



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de mayo de 2019)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Sector de *contact center*. Es válida la incorporación en los contratos de una cláusula genérica de cesión de imagen

Sector de *contact center*. Derecho a la intimidad y a la propia imagen. Práctica empresarial consistente en incorporar a los contratos de trabajo la cláusula que establece que «el trabajador consiente expresamente, conforme a la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Real Decreto 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».

Teniendo en cuenta que dentro de los servicios que se prestan en este sector están 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, queda claro que esa actividad incluye las videollamadas 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 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. Por ello, la cláusula controvertida no es abusiva, sino, más bien, informativa y a la par receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir cada vez que el afectado fuera a ser empleado en trabajos de videollamada, conforme a lo dispuesto en los artículos 6.1 y 2 y 11.1 y 2 de la antigua Ley orgánica de protección de datos y en el artículo 10.3 b) del Real Decreto 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 en 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 videollamada, y está implícita en el objeto del contrato. 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 estas, 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 de la Constitución española) o de intimidad de esta. La restricción del derecho que nos ocupa es viable cuando el objeto del contrato lo sobrentiende, como ocurre en el presente caso, dado que el objeto del contrato y su ejecución es restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1



► la realización de labores de *telemarketing* incluso con videollamadas, 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. Por ello, visto el objeto del contrato, cabe concluir que la restricción del derecho fundamental viene impuesta por la naturaleza de las tareas contratadas. No nos encontramos ante un supuesto de videovigilancia, sino ante videollamadas en las que quien llama, gracias a una *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 Agencia Española de Protección de Datos 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. (*Vid. SAN, de 15 de junio de 2017, núm. 87/2017, casada y anulada por esta sentencia*).

(STS, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2019, rec. núm. 227/2017)

Debe reparar el daño causado la empleadora que por su falta de diligencia suscribe un contrato de relevo que no es idóneo para causar jubilación parcial

Jubilación parcial con contrato de relevo. Denegación de la pensión por el INSS al no estar desempleada la trabajadora relevista ni tener un contrato temporal suscrito con la empleadora. Derecho del trabajador a indemnización por daños y perjuicios.

Cuando el contrato de relevo no es idóneo para facilitar la jubilación parcial y ello es achacable a la falta de diligencia de la empleadora al suscribirlo, se genera una responsabilidad de esta frente al trabajador relevado que debe traducirse en la correspondiente indemnización por los menores ingresos obtenidos tras la celebración del contrato a tiempo parcial. En el caso, la empresa no ha probado su falta de culpa, pues cualquier buen padre de familia, entendida esa expresión como buen gerente de la empresa, comprueba la inscripción del relevista como demandante de empleo y que no se encuentra de alta en un régimen de la Seguridad Social.

(STS, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 1014/2017)

Contrato de interinidad por vacante de duración inusualmente larga. El plazo de 3 años a que se refiere el artículo 70 del EBEP no puede entenderse como una garantía inamovible

Contrato de interinidad por vacante. Relación inusualmente larga (más de 20 años) por falta de convocatoria de proceso selectivo, superándose el plazo de 3 años establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Solicitud de reconocimiento de la relación laboral como indefinida no fija, dado el carácter fraudulento de la contratación temporal. Procedencia.

El plazo de 3 años a que se refiere el artículo 70 del EBEP (referido a la ejecución de la oferta de empleo público) no puede entenderse en general como una garantía inamovible, pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de 3 años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión. Dado el contexto del caso analizado,





donde brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización, no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de 3 años contemplado en el artículo 70 del EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente estamos ante un supuesto en el que la duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años) hace que devengue fraudulento. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 24 de abril de 2019, rec. núm. 1001/2017)

Crédito horario. El Tribunal Supremo recuerda que debe deducirse del número de horas acumulables el periodo vacacional del delegado que lo disfruta

Libertad sindical. Crédito horario. Posibilidad de deducir del número de horas acumulables el periodo vacacional de los delegados de personal.

El crédito horario se halla establecido con carácter mensual en relación con el periodo de actividad desempeñada, lo que lleva al disfrute del derecho tan solo en los 11 meses de trabajo (quedando excluido el mes de vacaciones). No hay que olvidar la naturaleza jurídica de permiso retribuido que caracteriza al crédito horario y que determina su necesaria relación con la actividad laboral del titular (pues en principio ha de disfrutarse en periodo de trabajo). Lo dicho no impide: 1.º que si la actividad representativa hubiera de realizarse por fuerza en tiempo no coincidente con el de la actividad laboral del titular del crédito (supuesto del trabajo a turnos), razonablemente ha de admitirse que aquella función colectiva se lleve a cabo fuera de turno y con igual consideración –para ese tiempo de actividad sindical o representativa– como tiempo de trabajo efectivo y, por lo tanto, a descontar de su normal jornada de trabajo; y 2.º que pueda aplicarse el mismo criterio de mantenimiento del crédito en los supuestos en que su titular se vea afectado por una incapacidad temporal (IT), pues con tal solución se evitaría que resultasen injustificadamente perjudicados los intereses colectivos a que el crédito atiende, en tanto que la solución contraria privaría –durante toda la IT– de la defensa representativa que el legislador dispone a favor del colectivo de trabajadores.

(STS, Sala de lo Social, de 6 de marzo de 2019, rec. núm. 1052/2017)

Prestación por riesgo durante la lactancia natural. La lactancia natural se acredita al tiempo de la solicitud a través de certificado médico, no debiendo la trabajadora probar periódicamente que dicha lactancia se mantiene

Prestación por riesgo durante la lactancia natural. Trabajadora de servicios sanitarios de urgencias que presta servicio en turnos de 12 horas. Acreditación de la lactancia natural.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio se lleva a cabo de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 y 47 del Real Decreto 295/2009, cuando se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo. Tales preceptos hacen referencia a la necesidad de aportar, junto con la solicitud, un informe médico o certificado en el que conste que la trabajadora está en situación de lactancia natural. A partir de este punto, no exige la norma que, periódicamente, la trabajadora deba acreditar que sigue con la lactancia natural. Lo que se presume es, justamente, lo contrario: que la situación de lactancia natural sigue salvo prueba en contrario; lógicamente, a cargo de quien pretenda acreditarlo. Es más, al regular las causas de extinción de la prestación, la norma omite establecer que



►
constituye causa de extinción el abandono de la lactancia natural, aunque parece lógico deducir que pondrá fin al disfrute de la prestación el abandono de la lactancia natural y su sustitución por otro tipo de alimentación; circunstancias que, en todo caso, deberán ser probadas por quien las alegue.

(STS, Sala de lo Social, de 24 de abril de 2019, rec. núm. 763/2017)

Jubilación no contributiva. Extranjeros. Rectificación de doctrina. El requisito de residencia legal en España durante 10 años no se cumple con la inscripción en el padrón municipal durante ese tiempo

Pensión de jubilación no contributiva. Extranjeros que adquieren la doble nacionalidad. Requisito de 10 años de residencia legal en España.

La residencia legal en España requiere una resolución administrativa que la reconozca (a partir de cuyo momento se inicia el cómputo), sin que baste al efecto la mera inscripción en el padrón municipal –conforme al art. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril–. Este hecho no constituye prueba de la indicada residencia ni atribución de ningún derecho que no les confiera la legislación vigente. Las disposiciones del artículo 23.1 b) del Real Decreto 375/1991 regulan la acreditación del requisito de residencia legal por los españoles, mientras que a los extranjeros les resulta de aplicación el mencionado artículo 18.2, por ser una norma especial y de superior ámbito jerárquico, conforme al artículo 9.3 de la Constitución española, pues el citado real decreto es un reglamento que resulta modificado por una ley posterior, lo que obliga a aplicar el precepto legal. Además, la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España, establece que la condición de residentes, conforme al artículo 30 bis, la tienen los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir, autorización que es expedida por la autoridad administrativa competente. Se rectifica la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2018, rec. núm. 3335/2016. Sala General. **Voto particular.** No puede partirse de que los demandantes son extranjeros, ya que ostentando la nacionalidad española, son ciudadanos españoles y todos ostentan los mismos derechos en plano de igualdad. Por ello, se les debe aplicar la normativa de Seguridad Social reguladora de la prestación, pudiendo acreditar la residencia mediante la certificación del padrón municipal.

(STS, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2019, rec. núm. 1299/2017)

Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. La no comunicación a la entidad gestora del incremento de patrimonio por la aceptación de una herencia da lugar a la extinción

Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. No comunicación a la entidad gestora del incremento de patrimonio por aceptación de una herencia conforme a la cual se adjudica una parte de un bien inmueble. Determinación de si nos encontramos ante un incremento puntual de renta que supondría la suspensión del derecho durante 1 mes o si la simple falta de comunicación ha de dar lugar a la extinción.

La suspensión del subsidio –que no la extinción– por la percepción de rentas incompatibles con la percepción de aquel únicamente procede en aquellos casos en los que el beneficiario sí hubiese comunicado a la entidad gestora la concurrencia de esos devengos. Esta solución no puede ser la misma para los supuestos en que haya concurrido ocultación de los incrementos de rentas, puesto que sostener lo contrario equivaldría a justificar que en realidad resultaría lo



► mismo, no existiría diferencia alguna entre dos perceptores del subsidio cuando uno de ellos hubiere cumplido con la obligación de declarar aquellos ingresos y otro no lo hubiese hecho, pues en ambos casos únicamente se produciría la suspensión del derecho como resultado final. Por consiguiente, la consecuencia jurídica de esas situaciones en las que no hubo comunicación del incremento o del ingreso en el patrimonio del beneficiario ha de ser la de extinción del subsidio, de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 47 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), y no la suspensión imputable al mes en que se ha producido el devengo, como podría resultar de la aplicación del párrafo segundo del artículo 219.2 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), destinado a los casos en los que sí se hubiese puesto en conocimiento de la gestora la existencia de tales ingresos con los que se rebasan los límites previstos en el artículo 215 de la LGSS. Aunque tales rentas se hubiesen declarado con posterioridad a los efectos del IRPF, esa declaración a la Administración tributaria en manera alguna corrige o subsana la previa infracción cometida frente al ente gestor de las prestaciones.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2019, rec. núm. 1378/2017)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Quando el registro de la bolsa de un trabajador no vulnera derechos fundamentales

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe contractual. Empleada que al salir de trabajar es interceptada (en la calle) por el jefe de seguridad del centro de trabajo, quien la condujo a su oficina, despacho donde procedió al registro de la bolsa que portaba, advirtiéndole la existencia de un pescado que no coincidía con lo ticado, conminando a la demandante a que acudiera al despacho del jefe de personal con quien admitió que había pesado el pescado después de destriparlo, así como la utilización del número o clave de un compañero. Vulneración del derecho a la intimidad. Despido procedente.

Quando ante una sospecha fundada de actuación fraudulenta por parte del trabajador, la empresa arbitra una modalidad de pesquisa que se revela como la única posible en orden a la averiguación de los hechos y la que, a su vez, se practica en términos carentes de violencia alguna, subjetiva u objetiva, y con la adecuada garantía para el trabajador empleado, no es dable admitir, en tales casos, la pretendida violación del derecho fundamental que ahora se invoca en apoyo del motivo impugnatorio, sujeto a enjuiciamiento. En el presente caso es claro que la actuación de la empresa era necesaria para la adecuada protección de su patrimonio, sea cual fuere el sentido propio, técnico o usual que a tal expresión quiera darse. Se practicó al salir del centro de trabajo cumpliendo las horas de trabajo –no se puede entender la salida del trabajo como algo ajeno a él–. El comportamiento del jefe de seguridad al requerir a la actora para que abriera la bolsa que portaba y mirar en su interior, todo ello en presencia de otro trabajador y siendo ella representante sindical, respetó al máximo la dignidad e intimidad de la demandante; de hecho la actora reconoció los hechos sin mayor objeción –cuestión distinta es que ponderase la trascendencia de los actos cometidos–. Y la conclusión de todo ello es que existió una actuación empresarial plenamente ajustada a la dignidad y a la legalidad, atendidas las circunstancias del caso.

(STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2018, rec. núm. 777/2018)

Pensionistas por incapacidad que trabajan en la ONCE. Debe recalcularse la pensión conforme a las nuevas cotizaciones satisfechas cuando no puedan seguir desarrollando su actividad profesional

Gran invalidez. Trabajador de la ONCE. Revisión de incapacidad. Base reguladora y complemento calculados con las cotizaciones posteriores a ser declarado en incapacidad permanente absoluta (IPA).

Es obligado recalcular la base reguladora de una prestación de IPA en función de las nuevas cotizaciones derivadas del trabajo por cuenta ajena desempeñado después del reconocimiento de la prestación. Dichas cotizaciones han de considerarse para determinar la cuantía de la prestación de IP, tanto si tras el nuevo periodo de actividad laboral se mantiene el grado previamente reconocido, como si se rebaja o se aumenta y ello, aun cuando se hubieran calificado administrativamente como incompatibles, pues no pueden perder la eficacia que le otorga el artículo 124.2 de la Ley general de la Seguridad Social, salvo que exista norma que disponga lo contrario. En relación con los trabajadores de la ONCE el Tribunal Supremo ha declarado que las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado por el pensionista han de tener eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, prestación de IPA o de gran invalidez, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir desarrollando la actividad profesional –o actividades profesionales– desarrollada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad.

(STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 3 de enero de 2019, rec. núm. 788/2018)

JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

Despido disciplinario: no siempre es necesario comunicar al trabajador la finalidad del control de las cámaras de videovigilancia

Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Derecho a la protección de datos. Despido. Prueba videográfica. Farmacia. Conocimiento por una cláusula del contrato de la existencia de cámaras en diferentes dependencias, incluso en aquellas en que no se atendía al público. Hallazgo casual de desfases en stock de los cuales deduce la empresa que una de las trabajadoras lleva a cabo sustracciones de efectivo, identificando, presuntamente, a la culpable con base en que las operaciones se hacían casi en la totalidad de las ocasiones con el número a ella asignada para operar internamente. Prueba válida.

Para determinar la efectiva validez de las pruebas obtenidas por videovigilancia, ante la posición confrontada de la jurisprudencia a considerar, derivada del Tribunal Constitucional (SSTC 29/2013 y 39/2016) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (López Ribalda y Bãrbulescu), cobra carácter esencial el análisis de la proporcionalidad de la actuación empresarial para decidir sobre la alegada infracción del derecho a la intimidad personal. En el supuesto analizado, si bien es cierto que el empleador no estableció de forma clara y meridiana que las cámaras eran para el control de la actividad laboral con una información adicional al respecto, en el contrato se informó de su existencia y de la propia colocación de las mismas en instancias en las que no existe acceso al público (siendo departamentos de trabajo de las empleadas de la farmacia), y una trabajadora con 10 años de prestación de servicios en el centro bien pudo deducir que las mismas tenían por objeto el referido control de la actividad laboral. La única forma en la que la empresa podía comprobar la autoría de las referidas actuaciones presuntamente irregulares era a través de





las cámaras, al no tener limitado el uso personal del número de empleado cada una de las personas que prestaba servicios en la farmacia, por lo que el control de la actividad y la injerencia realizada con esas grabaciones era absolutamente necesaria y se encuentra dentro de los límites constitucionales. Superado el juicio de constitucionalidad, sin embargo, no logra la empresa cohonestar las irregularidades constatadas informáticamente con las imágenes aportadas, al no coincidir las horas reflejadas en uno y otro medio de prueba. Asimismo, el informe pericial que se presenta no establece el puesto de trabajo en el que se han realizado las operaciones irregulares, pudiendo varios empleados estar operando a la vez en diferentes puestos. Por tanto, no se acredita la autoría de la trabajadora de forma efectiva y suficiente. Despido improcedente.

(SJS núm. 3 de Bilbao, de 4 de abril de 2019, núm. 128/2019)