

# Actualidad Jurisprudencial Agosto 2019

<b>SUMARIO</b>
<b>1.- DERECHO DE IMÁGEN</b>
<i>Utilización de la imagen del trabajador.</i>
<b>2.- DERECHO DE VACACIONES NO DISFRUTADAS</b>
<i>Disfrute de las vacaciones o su compensación económica durante el tiempo correspondiente a los salarios de tramitación</i>
<b>3.- CONTROL DE JORNADA</b>
<i>Si la empresa no aporta el registro de horas de un trabajador a tiempo parcial, se presume que su jornada es completa.</i>
<b>4.- DESCANSO NOCTURNO</b>
<i>Responsabilidad de la empresa por no respetar el descanso nocturno.</i>

\* Este Boletín se edita periódicamente por la Fundación para las Relaciones Laborales del Gobierno de Cantabria, a través del estudio y análisis previo de aquellas sentencias del orden social recientemente publicadas y/o que se consideran de relevancia jurídica o interés profesional.

## DERECHO DE IMAGENE

### 1.- Utilización de la imagen del trabajador.

**STS . Fecha 10/04/2019. Rec. 227/2017 . Sentencia 304/2019**

Empresa de sistemas de televenta, que utiliza un sistema de videollamadas en el que quién llama, gracias a una cámara webcan que instala la empresa, ve a quién le atiende y conversa con su interlocutor.

Lo que se cuestiona en este recurso es la validez de la cláusula contractual que la empresa 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, atendiendo a la petición de la representación sindical, estimó que esa cláusula era nula por violar el derecho a la propia imagen del empleado, entendiendo 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.

La empresa recurre en casación, y el TS, estimando el recurso, establece que en este caso de videollamadas, la utilización de la imagen del trabajador no precisa su consentimiento ya que el uso de la imagen sirve para dar cumplimiento a la actividad profesional que tiene que llevar a cabo ese trabajador.

Entiende que se trata de una cláusula que 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."

Consiguientemente, si se trata de la realización de funciones propias del objeto del contrato celebrado, aunque no sean las habituales, con esta cláusula se advierte al nuevo contratado de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato que suscribe

y, a la par, que 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.

Concluye, por tanto, 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. Estos preceptos nos muestran que el consentimiento no es necesario prestarlo 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 videollamada y que está implícito en el objeto del contrato.

Así mismo, recalca la sentencia que existen actividades que traen consigo 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 o de intimidad de ésta.

Y en este supuesto, que no es un supuesto de videovigilancia, sino de 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.

Pero, en todo caso, 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 penales.

## VACACIONES NO DISFRUTADAS

### **2.- Derecho al disfrute de las vacaciones o su compensación económica durante el tiempo correspondiente a los salarios de tramitación**

#### **TS unif doctrina 27-3-19, EDJ 617033**

En este caso un trabajador, representante de los trabajadores, recibe comunicación en la que la empresa acuerda su cese por haber alcanzado la edad de jubilación, prevista en el convenio de aplicación. El trabajador reclama por despido. Tras diversos recursos, finalmente, el TS declara el despido como improcedente, estableciendo el derecho del trabajador de optar entre el abono de la indemnización o la readmisión con abono de los salarios de tramitación.

El trabajador opta por la readmisión, con el abono de los salarios de tramitación, y en ese momento reclama a la empresa el disfrute o subsidiariamente el abono de las vacaciones no disfrutadas durante la sustanciación de los recursos (años 2014 y 2015). La empresa le concede únicamente las vacaciones devengadas desde la readmisión efectiva en el año 2015, por lo que el trabajador presenta demanda ante el juzgado de lo social. Tanto en la instancia como en suplicación es desestimada la reclamación de las vacaciones, interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

En este caso, el TS debe determinar si el trabajador tiene derecho al disfrute de las vacaciones o a su compensación en metálico durante el tiempo con el que se corresponden los salarios de tramitación cobrados.

En primer lugar, el TS señala que en la normativa reguladora no existe pronunciamiento expreso sobre los efectos que en el derecho a las vacaciones tiene su readmisión efectiva. No obstante, el TS entiende que si se opta por la readmisión del trabajador, el tiempo de sustanciación del proceso del despido y de los recursos debe de considerarse como tiempo de actividad laboral. Por tanto, el TS considera que al trabajador le corresponde el disfrute de las vacaciones correspondientes al periodo que no prestó servicios como consecuencia del despido (años 2014 y 2015), ya que el abono de los salarios de tramitación es equiparable a tiempo de trabajo y proyecta sus efectos sobre todos los parámetros de la relación laboral, entre los que se encuentra el derecho a vacaciones no disfrutadas debido a causas ajenas al trabajador.

## CONTROL DE JORNADA

**3.- Si la empresa no aporta el registro de horas de un trabajador a tiempo parcial, se presume que su jornada es completa.**

**TSJ Castilla y León . Fecha 24/05/2019. Rec. 272/2019**

Entiende la parte demandante que la empresa debe abonarle los conceptos salariales y vacaciones reclamados, en los términos establecidos en el convenio colectivo de aplicación para los trabajadores contratados a jornada completa, ya que aun habiendo pactado en su contrato desarrollar su actividad a jornada parcial, trabaja cuarenta horas semanales.

En relación a la jornada, cabe destacar que el 12.4.c) del Estatuto de los Trabajadores, establece que *“la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes”*. De manera que, ante la falta de cumplimiento de dicho precepto por la empresa, y para demostrar la situación reclamada, la trabajadora requiere al empresario para que aporte los registros de horas trabajadas, lo cual no es llevado a cabo por la parte demandada, siendo de aplicación el 94.2 LRJS, que establece que *“los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el juez”*, añadiendo además que si no se presentaren sin causa justificada, como ocurre en el presente caso, *“podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba acordada”*.

Por lo tanto, se cumple también lo establecido en el 385.1 LEC, que recoge que *“las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca”*, esto es, debe ser la empresa quien debe probar que existe prestación de servicios a jornada parcial, y no la trabajadora quien demuestre que la hay a jornada completa. De hecho, ésta directamente se ve favorecida por la inacción del empresario a la hora de no aportar pruebas contrarias a la pretensión.

Además, clarifica la sentencia que no cabe responsabilizar de la carga de la prueba a la trabajadora, como hace el órgano judicial de instancia, al no tener en cuenta la presunción del 12.4.c) ET, ya que funda su resolución en la *“falta de acreditación por la trabajadora de una jornada a tiempo completo”*, cuando es al empresario a quien compete la llevanza de los registros de jornada, y por lo tanto, *“quien puede y debe aportarlos, de serle requeridos”*.

Finalmente, resaltar que, tal y como establece el 12.4.c) de la LET, en caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, “el contrato se presumirá celebrado a jornada completa” admitiendo la posibilidad de que no sea así cuando se aporte prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

En este sentido cabe determinar que el hecho de que la empresa, pese a la iniciativa probatoria de la otra parte, no aporte registro de jornada ni prueba alguna que acredite la prestación de servicios a tiempo parcial, sin mediar causa justificativa alguna, implica la falta de acreditación de su existencia y “supone un claro indicio de incumplimiento de las obligaciones que en esta materia (registro de jornada) corresponde a la empresa”, por lo que el tribunal concluye que estamos ante la presunción de jornada completa recogida en el 12.4.c) de la LET y que por lo tanto, la prestación de servicios de la trabajadora se entiende realizada a jornada completa.

## **DESCANSO NOCTURNO**

### **4.- Responsabilidad de la empresa por no respetar el descanso nocturno.**

**TSJ Galicia Fecha 24/05/2019. Rec. 484/2019.**

Trabajador que desempeña su actividad laboral en horario nocturno, de 22:00 a 6:45 horas, es convocado a una reunión a las 9:30, habiendo tenido apenas tiempo de descanso, puesto que, tras finalizar su jornada laboral, se dirigió al hotel en el que se hospedaba, para a las 9:00 horas, asistir a la reunión. Finalizada ésta, cuando se dirigía hacia el lugar en el que la empresa había decidido que los trabajadores comieran, sufrió un accidente de tráfico que trajo consigo daños materiales y lesiones en el trabajador demandante y su acompañante.

En la sentencia que analizamos, el órgano judicial se refiere al 14.2 ET, que establece que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...”. Recordando además que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (15.4 LPRL).

Llegados a este punto, resulta interesante destacar que un sector de la doctrina considera que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, de

manera que el empresario deberá tomar cualesquiera medidas de protección que sean necesarias, abarcando dicho deber de protección incluso a supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

Pero a pesar de ello, evidentemente, entiende el tribunal, que “el hecho de que se produzca un accidente no determina de modo automático la existencia de vulneración de medidas de seguridad”, sino que es de apreciar la responsabilidad cuando el resultado lesivo se vincule a la falta de adopción de medidas por parte de la empresa, lo que se concreta en el presente caso en la decisión empresarial de convocar al trabajador a la reunión sin respetar las horas de descanso exigibles, con la consiguiente merma de sus condiciones psicofísicas, totalmente incompatibles con las exigidas para la conducción de automóviles.

Es por ello por lo que considera que debe declararse la responsabilidad de la empresa, al entender que existe “relación causal entre el siniestro productor del resultado lesivo para la vida o integridad física del trabajador y la conducta del empleador”, consistente en la omisión de las normas de seguridad impuestas legalmente, lo que constituye una negligencia empresarial que vulnera, además de los preceptos anteriormente mencionados, el deber de seguridad recogido en el artículo 4.2 ET, que establece que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho...a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene”. Así como en el 19 ET, también referido a la protección eficaz en materia de seguridad e higiene durante la prestación de servicios.

Finalmente, resulta interesante destacar que al considerarse que existe una “vulneración u omisión de las medidas de seguridad” por parte del empresario, se ha de atender a lo establecido en el artículo 164 LGSS, que entre otras cuestiones recoge que “todas las prestaciones que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional...cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo”, se aumentarán, según la gravedad de la lesión, de un 30 a un 50 por ciento. De manera que, en el presente caso, se impone a la empresa un recargo de prestaciones del 30 por ciento.