



A LA DEFENSORA DEL PUEBLO DÑA. SOLEDAD BECERRIL
BUSTMANTE

Dña. **Ángeles Morcillo Garmendia**, letrada en ejercicio del I.C.A.M., actuando en nombre y representación, conforme al poder notarial conferido, de la **FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-CGT)**, con domicilio a efectos de notificación en Calle Ayala, nº 83 1º-D, 28006 MADRID (Tlfno. **91 170 45 35** y **664329118** y fax **91 008 58 99**), ante este Alto Comisionado comparece y como mejor proceda en Derecho,

DICE:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la representación de la Federación de Servicios de la Unión General de trabajadores (Fes- UGT), la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO Servicios), la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA), la Asociación de Cuadros y Profesionales de Bankia (ACCAM- BANKIA), el Sindicat Autonom de Treballadors D'Estalvi (SATE), la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), y ACB- Bankia se planteó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación terminaron por suplicar se dictara sentencia por la que se declare *«La obligación de que la empresa Bankia, - establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial*

como en los pactos de empresa que sean de aplicación, - así como que proceda a dar traslado, a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro.».

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

TERCERO: En dicha sentencia y como hechos probados más relevantes, destacamos los siguientes:

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

B) Los representantes de los trabajadores han solicitado de la dirección el establecimiento de sistemas de registro de jornada.

C) El 15-06-2015 la Inspección de Trabajo de Sevilla en actuación previa, extendió acta de infracción por falta de llevanza de registro diario individual de jornada y requirió a las partes para su implantación con el debido consenso. El 19-10-2015 la Inspección de Trabajo de Granada emitió informe, porque constató que en la empresa no había registro diario de jornada, lo cual le impidió constatar la denuncia sobre si se realizaban o no horas extraordinarias, iniciando, a continuación, el correspondiente expediente sancionador como consecuencia de la falta de registro diario de jornada. El 28-10-2015 la Inspección de Trabajo de Sevilla requirió a la empresa demandada para que promoviera un registro diario de jornada, por cuanto su inexistencia le impidió constatar si se producían o no prolongaciones de jornada en la empresa demandada. El 12-11-2015 se produce un nuevo requerimiento a la empresa y se recoge también en el Libro de Visitas por carecer de registro diario de jornada.

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

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

QUINTO: Admitido el recurso de casación por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de interesar **la desestimación del recurso.** Una vez instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se señaló para votación y fallo el día 22 de febrero actual, acto que fue suspendido por providencia de 22 de febrero de 2017, señalándose para nueva votación y fallo por la Sala en Pleno el día 15 de marzo de 2017.

SEXTO: Que con fecha de 23 de marzo de 2017, se dicta sentencia de Pleno con el siguiente fallo:

“1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Bankia, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de diciembre de 2015, en actuaciones nº 301/2015.

2.- Casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos por no haber sido impugnados.”

CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA DE PLENO

Tras un análisis sesgado, deslocalizado y polarizado del art. 35.5 ET, la sentencia concluye que dicho artículo no impone a la empresa la obligación de establecer un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados.

De manera, entendemos, exculpatoria, únicamente expresa el deseo de la conveniencia de que de "lege ferenda" se haga una reforma legislativa que *"clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias"*.

La sentencia cierra las conclusiones con un matiz altamente empresarial y parcial, que derivará en actuaciones, contrarias a los derechos de los trabajadores, que han venido dándose hasta la fecha y que apoyarán aún más, si cabe, la arbitrariedad de las mercantiles, en contra de las obligaciones que les competen.

Así pues indica que: *"Todos los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional **como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (...)**"*

Es por lo anterior que se prima **"la buena marcha productiva"**, frente a los derechos de los trabajadores y sus representantes legales, establecidos en la normativa estatal y europea, que obligan, como señalaremos más adelante, a limitar la duración de la jornada máxima, en cualquier caso, a contar con el consentimiento del trabajador para que la jornada sea superada y a vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa laboral.

Además, el Tribunal Supremo, amparándose en las dificultades que entrañaría una negociación colectiva, para los múltiples horarios y modos de desarrollo del trabajo de los empleados y en la complejidad resultante en cuanto, a la posible vulneración de la intimidad y libertad del trabajador, por el tratamiento de la información en aplicación de la LOPD, indica literalmente que:

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

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

adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual.”

Y además de lo anterior, y a mayor abundamiento, en la trasgresión de los derechos de los trabajadores, soslaya la situación de inferioridad de estos frente al empresario, indicándose sin ninguna impunidad que:

“La solución dada no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor del artículo 217-6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que si las realizó.”

Como indicaremos más adelante, esta es una solución pírrica, que además de dejar en inferioridad de armas al trabajador, acentúa aún más, el poder del empresario, el cual decide si se han realizado o no horas extraordinarias, sin que se establezca un control de las mismas, lo cual se torna del todo imposible al no existir tal sistema de vigilancia.

Pero es más, se indica por el alto tribunal, que el trabajador podrá reclamar sus horas extraordinarias con la prueba que le facilite la empresa, que como ya hemos indicado, es inexistente, teniendo el empleado, que realizar un acto de fe, en el caso de que exista dicho control, ya que la empresa puede indicar que no se han realizado horas extraordinarias.

Es por ello que nos encontramos ante una evidente desprotección fáctica y jurídica, ante el poder del empresario, quien sin más justificación puede, no establecer el control horario y/o no facilitar al trabajador las horas extraordinarias con tan solo negarlas.

JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PRESENTE QUEJA

Antes de comenzar con el desarrollo del presente punto, tenemos que hacer referencia a que tanto el Ministerio Fiscal, como cinco de los magistrados que componen la Sala 4ª del Tribunal Supremo, han emitido en los votos particulares, sus consideraciones en contra de la admisión del recurso de casación interpuesto por Bankia, todo lo cual, debe hacernos reflexionar, sobre:

- La sujeción a la legalidad de la presente sentencia
- La transgresión de los derechos de los trabajadores, quienes se ven en una situación de evidente indefensión ante la realización de horas extraordinarias, que pocas veces son voluntarias.
- La prueba diabólica a la que se ven sometidos a la hora de una posible reclamación sobre dichas horas extraordinarias
- La falta de cotización de esas horas por la ausencia de prueba, beneficiándose el empresario del trabajo realizado por el empleado sin que por ellas tenga que cotizar a la Seguridad Social o abonar ninguna cantidad al que las efectuó.
- La vulneración del derecho a la negociación colectiva y derechos de la representación sindical (art. 28 CE , art. 64 ET y art. 2.1.d); art. 2.2.d) LOLS)

En la línea de razonamiento de los votos particulares, la admisión del presente recurso, vulnera:

- El principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)
- El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)
- Protección de la integridad física (Art. 15 CE)
- El art. 40.2 CE en cuanto a la garantía del descanso mediante la limitación de la jornada laboral.
- Art. 28 CE, art. 64.7 ET y art. 2.1.d); art. 2.2.d) LOLS

Para comenzar el presente razonamiento, es obligado ir al tenor literal del art. 35.5 ET, el cual exige que para el cómputo de las horas extraordinarias deba llevarse un registro de la jornada diaria de cada trabajador:

*“5. A efectos del cómputo de horas extraordinarias, **la jornada de cada trabajador se registrará día a día** y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.”*

Ciertamente el citado artículo, regula el cómputo de las horas extraordinarias, pero qué duda cabe de que si no existe un control diario de la jornada, se hace tarea imposible el hecho de registrar las horas extraordinarias. Pero es más, aunque en sede de “horas extraordinarias”, el mandato del art. 35.5 ET es claro: **“la jornada de cada trabajador se registrará día a día”**. Es por ello que la sentencia se aparta de lo exigido por el Estatuto de los Trabajadores, amparándose inicialmente en el vacío legal existente, indicándose según el tribunal, que para las jornadas ordinarias no existe la obligación de instaurar un registro horario, amparándose en el hecho de que las jornadas o trabajos especiales sí cuentan con una regulación específica que obliga al establecimiento de un control y registro de la jornada efectiva de los trabajadores afectados.

Lo anterior, no hace otra cosa que vulnerar el art. 9.3 CE sobre el principio de seguridad jurídica, evitando la aplicación del art. 35.5 ET en cuanto a la obligación que tiene el empresario de determinar la jornada máxima legal o convencionalmente establecida.

Hay que incidir, como cuestión de la protección de los derechos de los trabajadores, en que dicho registro horario constituye la única arma de defensa, protección y prueba del empleado para poder acreditar su efectiva asistencia al puesto de trabajo, ya que de obviarse el referido control, estaríamos situando al trabajador en un plano de evidente indefensión, abandonándole al arbitrio del empresario toda vez que, por cualquier motivo, se tenga que demostrar haber acudido a su puesto de trabajo en el horario establecido o pactado, tanto individual como convencionalmente.

Así pues, y en base a todo lo anterior, evitar y/o no determinar legalmente la obligatoriedad de la implantación del registro horario, también, viene a llevar al traste, la observancia del principio de la tutela judicial efectiva y la protección del trabajador en cuanto a su derecho al descanso o retribución de las horas efectuadas en demasía, dejando desprotegido al empleado frente al arbitrio del empresario, sometiéndolo a la presión e incluso al chantaje laboral, de no ser promocionados profesionalmente o de perder el puesto de trabajo, sino se realizan dichas horas extraordinarias.

En este sentido, todos los votos particulares son unánimes indicándose, por ejemplo, en el primero de ellos, emitido por D^a M^a Lourdes Arastey Sahún al que se adhiere la magistrada D^a MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA que:

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

Como hemos apuntado anteriormente, esta conducta empresarial que exime de la obligación de establecer un registro horario, y ahora avalada por la sentencia del Supremo, vulnera también la normativa estatal y comunitaria en cuanto a las obligaciones de la empresa respecto en cuanto al deber de respetar la integridad física (art. 15 CE) y normas de seguridad y salud laborales.

Así pues se estaría yendo contra lo establecido en los arts. 4.2.d) y 19 ET. El primero de ellos, referido a los derechos básicos de los trabajadores, indica que uno de ellos es el derecho *a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales*. Y el art. 19 ET, establece los derechos y obligaciones en cuanto a la seguridad y salud en el trabajo. Así pues y si aplicamos la sentencia dictada por el Supremo, dejaríamos a expensas del empresario el cumplimiento o no de sus deberes y obligaciones básicas, establecidas legalmente.

Con este pronunciamiento, se dota al empresario de una arbitrariedad evidente para poder esquivar normativa estatal y comunitaria tendente a proteger a los trabajadores, vulnerando, en cuanto a la integridad física y derecho al descanso – los artículos ya enumerados- , así como la Directiva 2033/88/CE de 4 de noviembre y el art. 40.2 CE.

La sentencia de Pleno, indica en sus conclusiones, que ante un vacío legal, el tribunal no puede legislar, pero sin embargo, lo cierto es que, la fundamentación jurídica, y evidentemente el fallo de aquella, deja sin aplicación y sin respaldo, muchos de los derechos de los trabajadores y de los representantes legales, desregulando de esta manera materias fundamentales para la protección de los empleados.

En este último sentido, tenemos que citar el art. 64.7 ET el cual faculta a los representantes legales de los trabajadores para vigilar y controlar el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad y salud, por lo que es evidente, que en aras de poder ejercer dichas actividades es necesario disponer de una información objetiva y veraz de registro horario de los empleados.

Así mismo, la sentencia coarta la negociación colectiva, impidiendo que se acceda a ella simplemente por la complejidad y en pro de **“la buena marcha de la actividad productiva”**, tal y como se indica en las conclusiones. Es claro, como ya indicábamos, que el art. 35.5, establece la obligación del registro diario, por lo que dicha norma imperativa, faculta a las partes legitimadas para desarrollar su regulación y adaptación a cada sector u horario especial que pueda fijarse o haberse fijado en la empresa o sector.

Esta lectura dada por el Tribunal Supremo, podría incluso tacharse de antisindical y contraria al art. 28 CE y la LOLS, en cuanto a que deja total y absoluta libertad al empresario, para mantener al margen esta materia y no someterla a negociación colectiva, por lo que así mismo, esquivar tener que dar información a la representación legal sobre la realidad de la jornada efectiva, evitando así también que los representantes legales puedan ejercer su labor de vigilancia y control determinada en el art. 64.7 ET.

Así una vez más, los derechos de los trabajadores y el derecho sindical, se ven sometidos a los dictados de **“la buena marcha de la actividad productiva”**, amparados en un supuesto “vacío legal”, que a nuestro entender no existe, ya que el propio art. 35.5 ET obliga a un registro de la jornada diaria.

Por todo lo expuesto en cuanto a nuestra posición e interpretación ofrecida en el presente escrito, solicitamos del Defensor del Pueblo, una actuación rápida y eficaz respecto del tema planteado, y en aras de que los derechos de los trabajadores y de su representación legal, no se sigan viendo vulnerados, **es urgente** que se opere una reforma legal del Estatuto de los Trabajadores en el que se incluya de manera clara la obligación que compete al empresario en cuanto al establecimiento y llevanza de un registro de la jornada diaria realizada por los trabajadores, así como de las obligaciones de trasladar la información que se deduzca de dichos registros, tanto a los empleados como a la representación legal, amparando así los derechos y obligaciones que de forma pretérita se establecieron en las normas estatales y comunitarias, sin todo lo cual quedarían vacías de contenido, provocando una quiebra en el sistema de protección de los trabajadores.

Por lo expuesto y en su virtud,

SUPPLICAMOS AL DEFENSOR DEL PUEBLO: Que teniendo por presentado este escrito y los documentos adjuntos, lo admita y tras los trámites oportunos, acceda trasladar al Congreso de los Diputados la propuesta de una reforma laboral en la que se establezca de manera clara, la obligación que compete al empresario sobre el establecimiento de un registro horario para las jornadas ordinarias, en aras de determinar la jornada máxima a realizar por los trabajadores, pudiendo así dar un correcto y total cumplimiento a la principios constitucionales, a la normativa estatal y comunitaria en cuanto a la protección de la integridad física, de la salud y seguridad laborales y obtenerse por parte de los trabajadores y de su representación legal, los medios de prueba sobre la realización de horas extraordinarias, dando de esta forma cabida también a la protección de los derechos de la representación sindical, en cuanto a su acción de vigilancia y control de la normativa laboral y su derecho a la negociación colectiva.

Así mismo, solicitamos que se interponga recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, frente a la sentencia de Pleno dictada por el Tribunal Supremo el 23 de marzo 2017, dadas las vulneraciones indicadas en el presente escrito que conculcan derechos fundamentales tanto a nivel individual como colectivo, por el evidente interés constitucional que se deriva de la aplicación de la referida sentencia y la doctrina que instaura en las relaciones laborales, tendente a la supresión de derechos de los trabajadores y sus representación legal en la empresa.

En Madrid a 19 de abril de 2017

OTROSI DECIMOS: Que se aportan como documentos adjuntos los siguientes documentos:

- Documento nº 1: Demanda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional
- Documento nº 2: Sentencia de 4 de diciembre de 2015
- Documento nº 3: Informe del Ministerio Fiscal
- Documento nº 4: Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017.
- Documento nº 5: Poder de representación otorgado por FESIBAC-CGT a la abogada que suscribe

**ANGELES
MORCILLO
GARMENDIA**
IA

Firmado digitalmente por ANGELES MORCILLO GARMENDIA
Fecha: 2017.04.19 11:41:27 +02'00'

Fdo.: Ángeles Morcillo Garmendia

FESIBAC-CGT