



Roj: **STS 1436/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1436**

Id Cendoj: **28079140012019100247**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2019**

Nº de Recurso: **227/2017**

Nº de Resolución: **304/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2538/2017,**
STS 1436/2019

CASACION núm.: 227/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 304/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D. José Manuel López García de la Serrana

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 10 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes en virtud de recurso de Casación interpuesto por Unisono Soluciones de Negocio SA, representada y asistida por el letrado D. Luis Pérez Juste, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 15 de junio de 2017, en actuaciones nº 137/2017 seguidas en virtud de demanda a instancia de la Confederación General del Trabajo contra Unisono Soluciones de Negocio SA, Federación de Servicios de Comisiones Obreras, Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores, Trabajadores Unidos Sindicalmente Independientes, Unión Sindical Obrera, CSI-F, Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de CIG, Corriente Sindical de Izquierdas, Somos Sindicalistas, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido como parte recurrida Confederación General del Trabajo representada y asistida por la letrada D^a. Coral Gimeno Prensa, Federación de Servicios de Comisiones Obreras representada y asistida por la letrada D^a. Pilar Caballero Marcos, Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores representada y asistida por el letrado D. Roberto Manzano del Pino, Trabajadores Unidos Sindicalmente Independientes representado y asistido por el letrado D. Francisco Javier San Martín Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Confederación General del Trabajo 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 se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se "Se declare la nulidad de pleno derecho de la práctica empresarial consistente en incorporar a los contratos de trabajo la cláusula que establece que " El trabajador consiente expresamente , conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente" y se excluya la misma de los contratos de trabajo por cuanto supone una conducta abusiva que atenta contra un derecho fundamental."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 15 de junio de 2017 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adhirieron CCOO, UGT, CSI-F, USO, CIGA y TU-SI, por lo que declaramos la nulidad de pleno derecho de la práctica empresarial consistente en incorporar a los contratos de trabajo la cláusula que establece que "El trabajador consiente expresamente , conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de tele marketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente" y en consecuencia condenamos a la empresa UNISOSO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA a estar y pasar por dicha nulidad a todos los efectos legales oportunos, así como a su exclusión de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por el conflicto."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- UNISONO tiene centros de trabajo en Madrid, Vigo, Gijón, Barcelona y Valencia, donde prestan aproximadamente servicios 6000 trabajadores. - Regula sus relaciones laborales por el convenio sectorial de Contact Center, publicado en el BOE de 27-07-2012, suscrito por ACE en representación empresarial y CCOO y UGT en representación de los trabajadores.

SEGUNDO.- CGT es un sindicato de ámbito estatal, que acredita 43 representantes de los trabajadores distribuidos en todos los centros de trabajo de la empresa. - UGT es un sindicato más representativo de ámbito estatal, que acredita 12 de los 85 representantes de los trabajadores en UNISONO, en los centros de Gijón, Madrid, Valencia y Vigo. - CCOO es también un sindicato más representativo de ámbito estatal, que acredita 7 representantes unitarios en los centros de Madrid, Valencia y Vigo. - CSI-F y USO son sindicatos de ámbito estatal, que acreditan 2 representantes cada uno en el centro de Gijón y CIGA, que ostenta la condición de sindicato más representativo a nivel autonómico, acredita 9 representantes en el centro de Vigo.

TERCERO.- Los contratos de trabajo, que UNISONO utiliza habitualmente, contienen una cláusula tipo, que dice lo siguiente: "El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente".

CUARTO.- UNISONO tiene actualmente dos contratos mercantiles, suscritos con las empresas IDNOW y ALISEDA, cuya ejecución exige la realización de video llamadas. - La empresa notificó a la RLT sobre la formalización de esos contratos, al igual que los restantes contratos mercantiles que suscribe. Para la ejecución de este servicio, la empresa instala una Webcam en los terminales de los trabajadores, que intervienen en la videollamada, cuyo número asciende a 15 trabajadores.

QUINTO.- Cuando la empresa realiza actividades promocionales, que requieren la utilización de la imagen de sus empleados, les solicita una autorización específica.

SEXTO.- No se han producido reclamaciones individuales relacionadas con la cesión de imágenes de los trabajadores afectados.

SÉPTIMO.- El 30-03-2017 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales."



QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Unisono Soluciones de Negocio SA. La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso. Con fecha 15 de enero de 2018 se admitió el presente recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dió traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de abril de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se cuestiona en el presente recurso la validez de la cláusula contractual que la demandada incorpora a los contratos que firma con sus empleados al inicio de la relación laboral y que dice: "El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente".

La sentencia recurrida ha estimado que esa cláusula es nula por violar el derecho a la propia imagen del empleado y que ese consentimiento se debe pedir expresamente cuando el afectado vaya a ser empleado en trabajos de video- llamada ajustándolo a las circunstancias del caso concreto, sin que quepa la utilización de cláusulas genéricas.

Contra ese pronunciamiento se interpone por la empresa el presente recurso que se ha articulado en torno a un único motivo.

SEGUNDO.- 1. El único motivo del recurso cuestiona la interpretación que la sentencia recurrida hace del artículo 18 de la Constitución en relación con los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 y con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1994 que permite una interpretación diferente, con base al contenido del artículo 2 del Convenio Colectivo de Contact Center que fija su ámbito de aplicación funcional incluyendo en el las video-llamadas, como reconoce la sentencia recurrida, por ser actividad propia del telemarketing.

2. Sobre la normativa aplicable. Precisiones.

A. Introducción. Ante todo conviene tener presente que el derecho a la propia imagen, tal y como aparece configurada la tutela del mismo que se interesa, forma parte de la protección legal de los datos personales que establece el artículo 18-4 de la Constitución porque la imagen grabada es un dato propio de la identidad de la persona. Así lo han entendido la sentencia recurrida, al considerar de aplicación la LOPD, y las partes del proceso que argumentan sobre la licitud del tratamiento de los datos obtenidos por las video-llamadas.

Ello sentado, se hace necesario recordar que la sentencia recurrida se dicta el 15 de junio de 2017, esto cuando ya estaba en vigor el Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, conforme al artículo 99 del Reglamento, que pospone su aplicación hasta el 25 de mayo de 2018. Este periodo de "vacatio legis" que estableció el Reglamento con el fin de que sus disposiciones fuesen implementadas por los Estados de la Unión Europea, aunque excuse de su aplicación directa, si obliga a interpretar la antigua normativa a la luz de los principios contenidos en las nuevas disposiciones, pues, así lo imponen el propio Reglamento al fijar una fecha de entrada en vigor anterior y el artículo 3-1 del Código Civil cuando dispone que las leyes se han de interpretar atendiendo a la realidad social del tiempo en el que se aplican y fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

B. Reseña especial de las normas que se consideran aplicables al caso.

B.1 En primer lugar conviene tener presente que el artículo 2 del Convenio Colectivo de Contact-Center (antes telemarketing) dice "Dentro del ámbito del artículo 1 la aplicación de este Convenio será obligatoria para todas las empresas y para todo el personal de las mismas cuya actividad sea la prestación de servicios de contact center a terceros. A los efectos del presente Convenio quedan encuadradas en la prestación de servicios de contact center todas aquellas actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios que se enumeran a título enunciativo: contactos con terceros en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de "back office", información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se



desarrollen a través de los entornos antes citados. Tal definición incluirá las actividades coadyuvantes, complementarias o conexas con la actividad principal."

B.2 Los artículos 6, números 1 y 2 y 11, números 1 y 2, de la Ley 15/1999, vigente al tiempo de presentarse la demanda que reproduce el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida que excepcionan la necesidad de que el interesado preste su consentimiento al tratamiento de datos cuando ello obedece a la ejecución de un contrato laboral.

B.3 Si las partes y la sentencia están de acuerdo en que la imagen constituye un dato personal cuya captación y tratamiento requiere el consentimiento del interesado, conforme a la antigua LOPD y a lo establecido en el artículo 4, números 1 y 2, del Reglamento 2016/679, UE, resulta que es necesario para la licitud del tratamiento que el interesado preste su consentimiento, acto que no es preciso, conforme al art. 6-1-b, del citado Reglamento, "cuando el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte", debiéndose entender por tratamiento la definición que da el citado art. 4-2 del Reglamento, que entiende por tal la simple recogida de un dato o cualquier operación sobre datos, regulando el artículo 7 las condiciones del consentimiento, entre las que se encuentra la posibilidad de retirarlo en cualquier momento de forma que sea tan fácil darlo como retirarlo (nº 3), sin que el tratamiento de datos se encuentre prohibido, como norma general del art. 9-1 del Reglamento, cuando sea "necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el "ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social..." (art. 9-2-b).

C. Conclusión.

La nueva normativa coincide con la anterior y, aunque rigoriza ciertas cuestiones, flexibiliza y hace más clara la aplicación de otros principios como el del consentimiento del interesado, que no es preciso que se preste expresamente cuando el tratamiento del dato es necesario para la ejecución de un contrato suscrito por el interesado, artículos 6-1-b) y 9-2-b) del Reglamento Comunitario.

3. Aplicación al caso concreto de las normas citadas aquí y por la sentencia recurrida.

3.1 La cláusula anulada, como dijimos antes establece: "El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente."

Como se puede observar la cláusula se incluye en los contratos firmados por quienes son contratados para prestar los servicios de Contact-Center que son definidos por el artículo 2 del Convenio Colectivo de aplicación, entre los que se incluyen los de recibo y envío de llamadas por vía telefónica o por cualquier medio electrónico con el fin de mantener "contactos con terceros en entornos multimedia... y de back office, información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas... así como cuantos servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados".

Es claro que esa actividad, incluso lo reconoce la sentencia recurrida, incluye las video-llamadas, cuando ello sea necesario para la prestación de un mejor servicio o por exigencias del cliente. Consiguientemente, si se trata de la realización de funciones propias del objeto del contrato celebrado, aunque no sean las habituales, es lo cierto que la cláusula controvertida se limita a advertir al nuevo contratado de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato que suscribe y, a la par que el mismo queda advertido de ello, presta, expresamente, su consentimiento a la cesión de su imagen, pero con una salvaguarda: "siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato", esto es que la cesión de la imagen, el dato, venga condicionada a que su fin sea cumplir con el objeto del contrato.

Sentado lo anterior, cabe concluir que la cláusula controvertida no es abusiva, sino, más bien, informativa y a la par receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir, conforme a lo dispuesto en los artículos 6, números 1 y 2, y 11, números 1 y 2 de la antigua LOPD, de 13 de diciembre de 1999, y al art. 10-3-b) del RD 1720/2007 que deben ser interpretados a la luz de los artículos 6-1-b) 7 y 9-2-b) del Reglamento UE 2016/679. Estos preceptos nos muestran que el consentimiento no es necesario prestarlo hoy día, ni lo era entonces, cuando los datos, la imagen, se ceden en el marco del cumplimiento de un contrato de trabajo cuyo objeto lo requiere. Por ello, la cláusula controvertida no se puede considerar abusiva, ni calificar de nula, porque es lícita, dado que es manifestación de un consentimiento expreso que el trabajador da a la cesión de su imagen, cuando la actividad propia del telemarketing, la del convenio colectivo, la desarrolle por video-llamada y que está implícito en el objeto del contrato.



3.2 Esta solución se acomoda a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1994, de 11 de abril, de la que no se extraen conclusiones diferentes a las antes sentadas. En efecto, en esa sentencia en el Fundamento 7 se afirma: "La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Un marco, además, que también ha contribuido a crear la voluntad del propio trabajador, en cuanto que encuentra su origen en un contrato, por especial que éste pueda ser. A tal efecto, resulta de interés esencial la toma en consideración del propio objeto del contrato, y la medida en que éste exigía, o podía entenderse que exigía conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar. Todo ello porque es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) o de intimidad de ésta. La cuestión, ahora, es si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador -expresada al celebrar el contrato- la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer."

En efecto, el TC considera que la restricción del derecho que nos ocupa es viable cuando el objeto del contrato lo sobrentiende, cual ocurre en el presente caso, dado que el objeto del contrato y su ejecución es la realización de labores de telemarketing incluso con video-llamadas, lo que es hasta cierto punto lógico porque, dados los avances tecnológicos existentes, la capacidad de inspirar confianza y de convencer es mayor cuando vemos la cara de nuestro interlocutor y desechamos la idea de que se habla con una máquina o con un desconocido. En este sentido se puede señalar que la información sobre una mercancía y su venta resultan más fáciles cuando el comprador ve el producto y al vendedor, como en las tiendas tradicionales. Por ello, visto el objeto del contrato cabe concluir, como acepta en estos casos el TC, que la restricción del derecho fundamental viene impuesta por la naturaleza de las tareas contratadas.

El hecho de que no se haga mucho uso del sistema de video llamada y que solo existan en la actualidad, dos contratos mercantiles que exijan ese tipo de operaciones de venta no desvirtúa lo dicho, porque lo importante no es el mayor o menor uso que se haga de esa función, sino que el consentimiento está implícito en el contrato por su objeto y además que se ha explicitado en él por el trabajador, quien en todo momento puede revocarlo (art. 7 del Reglamento), o negarse a realizar tareas en condiciones que escapen al contenido propio de su contrato, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener.

3.3 La sentencia recurrida reconoce que la actividad de contact-center incluye en su ámbito funcional las video-llamadas, pero rechaza la licitud de la cláusula tipo que se incluye en los contratos firmados al inicio de la relación laboral por las mismas razones que esta Sala adujo en su sentencia de 21 de septiembre de 2015 (R. 259/2014), para anular otra cláusula genérica que obligaba a facilitar al trabajador su teléfono, incluso móvil, domicilio, correo electrónico y a comunicar los cambios de estos datos, permitiendo el envío de mensajes por esas vías que estuviesen relacionados con el trabajo. Pero, no cabe aplicar esa doctrina al presente caso porque es distinto, pues, aquí lo que se controvierte no es el deber previo de facilitar un dato personal, sino si es preciso el consentimiento del empleado para poder usar su imagen en el desempeño de las labores propias de su actividad, así como la validez de una cláusula que establece obligaciones propias del ámbito funcional del Convenio Colectivo de aplicación, cuestiones que son distintas, porque afectan a derechos diferentes en su contenido constitucional y en su regulación legal.

Consecuentemente, no es correcto que se funde en esa sentencia, dictada para otro supuesto, la decisión de anular la cláusula del contrato que se limita a expresar cual puede ser una de las labores a realizar y la aceptación de ese deber.

3.4 Precisiones finales.

Como muestran los hechos probados por la conformidad de las partes y por la prueba practicada, no nos encontramos ante un supuesto de videovigilancia, sino ante videollamadas en las que quien llama, gracias a una cámara webcam que instala la empresa, ve a quien le atiende y conversa con su interlocutor. Ese es el dato que se le cede y facilita, pero que luego no puede tratar haciendo una grabación y otras operaciones. Esa actividad de la empresa debe aprobarse por la AEPD y la empresa debe tomar las medidas de control necesarias para que quien llama no haga un uso indebido del dato, lo que los medios informáticos actuales permiten identificando la llamada y otras actuaciones. Pero los procedimientos de control, la aprobación de



los sistemas de actuación y la sanción de posible infracciones son cuestiones que escapan al objeto de este proceso y no pueden ser óbice al uso de las video llamadas como sistema de telemarketing, por cuanto que la posibilidad de infracciones siempre existirá, pero es un principio regulador de la materia (art. 5-1-b) del Reglamento UE) el de que los datos no pueden ser tratados ulteriormente de manera incompatible con los fines que justificaron su recogida, principio cuya infracción es constitutiva de una falta muy grave del artículo 72 de la vigente LOPD , de 5 de diciembre de 2018, sancionable con multas de hasta veinte millones de euros (artículo 83-5 del Reglamento), aparte la obligación de reparar los daños y perjuicios causados. Por ello cabe concluir que los posibles ilícitos penales, administrativos y de otro tipo que se puedan cometer no pueden impedir que realice una actividad prevista en el convenio colectivo y aprobada por AEPD que la inspeccionará sancionando posibles infracciones administrativas o dando parte a los Juzgados y Tribunales de la penales.

Finalmente, no se debe olvidar que, conforme al ordinal quinto de los hechos probados, que cuando la empresa realiza actividades promocionales utilizando la imagen de sus empleados les solicita una autorización específica. Lo que es lógico porque se trata de actividades distintas pues no es lo mismo promocionar o publicitar un producto en una campaña que atender a clientes dándoles información de un producto que facilite su venta por teléfono.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso y a casar y anular la sentencia recurrida, con desestimación de la demanda. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Unisono Soluciones de Negocio SA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 15 de junio de 2017, en actuaciones nº 137/2017 .
2. Casar y anular la sentencia recurrida y desestimar la demanda origen de esta litis.
3. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.