

Trabajo a distancia (teletrabajo). Fijación de claros límites a la discrecionalidad del empleador para regular las condiciones de trabajo. Notas a la importante sentencia de la AN de 22 de marzo de 2022.

 eduardorojotorrecilla.es/2022/04/trabajo-distancia-teletrabajo-fijacion.html

1. Es objeto de atención en esta entrada del blog la sentencia dictada por la Sala de lo Social el 22 de marzo , de la que fue ponente la magistrada Anunciación Núñez. Agradezco al letrado Juan Lozano, de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT , la amabilidad que ha tenido al enviármela. La sentencia ya ha sido publicada en CENDOJ, por lo que me permito remitir a su lectura íntegra a todas las personas interesadas, a los efectos de centrar mi atención en los contenidos que considero más relevantes de la misma.

El interés de la resolución judicial radica en la claridad con que la sentencia reconoce que en realidad el contrato que suscribieron las y los trabajadores con la empresa era un contrato de adhesión, con independencia de la existencia de la nota de voluntariedad (consentimiento) en la suscripción, y que la normativa reguladora del trabajo a distancia establece unas “reglas del juego jurídico” que hay que respetar, como son la voluntariedad a los efectos del establecimiento o concreción de algunas cláusulas, y las remisiones a la negociación colectiva sectorial cuando exista, por lo que la referencia a un convenio sectorial inexistente carece de toda validez.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “CONFLICTO COLECTIVO. Se anulan determinadas cláusulas del contrato tipo de trabajo a distancia ofertado por el empresario a quienes desean teletrabajar por considerarse contrarias a la LTD y LOPD en contexto regido por inexistencia de convenio colectivo que regule este tipo de contratación que debe partir de la expresa voluntad de quienes lo suscriben y de tratarse de contratos de adhesión”.

2. Vale decir, antes de adentrarme en el análisis de la sentencia, que la temática del trabajo a distancia y los distintos interrogantes que plantea de índole jurídico han merecido amplia atención de la doctrina laboralista. Entre los últimos trabajos que he tenido oportunidad de consultar cabe citar en primer el de la profesora Ana María Romero, “El marco regulador del teletrabajo” , en cuyo resumen explica que tiene por objeto “tiene por objeto analizar el marco jurídico-laboral existente en estos momentos sobre teletrabajo, conocer su contenido y valorar su adecuación a la realidad socioeconómica actual”.

Es obligado también referirse al estudio del profesor José Luis Monereo y de la profesora Sheila López, “El teletrabajo tras la pandemia del Covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica” , en el que se concluye que el desarrollo normativo en materia de teletrabajo se ha ido produciendo “conforme se ha ido consolidando en nuestro sistema el avance de las nuevas tecnologías de la información de la

comunicación, no habiéndose producido la aprobación de una nueva normativa en esta materia – pese a las múltiples ocasiones en que la doctrina lo ha reclamado a lo largo de estos años – hasta que *teóricamente* ha resultado necesario por la incidencia de la pandemia en nuestro marco económico y jurídico”.

La temática del teletrabajo mereció especial atención en el número monográfico de la revista “Trabajo, persona, derecho y mercado”, dedicada a “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo”, siendo de especial interés a mi parecer el artículo del profesor Juan Pedrosa “La regulación convencional del teletrabajo”

Y por supuesto no podemos dejar de fijar la atención en el blog del profesor Ignasi Beltrán de Heredia, que en su apartado dedicado a “Trabajo a distancia, teletrabajo (Ley 10/2021)” disecciona con todo lujo de detalles la normativa vigente e incorpora todas las novedades de resoluciones judiciales dictadas sobre la materia.

Por mi parte, y en una perspectiva histórica algo más lejana en el tiempo, me permito remitir a “Acuerdo sobre la regulación del teletrabajo. Texto comparado, y anotaciones, del anteproyecto de ley, la versión de 1 de septiembre, y el acuerdo alcanzado en la Mesa de Diálogo Social el 21 de septiembre”, y “Texto comparado, y anotaciones, de la primera versión del Anteproyecto de Ley de trabajo a distancia (20 de junio) y del último documento presentado a los agentes sociales (1 de septiembre). Mucho más que meros retoques: del derecho de la persona trabajadora a la potenciación de la intervención empresarial y la regulación pactada”

Y en el ámbito judicial, además de la sentencia que será objeto de comentario, podemos encontrar, entre otras, dos más de la AN. La primera, de 10 de febrero, de la que fue ponente el magistrado Pablo Aramendi (resumen oficial: “Califica la demanda como MSCT a la Instrucción Teletrabajo EEM abril 2022 cuya nulidad o subsidiaria injustificación solicita e invoca para ello la DT 1ª de la Ley 10/2021 que sustituyó el precedente RD Ley 28/2020”), y la segunda, más lejana en el tiempo, la de 4 de junio de 2021, de la que fue ponente la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo (resumen oficial: “Conflicto colectivo. Sector de Contact Center. Gastos derivados del trabajo a distancia en los domicilios particulares de las personas trabajadoras”).

3. Hechas estas reflexiones y consideraciones previas, paso al examen de la sentencia de 22 de marzo, que encuentra su origen en la demanda interpuesta el 27 de enero, en procedimiento de conflicto colectivo, por la Federación de Servicios de CCOO, y las posteriores interpuestas por CGT, FeSMC-UGT, USO y CIG, habiéndose celebrado el acto de juicio el 15 de marzo, tras haberse acordado la acumulación de todas las demandas.

Todos los sindicatos demandantes se ratificaron en sus pretensiones, o bien se adhirieron (caso de la CIG) a las tesis de otras demandas. En los antecedentes de hecho encontramos una síntesis de las tesis de las distintas organizaciones sindicales a las que más adelante dará respuesta la Sala en su fundamentación jurídica, que solicitan

la nulidad de varias cláusulas que la empresa, Teleperformance España SA, suscribió con 1.029 trabajadores y trabajadoras, calificado como “acuerdo sobre home office y trabajo a distancia”.

En apretada síntesis, sus tesis versan sobre la vulneración de derechos, fundamentales y legales, de las personas que suscribieron el acuerdo, al no respetar ni el marco constitucional sobre el acceso al domicilio ni la normativa legal sobre la necesidad de acuerdo para suscribir determinados pactos y las obligaciones empresariales que la Ley 10/2021 establece para el sujeto empleador.

La argumentación empresarial para oponerse a las demandas presentadas puso primero el acento en que no tenía razón de ser jurídica la pretensión de nulidad total del texto por no haberse emitido informe previo por la representación del personal ni tampoco por la alegación de no haberse producido negociación. Como excepción procesal formal alegó la inadecuación de procedimiento ya que la problemática de cada trabajador o trabajadora que suscribió el contrato es distinta y por ello estaríamos en presencia de un conflicto plural y no colectivo. Otra excepción procesal formal se refiere a la existencia de litispendencia, por cuando la AN ya se pronunció en la antes citada sentencia de 4 de junio de los gastos que debe asumir la parte trabajadora, en un litigio que enfrentó a la CGT y a la patronal a la que pertenece la empresa demandada. La sentencia de la AN no es firme por haber sido recurrida en casación, y desestimó la pretensión de “reconocer a las personas trabajadoras del sector el derecho a la compensación de los gastos derivados de la utilización de los equipos, herramientas y medios particulares, incluidos en los mismos el acceso a servidores de internet o instrumentos tecnológicos e informáticos como por ejemplo, ordenadores fijos, o portátiles, Tablet, webcam, teléfonos, inteligentes, teclados, ratones, cascos impresoras y similares, o hayan acometido la instalación, reparación y actualización de sus equipos...”

Respecto a las cuestiones sustantivas o de fondo (vid antecedente de hecho cuarto) expuso numerosos argumentos para defender sus tesis, poniendo el acento en la necesidad de adoptar medidas que posibilitaran “no causar perjuicio al negocio”, y casi todas ellas en el marco de acuerdos con las personas que suscribieron el contrato.

De los hechos probados interesa destacar que el convenio colectivo aplicable es el II de ámbito estatal del sector de contact center suscrito por la Asociación de Contact Center Española (ACE) y por los sindicatos CC.OO. y UGT. También, que hubo negociación, en el marco de la mesa negociadora integrada por la representación empresarial y la del personal, sobre la compensación de gastos de teletrabajo derivado de la COVID-19, habiéndose iniciado el 26 de abril de 2021 y finalizado sin acuerdo el 27 de mayo. Por lo que respecta a la temática central del conflicto, el contrato suscrito por 1.029 trabajadores y trabajadoras, se deja constancia de que fue remitido a la representación del personal el 20 de septiembre el modelo estándar y la copia de aquellos suscritos con las personas trabajadoras signatarias, en los que se precisan “los medios que se proporcionan a cada trabajador concreto...”.

4. Al entrar en la resolución del conflicto, la Sala centra con prontitud la cuestión, o más exactamente cuestiones, a dar repuesta, cuál es si el acuerdo suscrito por la parte empresarial y 1.209 trabajadores y trabajadoras “se acomoda a la legalidad”, debiendo dar respuesta primeramente a las pretensiones formuladas por algunos sindicatos de nulidad total, y en su caso, después, de nulidad parcial de algunas cláusulas que han sido expuestas por todas las partes demandantes.

Ahora bien, hay que dar respuesta primeramente a las excepciones procesales formales alegadas por la empresa, que serán rechazadas por la Sala. No existe litispendencia, ya que no hay identidad de sujetos ni tampoco de objeto entre los dos casos. En la sentencia del 4 de junio de 2011 las partes eran la patronal del sector y la CGT, mientras que ahora los son una determinada empresa y varias organizaciones sindicales, y el objeto de la primera era si debía reconocerse o no unas determinados derechos para todas las personas trabajadoras del sector de contact center, mientras que en el caso ahora analizado el debate se centra en la acomodación a la legalidad de un determinado clausulado del contrato suscrito.

Tampoco existe inadecuación de procedimiento, por cuanto sí existe un “grupo homogéneo” de personas trabajadoras, las 1.209 que suscribieron el contrato y para quienes puede darse una respuesta común, dándose los requisitos requeridos por los arts. 153 y 154 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, y en especial el art. 153.1 (“demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esta Ley”). Obviamente, aunque no está de más que se diga de forma expresa por la Sala, a mi parecer acertadamente, no es objeto de debate alguno “la determinación de los concretos gastos que a cada teletrabajador podrían corresponderle”.

5. Antes de abordar las cuestiones sustantivas o de fondo, la Sala procede a recordar el contenido más destacado de la vigente Ley 10/2021, y a poner de manifiesto su estrecha relación con el acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo, al que presté atención, junto con un más amplio análisis de la normativa internacional, en la entrada “El trabajo a domicilio (en versión clásica y moderna). La aplicación del Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184 de la OIT (y referencias a la normativa española y al acuerdo europeo)”. La Sala pone el acento, acertadamente a mi parecer, en que, al estar en presencia de un auténtico y específico contrato de trabajo, la nota de voluntariedad de las partes es de obligado cumplimiento tanto para su formalización como para su modificación y, en determinados casos, extinción (arts. 5, 8 y 5.3, respectivamente).

En primer lugar, la Sala rechazará la tesis de la nulidad total de contrato, defendida por la CIG y la CGT. Entiende, para dar respuesta a la pretensión de la CIG, que a falta de regulación concreta sobre la información a facilitar en los supuestos de teletrabajo en el convenio colectivo de sector aplicable, que la información facilitada cumple lo dispuesto en el art. 6.2 de la Ley 10/2021 (“La empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores”) en relación con los derechos de información y consultas y competencias que el art. 64 de la Ley del Estatuto de los trabajadores atribuye a la representación del personal.

Más enjundia e interés conceptual tiene la respuesta dada a la pretensión de la CGT, basada en que en realidad estamos en presencia de un contrato de adhesión. Comparto la tesis de la Sala en su respuesta, que coincide, repito que conceptualmente, con la alegación cegetista, porque aquello que ha hecho la persona trabajadora revela (como por otra parte es bastante frecuente en la mayor parte de los contratos laborales que se suscriben) que solo ha estampado su firma en un documento elaborado por la parte empresarial, reconociendo la Sala, y no me parece nada mal que recuerde algo que en algunas ocasiones parece olvidarse en la vida laboral actual, que esa adhesión responde a que el contrato se suscribe “en el contexto propio de la desigualdad equivalente entre empresario y trabajador individual en el marco de las relaciones laborales”.

Obviamente, el órgano jurisdiccional competente debe entrar a resolver sobre el contenido concreto del caso, y así lo hará la Sala, más allá del reconocimiento expreso de la desigualdad de las partes, aunque también me parece muy acertada su manifestación, que considero que va más allá de un mero obiter dicta, que dicha adhesión y nula participación en la elaboración del contrato “debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de validez de algunas de sus cláusulas”.

En fin, antes de entrar en la respuesta a las pretensiones de nulidad de cláusulas concretas del redactado del contrato, la Sala formula unas últimas consideraciones generales sobre la validez, en principio, de los contratos en juego, que cumplen los requisitos requeridos por el Código Civil, es decir “consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato, y causa de la obligación que se establezca”. Cuestión bien distinta es que alguna o algunas de las cláusulas puedan ser contrarias “a las leyes, a la moral ni al orden público” (art. 1255 Cc), o bien no respetar la jerarquía normativa que se regula en el ámbito laboral en el art. 3.5 de la LET, siendo en tal caso cuando la parte trabajadora podrá accionar en defensa de sus derechos.

6. Son numerosas las cláusulas cuya nulidad se pretende por los sindicatos demandantes. Agruparé a efectos de mi análisis, y para facilitar el seguimiento del caso por las personas interesadas, aquellas cuya validez se ha confirmado por la Sala, en primer lugar, y después abordaré aquellas que han sido consideradas contrarias a

derecho y de las que se ha declarado su nulidad. Sin tener conocimiento de cuál será la respuesta de la parte empresarial a la resolución judicial, es más que presumible que se interponga recurso de casación, y en tal caso deberemos esperar a la confirmación, total o parcial, de la sentencia de instancia, o a la estimación, total o parcial, de dicho recurso.

A) Petición de nulidad de la cláusula 1.1 “La Empresa pone a disposición del Trabajador los medios, equipos y herramientas especificados en el Anexo I, entre los cuales se podrán encontrar...”.

Como en todas las demás respuestas, la Sala ha de partir de los hechos probados y de la documentación aportada, que no es solo la del contrato sino también la de los anexos al mismo y siendo así que estos no se aportan. La Sala tiene que partir de la aportación de numerosos contratos individualizados en los que sí hay referencias concretas al material de trabajo aportado por la empresa, por lo que desestima la pretensión de nulidad, en el bien entendido que aquellos trabajadores y trabajadoras a los que no se les haya facilitado el material necesario, de forma total o parcial, para realizar debidamente su trabajo, podrán accionar en reclamación de sus derechos, si bien esta cuestión, afirma con claridad la Sala y de acuerdo a su ámbito competencial, “obvio resulta excede del presente litigio”.

B) Petición de nulidad de la cláusula 1.2 del contrato tipo: “Estos medios tienen una vida útil estimada de ... años, sin perjuicio de lo establecido en los siguientes apartados de este artículo”. Una mayor concreción se realiza en los contratos individuales, en el que la vida útil estimada se pone en relación “con la tabla de amortización que publica el Ministerio de Hacienda”, que son, según la normativa aplicable, de 8 años para los servicios informáticos y de 6 para las aplicaciones y sistemas, por lo que sí se dispone de la información por parte de cada persona trabajadora que ha suscrito el contrato, siendo considerado “razonable” este plazo por la Sala y vinculado al que se establece en el impuesto de sociedades (RD 1777/2004 de 30 de julio).

C) Petición de nulidad de la cláusula 1.3. “El Trabajador es responsable del equipo apropiado y el mantenimiento del lugar de trabajo en su domicilio privado (en adelante, “Home Office”). Asimismo, el Trabajador deberá cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas por la empresa en cada momento en relación con todos los medios, equipos y herramientas detallados en el punto 1.1. de este Acuerdo”.

Se rechaza la nulidad porque la obligación general de cuidado del material y de cumplir las condiciones e instrucción de su uso y conservación está previstas en el art. 21 de la Ley 10/2021, si bien ciertamente hay una remisión a la negociación colectiva. Dado que esa remisión, “en su caso”, de no existir el convenio no implica que deja de ser aplicable la regla general del art. 21, la Sala considera que la cláusula se ajusta a derecho. Además, y acudiendo al CC, concluye que “Establecida una obligación que se adscribe a la ejecución de un contrato, quien la asume responde de su incumplimiento conforme el art. 1901 en relación con el 1101 CC”. Recordemos que este último precepto dispone que “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”

D) La misma argumentación será la utilizada para rechazar la petición de nulidad de la cláusula 1.4, sin perjuicio de que hipotéticas reclamaciones por parte empresarial contra la persona trabajadora “descuidada” exigirán de aquella de la demostración de una conducta culpable de la parte trabajadora. La cláusula 1.4 dispone lo siguiente: “La Empresa garantizará un acceso a la red interna de la Empresa. Los medios y herramientas puestos a disposición del Trabajador, incluidos los accesorios, siguen siendo propiedad de la Empresa y deben manejarse por el Trabajador con cuidado y diligencia debida. El Trabajador es el responsable de los medios y equipos puestos a su disposición por parte de la Empresa. La Empresa deberá ser notificada inmediatamente de cualquier defecto o daño en dichos medios puestos a disposición del Trabajador. El coste de reparación correspondiente correrá a cargo de la Empresa, salvo cuando los daños producidos a los medios puestos a disposición deriven de una mala utilización por parte del Trabajador, en cuyo caso se podrá repercutir el coste de la reparación o los daños causados al Trabajador. La Empresa también realizará el pedido correspondiente, en caso de ser necesario”.

E) Idéntica suerte, desestimatoria de la pretensión sindical, corre la petición de nulidad de la cláusula 1.6 “Igualmente, en el caso de que el Trabajador no devuelva los equipos de la Empresa, se le descontará del finiquito, o en su defecto, se le reclamará judicialmente”. Para la Sala, y tomando en consideración la depreciación que hayan podido sufrir por el transcurso del tiempo, si una persona trabajadora tiene obligación de devolver los medios puestos a su disposición por parte empresarial al finalizar el contrato, es “lógico... que su valor pueda ser objeto de compensación con las deudas salariales componente del finiquito”.

F) Petición de nulidad de la cláusula 5.4. “El Trabajador se compromete a trasladarle a la Empresa toda la información necesaria para que la Empresa pueda determinar los riesgos derivados de los servicios prestados en su lugar de trabajo, y cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales. Además, en el momento inicial, la Empresa entregará al Trabajador un cuestionario de Autoevaluación que deberá ser cumplimentado por este en los primeros cinco días tras la firma del presente Acuerdo”.

No se cuestiona esta cláusula por la Sala ya que el art. 16.2 de la LET estipula que la empresa debe obtener toda la información necesaria para poder evaluar correctamente la seguridad de la persona trabajadora y adoptar las medidas necesarias para ello, por lo que la realización de un test de autoevaluación contribuye al logro de ese objetivo y sin afectar a la intimidad de aquella.

G) Se rechaza igualmente la petición de nulidad de la cláusula 6.4 “Las causas de reversión deberán interpretarse y aplicarse en función de las necesidades concretas de cada campaña en la que esté adscrito el Trabajador. No obstante, cuando nos encontremos ante las causas en las que la Empresa puede realizar la revocación, será potestad de esta ejercer su derecho a la reversión”. De acuerdo a la redacción literal del texto, es claro que la empresa solo podrá ejercer el derecho a la reversión cuando exista una causa concreta que así la habilite legalmente para llevarlo a cabo.

7. Hay varias cláusulas, y desde luego no poco importante ni mucho menos, que son declaradas nulas.

A) En primer lugar, la cláusula 2 “Compensación por gastos El Trabajador percibirá la compensación de los gastos en los que incurra a causa del Home Office / trabajo en lugares de trabajo fuera de la empresa, según lo previsto en la negociación colectiva sectorial”. Al no haber convenio colectivo que regule específicamente los términos de esta aplicación es obvio que no puede aplicarse el último inciso y por ello debe tenerse por no puesto. Ello no obsta, evidentemente, a que la parte empresarial deba cumplir con la obligación impuesta en el art. 12 de la Ley 10/2021, cual es que el coste económico de la actividad desarrollada por la persona trabajadora debe ser sufragado por la empresa, siendo cuestión distinta que por vía convencional pueda establecerse “el mecanismos para la determinación y compensación de gastos”, algo que no obstaculiza o impide el cumplimiento de la obligación legalmente establecida para el sujeto empleador. Para la Sala queda expedita la vía para acudir, bien a la petición de indemnización de contrato por la vía del art. 50 de la LET, bien la de reclamación económica por el coste asumido por la persona trabajadora, siendo mucho más lógico pensar que esta se decantará, en caso de conflicto, por la segunda opción, ya que la primera supone, al fin y al cabo, la extinción del contrato.

B) Misma suerte, la declaración de nulidad, corren la cláusula 3.3 y 3.4 que se analizan conjuntamente. El texto de la primera es el siguiente: “No obstante lo anterior, durante las horas de trabajo en el Home Office y / o en lugares de trabajo fuera de la Empresa, el Trabajador debe asegurarse de encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de Empresa”, mientras que el de la segunda es este: “El Trabajador facilitará a la Empresa, su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él, por urgencias del servicio”.

Los preceptos de referencia de la Ley 10/2021, es decir que hay que tomar en consideración para dar respuesta al litigio en este punto concreto, son los arts. 18.1 y 11. No se discute, y no creo que estuviera en la mente de quienes presentaron las demandas una tesis contraria, que durante el tiempo de trabajo la persona trabajadora debe estar conectada si ello forma parte de las necesidades de la organización empresarial. Ahora bien, cuestión totalmente distinta es quién debe poner los medios tecnológicos para facilitar tal conexión, siendo claro que el art. 11 atribuye esta obligación a la empresa. Pues bien, al quedar debidamente probado en el acto de juicio, y no habiendo sido desvirtuado por la empresa, que esta no proveía a sus trabajadores y trabajadoras ni de móvil ni de correo corporativo, es claro que se vulnera la normativa legal y debe declararse la nulidad de la cláusula, sin que obste a ello la alegación empresarial de que tal puesta a disposición por parte de la persona trabajadora solo responde a que en algún momento “fuera necesario contactar con él por las necesidades del servicio”. Interés empresarial, este último, perfectamente comprensible, pero que como bien argumenta la Sala “no justifica que sea el trabajador el que, para ello, ponga sus medios personales a disposición del empresario y éste eludir sus obligaciones legales”.

La temática que ahora ha sido abordada por la AN ya lo fue con anterioridad por la misma, en sentencia que fue confirmada por el TS, siendo ambas objeto de mi atención en la entrada “Datos personales. La privacidad del teléfono móvil y del correo electrónico. No obligatoriedad de facilitar al empresario estos datos. Nota alas sentencias del TS de 21 de septiembre de 2015 y de la AN de 28 de enero de 2014” , de la que reproduzco, por su directa relación con el caso ahora analizado, un breve fragmento.

“¿Cuál es la fundamentación jurídica de la Sala para desestimar el recurso? En primer lugar, la misma que la sostenida por la AN respecto a que los datos mencionados en la cláusula litigiosa “en manera alguna están exentos del consentimiento del trabajador”, ya que dicha excepción, o más exactamente según la tesis de la primero demandada y ahora recurrente, no encuentra cabida ni en la redacción del art. 6.2 de la LOPD ni en el art. 2.2 de su Reglamento. Mirando y acercándose a la realidad laboral presente y del inmediato futuro, pero sin olvidar sus raíces históricas, la Sala no cuestiona en modo alguno que el conocimiento de los datos relativos al móvil y al correo electrónico del trabajador pueda ser puesto a disposición de empleador, e incluso sostiene, y esta es la parte de la sentencia, o más exactamente de la nota de prensa, que mereció más la atención de la prensa económica empresarial, que esa información “... pudiera resultar deseable, dados los actuales tiempo de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos”... pero siempre, repito siempre, que esa cesión de información sea realmente voluntaria, recordando además, en esta pugna dialéctica con la recurrente sobre aquello que es lo “más moderno” y parece que también lo necesario para una relación laboral, que difícilmente podría incluirse la cláusula litigiosa dentro de la excepción de tratarse de datos “necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato”, ya que “el hecho de que la relación laboral pueda desenvolverse -lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes- sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general”. En modo alguno, remacha la Sala al abordar la argumentación de la recurrente sobre la infracción del art. 2.2 del Reglamento, puede entenderse que el móvil y el correo propio puedan incluirse dentro de concepto de teléfono y correo “profesionales”, ya que estos son los que la empresa pone, o debe poner, a disposición del trabajador”.

C) Las cláusulas sobre la desconexión digital y sus límites son también parcialmente declaradas nulas por ir mucho más allá de las posibilidades ofrecidas al empleador por la Ley 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y más concretamente por el art. 88, que ha sido casi literalmente incorporado a la Ley 10/2021 en el art. 18. La dicción de la cláusula 3.6 es la siguiente: “Conforme con lo dispuesto en los artículos 88 de la Ley Orgánica 3/2018de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y 20.bis del Estatuto de los Trabajadores, se reconoce al Trabajador el derecho a la desconexión digital en los términos previstos en la presente cláusula, con el objetivo de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de los descansos, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar, y promover un equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral.

El Trabajador tendrá derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurren las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula.

El Trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurren las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula.

Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador”.

Tenemos conocimiento más exacto en el fundamento de derecho decimo sexto que aquello que se impugna es la mención a la obligación de estar conectado, fuera de la jornada de trabajo, cuando “concurrir circunstancias de urgencia justificada, que son las definidas en el último párrafo”. Es cierto, argumenta la Sala de acuerdo a la normativa vigente y es una tesis que comparto plenamente, que la prevalencia es la del derecho a la desconexión, y que las posibles limitaciones que puedan establecerse al mismo, además de ser restrictivas han de ser acordadas por vía convencional, es decir por vía colectiva y no, añado ahora por mi parte y pensando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respeto, en una suma de “acuerdos individuales en masa”, por lo que no al haberse cumplido el trámite negociador se declara la nulidad de los dos últimos párrafo de la cláusula.

D) Igual tacha de nulidad corre la clausula 5.5, que dispone lo siguiente: “cuando las circunstancias así lo requieran, de conformidad con lo previsto en el artículo 16.2 de la Ley 10/2021, el Trabajador autoriza a entrar periódicamente a su domicilio al Servicio de Prevención de Riesgos de la Empresa para que pueda evaluar las condiciones de seguridad y salud del Home Office con un preaviso mínimo de 7 días”.

Es obvio, así me lo parecía tras leer la clausula y lo confirma la sentencia, que los términos en que está redactada la clausula “abren la puerta” de forma muy amplia y prácticamente incondicionada, a la posibilidad de acceder al domicilio de la persona trabajadora a quienes formen parte del Servicio de Prevención de Riesgos de la Empresa, cuando la norma legal, además de ser más concreta, obliga a la parte empresarial a poner en conocimiento de la representación legal del personal y del propio trabajador o trabajadora su decisión, pudiendo además negarse por la persona interesada el acceso a su domicilio, sin que en tal caso quede cerrada a la empresa la adopción de las medidas de prevención en el trabajo, si bien se llevaran a cabo de acuerdo con la información recabada a través de la propia persona trabajadora.

E) En el penúltimo bloque de cláusulas contraria a derecho se incluyen la 6.1 y la 6.3, ya que la 6.4, analizada conjuntamente con las dos anteriores, fue declarada conforme a derecho tal como he explicado con anterioridad. La dicción de la primera es la siguiente: “La Empresa podrá revocar en cualquier momento la autorización de la actividad del

Home Office y / o lugares de trabajo fuera de la Empresa, teniendo en cuenta los intereses del Trabajador, con un plazo de preaviso adecuado de 15 días si existe una razón de hecho para la revocación.

Se considerará que existe una razón de hecho para la revocación, en particular en los siguientes supuestos:

- el correcto cumplimiento de las tareas contractuales del Trabajador (en particular debido al desempeño del Trabajador) requiere su presencia en la oficina en el domicilio social de la Empresa;
- el cambio del Trabajador a una Campaña en la que no se preste servicios en la modalidad de teletrabajo, teniendo el Trabajador que volver al centro de trabajo;
- el cambio del Trabajador a otra campaña, cuando sea necesario realizar una formación de manera presencial. En este caso se producirá la reversión al centro de trabajo durante el tiempo necesario para la formación;
- cuando haya incidencias técnicas continuas durante 3 días (que no fueran culpa de la Empresa), el Trabajador tendrá 48 horas para volver al centro de trabajo a trabajar;
- cuando la actividad del Trabajador cambia de tal manera que el cumplimiento de las tareas del Home Office y /o lugares de trabajo fuera de la Empresa no son posibles o sólo lo son en un grado limitado;
- el lugar de trabajo doméstico no cumple o ha dejado de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo;
- el Trabajador comete graves infracciones de contrato de las que es responsable (por ejemplo, infracciones de la reglamentación del tiempo de trabajo o delitos penales en relación con la relación laboral, etc.);
- la revocación se hace necesaria por razones operativas;
- causas de fuerza mayor;
- el performance del Trabajador está por debajo del nivel exigido. En este sentido, se considera bajo rendimiento, cuando el Trabajador mantiene, durante al menos, cuatro semanas seguidas, uno o varios de los indicadores establecidos en el servicio como KPI's principales por dentro del umbral mínimo establecido. De igual forma, el umbral mínimo se establece en función de los resultados del conjunto de los trabajadores adscritos al mismo servicio que el Trabajador. Así, se considera que el Trabajador está dentro del umbral mínimo cuando se encuentra dentro del 25% de los trabajadores adscritos al servicio con peores resultados; o - porque la empresa cliente para la que se desempeñen los servicios pida la vuelta al site de los agentes. En este caso, el plazo de preaviso será de 30 días.

El Trabajador podrá revertir la situación de trabajo en Home Office o lugares de trabajo fuera de la Empresa con un plazo de preaviso de 15 días siempre que exista una razón de hecho para ello.

Se considerará que existe una razón de hecho para la reversión, en particular, en los siguientes supuestos:

- el correcto cumplimiento de las tareas contractuales del Trabajador requiere su presencia en la oficina o en el domicilio social de la Empresa;
- la actividad del Trabajador cambia de tal manera que el cumplimiento de las tareas del Home Office y / o lugares de trabajo fuera de la Empresa no son posibles o sólo lo son en un grado limitado. En este caso el Trabajador deberá acreditar la existencia de la circunstancia alegada, y la Empresa podrá enviar a alguien del servicio de prevención de riesgos laborales para comprobar si es o no cierto;
- el lugar de trabajo doméstico no cumple o ha dejado de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo. En este caso el Trabajador deberá acreditar la existencia de la circunstancia alegada, y la Empresa podrá enviara alguien del servicio de prevención de riesgos laborales para comprobar si es o no cierto;
- las condiciones de salud del Trabajador no permiten o desaconsejan el trabajo en Home Office o lugares de trabajo fuera de la Empresa,
- causas de fuerza mayor”

Por otra parte, la dicción de la cláusula 6.3 es esta: “La revocación de la autorización de la actividad del Home Office y / o en lugares de trabajo fuera de la Empresa no dará lugar a ninguna reclamación de indemnización ni reparación contra la Empresa por el Trabajador”.

Con suavidad jurídica no exenta en modo alguno de claridad argumental para poner de manifiesto el “error conceptual” en el que ha incurrido el sujeto empleador, la Sala le recuerda algo sobre lo que ya plasmado con anterioridad su tesis general en plena coherencia con la normativa aplicable, cual es que buena parte de las medidas que pueden adoptarse para regular el trabajo a distancia requieren del acuerdo de las partes y no pueden fijarse por decisión unilateral del sujeto empleador. Con remisión a los arts 5.3 y la Disposición adicional 1ª2, se concluye que la parte empresarial puede acordar los supuestos en que pueda ejercer el derecho a la reversibilidad de la situación del trabajo a distancia, pero desde luego lo que no puede hacer, en un contrato que además, como ya se ha indicado, no es nada más que una mera adhesión de la parte trabajadora, es limitar la posibilidad de que el trabajador o trabajadora se acoja a la cláusula de reversión.

Más clara aún me parece la nulidad de la clausula 6.3, una flagrante vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y del derecho legal al ejercicio de las acciones pertinentes en defensa de sus derechos que tiene reconocido la persona trabajadora en el art. 4.2 g) de la LET.

8. Concluyo el análisis de esta importante sentencia, que sin duda debería servir como punto de referencia para la correcta delimitación de los derechos y obligaciones de los sujetos de la relación contractual laboral, a la par que de acicate para que la negociación colectiva sectorial se vaya adentrando cada vez más en la regulación del trabajo a distancia en virtud de los amplios márgenes de actuación que le deja el marco legal.

Mientras tanto, buena lectura.