



Roj: **SAN 2538/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2538**

Id Cendoj: **28079240012017100086**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2017**

Nº de Recurso: **137/2017**

Nº de Resolución: **87/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00087/2017

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº:87/2017

Fecha de Juicio: 14/6/2017

Fecha Sentencia: 15/6/2017

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000137 /2017

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: RICARDO BODAS MARTÍN

Demandantes: CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT

Demandados: UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES, UNION SINDICAL OBRERA, CSI-F, FEDERACION DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, SOMOS SINDICALISTAS, MINISTERIO FISCAL.

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *Pretendida 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", se estima dicha pretensión, aunque la Sala admite que la empresa está legitimada para destinar a sus trabajadores a servicios de video llamada, en los que es inevitable la cesión de la imagen del trabajador, porque dicha circunstancia no exime del consentimiento expreso del trabajador, que no se colma mediante un consentimiento genérico al iniciarse*



la relación laboral, puesto que los servicios de video llamada son uno entre los múltiples objetos del contrato, habiéndose demostrado que en la empresa es absolutamente marginal, sino que deberá obtenerse al destinarse a ese tipo de servicios, que es el momento adecuado para la emisión del mismo.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: MMM

NIG: 28079 24 4 2017 0000140

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000137 /2017

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr.: D. RICARDO BODAS MARTÍN

SENTENCIA N° 87/2017

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a quince de junio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000137/2017 seguido por demanda de CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT (letrada D^a María del Coral Gimeno Presa) contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A. (letrado D. Luis Pérez Juste), TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES (letrado D. José Manuel Flores Jiménez), USO (letrado D. Eduardo Serafín López Rodríguez), FEDERACIÓN DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG (letrada D^a. Concepción Begoña Rivero), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT (letrado D. Roberto Manzano), FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO (letrado Letrada D^a Pilar Caballero), CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS (no comparece), SOMOS SINDICALISTAS (no comparece) y MINISTERIO FISCAL sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 20 de Abril de 2017 se presentó demanda por CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES, UNION SINDICAL OBRERA, CSI-F, FEDERACION DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, SOMOS SINDICALISTAS y MINISTERIO FISCAL sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 14/6/2017 a las 09:30 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto de juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.



Cuarto. - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, mediante la cual pretende 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.

Denunció, a estos efectos, que no cabe un consentimiento genérico a la cesión de la imagen, siendo exigible, por el contrario, que se acredite cumplidamente que la cesión de la imagen es necesaria para el cumplimiento del objeto del contrato de trabajo, lo cual no sucede aquí.

CCOO; UGT; CSIF; CIG; USO y TU-SI se adhirieron a la demanda.

UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA (UNISONO desde ahora) se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que la empresa no utiliza la cesión de imágenes como herramienta de video vigilancia o control de la actividad profesional, utilizándola únicamente para satisfacer los servicios de sus clientes, que demandaban dicha cesión de imágenes.

Subrayó, por otro lado, que la empresa regula sus relaciones laborales por el convenio de Contact Center, que encuadra a las empresas que realizan la prestación de servicios de Contact Center, entendiéndose como tales 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.

Defendió, por consiguiente, que si sus clientes requieren servicios de video llamada no queda más opción que la cesión de imágenes de los trabajadores afectados, siendo ésta la razón por la que se pacta con ellos la cesión de su imagen en los contratos de trabajo.

Matizó, no obstante que, cuando se requieren actividades promocionales de determinados servicios, se solicita consentimiento expreso del trabajador, sin que se hayan producido quejas hasta la fecha.

Advirtió, por otro lado, que la empresa tiene únicamente dos contratos (INDNOW y ALISEDA), que requieren la utilización de video llamadas, que se ejecutan por quince trabajadores, habiéndose dado información a la RLT.

Señaló finalmente que la Agencia de Protección de Datos en su informe 190/2009 dejó perfectamente claro que no es exigible el consentimiento del trabajador, cuando la cesión de su imagen es necesaria para cumplimentar el objeto del contrato de trabajo.

El MINISTERIO FISCAL interesó la estimación de la demanda, porque consideró que la cesión generalizada de imágenes, impuesta por la empresa demandada al formalizarse los contratos de trabajo, no era razonable ni proporcionada, puesto que suponía una especie de "cheque en blanco", que no se justificaba por la demanda de los servicios prestados.

Quinto. - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos controvertidos:

- Los usuarios demandan con mayor asiduidad la utilización de visualización del teleoperador.
- En las actividades promocionales de la empresa se pide consentimiento efectivo del empleado.
- Hasta la fecha no ha habido conflictividad ni colectiva ni individual.
- La utilización de videollamadas sólo se ha utilizado respecto de 15 trabajadores.

Hechos conformes:



- No está en juego la videovigilancia sino la utilización de la herramienta de la videollamada.
- UNISONO es una empresa que regula sus relaciones laborales por convenio de Contact Center y se dedica a la venta telefónica.
- La empresa tiene dos campañas IDNOW en Barcelona y Aliseda en las que utiliza la videollamada.
- En los contratos en los que se utiliza videollamada consta así y se ha dado información a la RLT.
- La Agencia Española de Protección de Datos ha emitido informe nº 190/2009 en el que se indica que no es necesario el consentimiento cuando se trate de ejecutar el objeto del contrato.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

- a. - Los hechos probados primero y segundo no fueron controvertidos.
- b. - El tercero es también conforme, deduciéndose, en todo caso, de los contratos de trabajo, aportados por CGT que obran en las descripciones 145 a 267 de autos, que fueron reconocidos de contrario.



c. - El cuarto se deduce de los contratos mencionados, así como de las comunicaciones a la RLT, que obran en las descripciones 136 a 138 de autos, que tienen pleno valor probatorio para la Sala, aunque no se reconocieran sorprendentemente por CGT, quien admitió como hechos pacíficos que esos contratos utilizaban video llamadas y que se notificó a la RLT. - Los demás contratos mercantiles fueron aportados como documento 3 por CGT (descripción 46 de autos), que fueron reconocidos de contrario. - El modo de ejecución y el número de trabajadores afectados se deduce de la declaración testifical de doña Asunción, responsable de seguridad informática de la empresa demandada, quien lo reconoció de la manera referida.

d. - El quinto de las autorizaciones citadas, que obran como documentos 6 a 13 de UNISONO (descripciones 122 a 129 de autos), así como de la declaración de la señora Asunción.

e. - El sexto de la declaración de la señora Asunción.

f. - El séptimo de la papeleta de mediación mencionada, que obra en la descripción 3 de autos, aportada por CGT y reconocida de contrario.

TERCERO.- La resolución del litigio exige despejar, si la introducción generalizada en los contratos de trabajo de la cláusula reflejada en el hecho probado tercero, lesiona el derecho a la propia imagen de los trabajadores, garantizada por el art. 18.1 CE, como denuncia CGT y asumen CCOO, UGT, CSIF, CIGA, USO y TU-SI o, por el contrario, se trata de una cláusula consentida, que no lesiona ningún derecho, puesto que es necesaria para la ejecución de los contratos de trabajo en una empresa dedicada al Contact Center, como defendió UNISONO.

Procede, a continuación, reproducir las normas que regulan el derecho fundamental a la propia imagen y sus limitaciones:

a. - El art. 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

b. - El art. 6.1 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal dispone que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. - Sin embargo, el apartado segundo del citado precepto excepciona dicho requisito, cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

c. - El art. 11.1 de la norma citada, que regula la comunicación de los datos, prevé que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. - El apartado 2.c) del artículo antes dicho dispone que no será necesario el consentimiento, cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros.

d. - El art. 11.3 de la norma antes dicha dispone que será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar.

e. - El art. 10.3.b RD 1720/2007 establece que no será necesario el consentimiento, cuando los datos personales se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

f. - El art. 12.3 del Real Decreto citado dispone que cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo.

g. - El párrafo segundo del art. 2 del convenio colectivo aplicable, que regula su ámbito funcional, establece que 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.



La jurisprudencia, por todas STS 21-09-2015 , rec. , que confirmó SAN , examinando la relación existente entre los derechos fundamentales de los trabajadores y su necesaria modulación con sus obligaciones contractuales laborales, ha establecido lo siguiente:

Los derechos fundamentales en la relación laboral.- Sobre la incidencia de la relación laboral en el ejercicio de los derechos fundamentales, la doctrina al efecto mantenida puede sintetizarse en la forma que sigue:

a).- *La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación -para el trabajador- de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como tampoco la libertad de empresa - art. 38 CE (EDL 1978/3879) - justifica que los empleados «hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, porque el ejercicio de las facultades organizativas del empresario no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador», de forma que los derechos fundamentales del trabajador» son prevalentes y constituyen un «límite infranqueable» no sólo a facultades sancionadoras del empresario, sino también a sus facultades de organización y de gestión, tanto causales como discrecionales (por todas, SSTC 94/1984, de 16/Octubre (EDJ 1984/94);... 171/1989, de 19/Octubre;... 186/1996 , de 25/Noviembre;... 196/2004, de 15/Noviembre;... 125/2007 de 21/Mayo; y 56/2008, de 14/Abril , FJ 6) (SSTS 12/02/13 -rco 254/11 -; 08/03/11 -rcud 1826/10 -; y SG 18/07/14 -rco 11/13 -).*

b).- *«Dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin» (SSTC 6/1982, de 21/Enero, FJ 8 ; 106/1996, de 12/Junio , FJ 5 (EDJ 1996/3054); 204/1997, de 25/Noviembre , FJ 2 (EDJ 1997/8135); 1/1998, de 12/Enero , FJ 3 (EDJ 1998/1); 90/1999, de 26/Mayo , FJ 3 (EDJ 1999/11255); 98/2000, de 10/Abril , FJ 7 (EDJ 2000/4330); 80/2001, de 26/Marzo , FJ 3 (EDJ 2001/2667); 20/2002, de 28/Enero , FJ 4 (EDJ 2002/483); 213/2002, de 11/Noviembre, FJ 7 (EDJ 2002/46692) ; y 126/2003, de 30/Junio , FJ 7 (EDJ 2003/29371)). Por lo que, en definitiva, «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen... que también las facultades organizativas empresariales se encuentren limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos» (STC 292/1993, de 18 de octubre , FJ 4) (EDJ 1993/9177); y «desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11/Abril, FJ 7 (EDJ 1994/3085) ; y 106/1996, de 12/Junio , FJ 4 (EDJ 1996/3054)), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, de 11/Abril , FJ 7 (EDJ 1994/3085); 6/1995, de 10/Enero, FJ 3 (EDJ 1995/6) ; y 136/1996, de 23/Julio , FJ 7 (EDJ 1996/4532))» (STC 181/2006, de 19/Junio , FJ 6) (EDJ 2006/93884).*

c).- *En síntesis ha de afirmarse que si bien «por una parte, los derechos fundamentales del trabajador "deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra";... por otra parte,... también "las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador"». Porque el contrato de trabajo no es título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, porque la centralidad de los derechos fundamentales en el sistema jurídico constitucional determina que limiten el poder de dirección del empresario, y porque las organizaciones empresariales «no forman mundos separados y estancos» de una sociedad que vive conformada por un mismo texto constitucional; y porque las «manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1 CE (EDL 1978/3879); STC 88/1985, de 19/Julio , FJ 2) (EDJ 1985/88) ». Pero también la «efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible... con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE » (SSTC 151/2004, de 20/Septiembre, FJ 7 (EDJ 2004/135035) ; y 56/2008, de 14/Abril , FJ 6 (EDJ 2008/40438)) (STS 08/03/11 - rcud 1826/10 -).*

Como anticipamos más arriba, la empresa demandada defiende la generalización de la cláusula controvertida en los contratos de trabajo, porque la captación de imágenes de los trabajadores es absolutamente imprescindible para la ejecución de sus contratos de trabajo, cuando los clientes requieren servicios de video llamada, que es una de los supuestos reflejados en el ámbito funcional del convenio, en el que se contempla como herramienta para contactar con terceros en entornos multimedia, lo cual les habría eximido, incluso, de requerir ningún tipo de consentimiento. - Defendió, por tanto, que la cláusula controvertida constituye una garantía para los trabajadores, necesaria para el cumplimiento de una actividad propia del telemarketing, especialmente cuando lo exige los requerimientos del contrato mercantil con el cliente, que se refuerza aún más, si cabe, porque su ejecución se comunica a los representantes de los trabajadores, quienes no lo han cuestionado hasta ahora.



La Sala coincide con UNISONO en que los servicios de video llamada, requeridos por sus clientes, encuentran acomodo natural en el ámbito funcional del convenio de Contact Center, puesto que en su art. 2 se considera como actividad propia del telemarketing 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.

Consiguientemente, es totalmente legítimo que la empresa exija a sus trabajadores la realización de servicios de video llamada, cuando el servicio pactado con el cliente lo requiera, lo cual comportará necesariamente que entre en juego la imagen de los trabajadores afectados, puesto que, si no cedieran su imagen, no podría activarse la videollamada con terceros.

Ahora bien, el hecho de que sea necesaria la cesión de la imagen de los trabajadores para la realización de este tipo de servicios no exime del consentimiento expreso de los trabajadores, puesto que los servicios de video llamada, como hemos visto, son una de las múltiples funcionalidades del telemarketing, que es absolutamente minoritaria en la empresa, como demuestra que, a día de hoy, la desempeñan quince trabajadores en un colectivo de 6000, lo cual nos permite concluir no es absolutamente imprescindible para el cumplimiento del objeto del contrato, puesto que se utiliza, al menos hasta ahora, de manera absolutamente excepcional.

Así pues, una vez aclarada la necesidad del consentimiento de los trabajadores para la cesión de su imagen, debemos resolver, a continuación, si la utilización por la empresa de una cláusula tipo, impuesta al comenzar la relación laboral, colma la exigencia legal del consentimiento, a lo que vamos a anticipar una respuesta negativa, por cuanto ese mecanismo ha sido recusado por la jurisprudencia, por todas STS 21-09-2015, rec. 259/14, donde se sostuvo lo siguiente: *Este Tribunal en absoluto niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable; es más, incluso pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos. A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo- bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario (sobre tal extremo, aunque referido a cláusulas de temporalidad, SSTs 20/01/98 -rcud 317/97 -; 30/03/99 -rcud 2815/98 -; 29/05/00 -rcud 1840/99 -; y 18/07/07 -rcud 3685/05 -); de forma que la ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento que requiere el art. 6.1 LOPT, determinó precisamente que la sentencia recurrida - y ahora esta Sala- consideren que tal cláusula es nula por atentar contra un derecho fundamental, y que debe excluirse de los contratos de trabajo.*

En efecto, la Sala considera que, si el derecho fundamental a la propia imagen no puede ser preterido absolutamente en la relación de trabajo, como recuerda la doctrina constitucional, por todas ST Co. 99/1994, de 11 de abril, su ejercicio deberá modularse, de manera que sus posibles limitaciones, para viabilizar el cumplimiento del contrato, debe sufrir el menor sacrificio posible, lo cual supone que esas limitaciones deberán ajustarse de modo razonable y proporcionado a los fines propuestos.

Consiguientemente, cuando la empresa destine a sus trabajadores a la realización de servicios de video llamada, porque lo requiera así el contrato mercantil con el cliente, deberá solicitar, en ese momento, el consentimiento del trabajador, que deberá ajustarse de manera precisa y clara a los requerimientos de cada contrato, sin que sea admisible la utilización de cláusulas tipo de contenido genérico, que no vayan asociadas a servicios concretos, requeridos por contratos específicos, por cuanto dicha generalización deja sin contenido real el derecho a la propia imagen de los trabajadores, que queda anulado en la práctica, aunque se diera consentimiento genérico al formalizar el contrato. - Es así, por cuanto el consentimiento a la disposición de un derecho fundamental debe asegurar que no concurre ningún tipo de vicio en su producción, lo que es imposible al comienzo de la relación laboral, en la que los trabajadores están en una manifiesta situación de desigualdad con sus empleadores, sin que ese desequilibrio se subsane, porque la empresa comunique los contratos mercantiles a la RLT, puesto que ya ha obtenido previamente el "consentimiento" de los trabajadores, lo cual deja sin espacio de juego a la actividad sindical, como resaltó el Ministerio Fiscal.

Procede, por tanto, la total estimación de la demanda.



VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0137 17; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0137 17, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.