresario a "*inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los arts. 3 y 6 del presente convenio*". Además, no es el único Convenio que tiene como fin controlar el tiempo de trabajo, pues también se cuenta con el Convenio núm. 30²⁹ cuyo art. 11.2 prevé la inscripción en un registro de todas las horas de trabajo extraordinarias efectuadas y el importe de la remuneración.

Como se observa, en estos Convenios únicamente se hace referencia a la obligación de registrar las horas extraordinarias, no la jornada ordinaria de trabajo.

No obstante, el art. 8 Convenio núm. 1 OIT y el art. 11 Convenio núm. 30 establecen que la empresa debe dar a conocer, por medio de carteles colocados en sitios visibles de la empresa la hora en que comience y termine el trabajo, y si el trabajo se realiza por equipos, las horas en que comienza y finaliza el trabajo de cada equipo, añadiendo que las horas se fijarán de manera que no excedan de los límites del convenio y, una vez notificadas, no podrán modificarse sino en el modo y con el aviso aprobado por el Gobierno. De esta exigencia un sector doctrinal³⁰ considera que se deduce la necesidad de dar a conocer la información sobre el inicio y fin de la jornada ordinaria de trabajo, por lo que esta delimitación entre hora ordinaria y hora extraordinaria, debe llevar necesariamente a realizar un control de la jornada ordinaria de trabajo.

También la Recomendación núm. 116³¹, aunque carezca del carácter vinculante, prevé en su art. 21 una serie de medidas proponiendo que "debería obligarse a los empleadores a inscribir en un registro, en forma que pueda ser aceptada por la autoridad competente, las horas de trabajo, los salarios y las horas extraordinarias por trabajador, y a presentar a la Inspección dicho registro siempre que se le solicite".

²⁸ De 28 de noviembre de 1919, Convenio por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales. Su art. 2 establecía que "*en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación*".

²⁹ De 10 de junio de 1930, Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas).

³⁰ LILLO PÉREZ, E., "Notas sobre la realidad de la jornada laboral en España y el derecho a la limitación de la jornada de los trabajadores como consecuencia ineludible de la protección de la salud laboral de los mismos. La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria", *Ciudad del Trabajo*, núm. 7, 2018. p. 40.

³¹ De 6 de junio de 1962, sobre la reducción de la duración del trabajo.

A nivel comunitario, destaca la Directiva 2003/88/CE³² que establece las condiciones mínimas de seguridad y salud relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo, los periodos de descanso y pausas diarias, el descanso semanal, la duración máxima del trabajo semanal, las vacaciones anuales y determinados aspectos del trabajo nocturno y el trabajo a turnos. Su art. 22 prevé una serie de disposiciones de las cuales se deduce la obligación de controlar y registrar el horario de trabajo. Así establece que *"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".

Asimismo, la Directiva 89/391/CEE³³ también es importante en materia de limitación de la jornada de trabajo, pues el derecho al descanso requiere que exista un control del tiempo de trabajo para así garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, así como los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar o personal. En este sentido, la conexión entre la salud y la ausencia de límites y de control en el tiempo de trabajo, especialmente en el caso de las personas teletrabajadoras, requiere un control y registro del mismo.

A nivel nacional, no ha existido ninguna previsión normativa expresa que estableciera la obligación de registro hasta el RD 1561/1995³⁴, que regula para los trabajadores móviles de transporte por carretera que la empresa deberá *"llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles"* debiéndose conservar durante tres años después de que finalice el periodo considerado (art. 10 bis 5). Respecto del trabajo en la marina mercante también se establece la obligación de llevar *"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*

³² De 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

³³ De 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

³⁴ De 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

común de trabajo a bordo y en inglés" (art. 18 bis). Y en relación con los trabajadores móviles que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario también quedan las empresas ferroviarias obligadas a *"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"*.

Posteriormente, el RDL 16/2013³⁵ ha reformado el art. 12.4 ET para establecer que *"la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5"*.

Y, finalmente, ha sido el RDL 8/2019³⁶ que incluye, entre otras medidas, un conjunto de disposiciones dirigidas a establecer el registro de la jornada de trabajo. La finalidad no es más que, como indica su exposición de motivos, *"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"*.

El citado RDL 8/2019 justifica en su exposición de motivos que el objetivo es acabar con la extralimitación horaria que ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, debido a la ausencia en el ET de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada que realizan las personas trabajadoras.

Este establecimiento de la obligación empresarial de registro de la jornada de trabajo se basa en unos precedentes judiciales decisivos, que fueron dictados en relación con la interpretación que debía darse al art. 35.5 ET cuando establece la obligación de la empresa de *"a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día"*.

5.2. Antecedentes judiciales nacionales

El primer pronunciamiento clave fue el de la AN³⁷, que en relación con la interpretación que debía darse al art. 35.5 ET sobre las horas extraordinarias, abogó por llevar a cabo un registro de la jornada de trabajo, y no únicamente respecto de las horas extraordinarias, pues con ello se trata de garantizar el control de los distintos horarios pactados. Es decir, en este registro no se contiene el número de horas extraordinarias realizadas diariamente, sino la jornada realizada diariamente, pues si la razón de ser de dicho precepto estatutario es procurar a la persona trabajadora un medio de

³⁵ De 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

³⁶ De 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

³⁷ SAN, sala de lo social, de 4 de diciembre de 2015, proc. 301/2015. En el mismo sentido, SSAN, sala de lo social, de 19 de febrero de 2016, rec. núm. 383/2015; sala de lo social, de 6 de mayo de 2016, rec. núm. 59/2016.

prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias³⁸, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, se estaría en un círculo vicioso que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada, es imposible controlar la realización de horas extraordinarias. Los resúmenes diarios no tienen que reflejar pues horas extraordinarias, puesto que una jornada diaria puede prolongarse sin que se produzcan horas extraordinarias, que sólo concurrirán cuando se supere, en cómputo anual, la jornada de cuarenta horas semanales, sino reflejar día a día la jornada realizada, que es el único medio para constatar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria³⁹.

En definitiva, “el registro diario de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada y su negación coloca a los trabajadores en situación de indefensión, que no puede atemperarse, porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es precisamente el control diario de la jornada, cuya actualización ya no dejará dudas sobre si se hacen o no horas extraordinarias y si su realización es voluntaria”⁴⁰. No obstante, la doctrina científica⁴¹ cuestiona esta argumentación de la prueba en base a que la ausencia de un registro de jornada no tiene por qué generar indefensión a los trabajadores, pues la doctrina judicial hace uso de las presunciones judiciales del art. 386 LEC para evitar que el incumplimiento de la obligación de registrar horas extraordinarias beneficie al empresario infractor. En este sentido, probada la realización de horas extraordinarias por cualquier medio admitido en Derecho, los tribunales pueden presumir como efectivamente trabajadas las horas extraordinarias invocadas por los trabajadores. De esta forma, el perjudicado por no registrar las horas extraordinarias, incumpliendo la obligación del art. 35.5 ET es la empresa y no la persona trabajadora.

Un sector doctrinal⁴² considera que esta posición judicial confunde dos aspectos. Por un lado, que el registro de la jornada diaria constituye un medio para acreditar las horas extraordinarias, esto es, se presenta como un instrumento útil para controlar las horas extraordinarias. Por otro lado, no es imposible controlar la realización de horas extraordinarias a través de otros medios, ya que es posible su acreditación por otras vías. En este sentido, la doctrina judicial considera que “a través de la prueba testifical y por la

³⁸ SAN, sala de lo social, de 12 de julio de 2005, proc. núm. 39/2005; STSJ Cataluña, sala de lo social, de 3 de octubre de 2008, rec. núm. 8892/2007.

³⁹ CUBO MAYO, A., “El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registros de la jornada y horario”, *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016 (versión on line)

⁴⁰ SAN, sala de lo social, de 4 de diciembre de 2015, proc. núm. 301/2015.

⁴¹ NAVARRO CUÉLLAR, A., “El control de la jornada diaria de trabajo: ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la Inspección de Trabajo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 44, 2016, p. 82.

⁴² MOLL NOGUERA, R., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2016 (versión on line)

actuación de la propia empresa es claro que procede desestimar el recurso, pues la doctrina sobre la carga u obligación de probar las horas extraordinarias deviene intrascendente cuando el juzgador sigue la vía de la presunción⁴³, "el juzgado a quo ha seguido la vía de la presunción en buena lógica ya que tal medio probatorio viene recogido por el artículo 1249 del Código Civil (...) ya que la demandada debía llevar el control y cómputo de las horas trabajadas por sus empleados (...) por lo que su posibilidad probatoria a ella debe perjudicar"⁴⁴, "si de manera injustificada la empresa deja de aportar al proceso los registros diarios de la jornada del trabajador o no los ha realizado, habrán de tenerse por ciertas las horas que el trabajador alegue como trabajadas"⁴⁵. En definitiva, se sostiene que la persona trabajadora no se encuentra desamparada en el reconocimiento de las horas extraordinarias, aunque la empresa no lleve tal registro, pues puede entrar en juego la presunción a favor de la persona trabajadora de haberlas realizado efectivamente, siendo la empresa la perjudicada.

El segundo hito judicial fue el de nuestro alto tribunal, el cual, en sendos pronunciamientos⁴⁶, determinó que las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que sólo deben llevar un registro de horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con la interpretación que realiza del art. 35.5 ET.

En la primera de ellas⁴⁷, resuelve el recurso de Bankia contra la SAN de 4 de diciembre de 2015 que condenaba a dicho banco a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla. El TS, no obstante, mantiene la parte del fallo de la AN que determinó que la empresa debía proceder a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas en cómputo mensual.

De cualquier forma, el TS admite que "convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro diario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias", pero "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 un 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".

No obstante, el TS rechaza "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

⁴³ STSJ Navarra, sala de lo social, de 29 de octubre de 1996, rec. núm. 468/1996.

⁴⁴ STSJ Cataluña, sala de lo social, de 2 de junio de 1995, rec. núm. 3480/1995.

⁴⁵ STSJ Comunidad Valenciana, sala de lo social, de 13 de mayo de 2010, rec. núm. 2409/2010.

⁴⁶ SSTs, sala de lo social, de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016; de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.

⁴⁷ STS, sala de lo social, de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016. En el mismo sentido, SSTs, sala de lo social, de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016; de 20 de diciembre de 2017, rec. núm. 206/2016.

nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva". Declara asimismo que la "falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET, pues es principio de derecho el de 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". En este sentido, un sector doctrinal ha considerado que este pronunciamiento "hubiera exigido un esfuerzo argumentativo más intenso en relación con la importancia que ostenta la ordenación del tiempo de trabajo en la salud y seguridad de los trabajadores"⁴⁸.

Esta solución, concluye, "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 el 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 sí las realizó".

En la segunda sentencia⁴⁹, nuestro alto tribunal reafirma su posicionamiento anulando así el criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su Instrucción 3/2016, así como la doctrina judicial en contra. En este pronunciamiento resuelve un procedimiento de conflicto colectivo contra Abanca, dando la misma solución que en la anterior sentencia donde señala que el único registro que debe llevarse es el de las horas extraordinarias realizadas, ya que el art. 35.5 ET únicamente se refiere a ellas y si el legislador hubiese querido que el deber de la empresa de registro alcanzase la jornada diaria, así lo hubiera indicado expresamente, de igual forma que lo hace en relación con los trabajadores a tiempo parcial. Recuerda su anterior sentencia en la que se sostiene que esta interpretación literal es la que "se acompaña 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, recuerda que dicha interpretación es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado, pues el deber de registrar la jornada laboral "se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias 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

⁴⁸ ROJO TORRECILLA, E., "La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo", *RJL*, núm. 3, 2019. p. 7.

⁴⁹ STS, sala de lo social, de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.

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”.

En definitiva, “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 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 sólo establece esa obligación en casos concretos”⁵⁰.

Debe resaltarse, como el TS, aunque no confirma la sentencia de la AN, insiste en la idea de que sería conveniente “una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias”.

Posteriormente, la doctrina judicial de suplicación⁵¹ ha seguido el criterio del TS en el sentido de declarar que no existe obligación alguna de registrar la jornada diaria de trabajo.

5.3. Antecedentes judiciales comunitarios

En esta misma línea, debe tenerse en cuenta la interpretación que de 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, se viene manteniendo desde las instituciones europeas, en concreto desde el TJUE⁵².

El conflicto planteado surge en el marco del litigio entre CCOO y Deutsche Bank sobre la inexistencia en dicha empresa de un sistema de registro de la jornada diaria realizada por su plantilla. Concretamente, dicho sindicato considera que este sistema permitiría comprobar el cumplimiento de los horarios de trabajo pactados y de la obligación, establecida en la normativa nacional, de comunicar a los representantes sindicales la información sobre las horas extraordinarias realizadas mensualmente. Según CCOO, la obligación de establecer ese sistema de registro no deriva sólo de la normativa nacional, sino de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Directiva 2003/88/CE. Por su parte, Deutsche Bank estima que de la jurisprudencia española se deduce que el Derecho español no establece dicha obligación con carácter general, sino que debe entenderse que la normativa española únicamente exige, salvo pacto en contra, que se lleve un registro de las horas extraordinarias efectuadas por las personas trabajadoras y que, al final de cada mes, se comunique a las mismas y a sus representantes el número de horas extraordinarias realizadas.

⁵⁰ STS, sala de lo social, de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.

⁵¹ SSTSJ Comunidad Valenciana, sala de lo social, de 3 de mayo de 2018, rec. núm. 910/2018; Castilla y León, de 13 de abril de 2018, rec. núm. 179/2018.

⁵² STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

(S

Ante dicho procedimiento, la AN plantea la cuestión prejudicial⁵³ al TJUE, pues, estima que para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, debe conocerse con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo que se efectúan. Considera, en fin, que el Derecho español no puede garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas en las citadas Directivas. Estima que “la interpretación del Derecho español adoptada por el Tribunal Supremo priva en la práctica, por un lado, a los trabajadores de un medio probatorio esencial para acreditar que su jornada laboral ha superado la duración máxima del tiempo de trabajo y, por otro, a los representantes de aquellos de un medio necesario para comprobar si se respetan las normas aplicables en la materia, lo que comporta dejar en manos del empresario el control del cumplimiento de la jornada laboral y de la observancia de los períodos de descanso”.

Finalmente, el TJUE⁵⁴, en el referido caso, interpreta que las Directivas 2003/88/CE y 89/391/CEE, consideradas a la luz del art. 31.2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se oponen a una normativa que no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora. Es decir, el tribunal comunitario estima que el Estado español queda obligado a establecer legalmente la obligación de registrar y controlar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora.

El TJUE comienza destacando la importancia del derecho fundamental de toda persona trabajadora a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo, así como a los períodos de descanso diario y semanal, consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estima que los Estados miembros deben velar por que las personas trabajadoras se beneficien efectivamente de los derechos que les han conferido, sin que los criterios concretos elegidos para garantizar la aplicación de la Directiva puedan vaciar de contenido dichos derechos. Recuerda que la persona trabajadora es la parte débil de la relación laboral, por lo que debe, de alguna forma, intentar equilibrar la posición de ambas partes⁵⁵.

Es decir, sin un sistema que permita controlar y computar la jornada laboral diaria realizada por las personas trabajadoras no es posible determinar de manera objetiva el número de horas de trabajo efectivas ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas extraordinarias, lo que dificulta, cuando no imposibilita en la práctica, que las personas trabajadoras puedan hacer respetar sus derechos.

La importancia pues de ello se halla en que, como se ha indicado, determinar de manera objetiva el número de horas de trabajo diario y semanal es esencial para poder comprobar si se ha respetado la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y los períodos mínimos de descanso diario y semanal.

Por ello, se estima que una normativa nacional que no establezca obligación de utilizar un registro para comprobar y verificar esos límites de

⁵³ Auto de 19 de enero de 2018, proc. núm. 252/2017.

⁵⁴ STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

⁵⁵ Añade que “habida cuenta de esta posición de debilidad, podría disuadirse al trabajador de hacer valer expresamente sus derechos frente al empresario, en particular cuando la reivindicación de estos pudiera provocar que quedara expuesto a medidas adoptadas por el empresario que redundase en perjuicio de las condiciones de trabajo del trabajador”.

jornada no puede asegurar el efecto útil de los derechos que confieren la Carta y la Directiva relativa al tiempo de trabajo, ya que priva tanto a las empresas como a las personas trabajadoras de la posibilidad de comprobar si se respetan esos derechos. Por tanto, para garantizar dicho efecto útil, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora. En palabras del TJUE, "los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse de que se respeten los períodos mínimos de descanso y para impedir que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal con el fin de dar plena efectividad a la Directiva 2003/88, una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal no puede asegurar, de conformidad con la jurisprudencia expuesta en el apartado 42 de la presente sentencia, el efecto útil de los derechos que confieren el artículo 32, apartado 2, de la Carta y esta Directiva, en la medida en que priva tanto a los empresarios como a los trabajadores de la posibilidad de comprobar si se respetan tales derechos, y, por tanto, puede comprometer el objetivo de dicha Directiva, que consiste en garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores"⁵⁶.

5.4. Antecedentes normativos en la Administración Pública

En el ámbito de la Administración Pública, el control del horario de trabajo lleva, en realidad, más de 40 años implantado. Su origen se halla en Instrucción del 21 de diciembre de 1983, del Ministerio de la Presidencia del Gobierno, en el primer Ejecutivo de Felipe González, cuyo punto cuarto señalaba que *"a la entrada en vigor de estas normas, todos los centros y oficinas de la Administración Civil del Estado, sus organismos autónomos y entidades de Seguridad Social deberán dotarse de los medios adecuados de control de los horarios del personal, basados en mecanismo de reloj registrador de ficha"*. La norma seguía expresando que *"todos los funcionarios y empleados públicos tendrán obligación de fichar al entrar y salir del centro de trabajo, tanto al comienzo y final de la jornada, como en toda ausencia y retorno durante la misma"*.

También es verdad que cada centro tiene su forma del registro horario. No todas las personas empleadas públicas están dedicadas a tareas administrativas

Con anterioridad, únicamente la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 recogía en su art. 78 que *"la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado será la que reglamentariamente se determine"*, y

⁵⁶ Y adicionalmente que "esta dificultad no se ve atenuada en absoluto por la obligación que incumbe a los empresarios en España de establecer, en virtud del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, un sistema de registro de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores a que hayan prestado su consentimiento a este respecto. En efecto, la calificación de horas "extraordinarias" presupone que se conozca, y por lo tanto, que se haya computado de antemano, la duración de la jornada laboral efectiva de cada trabajador afectado. La obligación de registrar únicamente las horas extraordinarias realizadas no ofrece a los trabajadores un medio eficaz capaz de garantizar, por un lado, que no se sobrepasa la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en la Directiva 2003/88".

previéndose en sus arts. 88 y ss que el incumplimiento de esa obligación podría ser falta muy grave si suponía el abandono del servicio, o falta grave o leve en función de la perturbación que ocasionase al servicio público.

Asimismo, la Ley 30/1984 también recogía en su art. 31 como falta muy grave el abandono del servicio o la notoria falta de rendimiento que comportase inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, mientras que las faltas de puntualidad y asistencia, cuando constituyesen faltas leves, serían sancionadas con la deducción proporcional de retribuciones.

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

Desde el punto de vista de la jornada de trabajo, la modalidad de teletrabajo plantea importantes problemas, pues cuando se prestan los servicios presenciales la persona trabajadora se siente, en cierta forma, obligada a estar en contacto con la empresa a través de los distintos dispositivos tecnológicos que existen, mientras que cuando se trata de una persona trabajadora digital a distancia es más complejo llevar a cabo un control real del tiempo de trabajo.

Esta modalidad de prestación de servicios obliga a revisar los instrumentos habituales de control de la prestación de servicios en la modalidad presencial, pues el teletrabajo comporta, como característica innata, una autonomía en la organización de la prestación de servicios por parte de la persona trabajadora.

La necesidad de establecer un control del tiempo de trabajo en esta modalidad halla su causa, por un lado, en la necesidad de cumplir la normativa laboral a efectos de la jornada laboral, pero también, por otro lado, desde el punto de vista de la seguridad y salud laboral de la persona trabajadora, pues no cabe duda que “la eliminación de la rígida frontera entre tiempo de trabajo y descanso puede terminar generando una situación en la que el trabajo (...) lo invada todo y el trabajador ya no disponga de un tiempo de descanso genuino y propio”⁵⁷. Por ello, esta necesidad de respetar el descanso requiere de un control de los límites de la jornada de trabajo. Se trata de evitar riesgos que puedan afectar a la salud de la persona teletrabajadora. Por tanto, en cumplimiento de la obligación empresarial de proteger la salud de sus personas trabajadoras se debe respetar y controlar la jornada de trabajo.

El desajuste que puede existir entre la jornada y la carga laboral, o la prolongación de ésta a través de la permanente conexión de la persona teletrabajadora con la empresa por el uso intensivo de las nuevas tecnologías, no sólo plantea interrogantes sobre ese exceso de trabajo, sino también en relación con los nuevos riesgos emergentes, esto es, los riesgos psicosociales que, cada vez más alcanzan cifras más preocupantes. Y de ahí, el derecho a la desconexión digital.

⁵⁷ MELLÁ MÉNDEZ, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (I)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016. p. 2.

Debe recordarse que el control de la jornada de trabajo no debe contemplarse únicamente desde un punto de vista del cumplimiento del horario de trabajo y evitar excesos, sino que también es importante para ordenar los tiempos de descanso dentro de la jornada y entre jornadas, aspecto íntimamente relacionado con la desconexión digital, derecho recogido en el art. 88 LO 3/2018⁵⁸.

Por ello, la doctrina judicial⁵⁹ considera que el respeto del descanso forma parte del derecho de la persona teletrabajadora de su seguridad y salud, obligación empresarial, pues así señala que “el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud (Directiva 2003/88/CE), que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos”.

Este control del tiempo de trabajo en el teletrabajo es necesario pues, aunque, como es aplaudida la mayor posibilidad de conciliar las responsabilidades familiares y profesionales a través del teletrabajo, sin embargo, estos “procesos de cambio que permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa, podrían ser un arma de doble filo para algunos”⁶⁰. En otras palabras, “si bien ciertos avances tecnológicos recientes como el teletrabajo y el trabajo móvil (T/TICM) crean una mayor autonomía, también parecen estar asociados con una mayor intensidad de trabajo, ya que difuminan los límites entre el lugar de trabajo y el hogar, y entre el tiempo dentro y fuera del trabajo”⁶¹. Concretamente, Alemania aporta datos más concretos advirtiendo sobre los riesgos derivados del abuso del horario flexible y la desaparición gradual de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo libre al señalar que “el 30 por ciento de los empleados administrativos afirma que trabajan a domicilio al menos de vez en cuando (el 2 por ciento en caso de los obreros) y el 12 por ciento reconocen que varias veces a la semana atienden cuestiones relacionadas con el trabajo durante su tiempo libre (el 4 por ciento en el caso de los obreros)”⁶².

De ahí la necesidad, como ya adelantó la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, en la centésima octava reunión de la Conferencia, celebrada el 21 de junio de 2019, en Ginebra, que el potencial del progreso tecnológico debe aprovecharse para lograr trabajo decente y

⁵⁸ De 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

⁵⁹ STSJ de Castilla y León, de 3 de febrero, de 2016, re. núm. 2229/2015.

⁶⁰ OIT, *Memoria del Director General. Informe I. La iniciativa del centenario relativa al Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2015. p. 15. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_370408.pdf

⁶¹ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. p. 22. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf

⁶² OIT, *Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. p. 62. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591507.pdf

desarrollo sostenible, con el objetivo de asegurar la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa de los beneficios para todos⁶³.

Sin embargo, la exigencia legal del registro de la jornada de trabajo en la modalidad de teletrabajo ha sido uno de los aspectos más discutidos a raíz del RDL 8/2019, norma que tiene como fin garantizar el cumplimiento de las limitaciones en materia de jornada, crear un marco de seguridad jurídica – tanto para empresas como para personas trabajadoras- y permitir el control por parte de la autoridad competente. Esta obligación de registro que establece, además de ser obligatoria para las empresas privadas es también obligatoria para el personal laboral de la Administración Pública, que en materia de jornada le es aplicable tanto la normativa de función pública como la laboral. No obstante, para el empleado público el sistema no es tan claro.

Por un lado, como señala la doctrina, uno de los problemas que surgen a la hora de realizar el registro horario es que “el tiempo de dedicación al trabajo no es una realidad común, puesto que en el mercado de trabajo conviven horarios de distinta naturaleza, desde fijos, flexibles, libres; se contemplan jornadas continuadas, partidas o intensivas; jornadas que arrancan o finalizan en el centro de trabajo y jornadas que no; teletrabajadores; sistemas de jornada flexwork; tiempos de trabajo efectivo y otros de mera presencia...”⁶⁴

Concretamente, en el régimen legal de la Administración Pública debe tenerse en cuenta la aplicación de dos regímenes jurídicos que regulan las condiciones de trabajo, y más concretamente, en relación con el control del tiempo de trabajo. Concretamente, el EBEP⁶⁵ regula en su art. 45 la jornada de trabajo de los funcionarios previendo al respecto que “*las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos*”, y en relación con el personal laboral, el art. 51 determina que para la ordenación del régimen de su jornada de trabajo, permisos y vacaciones se estará a lo establecido en el EBEP y en la legislación laboral correspondiente, sin olvidar tampoco la importancia de la negociación colectiva en la materia. De esta forma, por un lado, para los funcionarios (de carrera o interinos) la regulación se halla en el EBEP, mientras que para el personal laboral, nos encontramos con diversas fuentes (EBEP, y ET) debiéndose interpretar que, dada la redacción del EBEP, está dirigido esencialmente a los que ostentan la condición de funcionarios públicos y sólo se aplica al personal laboral de forma subsidiaria, cuando no exista una norma convencional que regule la materia⁶⁶. Otro sector considera que esta aplicación acumulativa de diversas normativas nos sitúa en un supuesto de concurrencia de normas que debe resolverse en el sentido más favorable para el interés de la persona trabajadora, aplicándose pues la normativa laboral si constituye una mejora en relación con el carácter mínimo del EBEP y las disposiciones administrativas correspondientes.

Asimismo, el art. 37.1.m) EBEP señala como materias objeto de negociación las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas y permisos,

⁶³ OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 2019. p. 3.

⁶⁴ DEL MAR, V.; MOLINA GARCÍA, O., “La implementación técnica del Registro de la Jornada”, *El Derecho*, 2019. Disponible en <https://elderecho.com/la-implementacion-tecnica-del-registro-la-jornada>

⁶⁵ RDLegislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁶⁶ STS, sala de lo social, de 13 de febrero de 2019; de 5 de octubre de 2010.

siendo una de ellas ésta, de tal forma que su no negociación, conllevaría la nulidad⁶⁷.

Por su parte, la LRBRL⁶⁸ en su art. 94 establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aplicándoseles las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada. Por tanto, cabe remitirse a lo regulado en el EBEP y legislación complementaria.

Sin embargo, atendiéndonos a la doctrina judicial comunitaria⁶⁹, que establece que, en atención a la Directiva Europea sobre el tiempo de trabajo y la Directiva sobre seguridad y salud, los Estados miembros deben establecer un sistema de registro de la jornada laboral diaria, y obligar a las empresas a implantar un sistema que sea objetivo, fiable y accesible para computar la jornada laboral diaria de cada persona trabajadora, cabe interpretar que dicha obligación afecta tanto a las empresas privadas como a la Administración Pública.

De ahí, que a la hora de estudiar este aspecto, vamos a diferenciar entre la regulación estatutaria y la laboral.

6.1. Legislación de la Administración Pública

En el ámbito de la Administración Pública, destaca, por un lado, el recién art. 47 bis EBEP incorporado por el RDL 29/2020, el cual no hace referencia específica al control del tiempo de trabajo, indicando únicamente que el personal empleado público tiene los mismos "*deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial*", incluyendo también al personal laboral. No obstante, la Exposición de Motivos del RDL 29/2020 establece de forma clara que "*el teletrabajo no podrá suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso*". Asimismo lo establece también el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas de 21 de septiembre de 2020.

Por tanto, habrá que estarse a la norma de desarrollo que se negocie en cada Administración para la regulación del control horario.

En este sentido, por el momento, ante la ausencia de un desarrollo específico, se cuenta con la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Esta Resolución no es específica de la modalidad de teletrabajo, pero se pueden extraer una serie de observaciones.

En su apartado 11.1, referente a la justificación de las ausencias se establece que "*los empleados o empleadas públicos deberán registrar en el sistema de control horario de su centro de trabajo todas las entradas y salidas correspondientes a su modalidad de jornada*". Además, como bien recuerda

⁶⁷ STSJ Andalucía, sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de julio de 2015, rec. núm. 44/2011.

⁶⁸ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

⁶⁹ STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

el apartado 12.3 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, ello incide en los *“programas de cumplimiento de la jornada de trabajo debida y de control del absentismo, adoptando las medidas necesarias para la corrección de incumplimientos e infracciones”*.

Concretamente, el artículo 12.3 señala que *“asimismo, deberán remitir trimestralmente a la Secretaría de Estado de Función Pública información sistemática sobre el cumplimiento de jornadas y horarios de trabajo y sobre los niveles de absentismo, de acuerdo con los criterios que se determinen por la Comisión Coordinadora de las Inspecciones Generales de Servicios de los Departamentos ministeriales y con el procedimiento que establezca la Dirección General de Gobernanza Pública. Por su parte, las Inspecciones de Servicios u otros órganos de control, realizarán mensualmente seguimiento tanto de las ausencias no justificadas como de la realización de las correspondientes deducciones proporcionales de haberes”*.

De hecho, en cuanto a la forma de llevar a cabo el registro y el control, de acuerdo con el art. 37 EBEP, su posible implantación deberá negociarse previamente en la Mesa General de Negociación.

Además, según la doctrina judicial, debe tenerse presente que no es suficiente fichar para cumplir con la jornada y el horario laboral fijado, sino que es necesaria, la presencia efectiva en el puesto de trabajo durante dicha jornada⁷⁰; aunque ello no impide la realización de ciertas tareas fuera de la sede⁷¹. El control horario supone una garantía jurídica no sólo para la Administración asegurando que el funcionario cumple, sino también para el propio empleado (laboral o funcionario).

En el caso de la Generalitat de Cataluña, la Instrucción 1/2020, de 28 de febrero, sobre el procedimiento de autorización para la prestación de servicios en la modalidad de teletreball al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos que presta servicios en el Distrito Administrativo de la Generalitat de Cataluña en Barcelona, se ordena el registro mediante el sistema de control horario del Portal de información y servicio para el empleado público (ATRI), que consiste en una declaración responsable de la persona teletrabajadora, sin perjuicio de que la Administración, obviamente, pueda verificarlo. Ello significa pues que se acoge una fórmula de autogestión del tiempo de trabajo por parte de la persona teletrabajadora.

Asimismo, la Instrucción 1/2020, de 28 de febrero, recoge en su art. 3 que *“3.2.2 La jornada en régimen de teletrabajo admite una flexibilidad total, respetando las pausas y los descansos entre jornadas, así como las franjas horarias de disponibilidad obligatorias por interconexión y coordinación que se establezcan dentro del horario de permanencia obligatoria. 3.2.3 Durante las jornadas de teletrabajo, por necesidades del servicio debidamente justificadas y con un preaviso no inferior a veinticuatro horas, se podrá exigir la presencia física obligatoria a las reuniones de trabajo. 3.2.4 La jornada realizada en la modalidad de teletrabajo se registrará mediante el sistema de control horario del portal del empleado público ATRI y es una declaración responsable de la persona teletrabajadora”*.

Posteriormente, la Instrucción 5/2020, de 24 de mayo, sobre reincorporación progresiva a los centros de trabajo, teletrabajo y otras

⁷⁰ STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 31 de enero de 1995, rec. núm. 9372/1999.

⁷¹ STSJ Aragón, sala de lo contencioso-administrativo, de 8 de febrero de 2000, rec. núm. 477/1997.

medidas organizativas de aplicación al personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña con motivo del coronavirus SARS-CoV-2, establece en su art. 3 el régimen preferente del teletrabajo, regulando en su art. 10 que, además de que la jornada equivaldrá a siete horas y treinta minutos, la distribución de las horas de la jornada deberá respetar la franja horaria acordada de disponibilidad, siendo las horas totalmente flexibles, respetando siempre las pausas y descansos. Es decir, se dispone que aquellas personas empleadas públicas que hayan sido autorizadas para prestar sus servicios mediante teletrabajo deberán cumplir con la franja horaria de disponibilidad pactada para interconexión y coordinación dentro del horario de permanencia obligatorio, siendo el resto de la jornada totalmente flexible.

Además, dicho art. 10 Instrucción 5/2020 establece que dichos empleados deberán registrar en el portal del empleado público ATRI como justificación de no presencia el "teletrabajo" indicando la hora de inicio y de finalización de su jornada, y sin superar la jornada autorizada.

Actualmente, contamos con una norma más concreta, esto es, el Decreto 77/2020, cuya DA1 establece que la dedicación horaria de los días que se preste el servicio mediante teletrabajo se computarán según las equivalencias establecidas en los criterios reglamentarios de homogeneización de jornadas. Asimismo, la Administración habilitará los mecanismos de control horario a efectos de registrar la jornada realizada, y dictará, en su caso, las instrucciones necesarias.

Aún no se cuenta con un desarrollo reglamentario, por lo que debemos acudir a las ya indicadas Instrucción 1/2020, y la Instrucción 5/2020, en las que se establece que las jornadas prestadas mediante la modalidad de teletrabajo tienen una equivalencia de 7,5 horas o su equivalente según el art. 15 Decreto 56/2012, de 29 de mayo, y que las mismas se registrarán según el sistema ATRI, partiendo de la flexibilidad como característica esencial del teletrabajo. Concretamente, en la web de la Administración de la Generalitat de Cataluña se señala⁷² que "las personas autorizadas a realizar teletrabajo tienen que formalizar la jornada laboral a ATRI como Justificación de no presencia – Teletrabajo: habrá que realizar la jornada teórica diaria indicando la hora de inicio y finalización (7,5 horas o sus equivalentes en las diferentes jornadas), y garantizar la disponibilidad/contacto durante las franjas de presencia obligatoria. El resto del tiempo de trabajo se podrá realizar según la distribución horaria que se crea conveniente".

Por tanto, en este caso, se realiza una simple declaración de la persona responsable justificando la realización de teletrabajo. Es decir, en cuanto al control horario de la persona teletrabajadora, esta modalidad de prestación no tiene porque suponer ningún cambio en el registro, de tal forma que podría llevarse a través de un programa informático, una plataforma electrónica o una app, que permita su control en remoto. Por tanto, una posibilidad para controlar el tiempo de trabajo de las personas que prestan su servicio en la modalidad de teletrabajo puede ser a través de unos parámetros básicos como la conexión a internet, o la actividad desarrollada a través de internet. De hecho, la STSJ de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015, señala que "por otra parte en el caso del trabajo

desarrollado con conexión a internet el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral".

De cualquier forma, a mi parecer, es una realidad que no debe pasar desapercibida que en la modalidad de teletrabajo, tiene más sentido establecer el sistema de registro del horario basado en el trabajo por objetivos, instrumento que orienta el trabajo hacia los resultados y la evaluación del desempeño. Por tanto, aunque, por el momento, se siga con el fichaje horario, creo que debe irse hacia este sistema.

Según el Servicio de Asistencia Jurídica de Recursos Humanos, en Nota jurídica de 9 de abril de 2020 -*El Teletreball en els Ajuntaments*- señala que "la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo comporta replantear el seguimiento y el control de las tareas, el desarrollo de las funciones y el tiempo de trabajo de los empleados y empleadas. Este nuevo planteamiento del control de la actividad tendrá que sujetarse necesariamente por el seguimiento y evaluación del desempeño de los objetivos, de la calidad en el trabajo o producto que, previamente, tendrán que ser parametrizados y reconocidos en los acuerdos que adopte cada ayuntamiento".

En este sentido, los acuerdos sectoriales que se adopten en aras a la ordenación y concreción del teletrabajo y, concretamente, del control del tiempo de trabajo en esta modalidad de prestación, deberán regular los mecanismos de definición de objetivos y de calidad del trabajo; los mecanismos de seguimiento de la prestación de trabajo -como podría ser a través del establecimiento de la figura del supervisor, de comisiones de evaluación o la definición de planes de trabajo individuales previamente concertados-; así como la determinación de los criterios de evaluación -conexión telemática obligatoria durante unos periodos de tiempo, calidad de los resultados...-.

Esta misma línea de avanzar hacia el trabajo por objetivos es la que sigue, en cierta forma, el Decreto 77/2020, que establece que la finalidad de esta modalidad es avanzar en la orientación del trabajo hacia los resultados, potenciar la autonomía e iniciativa personal en la realización de las tareas, y ofrecer mayor flexibilidad en el uso y distribución del tiempo de trabajo, superando así la cultura de la presencialidad.

En este sentido, el art. 6 Decreto 77/2020 regula el "*Plan Personal de trabajo para la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo*", documento firmado entre la persona teletrabajadora y quien ejercerá la supervisión del mismo, con el conocimiento del jefe de la unidad directiva, donde se deben detallar las tareas que se realizan en la modalidad de teletrabajo y los objetivos a conseguir; concreción de los días de la semana de teletrabajo; el establecimiento de unas franjas horarias de disponibilidad obligatoria para la interconexión y concreción dentro del horario de permanencia obligatoria; y el régimen de control y seguimiento de los objetivos del trabajo y la evaluación periódica.

También la Instrucción 5/2020, prevé en su art. 10, junto al registro horario, que se deberá realizar un seguimiento periódico de los objetivos del

trabajo por parte del supervisor en relación con las personas empleadas públicas. De igual modo, el art. 47 bis EBEP prevé que *"el teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento"*.

Por ello, considero que cuando se decide prestar los servicios mediante teletrabajo, el objetivo principal no debe ser controlar el tiempo de trabajo, o el tiempo de conexión o disponibilidad, sino fijar unos objetivos. Con independencia de que se pacten unas franjas horarias de conexión o de disponibilidad, lo esencial será pactar unos objetivos conjuntos.

Estos proyectos a realizar deben fijar unos objetivos no sólo finales, sino también continuos o intermedios, de tal forma que, se permita su revisión y, en su caso, corrección, en función de las evaluaciones realizadas. Se trata, en el fondo, de implementar el modelo de dirección por objetivos, que establece que, además de que los objetivos han de ser específicos, realistas, medibles, flexibles y factibles, los indicadores, por su parte, han de ser los elementos que proporcionen la información sobre el grado de cumplimiento de los objetivos, debiendo ser pertinentes, fiables y comparables. Por ello, han de fijarse un cronograma de control y seguimiento continuo con una evaluación también continua y periódica, basándose en los indicadores fijados, todo ello de común acuerdo con la persona teletrabajadora.

6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas

Si se analiza la normativa de las otras Comunidades Autónomas que tienen establecida la fórmula del teletrabajo, podemos observar que existen varias comunidades que establecen que el sistema de control no es el tiempo de trabajo, sino los objetivos alcanzados.

Destaca, en primer lugar, la Comunidad Valenciana, cuya Ley 10/2010, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, ya remitía a la implantación del teletrabajo, desarrollo reglamentario que se llevó a cabo con el Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat. Este Decreto es aplicable tanto al personal funcionario como laboral, y su art. 7, recoge como máximo tres días semanales en los que los servicios se pueden prestar desde el domicilio, y que el *"control del trabajo se realizará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados. Asimismo, se podrán fijar periodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo e incluso que estos periodos se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación"*. Deja a que sea el plan o programa concreto de teletrabajo, el que establezca la distribución de la jornada y el sistema de control concretos.

En segundo lugar, en Castilla-la Mancha, es el Decreto 57/2013, de 12 de agosto, el que regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (también aplicable tanto a personal funcionario como laboral), estableciendo en su art. 8 las directrices para llevar a cabo el control del horario de trabajo. Así señala que *"los criterios de control de las tareas*

desarrolladas mediante teletrabajo serán fijados por las personas responsables de las unidades administrativas. Con carácter general y preferente, el control o evaluación del rendimiento se realizará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, pudiéndose utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control adicional para verificar el trabajo realizado. El control horario del tiempo de asistencia presencial al puesto de trabajo se efectuará en los términos establecidos en la normativa reguladora de los horarios de trabajo”.

En tercer lugar, en el caso de Baleares, el Decreto 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que es aplicable tanto a personal funcionario como laboral, recoge en su art. 9 que *“corresponde a la persona que tenga que cumplir las funciones de supervisora de las tareas del personal que preste servicios en régimen de teletrabajo determinar, semanalmente como regla general, las tareas concretas que tendrán que llevar a cabo en esta modalidad de prestación de servicios, y la realización del seguimiento del trabajo desarrollado de acuerdo con los objetivos y resultados que se tengan que alcanzar, los criterios de control de las tareas desarrolladas y los sistemas de indicadores o mecanismos de medida, en su caso, que permitan comprobar que dichos objetivos se han cumplido. 3. La jornada de trabajo del personal que presta servicios en la modalidad de teletrabajo será, en cuanto a la parte presencial, proporcionalmente la misma, en cómputo mensual, que la que tiene el personal en régimen presencial. En cuanto a la parte no presencial, se tendrá que acreditar el cumplimiento de los objetivos marcados y el de los periodos de interconexión pactados mediante el envío de correos electrónicos de control al acabar y empezar, o con un sistema equivalente que establezca la Administración”.*

En cuarto lugar, en Galicia es la Orden de 20 de diciembre 2013, la que regula la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia. Esta Orden también es aplicable tanto a personal laboral como funcionario. Su art. 15, que fija también como máximo tres días de teletrabajo, establece que *“durante la jornada dedicada al teletrabajo, el/la teletrabajador/a debe estar disponible en todo momento, en los términos establecidos en la correspondiente resolución de concesión, por lo que deberá tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil indicado al efecto, y la Administración podrá requerir su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio”.*

Asimismo, la Resolución de 8 de agosto 2014, establece las instrucciones relativas al desarrollo de la Orden de 20 de diciembre de 2013 por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia. En la misma se establece que la jornada de teletrabajo *“se desarrollará de conformidad con lo establecido en la resolución de concesión, computándose como máximo 7 horas y 30 minutos cada día a efectos de cumplimiento de la jornada laboral, excepto en el supuesto de que el trabajador o trabajadora tenga una jornada distinta a la oficial”,* y que

en cuanto a la forma de control *"en esta modalidad se trabajará por objetivos, según las tareas que sean encomendadas por la persona supervisora, que será la responsable de verificar su adecuado desempeño a través de los indicadores acordados y de los medios de seguimiento de la actividad que se establezcan"*.

En quinto lugar, en Asturias, es la Resolución de 13 de mayo 2019, la que regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en el Consorcio Asturiano de Servicios Tecnológicos. Es aplicable tanto a personal laboral como funcionario y recoge en su art. 7 que *"durante la jornada dedicada al teletrabajo, el teletrabajador debe estar disponible en todo momento, en los términos establecidos en la correspondiente resolución de concesión, por lo que deberá tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil indicado al efecto, y la Administración podrá requerir su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio, comunicando esta circunstancia con una antelación mínima de 24 horas"*. Por lo que se refiere al cumplimiento de la jornada, el art. 7.5 señala que *"el cumplimiento de la jornada de trabajo bajo la modalidad no presencial será fijado por acuerdo entre la Administración y el empleado público, según aconseje la mejor prestación del servicio. En todo caso se realizará una jornada de teletrabajo diaria equivalente a la jornada presencial habitual, de modo que el tiempo computado en régimen de teletrabajo sumado al tiempo de permanencia física en el puesto de trabajo, totalicen las horas reglamentarias de trabajo semanal"*, y su apartado 6 fija que *"el sistema de control horario dispondrá de un concepto de justificación de "jornada no presencial en la modalidad de teletrabajo". El empleado público sujeto al régimen de teletrabajo deberá realizar los fichajes de inicio y fin de la jornada, así como los relativos al resto de situaciones e incidencias ocurridas en la jornada no presencial"*. Asimismo, su art. 9 señala que *"el seguimiento y control o evaluación del trabajo realizado por la persona teletrabajadora se efectuará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, utilizándose los medios de control precisos que determine la Gerencia del Consorcio, como instrumentos de seguimiento y verificación del trabajo realizado"*.

Por su parte, en Murcia, con la Orden de 3 de octubre de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, se instauró un proyecto piloto experimental de teletrabajo. Su artículo 10 referente al control horario establece que *"1. Con carácter general y preferente, el control o evaluación del trabajo realizado por la persona teletrabajadora se efectuará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, pudiendo utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control adicional para verificar el trabajo realizado. 2. Los objetivos y resultados a conseguir así como los criterios de control de las tareas desarrolladas mediante teletrabajo serán fijados por la persona titular de la Jefatura de Servicio o de la unidad administrativa a la que esté adscrito el personal teletrabajador, de acuerdo con él, en función de las necesidades del servicio. 3. El sistema de control horario dispondrá de un concepto de justificación de jornada no presencial en la modalidad de teletrabajo"*.

No obstante, en otras comunidades no queda tan claro el sistema de control. Así sucede en el caso del País Vasco, siendo el Decreto 92/2012, de

29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos, el que establece en su art. 8, que como máximo se prestarán tres días a la semana en modalidad de teletrabajo, que el teletrabajo *“por su naturaleza, no comporta de manera inherente una especial dedicación ni horaria ni de jornada, sino una flexibilidad en la jornada y en los horarios ordinarios. No obstante, se podrán fijar períodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo o, incluso que estos períodos de interconexión se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas, en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación entre la Administración y la persona teletrabajadora”*.

En segundo lugar, en el caso de Castilla y León, el Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, no recoge en su art. 15 que, como mínimo un día a la semana sea presencial, cómo será el sistema de control de la jornada. Únicamente indica que *“en cuanto a la parte no presencial de la jornada, el teletrabajador habrá de acreditar a través del plan individual de teletrabajo tanto el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el documento de compromisos como de las establecidas durante las jornadas presenciales. Asimismo, habrá de acreditar la satisfacción de los períodos de interconexión. Los períodos de interconexión comprenderán necesariamente la parte no flexible de la jornada ordinaria, que en todo caso podrá someterse a las adaptaciones de horario previstas en la normativa vigente por razones de conciliación de la vida familiar y laboral”*.

En tercer lugar, en la Comunidad de Extremadura, el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante el teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, indica en su art. 6, el cual recoge también como máximo tres días semanales de teletrabajo, que *“el cumplimiento de la jornada de teletrabajo será fijado por acuerdo entre la Secretaría General u órgano competente de los organismos públicos y el empleado público, según aconseje la mejor prestación del servicio. Para la determinación de los términos del acuerdo, la Secretaría General recibirá la correspondiente propuesta de la persona titular del servicio o titular de la dirección del centro donde desempeñe su trabajo la persona teletrabajadora”*.

En cuarto lugar, en la Rioja, es el Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, el que regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos. Su art. 4 fija que *“el horario en que el teletrabajador preste las funciones de su puesto de trabajo desde su domicilio particular será considerado como parte ordinaria de su jornada de trabajo”*.

6.3. Legislación Laboral

La legislación laboral, y en relación con el trabajo presencial, la hallamos en el ET, que como se ha indicado fue objeto de reforma en esta materia por el RDL 8/2019, el cual señalaba en su exposición de motivos que *“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”*.

El art. 34.9 ET establece que *“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”*.

Asimismo, en el RDL 28/2020, regula en su art. 14 el registro del control horario a efectos de garantizar los derechos relacionados con el tiempo de trabajo de la persona trabajadora a distancia, estableciendo que la obligación de registro horario debe reflejar fielmente la jornada de trabajo. Concretamente, el citado precepto establece que *“el sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada”*.

Por lo que se refiere a criterios interpretativos, en relación con las personas teletrabajadoras únicamente contamos con un pronunciamiento judicial que, además, se refiere al registro de las horas extraordinarias y es anterior a la actual regulación. Es la STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015⁷³. La empresa alega que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad ex art. 18 CE, y que, por tanto, no puede efectuar un control sobre lo que hace la persona teletrabajadora en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión de la persona teletrabajadora. El TSJ considera que el tiempo de trabajo que había realizado la persona teletrabajadora en su domicilio es también tiempo de trabajo de la misma forma que el realizado en el centro de trabajo, que el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que es quien debe registrar la jornada de la persona trabajadora, y

⁷³ Enjuicia el caso de un trabajador presta servicios como corredor de plaza. Se alegan diferentes motivos, siendo el que a estos efectos interesa, el no abono de las horas extraordinarias. El trabajador realiza una jornada de trabajo de duración indeterminada que supera la duración máxima establecida legal y convencionalmente, pues su horario es de 8.00 h a 22.00 o 23.00 h con una hora para la comida, siendo una parte de esta jornada en la oficina y otra en casa en la modalidad de teletrabajo.

que el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho de la persona trabajadora a la protección de su seguridad y salud, lo cual es responsabilidad de la empresa, de tal forma que únicamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si, además, establece, de acuerdo con la persona trabajadora, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta de la persona trabajadora en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas.

En definitiva, concluye que “solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo”. Por tanto, según este pronunciamiento judicial en los casos de teletrabajo la empresa está obligada también a registrar la jornada de la persona trabajadora día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones. Sin embargo, como plantea un sector doctrinal⁷⁴ esta conclusión debe hacer reflexionar sobre si con esta obligación no se está desnaturalizando esta forma de organización del trabajo, pues, aunque el horario de trabajo puede ser perfectamente verificable en el teletrabajo, por las mismas características del instrumento de trabajo, lo cierto es que la persona teletrabajadora goza de una gran libertad en cuanto a la distribución de su jornada laboral.

Ante las dudas planteadas por la obligación de registro que se implantó con el RDL 89/2019, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo elaboró una *Guía sobre el registro de jornada* con el fin de facilitar la aplicación práctica de este deber empresarial.

En primer lugar, en la guía se indica que esta obligación empresarial de registro se aplica a la totalidad de las personas trabajadoras, con independencia de su categoría o grupo profesional, y a todos los sectores de actividad y a todas las empresas, con independencia de su tamaño u organización del trabajo, ello sí, siempre que estén incluidas en el ámbito de aplicación del art. 1 ET. Por tanto, las personas trabajadoras “móviles”, comerciales, temporales, a distancia o similares, también quedan amparadas por esta obligación de registro diario de jornada.

En cuanto a su aplicación al teletrabajo, la guía señala que para las formas de organización del trabajo flexibles y de distribución irregular de la jornada, incluyendo así el trabajo a distancia o teletrabajo, el registro diario de la jornada no obsta a su aplicación ni constituye tampoco impedimento para su continuidad, pues es un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a la conciliación de la vida laboral y familiar.

⁷⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTÓBAL RONCERO, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017. p. 333.

En segundo lugar, en cuanto a la forma de llevar a cabo el registro y control de la jornada, se argumenta que "en el caso de trabajo a distancia, incluido el teletrabajo, existen fórmulas asequibles que aseguran el registro de la jornada diaria, incluidas las especificidades o flexibilidad para su cómputo, a través de registros telemáticos o similares. En todo caso, si existe autorregulación convencional al respecto, mediante la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, o si el empresario da por buena la firma por el trabajador de hojas o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo del teletrabajador o trabajador a distancia, tales serán instrumentos válidos para dar cumplimiento a la obligación legal. Todo ello sin perjuicio de la capacidad de control y poder de dirección del empresario para asegurar la veracidad de la declaración unilateral del trabajador".

Así, aunque el registro, requiere, como regla general, que quede constancia de la hora de inicio y de finalización de la jornada, no siendo suficiente, por ejemplo, que sólo quede registrado el número de horas realizadas, en el caso del teletrabajo, donde prima la flexibilidad horaria, no resulta incompatible, pues en estos casos será suficiente con que la jornada diaria quede reflejada en el sistema de control horario.

Y, como indica la Guía, debe tenerse en cuenta que aunque, en principio, lo que debe registrarse es la jornada diaria de la persona trabajadora, esto es, día a día, de forma que se realiza un registro global de horas semanales o mensuales, sin embargo, en el caso del teletrabajo, dada la posible variabilidad de la jornada diaria de trabajo, se permite que el cómputo sea por períodos o secuencias temporales superiores al día, esto es, semanal o incluso mensual, en cuyo caso se procederá a su ponderación y globalización a efectos de contabilizar el tiempo de trabajo y su ponderación. Sin embargo, ello no obsta a seguir con la obligación de que el registro de la jornada sea diario. Como indica la Guía, en estos casos, la jornada también debe registrarse pero con unas particularidades, pues "dado que cabe la variabilidad de la jornada diaria de trabajo (jornadas diarias superiores) cuyo cómputo a efectos de determinación del tiempo de trabajo realmente realizado por el trabajador requiere períodos o secuencias temporales superiores al día, el registro diario de jornada, exigible en todo caso, deberá ponderarse y globalizarse a efectos de control y contabilización del tiempo de trabajo efectivo en dichas secuencias superiores a la diaria. De suerte que si, por ejemplificar, la flexibilidad horaria exige el cumplimiento de una determinada jornada mensual, libremente distribuida por el trabajador, el hecho de que un registro horario diario compute excesos de jornada no se interpretará como trabajo extraordinario o por encima del pactado si, analizados los registros de los restantes días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria. En coherencia, cualesquiera otros períodos de referencia a los fines redistributivos seguirán idéntica regla

En tercer lugar, en cuanto al tiempo de trabajo que debe quedar registrado, la obligación del art. 34.9 ET queda referida al "*horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora*". Ello significa que debe registrarse todo el tiempo que forme parte de la jornada, contabilizándose también el tiempo de pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, así como las voluntarias, para eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de la jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo. No obstante, si

dichas interrupciones o pausas intrajornada están predeterminadas y son de carácter global, el registro diario podrá eludir dichos elementos internos de la jornada diaria. En fin, debe tenerse presente que el objetivo de regular el registro de la jornada diaria es crear un marco de seguridad jurídica entre empresa y persona trabajadora, así como posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y asegurar asimismo que las horas extraordinarias quedan compensadas en salario o en descanso.

Por último, este sistema de registro es diferente pero compatible con el registro de horas extraordinarias, de tal forma que es posible que con el registro de la jornada diaria se puedan registrar asimismo las horas extraordinarias.

De hecho, con anterioridad a la promulgación del RDL 8/2019, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ya señaló en su Instrucción 3/2016⁷⁵ la obligación de llevar un registro de la jornada ordinaria por parte de los empresarios, en virtud del art. 35.5 ET, con independencia de que se realizasen horas extraordinarias o no. La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social entendía que la llevanza del registro era necesaria, porque a partir de dicho registro se podía extraer el número de horas extraordinarias efectivamente realizadas por las personas trabajadoras.

No obstante, con posterioridad, y a la luz de los pronunciamientos anteriormente citados del TS en marzo y abril de 2017, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dictó una nueva instrucción (Instrucción 1/2017) que viene a modificar el contenido relativo a la inspección y sanción en materia de registro ordinaria de la Instrucción 3/2016 y establece claramente que las inspecciones no podrán exigir a los empresarios registros de la jornada diaria de trabajo, quedando las empresas obligadas únicamente a registrar las horas extraordinarias. Además, la llevanza del registro de jornada diaria no resulta una obligación exigible a las empresas con carácter general, por lo que la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no constituía una infracción del orden social.

Al respecto, debe recordarse que el art. 34.9 ET también se remite a la negociación colectiva para la organización y documentación del registro de la jornada. Es decir, no existe una modalidad específica para el registro de la jornada, por lo que ello deberá ser negociado colectivamente o por acuerdo de empresa. De esa forma, es válido cualquier sistema o medio, ya sea en papel o telemático, que proporcione información fiable y no manipulable a posteriori. Por tanto, las empresas pueden contar con un modelo propio o adecuado a sus características, siempre que se haya adoptado por negociación colectiva o acuerdos de empresa, y siempre que opere según las propias definiciones en cuanto a interrupciones, pausas y flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. En defecto de convenio o acuerdo colectivo, será la empresa el que establecerá un sistema propio, pero con la consulta de los representantes de los trabajadores, que deberán emitir un informe previo, tal y como se define en el art. 64.1 ET.

Así podemos encontrar en los convenios la siguiente regulación. En el Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca, Resol. de 22 de enero de 2020, establece en su apartado 1.2 que *"el registro ha de ser objetivo, fiable y accesible, así como plenamente"*

⁷⁵ De 21 de marzo.

compatible con las políticas internas orientadas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como con la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo, adecuación de jornada y prestación de servicios en modelo de teletrabajo, trabajo en remoto o a distancia y otras similares, todo ello en los términos que puedan estar establecidos en los pactos colectivos o contractuales aplicables a la persona trabajadora".

Por su parte, el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, Resol. de 23 de octubre de 2019, regula en su art. 67.8 que *"la empresa garantizará el registro diario de jornada de sus personas trabajadoras que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo. A tal fin, la empresa organizará el registro diario de jornada de sus personas trabajadoras a través de medios, tales como anotaciones en papel con firma de la persona trabajadora, aplicaciones informáticas, tarjetas de identificación electrónica o cualquier otro medio o soporte que acredite la conformidad de la persona trabajadora con el registro efectuado. Dichos medios deberán identificar de manera suficiente los registros obligatorios que correspondan a la presencia de las personas trabajadoras en el centro de trabajo en cada día laborable, festivo o no laborable, teniendo en consideración las distintas modalidades posibles que tienen las empresas en relación al establecimiento de las distintas fórmulas de prestación del trabajo, entre otras, horario fijo, jornada flexible, teletrabajo, jornada parcial, jornada reducida, jornada partida, jornada continuada, jornada intensiva, etc."*. De igual modo lo recoge el art. 46 del convenio colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid (Aecom) y por la representación sindical de CC OO de Construcción y Servicios de Madrid y UGT-FICA Madrid, Resol. de 18 de febrero de 2020; y el art. 12 del Convenio colectivo del sector de la Construcción de las Illes Balears, Resol. de 29 de enero 2020.

Ello es una muestra más de la necesidad de controlar la jornada de trabajo también cuando se presten los servicios en la modalidad de teletrabajo.

Por tanto, como conclusión, podemos indicar que es obligatorio proceder al control y registro de la jornada de trabajo, si bien se deja libertad a la negociación colectiva, o al acuerdo de empresa, o en su defecto, a la decisión unilateral de la empresa, para establecer la forma y modo en la que ha de llevarse a cabo dicho control, con el único requisito de que quede asegurada su fiabilidad, que sea diario, esto es, día a día, y que esté a disposición de las autoridades laborales en cualquier momento que se requiera.

De ahí, que puedan aplicarse diversos sistemas como el registro en papel (modelo más usado por la pequeña empresa, que cuenta con ventajas e inconvenientes); o bien las máquinas de fichar utilizadas generalmente en las grandes empresas; el reconocimiento de huellas o el facial, sistemas éstos últimos denominados biométricos, que aunque son muy fiables, no obstante, pueden vulnerar el derecho a la intimidad; o bien el sistema de registro de medición móvil, que se utiliza especialmente en aquellas actividades que cuenten con personas trabajadoras itinerantes o móviles⁷⁶.

⁷⁶JIMÉNEZ VARGAS, P. J., "La eficacia de la nueva ley de registro de la jornada laboral en contra de la precariedad y el absentismo", *RGDTSS*, núm. 55, 2020. p. 200 y ss.

Por tanto, las fórmulas para registrar la jornada en el caso del teletrabajo, lógicamente, deberán ser telemáticas, pudiendo ser automáticas, esto es, que se registren los períodos de conexión, el encendido y apagado de los terminales; o bien manuales, es decir, que sea la persona teletrabajadora la que introduzca en la aplicación los datos de la jornada trabajada.

Lo importante es que la implementación del modo de llevar a cabo el registro sea negociado con los representantes legales de los trabajadores, en las correspondientes mesas de negociación. Serán los convenios colectivos o los acuerdos sectoriales los que deberán establecer la forma de llevar a cabo el control, y fijar las reglas sobre las pausas y el control horario.

En el caso de que no se llegue a un acuerdo, entonces será la empresa o la Administración, quien determinará de forma unilateral, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, el modo de llevar a cabo el registro.

En definitiva, existe libertad en cuanto a la forma de llevar a cabo el control, siempre que se garantice que sea un sistema riguroso (que no pueda ser manipulado), que sea fiable (por la información que ofrece a la persona trabajadora, empresa o autoridad), y que sea diario (no es suficiente un horario general, sino que debe ser diario, aunque como ya hemos dicho en el caso del teletrabajo, con sus particularidades).

7. CONCLUSIÓN

1. El control y registro de la jornada de trabajo para aquellas personas trabajadoras que presten sus servicios en la modalidad de teletrabajo resulta esencial, además de obligatorio legalmente, por razones, no sólo de cumplimiento horario, sino también por razones ligadas a la salud de la persona. Es curioso, no obstante, que el RDL 8/2019 no mencione esta segunda razón en su exposición de motivos, sino que lo relacione con la precarización del trabajo, pues literalmente indica que *"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, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario. Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada. A pesar de que nuestro ordenamiento laboral, en línea con los ordenamientos europeos, se ha dotado de normas que permiten cierta flexibilidad horaria para adaptar las necesidades de la empresa a las de la producción y el mercado (distribución irregular de la jornada, jornada a turnos u horas extraordinarias), esta flexibilidad no se puede confundir con el incumplimiento de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias. Al contrario, la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas, muy particularmente, aquellas sobre cumplimiento de límites de jornada y de registro de jornada diaria"*.

Sin embargo, esta referencia a la salud laboral sí que viene recogida en el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y

Seguridad Social en materia de registro de jornada que indica que “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, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar y afectar a su salud laboral, y el salario”.

De igual forma se refiere a ello la doctrina judicial comunitaria⁷⁷ que recuerda que la Directiva 2003/88/CE tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las normas nacionales relativas a la duración del tiempo de trabajo con el fin de promover la mejora de la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Por tanto, con independencia de si se trata de empleados o empleadas públicos o personas trabajadoras acogidos al ET, o de si prestan sus servicios en la modalidad de teletrabajo, es necesario, el control y registro del tiempo de trabajo.

2. No existe una única modalidad válida para realizar el registro de la jornada de trabajo. La única exigencia es que sea un sistema que permita registrar con fiabilidad y objetividad la hora de inicio y de fin de la jornada.

3. Aparte del control del tiempo de trabajo, más que ello, debería establecerse un control basado en los resultados, es decir, en la productividad y la consecución de unos objetivos, más que en el horario estrictamente. De hecho, según el Informe *Hybrid Working: Creating the “next normal” in work practices, spaces and cultura* elaborado por Plantronics, INC., a partir de las opiniones de expertos en el futuro del trabajo, se señala que la hoja de ruta hacia la nueva normalidad pasa porque las personas trabajadoras cuenten con flexibilidad y capacidad de elección, en un nuevo ambiente de trabajo híbrido, basado en el trabajo flexible, en múltiples ubicaciones, y en espacios de trabajo productivos e inmersivos que se adecuan al estilo de vida de cada persona trabajadora. Es decir, se implantarán nuevos patrones de trabajo basados en la flexibilidad de las personas trabajadoras, especialmente, sobre el momento y lugar en el que trabajan, y orientados, además, en la productividad y en la generación de resultados, en detrimento del control del horario.

Según opinión pública, “es cierto que esta regulación puede ser útil para tratar de eliminar la realización de horas extras no pagadas y, por lo tanto, para luchar contra el fraude y la precariedad laboral (...) también nos hemos de preguntar si esta reforma laboral se adapta y es aplicable a las necesidades de los profesionales y las nuevas formas de organización del trabajo del siglo XXI”⁷⁸, y añade “¿tiene sentido aplicar el control horario en los sectores de las donde las coordenadas espacio y tiempo se desdibujan, y lo que prima es la evaluación de resultados?..”.

⁷⁷ STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2012, Asunto caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

⁷⁸ DEL CASTILLO, M., “El registro de control horario: ¿presencialismo o profesionalidad?”, *El Periódico*, 21 de agosto de 2019. Disponible en <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20190821/presencialismo-o-profesionalidad-articulo-opinion-manuel-del-castillo-control-horario-7601136>

4. Por último, la obligación de registro de la jornada de trabajo no parece suponer un problema con el Reglamento 2016/679/UE⁷⁹ ni con la LO 3/2018, pues la doctrina judicial comunitaria ya se pronunció en relación con la legislación portuguesa⁸⁰ considerando que, pese a ser datos personales no vulneran la normativa europea cuando la autoridad laboral solicita consultar tales registros en la empresa. Es decir, la inspección de trabajo puede consultar los registros horarios para el ejercicio de su función, siendo obligación de la empresa facilitarle el acceso inmediato a los mismos y adoptar las medidas para garantizar que otras personas no autorizadas puedan acceder al contenido de tales registros⁸¹.

Además, el tratamiento de los datos personales está legitimado⁸², en este caso, por la imposición legal a la empresa de la obligación de registro, por lo que no será preciso el consentimiento individual de la persona trabajadora. No obstante, sí deberá ser informada de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso sobre los extremos previstos por la ley.

En definitiva, como conclusión, y en palabras de Joaquín Nieto, director de la oficina de la OIT para España, el teletrabajo "es una metodología que necesita de una serie de disposiciones que garanticen al trabajador un horario establecido, unas tareas determinadas, derecho a la desconexión... en España las posibilidades del teletrabajo no están suficientemente exploradas".

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTÓBAL RONCERO, R., "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica", en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017.

⁷⁹ De 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁸⁰ STJUE de 30 de mayo de 2013, C-342/2012, Asunto Worten, que enjuicia el caso de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal do Trabalho de Viseu en el conflicto entre la empresa Worten y la autoridad laboral de Portugal en relación con la solicitud formulada por la autoridad laboral para acceder al registro de los tiempos de trabajo de la empresa y comprobar el cumplimiento de la normativa sobre tiempos de trabajo y descanso de las personas trabajadoras. La autoridad laboral impuso una multa a Worten por la comisión de infracción laboral grave al vulnerar las disposiciones sobre el registro del tiempo de trabajo porque no había permitido que la autoridad procediera a la consulta del registro de dichos tiempos.

⁸¹ No obstante, la STSJ Comunidad Valenciana, sala de lo social, de 3 de mayo de 2018, rec. núm. 910/2018, considera 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".

⁸² STSJ Cataluña, sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de noviembre de 2018, rec. núm. 44/2018.

- ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001.
- ARRIETA IDIAKEZ, F. J., "La desconexión digital y el registro diario en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.
- CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C., "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, (versión on line).
- CUBO MAYO, A., "El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registros de la jornada y horario", *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016 (versión on line)
- DEL CASTILLO, M., "El registro de control horario: ¿presencialismo o profesionalidad?", *El Periódico*, 21 de agosto de 2019. Disponible en <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20190821/presencialismo-o-profesionalidad-articulo-opinion-manel-del-castillo-control-horario-7601136>
- DEL MAR, V.; MOLINA GARCÍA, O., "La implementación técnica del Registro de la Jornada", *El Derecho*, 2019. Disponible en <https://elderecho.com/la-implementacion-tecnica-del-registro-la-jornada>
- DI MARTINO, V. Y WIRTH, L., "Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida", *Revista Internacional del Trabajo*, 109, 1990.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., "Teletrabajo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTSS, 2000.
- GARCÍA NINET, I., "Contrato de trabajo a domicilio", en AA.VV., *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, Tomo III, 1985.
- JIMÉNEZ VARGAS, P. J., "La eficacia de la nueva ley de registro de la jornada laboral en contra de la precariedad y el absentismo", *RGDTSS*, núm. 55, 2020.
- LILLO PÉREZ, E., "Notas sobre la realidad de la jornada laboral en España y el derecho a la limitación de la jornada de los trabajadores como consecuencia ineludible de la protección de la salud laboral de los mismos. La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria", *Ciudad del Trabajo*, núm. 7, 2018.
- MANZANO SANTAMARÍA, N., *NTP 1122: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*. Madrid: INSSBT, 2018. Disponible en <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>
- MELLÁ MÉNDEZ, L., "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (I)", *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016.
- MOLL NOGUERA, R., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET", *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2016 (versión on line)
- MORGADO PANADERO, P., "El teletrabajo: nueva formación de prestación de servicios (avance jurisprudencial)", *AL*, núm. 16, 2004.

- NAVARRO CUÉLLAR, A., "El control de la jornada diaria de trabajo: ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la Inspección de Trabajo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 44, 2016.
- OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 2019.
- OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf
- OIT, *Memoria del Director General. Informe I. La iniciativa del centenario relativa al Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2015. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_370408.pdf
- OIT, *Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591507.pdf
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: MTSS. 2001.
- ROJO TORRECILLA, E., "La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo", *RJL*, núm. 3, 2019.
- SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores, 1997.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- THIBAUT ARANDA, J., *Relaciones laborales e internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 (versión on line)