

Límites a la negociación colectiva. El acuerdo de trabajo a distancia debe contemplar en su clausulado el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia, siendo nula la cláusula que lo difiere a la voluntad unilateral de la empresa por causas organizativas, pudiendo, sin embargo, preverse plazos distintos de preaviso de la reversibilidad según quien sea la parte que la inste.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *El trabajo a distancia está generando una gran litigiosidad, lo que permite ir perfilando algunos aspectos de la nueva regulación. En este caso, se pide la nulidad de varias de las cláusulas contenidas en los contratos de trabajo cuyo contenido era la traslación de lo acordado en un acuerdo extraestatutario alcanzado con algunos sindicatos. Aunque en otros pleitos ya se han ido anulando diversas cláusulas, cuyos criterios aquí se reiteran, la novedad ahora se concentra en la permisibilidad de que las partes establezcan plazos diversos para preavisar la reversión del trabajo a distancia y en el rechazo a que sea la empresa quien unilateralmente fije los porcentajes de trabajo presencial y a distancia a pesar de que concurra el consentimiento de las partes en ello.*

Palabras clave: *Trabajo a distancia. Preaviso. Reversión. Porcentajes de presencialidad. Tiempo de trabajo. Averías. Conocimiento por representantes de los trabajadores.*

Abstract: *Remote work is generating a lot of litigation, which allows us to outline some aspects of the new regulation. In this case, the nullity of several of the clauses contained in employment contracts is requested. Although in other lawsuits several clauses have already been annulled, whose criteria are reiterated here, the novelty now focuses on the permissibility of the parties establishing different deadlines to pre-advise the reversal of remote work and the rejection of the company unilaterally fixing the percentages of face-to-face and remote work despite the consent of the parties to it.*

Keywords: *Distance work. Notice. Reversal. Attendance percentages. Working time. Breakdowns. Knowledge by workers' representatives.*

I. Introducción

El trabajo a distancia se basa en el acuerdo de las partes, pero su regulación deja muchos espacios a la negociación colectiva. En este caso, es la negociación colectiva extraestatutaria quien ocupa dichos espacios. Su contenido, no obstante, se ve cuestionado de modo directo, no sólo por contradecir claramente la regulación legal en

alguno de sus puntos, sino, y sobre todo, por obviar el eje que construye el sistema del teletrabajo, basado en la voluntariedad sinalagmática.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 117/2022, de 12 de septiembre.

Tipo y número de procedimiento: Conflicto colectivo, rec. 204/2022

ECLI:ES:AN:2022:4145

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo.. Sr. D. Jose Pablo Aramendi Sánchez

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La empresa ABAI dedicada a la gestión y prestación de servicios de atención telefónica a terceros se rige en sus relaciones laborales por el II Convenio colectivo de ámbito estatal de Contact Center. En noviembre de 2021 los sindicatos de la empresa UGT, OSTA y USO firmaron un acuerdo para la regulación del teletrabajo. Este acuerdo sirvió de base para que la empresa suscribiera con los trabajadores que voluntariamente aceptaron, un anexo sobre teletrabajo. Los sindicatos CGT, CCOO y CIG impugnan varias de sus regulaciones concretas relativas a la determinación del tiempo de trabajo, periodos de preaviso, interrupciones de jornada por incidencias o el porcentaje de distribución del trabajo presencial y a distancia. Asimismo, solicitan que se reconozca el derecho de los RLT a recibir copia de los contratos.

La sentencia comienza con un breve análisis del paradigma sobre el que se sostiene el trabajo a distancia regulado en la Ley y que no es otro sino la voluntariedad de las partes para suscribirlo, para modificarlo y para resolverlo. Sin que ello, no obstante, signifique que los representantes de los trabajadores no tengan intervención en su composición (DA 1ª LTD) o capacidad para verificar su conformidad con la normativa aplicable. Los sindicatos impugnantes consideran que se trata de un contrato de adhesión, pero la Sala de lo Social recuerda que, aunque así sea, los contratos no son nulos, pues su contenido se ha llevado a cabo por la empresa basándose en el acuerdo extraestatutario previo alcanzado con los sindicatos minoritarios. Recordando su doctrina contenida en la SAN 44/2022, que el contrato sea de adhesión no significa *per se* que el contrato sea nulo, sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas. De ahí que proceda al examen de las impugnadas.

En primer término, la SAN examina el tratamiento de **la reversibilidad del trabajo a distancia**. En la cláusula 8 del contrato se regula la “Situación de reversibilidad y **plazos de preaviso**” previendo que se “garantiza la vuelta al puesto de trabajo de forma presencial” cuando es a *instancia de la empresa*, en cualquier momento **cuando concurren razones una serie de causas que se glosan** o “por cualquier otro motivo justificado” incluyendo “los casos de incumplimientos de las condiciones técnicas requeridas, el incumplimiento de las medidas de protección de datos, de seguridad de la información o de prevención de riesgos laborales”. La motivación debe realizarse por escrito y, al menos, con 15 días de antelación. Se prevé expresamente, que “la reversibilidad no podrá ser utilizada por la Compañía como medida de sanción/penalización”. Por su parte, cuando es a *instancia del trabajador* se prevé que puede solicitarlo con un preaviso de 1 mes, debiendo la empresa contestar por escrito informando de la “aceptación de la solicitud *en atención a sus posibilidades*”. Se prevé

igualmente que el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial no será causa justificativa de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y conllevará la devolución de los medios y herramientas facilitados por la empresa para la modalidad de teletrabajo” sin que se pueda “volver a solicitar el teletrabajo hasta la siguiente convocatoria anual, salvo que concurren causas excepcionales que lo justifiquen”. Se regula igualmente la posibilidad de suspender temporalmente la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo cuando las necesidades de la actividad así lo justifiquen o no se dispongan de los medios adecuados en ese momento.

Los sindicatos demandantes consideran ilegal que haya plazos de preaviso diferenciados para ejercer la reversibilidad (15 días-1 mes), y que el ejercicio de la reversibilidad por el trabajador quede condicionado a que la empresa tenga posibilidades para llevarla a cabo. La Sala declara la validez de la previsión de plazos de reversibilidad distintos en tanto conformes con el art. 5.3 de la LTD que prevé que la reversión puede ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia. En el presente caso se hizo de acuerdo con el acuerdo alcanzado. Pero los sindicatos también consideraban **ilegal que el derecho a la reversión quede condicionada a la aceptación por la empresa “en atención a sus posibilidades”**. Tal previsión, según la AN supone dejar la decisión del trabajador a la personal y unilateral voluntad del empleador, lo que resulta contrario al art. 1256 CC, por lo que declara nulo ese inciso de esta cláusula.

Otra de las cuestiones impugnadas es la relativa a la **potestad de los responsables de fijar los tiempos de trabajo a distancia**. La cláusula 6 declara que las partes se proponen alcanzar un 70 % de teletrabajo (cada proyecto tiene que informar del porcentaje corresponde a cada trabajador/a), así como que “el trabajador/a podrá comprobar los días de teletrabajo/ presenciales a través de los cuadrantes mensuales correspondientes a su departamento”. También prevé que la “determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento”. La Sala anula esta última previsión porque con ella se deja en manos del empresario la **determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que contraviene el art. 8.1 LTD que establece que la** modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, “incluido el porcentaje de presencialidad” requiere acuerdo “entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación”.

Los demandantes impugnaban también que solo **se prevean 5 días laborales de preaviso para avisar a aquellas personas que de forma puntual deban incrementar** sus días de trabajo presenciales. Preaviso que consideran contrario al convenio del sector que fija un plazo de una semana para la modificación de horarios. Pero la sentencia declara su conformidad legal al entender que el art. 26 del convenio no es de aplicación al ser su objeto los horarios del trabajo ordinario presencial y no así las reglas sobre presencialidad y trabajo a distancia.

Por otro lado, los sindicatos demandantes exigen que se regulen en los contratos de trabajo a distancia que los tiempos de **suspensión del trabajo por avería o incidencia no sean imputables al trabajador**, lo que se acepta por la Sala reiterando que ello no es sino consecuencia de la ajenidad en la producción, en los medios y en los riesgos que caracteriza la relación laboral que lleva al empleador a asumir los mismos (art. 1.1. ET, art. 11 RDL 28/2020), así como de la exigencia del principio de igualdad entre trabajadores presenciales y los que trabajan a distancia, en tanto del mismo modo que la caída del suministro eléctrico no implica para los presenciales la obligación de prestar servicios en otro momento, tampoco cabe para los trabajadores a distancia (art. 4.1 RDL 28/2020); sin perjuicio de que, en su caso, el empresario pueda instar un ERTE por fuerza mayor o ejercitar acciones frente al responsable del suministro por los gastos salariales satisfechos por el defectuoso funcionamiento.

Estima igualmente la petición de que en **los contratos se concrete el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia**, al tratarse de una parte del contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia según el art. 7 LTD.

Finalmente, se acoge también la pretensión de que se remita copia de los contratos suscritos a la RLT, al tratarse de una obligación contundente recogida en el art. 6.2 LTD.

IV. Posición de las partes

1. De la parte social demandante

Se solicita que se anulen algunos incisos contenidos en las cláusulas de los contratos de trabajo a distancia celebrados con las personas trabajadoras (que se anule la potestad de los responsables jerárquicos para determinar el tiempo de trabajo, que el plazo de preaviso ha de ser de una semana y no de cinco días, que en los contratos se determine que las interrupciones de jornada por avería o incidencias no sean computables como tiempo de trabajo, que en los contratos se concrete el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia y que se reconozca el derecho de los RLT a recibir copia de los contratos).

2. De la parte empresarial

Se opone el empresario demandado por entender que la cláusula de reversibilidad tal como se establece no incumple las previsiones legales como también lo es la posibilidad de que por los responsables se determinen los tiempos de teletrabajo, considera que el preaviso de cinco días equivale a una semana, indica que los RLT reciben las copias de los contratos y que las interrupciones por averías no serían tiempo efectivo de trabajo.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 1.1 y 64 ET.

Arts. 5.3, 6.2, 7, 8, 11 y 12, DA 1ª de la Ley 10/2021, en adelante LTD

Art. 1256 CC.

VI. Doctrina básica

Es posible establecer en los contratos de trabajo y en los acuerdos colectivos plazos de preaviso diferenciados para ejercer la reversibilidad un plazo diferente para volver al puesto de trabajo presencial (reversibilidad) en función de que la iniciativa sea del trabajador o del empresario. Pero no dejar la determinación del “tiempo de teletrabajo” a la voluntad de la empresa en función de sus necesidades.

VII. Parte dispositiva

Se estima parcialmente la demanda. Por un lado, declara la nulidad y consiguiente inaplicación de: a) el inciso contenido en la cláusula 8ª de los contratos de trabajo a distancia que establece que La empresa contestará por escrito informando de la aceptación de la solicitud en atención a sus posibilidades, así como el último inciso de la cláusula 6ª de dichos contratos que establece que La determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. Pero además, también declara que: a) que constituye tiempo efectivo de trabajo aquel que tiene lugar cuando por razón de avería o incidencias, el trabajador a distancia no pueda prestar el servicio, b) Que los contratos de trabajo a distancia deben contener en su clausulado la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia a realizar por el trabajador, c) Que el empresario debe entregar a la representación legal de los trabajadores una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones. De este modo, se condena a los demandados ABAI BUSINESS SOLUTIONS S.A y UGT, USO, OST a estar y pasar por todo ello.

VIII. Pasajes decisivos

- “El clausulado del contrato lo ha llevado a cabo ABAI basándose en un acuerdo extraestatutario previo alcanzado con sindicatos minoritarios. Dicho contrato, basado en un mismo modelo, lo han ofertado a los trabajadores cuya intervención se ha limitado a prestar su conformidad a su previo redactado, todo ello en el contexto propio de la desigualdad subyacente entre empresario y trabajador individual en el marco de las relaciones laborales. Ahora bien, como hemos tenido oportunidad de señalar en nuestra SAN 44/2022, que el contrato sea de adhesión no significa per se que el contrato sea nulo, sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas”

- “Salvo que se apreciara abuso de derecho que no es el caso, resulta plausible que en el contrato se establezcan plazos diferenciados para su ejercicio”.

- “En el ejercicio de la reversibilidad por el trabajador, la cláusula nos indica que La empresa contestará por escrito informando de la aceptación de la solicitud en atención a sus posibilidades. Con ello la decisión voluntaria del trabajador se deja condicionada a las posibilidades empresariales, en definitiva, a su personal voluntad, lo que resulta contrario al art. 1256 CC”.

- “En la demanda se tacha de nulidad este último inciso: La determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. Es evidente que con esta decisión se está dejando en manos del empresario la determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que resulta contrario a las previsiones del art. 8.1 LTD”

- “Se alega en demanda que no se está respetando el art. 26 del convenio del sector que fija un plazo de una semana para modificación de horarios. La norma convencional estimamos que no resulta de aplicación pues en ella se regulan los horarios del trabajo ordinario presencial y dicha norma no trata de reglas sobre presencialidad y trabajo a distancia. La norma contractual impugnada entra por tanto dentro de las facultades de los signatarios para establecer el plazo específico para incrementar de forma puntual los días presenciales de trabajo”.

- “Si la caída del suministro del suministro eléctrico no implica para los trabajadores denominados "presenciales" la obligación de prestar servicios en otro momento, la aplicación del principio de equiparación ...no puede suponer una consecuencia distinta para los trabajadores que trabajan a distancia”

- “La norma establece como contenido mínimo y obligatorio la referencia en los contratos a la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia, por lo que la pretensión también se estima a la vista de que en los contratos se elude la fijación del porcentaje entre trabajo a distancia y presencial y que, además, como antes se ha analizado, los tiempos de trabajo a distancia puede ser alterados por el empleador”.

IX. Comentario

Es el sector del Contact Center un ámbito proclive a la conflictividad relacionada con el trabajo a distancia, al resultar dicha modalidad especialmente idónea para llevarla a cabo. En el presente supuesto se cuestionan varias cláusulas de acuerdos de trabajo a distancia suscritos por la empresa con sus trabajadores. Pero lo interesante es que su contenido incorpora lo que previamente se ha acordado en la negociación colectiva, en concreto, en un acuerdo de carácter extraestatutario al no firmarse con los sindicatos mayoritarios.

Varias de las impugnaciones no permiten muchos comentarios al ser su resolución judicial simple proyección de los términos literales de la Ley reguladora del trabajo a distancia o por haberse ya pronunciado la Sala sobre la misma en algún caso anterior. Ello ocurre con la obligación de entregar copia de los acuerdos de trabajo a distancia a la representación legal de los trabajadores, en tanto obligación expresa contenida en

el art. 6.2 LTD y cuyo incumplimiento es generador de una nueva infracción administrativa grave (art. 7.1) introducida en la LISOS por la DF 1 primero del RDL y luego contenida en la LTD. Por su parte, la consideración como tiempo de trabajo de los tiempos en que no es posible prestar servicio efectivo a la persona trabajadora consecuencia de una avería o incidencia, constituye cuestión clara al ya haber tenido ocasión de pronunciarse la misma Sala de lo Social en sentencia precedente (SAN de 10 de mayo de 2021, rec. 105/2021) por lo que no era esperable alteración motivacional alguna. Los pronunciamientos que constituyen cierta novedad son los siguientes:

En primer lugar, la validez del establecimiento de unos plazos de preaviso diferentes para proceder a la reversibilidad del trabajo a distancia según la parte que ejercite dicha posibilidad. Para la Sala, el art. 5.3 LTD permite dicha regulación diferencial al remitirse la ley a la negociación colectiva en todo lo relativo a la reversión o, en su defecto, a los términos fijados en el acuerdo individual de trabajo a distancia. No habiéndose probado abuso de derecho, es correcta la conclusión pues simplemente se estarían ante una puesta en práctica de la negociación colectiva, aunque sea en un producto extraestatutario, ya que la Ley no limita el ámbito negociador colectivo en este punto, es decir, no exige un ámbito concreto de negociación estatutaria, ni siquiera que tenga este carácter, con lo que su ámbito concuerda con el más amplio contenido en el art. 37.1 CE.

En segundo lugar, se considera contraria a Derecho la previsión que condiciona el ejercicio de la reversibilidad por el trabajador a la aceptación de la solicitud por la empresa en “atención a las posibilidades” de ésta. Para la Sala, tal previsión, contraría el art. 1256 del Código Civil que impide dejar la validez o cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes. En puridad, la literal interpretación del art. 5.3 LTD reenvía a la negociación colectiva “el ejercicio de esta reversibilidad” o, en su defecto, al acuerdo sobre trabajo a distancia. Era el acuerdo extraestatutario el que (parece) preveía dicha posibilidad que simplemente se trasladaba a los acuerdos individuales. La voluntad colectiva, minoritaria, se había pronunciado. Por lo que la duda que surge es si puede sustentarse en el art. 1256 CC la motivación rechazando tal regulación. Duda que, en el presente caso, se resuelve con facilidad cuando la negociación colectiva es extraestatutaria, en tanto considerada mayoritariamente como de naturaleza jurídica no normativa. Por otro lado, subyace en el pronunciamiento judicial la existencia de un derecho a la reversión del acuerdo de trabajo a distancia. Pero el “ejercicio” de tal derecho queda legalmente diferido a “los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia” (art. 5.3 LTD). En este sentido, salvo que los términos colectivos incurran en alguna ilegalidad, lo que el legislador parece haber querido instaurar es una norma de carácter dispositivo hacia los mismos. Y sólo en su defecto podría entrar a regularlos un acuerdo individual entre el empresario y parte trabajadora. A mi juicio, cabrían multitud de regulaciones posibles en los que existiera proporcionalidad y razonabilidad a la hora de condicionar la “decisión” de cualquiera de las partes (también la de la parte empresarial a favor de la trabajadora) de revertir la modalidad de ejecución de la prestación del servicio. Me parece acertada la posición de algún autor que mantiene que ha de entenderse la voluntariedad en la reversión como bilateralidad, sin que pueda mantenerse que existe un reconocimiento legal a un “derecho” de reversión (Gomez Abelleira) a salvo de que, precisamente, así lo considere la negociación colectiva o se plasme, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia.

Por su parte, la determinación de los tiempos de trabajo a distancia de modo prácticamente unilateral tal y como se contemplaba en el supuesto examinado, no cabe duda de que contraviene las previsiones legales. Aunque la cláusula impugnada establecía un porcentaje “genérico” de teletrabajo (“las partes se proponen alcanzar un 70% de teletrabajo) la parte trabajadora tenía que estar comprobando mensualmente los días presenciales o de teletrabajo que le correspondían a través de los cuadrantes elaborados en su concreto departamento y teniendo en cuenta que se especificaba que la “determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su

responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento”. La Sala anula esta última previsión porque con ella se deja en manos del empresario la determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que contraviene el art. 8.1 LTD que establece que la modificación del “porcentaje de presencialidad” requiere acuerdo “entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación”. Acertada, sin duda, la conclusión de la Sala en este concreto caso. No sólo por el argumento esgrimido en la sentencia (contrariedad legal), sino porque, aunque pudiera entenderse que las partes si han previsto el porcentaje de teletrabajo (alcanzar 70%) y de presencialidad (que sería entonces del 30%), el mismo quedaría en manos de una sola de las partes, siendo aplicable igualmente el art. 1256 CC antes mencionado. Tan solo hay que apuntar que, en el caso examinado, se incumpliría igualmente el art. 7.d) LTD que exige en los trabajos híbridos que conste en los acuerdos de TAD no sólo el porcentaje, sino la concreta “distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia”. Ello, aunque tiene todo el sentido del mundo, porque de tal porcentaje puede depender la propia aplicación de la Ley de Trabajo a distancia (en tanto si el teletrabajo no supera el 30% de la jornada dicha norma no sería aplicable), debe señalarse que en otros casos diferentes al concreto planteado, se podría entender que no se ha producido una modificación del porcentaje de presencialidad o de teletrabajo, es decir, no sería aplicable el art. 8 LTD si, en ejercicio del art. 7 LTD las partes establecen desde el inicio un porcentaje no completamente cerrado e inamovible, pero que deje claro los porcentajes mínimos de trabajo a distancia y los condicione a causas objetivas o subjetivas transparentes y cuyo conocimiento otorgue a ambas partes seguridad jurídica ex ante. En tal caso, en ausencia de abusos o arbitrariedades, no sería necesario poner en conocimiento de los representantes legales la “modificación” del acuerdo a distancia, porque tal previsión sería originaria y ya se habría puesto en su conocimiento desde el minuto cero. Esta posibilidad (porcentajes no cerrados), avanzada por parte de la doctrina, con certeza terminará llegando en algún momento a los tribunales y tendrá aun que ser debatida.

En definitiva, el trabajo a distancia se va perfilando con autoridad judicial, pero quedan aún muchos flecos que nuestro Tribunal Supremo deberá finalmente confirmar.