

Video-llamadas en trabajos de contact-center y cesión de derechos de imagen

STS-SOC núm. 304/2019, de 10 de abril

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

I. Introducción

La sentencia comentada casa y anula la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2017 (núm. de actuaciones: 137/2017) que entendía que la cláusula incorporada en los contratos de trabajo por la que los trabajadores cedían su imagen tomada mediante cámara web con el propósito y finalidad de desarrollar su actividad en un servicio de Contact-Center era nula por atentar contra sus derechos fundamentales.

Es importante diferenciar que en este caso no estamos en presencia de la implementación de mecanismos de videovigilancia, ni de control de los trabajadores o sus actividades (laborales y no laborales) en la empresa. Estamos en presencia de la necesidad de realizar, en algunas ocasiones no en todas, una llamada telefónica mediante sistema de video-llamada, con el propósito de acercar el producto al cliente. Pero esta video-llamada ni tiene un propósito de control de los trabajadores, ni las imágenes obtenidas mediante su realización van a ser tratada por la empresa.

En definitiva, lo que se cuestiona es la validez de la cláusula contractual que la mercantil recurrente incorpora a los contratos que suscribe con sus trabajadores mediante la que se ceden los derechos de imagen únicamente cuando se estén ejecutando actividades laborales de Contac-Center.

II. Identificación de la resolución judicial

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Social del Tribunal Supremo

Número y fecha de la resolución judicial: STS núm. 304/2019, de 10 de abril

Tipo y número recurso: 227/2017.

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

ECLI: ES:TS:2019:1436

Fuente: CENDOJ

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado: hechos probados y peculiaridades de la SAN recurrida.

1. La pretensión del conflicto colectivo

El demandante ante la AN pretendía que se declarase “*la nulidad de pleno derecho de la práctica empresarial consistente en incorporar a los contratos de trabajo la cláusula*” controvertida (reproducida *infra*, en “*V. Normativa aplicable al caso*”), así como que se excluyese “*la misma de los contratos de trabajo por cuanto supone una conducta abusiva que atenta contra un derecho fundamental*”.

El conflicto colectivo no cuestiona la necesidad de que los trabajadores tengan que realizar una video-llamada para observar las exigencias laborales que se derivan de su vínculo laboral. Lo que se cuestiona es si el instrumento jurídico mediante el que se recaba el consentimiento del trabajador reúne las exigencias requeridas por la normativa laboral y de gestión de datos personales.

2. La argumentación y fallo de la SAN recurrida

La sentencia recurrida ha entendido que esa cláusula conflictiva es nula por violar el derecho a la propia imagen del empleado, básicamente por entender que el consentimiento del trabajador para ceder su imagen debe pedirse expresamente cuando el afectado vaya a ser empleado en trabajos de video-llamada, sin que dicha cesión pueda quedar amparada por la utilización de cláusulas genéricas como la aquí controvertida.

Las SAN estima la demanda de conflicto colectivo y declara “*la nulidad de pleno derecho de la práctica empresarial consistente en incorporar a los contratos de trabajo la cláusula*” controvertida, condenando a la empresa, en consecuencia, a excluir “*de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por el conflicto*” la referida cláusula.

3. Los elementos esenciales del relato de hechos probados

Del relato de hechos probados conviene subrayar seis circunstancias, todas ellas determinantes de la suerte del recurso.

En primer lugar, que la utilización de la cláusula controvertida es una práctica empresarial que no tiene excepciones. En todos los contratos individuales, de todos los trabajadores se incorpora, siempre con la misma redacción. No consta que el convenio colectivo de aplicación a esta empresa contuviese una prevención similar.

En segundo lugar, que de los varios contratos que tiene concertada la empresa de Contac-Center con las empresas a las que suministra su servicio, en sólo dos de ellos la ejecución de la actividad exige la realización de video llamadas. Es decir, sólo por excepción se recurre al sistema de video-llamada, no siendo el mecanismo habitual de contacto.

En tercer lugar, que para la ejecución de este servicio, la empresa instala una Webcam en los terminales de los trabajadores que intervienen en la video-llamada. El número de trabajadores afectados por este sistema asciende a 15, de los 6000 aproximadamente que tiene la empresa. El volumen, por tanto, de trabajadores afectados es muy pequeño. Porque aunque, es cierto, la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus eventuales restricciones ilegítimas no se miden por el volumen de afectados, sí es cierto que el número puede tenerse en consideración a la hora de modular o matizar la medida empresarial limitadora.

En cuarto lugar, queda acreditado que la empresa sí notificó a la representación legal de los trabajadores la formalización de esos contratos mercantiles que exigían el empleo de la videocámara para realizar la actividad promocional de contacto. También

se subraya que a los representantes se les informa de la formalización de todos los contratos mercantiles que suscribe la empresa.

En quinto lugar, y de manera muy destacada, queda acreditado como hecho probado que cuando la empresa realiza actividades promocionales que requieren la utilización de la imagen de sus empleados, les solicita una autorización específica. Es decir, que el alcance de la cesión de la imagen que se proyecta con la cláusula controvertida sólo se circunscribe para el ejercicio de sus actividades ordinarias, no alcanzando para salvaguardar los derechos de imagen cuando se realizan otras actividades promocionales distintas, o al margen, a las propia de Contac-Center que forman parte de su actividad laboral ordinaria. En definitiva, que la eficacia de la cesión de la imagen mediante la cláusula discutida en este proceso queda circunscrita únicamente para la realización de actividades laborales comunes.

Y por último, y en sexto lugar, que no se han producido reclamaciones individuales relacionadas con la cesión de imágenes de los trabajadores.

IV. Posiciones de las partes

El recurso que resuelve esta sentencia se enmarca en un procedimiento de conflicto colectivo.

1. La empresa recurrente

La empresa (Unisono Soluciones de Negocio S.A.) impetra el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Nacional comentada. Pretende, básicamente, que se considere legítima la cláusula controvertida que incorpora a todos los contratos de trabajo, por entender que la actividad que desarrollan los trabajadores no requiere un consentimiento específico por parte del trabajador para ceder su imagen, por un lado, y que el consentimiento prestado con la firma de la cláusula cumplen las exigencias que se requieren para considerar que existe un consentimiento informado, de otro.

2. La representación legal de los trabajadores

Como parte recurrida ha comparecido la Confederación General del Trabajo, que es quien intimó, mediante demanda, el presente conflicto colectivo, y cuatro de los seis sindicatos que se adhirieron a la demanda inicial: la Federación de Servicios de Comisiones Obreras, la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores, y Trabajadores Unidos Sindicalmente Independientes.

Entendían que el recurso debía ser desestimado, pues afirman que la SAN recurrida aplica correctamente el ordenamiento jurídico al declarar nula la cláusula controvertida.

3. El Ministerio Fiscal

El informe del Ministerio Fiscal abogada por desestimar el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

1. La cláusula contractual que se incorpora a los contratos de trabajo

La cláusula contractual que se incorpora a los contratos de trabajo en esta empresa es del siguiente tenor literal: *“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”*.

2. El ámbito funcional del convenio colectivo aplicable

El art. 2 del II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing) [Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de

Empleo, Boe: 12.7.2017] organiza el ámbito funcional del convenio encuadrando 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”.

3. Las previsiones de las Leyes Orgánicas de Protección de Datos

Aunque la norma aplicable al tiempo de intimarse la demanda es la Ley Orgánica 15/1999, única, por tanto, que puede tomarse en consideración para la resolución del recurso, se realizará una breve indicación de cómo aborda, en relación con aquella, esta cuestión la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

A) La aplicable al tiempo de la demanda: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Los apartados 1, y 2. del art. 6, titulado “Consentimiento del afectado” disponían: “1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando.../...se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento...”

Para fijar los límites de la comunicación de los datos a terceros es importante tener en consideración los apartados 1 y 2 del art. 11 al permitir el tratamiento cuando “c) .../...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...”

B) La actualmente vigente: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Deben tenerse en consideración los art. 87 y ss de la nueva norma, que junto con la influencia en esta materia del nuevo art. 20 ET serán abordadas en el comentario a la glosa de esta resolución.

Basta comentar ahora que esta nueva norma no contiene previsiones específicas con respecto a la cesión de la imagen, aunque sí regula pormenorizadamente la intimidad en el puesto de trabajo, que engloba el derecho a la imagen, e impone la necesidad de informar con carácter previo y de forma clara y precisa a los trabajadores de la instalación de videocámaras.

4. El Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril

El Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) contiene varias previsiones con respecto al tratamiento de los datos laborales.

El art. 99.1 del Reglamento dispone: “El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”. Se publicó en el DOUE el 4.5.2016. Pero el art. 99.2 del Reglamento dispone que “Será aplicable

a partir del 25 de mayo de 2018". En definitiva no estaba vigente al tiempo de la demanda, y no podía ser tenido en consideración para la resolución del conflicto. Aunque es citado por la resolución, y cómo ya sí puede ser aplicable se apuntan sus previsiones para realizar un análisis de las mismas *infra*, en el apunte final.

Es importante tener en cuenta los arts. 4.1, 4.2 y 4.11 cuando fijan las definiciones de "datos personales", "tratamiento", y "consentimiento del interesado".

El art. 6 dispone, denominado "Licitud del tratamiento" dispone en su inciso 1.: "El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; ..."

El art. 9, bajo la rúbrica de "Tratamiento de categorías especiales de datos personales" precisa "1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.

2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados.../...b) el tratamiento es 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..."

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada parte de una premisa básica, que explica por sí misma gran parte de la conclusión jurídica a la que llega. Que no estamos en presencia de la implementación de un sistema de control de los trabajadores, de un sistema de videovigilancia, sino ante la utilización de una nueva tecnología, la video-llamada, para desarrollar una concreta actividad laboral dentro del ámbito funcional del convenio colectivo. La perspectiva desde la que se aprecia la legitimidad en la implantación de ambos mecanismos (video-llamada, o videovigilancia) es diferente, como también lo son las garantías que salvaguardan los derechos de los trabajadores en ambos casos, más exigentes en aquellos que se relacionan con el control de la actividad.

También debe tenerse presente que tanto la anterior normativa, la vigente al tiempo de producirse los hechos e intimar el proceso colectivo mediante demanda, como la actualmente vigente coinciden en que no es necesario que el trabajador preste un consentimiento expreso por la utilización de su imagen cuando el empleo de la nueva tecnología, la video-llamada, forma parte esencial de su cometido laboral ordinario. La resolución insiste en este punto al subrayar que la video-llamada sí es necesaria para la mejor prestación del servicio, y que se emplea únicamente para realizar las funciones propias del objeto del contrato. Porque los avances tecnológicos como la video-llamada facilitan la capacidad de inspirar confianza y de convencer con mayor facilidad, pues la interlocución con una persona visionando su imagen desecha "la idea de que se habla con una máquina o con un desconocido", además de que tanto la información sobre la mercancía como su venta "resultan más fáciles cuando el comprador ve el producto y al vendedor, como en las tiendas tradicionales".

Para apoyar esta vinculación entre la actividad y la propia imagen se apoya en la STC 99/1994, de 11 de abril, en la que se enjuiciaba la constitucionalidad del despido de un trabajador -deshuesador de jamones- que se había negado a cumplir la orden empresarial de mostrarse en público realizando su actividad característica. Especialmente cuando afirma: "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". Con lo que puede afirmarse, como lo hace la resolución objeto de comentario, que "la restricción del derecho fundamental viene impuesta por la naturaleza de las tareas contratadas".

Concluye, en definitiva, que la cláusula no es abusiva, sino informativa, porque se le advierte de la posibilidad de que se le requiera para realizar, dentro de sus funciones de Contac-Center, actividades de video-llamada, y, a la vez, receptora de un consentimiento expreso a la cesión de la imagen que, en puridad, no era estrictamente necesario recabar, pues no es necesario cuando la cesión de la imagen se realiza en el marco del cumplimiento de un contrato de trabajo, lo que permite restringir el derecho afectado -propia imagen- "cuando el objeto del trabajo lo sobrentiende.../... dado que el objeto del contrato y su ejecución es la realización de labores de telemarketing incluso con video-llamadas".

Se entiende, en definitiva, que la cláusula es lícita.

Un dato adicional y una advertencia realiza la resolución.

El dato adicional, al que dota de cierta relevancia al resolución, es que cuando la empresa realiza actividades promocionales de los productos que trata se encarga de recabar el consentimiento del trabajador de forma expresa, "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 facilita su venta por teléfono".

La advertencia se relaciona con el objeto del recurso. Se ha discutido la cesión de la imagen y la licitud de la cláusula contractual que genéricamente lo ampara exclusivamente para actividades de Contact-Center mediante sistema telemáticos de video-llamada, pero el objeto del procedimiento colectivo no cuestiona qué acontece si, con posterioridad, la empresa (o el propio trabajador o su interlocutor) trata, cede o facilita esa imagen a un tercero. Aunque es una cuestión de mera hipótesis, pues ni el objeto del recurso camina en esa dirección, ni del relato de hechos probados puede deducirse tal utilización, la resolución deja claro que ese sería otro debate, y que la utilización de esa imagen para fines distintos del estricto cumplimiento del objeto de contrato podría ser susceptible de sancionarse administrativamente, además de poder transgredir otras normas del derecho público sancionador, incluso penales.

VII. Parte dispositiva

La sentencia estima el recurso de casación interpuesto contra la SAN comentada, cuya sentencia casa y anula, desestimando la demanda origen de este conflicto colectivo.

VIII. Pasajes decisivos

Con respecto a la necesidad de que empresarialmente se recabe un consentimiento expreso para emplearse en tareas de video-llamadas, afirma la resolución que "La nueva normativa coincide con la anterior y, aunque rigoriga 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..."

Con respecto al contenido de la cláusula discutida, afirma: *“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.../...[porque] 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”*.

Con respecto a la diferencia entre videovigilancia como mecanismo de control, y video-llamada como mecanismo de ejercicio de la actividad laboral, precisa que: *“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...”*

IX. Comentario

El panorama jurídico con respecto a la cesión de la imagen en el marco del desarrollo de las actividades laborales propias de un contrato de trabajo no ha cambiado sustancialmente por la aprobación de las nuevas normas recientes: Ley Orgánica 3/2018, y Reglamento 2016/679. Singularmente en lo que se refiere a la prestación del consentimiento, o su consideración implícita por proyectarse en el desarrollo de actividades laborales.

Ni antes, ni ahora, se hace necesario recabar un consentimiento expreso para tal fin, básicamente porque se entiende que en el marco de desarrollo del contrato de trabajo la restricción del derecho fundamental se impone por la naturaleza del vínculo contractual. Cuestión distinta es que desarrollase actividades diferentes a las propias que figuran en su contrato de trabajo, o que su imagen se emplease para fines diferentes de los relacionados con su ocupación laboral.

La naturaleza de la función que cumple la cláusula controvertida en esta resolución no es tanto de autorización para la utilización de la imagen del trabajador - que también-, sino de información del ámbito específico en el que se desarrolla dicha cesión. Por eso identifica con precisión meridiana tanto el objeto o propósito de la cesión: para la realización de *“actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros”*, como el ámbito técnico-laboral en el que dicha cesión puede producirse: *“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 lectura de la cláusula en su contexto no genera dudas en relación a la legitimidad empresarial que se esgrime para la utilización de la imagen del trabajador, ni con respecto al ámbito estrictamente laboral para la que se recaba, o a las actividades laborales concretas que se ven afectadas.

Lo trascendente, a efectos de comprender adecuadamente la doctrina que se destila de esta resolución, es apreciar que en este caso no estamos en presencia de la implementación de un sistema de control de la actividad laboral, sino ante un sistema telemático que facilita el desarrollo de su actividad laboral contratada.

Apreciar correctamente esta diferencia facilita la selección de las reglas jurídicas - normas y jurisprudencia- que patrocinan la protección de ambos ámbitos de utilización de la tecnología: video-llamada y videovigilancia. Porque, obviamente, la implementación de mecanismos electrónicos para la videovigilancia de los trabajadores requiere más controles y límites que la utilización de técnicas telemáticas para el ejercicio de su actividad laboral.

La perspectiva que sobre esta cuestión observa la Ley Orgánica 3/2018 es clara. Diferencia claramente entre el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia (y grabación de sonido), del derecho a la intimidad por el uso de dispositivos digitales con fines laborales. Pero no aborda de forma expresa la cesión de la imagen del trabajador, probablemente porque la considera implícita en el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales con fines laborales.

X. Apunte final

La perspectiva jurídica que se tenía en la década de los años noventa del siglo pasado sobre la cesión de la imagen del trabajador es totalmente distinta a la que se tiene ahora. El tiempo en el que han de ser interpretadas las normas, como recuerda la resolución comentada, muestra la interpretación de las reglas jurídicas y acomoda razonamientos que en otras épocas quizá no hubieran estado amparados por la interpretación jurisdiccional u ordinaria.

Sirva como buen ejemplo el asunto resuelto por la STC 99/1994 traída a colación en esta resolución, básicamente para apreciar que la estimación de aquel amparo quizá ahora no se hubiera producido aplicando los cánones hermenéuticos que se deducen de la resolución objeto de comentario, y que la cláusula aquí discutida quizá en 1994 se hubiera considerado ilegítima aplicando aquellos criterios vigentes. Lo que ha cambiado ha sido el tiempo, no la norma. En realidad los que hemos cambiado hemos sido nosotros, el tiempo permanece siempre estable.

En aquel supuesto el tribunal constitucional amparó a un trabajador que había sido despedido disciplinariamente por negarse a prestar su imagen “*en un acto público de presentación del producto jamón serrano*” en el que se le había encomendado la concreta misión de que “*realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido*”. El tribunal constitucional lo que hizo fue analizar la mayor o menor razonabilidad de la orden patronal y su ulterior desobediencia (no cabía, dice el tribunal, “*calificar a la negativa del trabajador como carente de una base fáctica objetiva y real*”), en vez de apreciar si existió una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del trabajador^[1], acudiendo, por tanto (se quiera o no), a un canon que tiene como elemento estructural de su apreciación el grado de intromisión que se produce en la esfera del trabajador, y el grado de contestación por parte de éste a la orden empresarial. Desde este punto de vista, no parece aventurado afirmar que la cesión de derechos que pretende la cláusula aquí controvertida no hubiera superado el canon impuesto en 1994, pues parece deducirse de su lectura una cesión incondicionada de la imagen para prácticamente cualquier cometido laboral que desarrolla el trabajador de Contact-Center. Pero esta forma de ver las cosas también tiene su lado no tan limpio, porque siempre que el tribunal constitucional se conduce por el camino de apreciar lo “*razonable*” (de una conducta, de una exigencia legal, etc.) se está deslizando, se quiere a uno, hacia una hermenéutica más propia de legislación ordinaria que de la constitucional.

Si, desde el otro punto de vista, intentamos imaginar qué ocurriría al día de hoy con el cortador de jamón, es probable que entendiéramos, como se debería haber entendido en 1994, que lo esencial no es la persona del trabajador ni su imagen, sino el jamón que está siendo cortado, es decir, lo esencial es el producto, siendo instrumental la imagen del trabajador. Si ahora entendemos, en este supuesto de video-llamada, que la utilización de la imagen del trabajador es una consecuencia derivada de la utilización de un útil o instrumento de trabajo, nada impediría entender que la negativa del cortador de jamón a ceder su imagen mientras está realizando el cometido esencial de su actividad laboral contratada puede construir una causa de despido disciplinario. Porque lo esencial, lo que se destila de esta resolución comentada, es que no es necesario recabar un consentimiento expreso para la cesión de la imagen de un trabajador cuando utiliza una nueva tecnología para realizar su cometido laboral. Es cierto que un cuchillo jamonero no es precisamente una nueva tecnología, pero no lo es menos que en estos tiempos actuales en donde todo el mundo tiene una cámara de fotos en el bolsillo, la imagen tiene, siguiendo la

perspectiva que imponen el canon gradualista que utiliza la sentencia del TC comentada, un nivel inferior de protección diferente e inferior del que tenía hace años.

Referencias:

1. [^] *El comentario del Profesor MONTOYA MELGAR va más allá de una glosa del asunto, porque entra de lleno en las características del enjuiciamiento constitucional y su diferencia con la hermenéutica ordinaria, siendo muy recomendable su lectura. MONTOYA MELGAR, A.: “Poder directivo del empresario y derecho de trabajador a la propia imagen”, VV. AA. (ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. [Dir.]): *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XII (1994), Civitas, Madrid, 1995, p. 241 y ss.*