

**Audiencia Nacional-Sala de lo Social. Sentencia de 28 de Enero de 2014.**

**Nº de Sentencia: 13/2014 - Nº de RECURSO: 428/2013.**

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil catorce.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y **EN NOMBRE DEL REY** ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el procedimiento 0000428/2013 seguido por

[ ... ]

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. *D<sup>a</sup>. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA*

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

[ ... ]

**Tercero.-** Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda alegando, que la empresa demandada desde hace más de un año está incorporando una cláusula en los contratos de trabajo nuevos que es abusiva pues **se obliga al trabajador a disponer de medios propios (móvil e Internet) y a proporcionárselo a la empresa para que ésta le efectúe cualquier comunicación referida a su relación laboral y a estar disponible para la empresa fuera de horas de trabajo** cuando la empresa tiene medios suficientes para notificar al trabajador cualquier decisión tanto en el centro de trabajo como en su domicilio y además no hay reciprocidad, lo que va en contra de la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la CE .

[ ... ]

Frente a tal pretensión la legal representante de la empresa demandada

sostuvo que la cláusula de los contratos es conforme a derecho ya que no vulnera ningún precepto en concreto del ordenamiento jurídico, ni del Estatuto de los Trabajadores ni del Código Civil. Atendiendo a la redacción concreta de la cláusula y a la fecha se usa, ya que fue modificada a requerimiento de la Inspección de Trabajo a primeros del mes de abril. La cláusula es clara y las comunicaciones que realiza la empresa no contravienen las disposiciones legales debiendo facilitar el trabajador los datos a efectos del contrato. La literalidad de la cláusula queda siempre condicionada al consentimiento del trabajador y es conforme al artículo 1255 del código civil no contravienen laboral está dentro del ámbito de dirección de la empresa consagrado en el artículo 38 ET y por otro lado atendiendo al uso que hacen la empresa de la cláusula- comunicaciones vía SMS y vía correo electrónico de la puesta a disposición de anticipos a los trabajadores que pueden venir a recogerlos, es la única utilidad que le da la empresa. Los trabajadores son tele -operadores, no pueden recibir llamadas durante la jornada y este sistema, facilita la labor al trabajador que no tiene que llamar a la empresa para ver si se le han concedido o no los anticipos solicitados. La propia administración utiliza los medios electrónicos para comunicarse con el administrado como por ejemplo hacienda o la Tesorería General de la Seguridad Social.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

[ ... ]

**Cuarto.-** Que la empresa demandada desde hace más de un año está incorporando una cláusula en los contratos de trabajo nuevos que dice: ***"Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible"***

**Sexto.-** La Inspección de trabajo inicia las actuaciones correspondientes, y con fecha 15 de abril 2013 procede a realizar un acta de advertencia en el libro de visitas de la empresa, en los siguientes términos:

*"Se advierte a la empresa que la cláusula nº 10 del anexo I que incluye en los contratos de trabajo no le exime del cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la normativa legal vigente en materia de extinción del contrato de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, etc.."*

En cuanto a la calificación por parte de la Inspección de tal cláusula como abusiva decir que es un principio general del derecho que las cláusulas abusivas se tienen por no puestas, sin perjuicio de lo cual, conforme a la legislación vigente, su calificación como tal y consecuente nulidad corresponde declararla a los órganos jurisdiccionales.

[ ... ]

**Séptimo.-** Que a partir de finales del mes de abril pasado, la empresa ha variado esta cláusula, siendo el texto actual el siguiente:

*"Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, sin menoscabo del cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales exigidos por la normativa laboral vigente, y según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible".*

**Octavo.-** En el mes de julio la empresa ha vuelto incorporar la siguiente cláusula: "Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de

trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier *cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata*"

[ ... ]

Se han cumplido las previsiones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

La presente demanda sobre Conflicto Colectivo solicita que se declare la nulidad de las cláusulas que la empresa viene incorporando a los contratos de trabajo por considerarlas abusivas , pues se obliga al trabajador a disponer de medios propios (móvil e Internet) y a proporcionárselo a la empresa para que ésta le efectúe cualquier comunicación referida a su relación laboral y a estar disponible para la empresa fuera de horas de trabajo cuando la empresa tiene medios suficientes para notificar al trabajador cualquier decisión tanto en el centro de trabajo como en su domicilio y además no hay reciprocidad, lo que va en contra de la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la CE .

[ ... ]

Frente a tal pretensión la legal representante de la empresa demandada sostuvo que la cláusula de los contratos es conforme a derecho ya que no vulnera ningún precepto en concreto del ordenamiento jurídico, ni del Estatuto de los Trabajadores ni del Código Civil. Atendiendo a la redacción concreta de la cláusula y a la fecha se usa, ya que fue modificada a requerimiento de la Inspección de Trabajo a primeros del mes de abril. La cláusula es clara y las comunicaciones que realiza la empresa no contravienen las disposiciones legales debiendo facilitar el trabajador los datos a efectos del contrato. La literalidad de la cláusula queda siempre condicionada al consentimiento del trabajador y es conforme al artículo 1255 del código civil no contravienen laboral está dentro del ámbito de dirección de la empresa consagrado en el artículo 38 ET y por otro lado atendiendo al uso que hacen la empresa de la

cláusula-comunicaciones vía SMS y vía correo electrónico de la puesta a disposición de anticipos a los trabajadores que pueden venir a recogerlos, es la única utilidad que le da la empresa. Los trabajadores son tele-operadores, no pueden recibir llamadas durante la jornada y este sistema, facilita la labor al trabajador que no tiene que llamar a la empresa para ver si se le han concedido o no los anticipos solicitados. La propia administración utiliza los medios electrónicos para comunicarse con el administrado como por ejemplo hacienda o la Tesorería General de la Seguridad Social.

En lo que se refiere a los hechos declarados probados, los mismos se tienen de las pruebas documentales que en ellos se indica y que obran a los folios que se han mencionado en los distintos ordinales del relato fáctico, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

En esencia, lo que viene a argumentar la parte demandante es que las cláusulas incorporadas a los contratos de trabajo por la empresa son abusivas.

Ha quedado acreditado que la empresa demandada desde hace más de un año está incorporando una cláusula en los contratos de trabajo nuevos que dice:

"Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible"

La parte demandante presentó denuncia en la Inspección de Trabajo por este motivo e iniciadas las actuaciones correspondientes, procede a realizar un acta de advertencia en el libro de visitas de la empresa, en los siguientes términos:

"Se advierte a la empresa que la cláusula n" 10 del anexo I que incluye en los contratos de trabajo no le exime del cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la normativa legal vigente en materia de extinción del contrato de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, etc.."

En cuanto a la calificación por parte de la Inspección de tal cláusula como abusiva decir que es un principio general del derecho que las cláusulas abusivas se tienen por no puestas, sin perjuicio de lo cual, conforme a la legislación vigente, su calificación como tal y consecuente nulidad corresponde declararla a los órganos jurisdiccionales.

Que a partir de finales del mes de abril pasado, la empresa ha variado esta cláusula, siendo el texto actual el siguiente:

"Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, sin menoscabo del cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales exigidos por la normativa laboral vigente, y según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible". Si bien en el mes de julio la empresa ha vuelto incorporar la anterior cláusula.

La protección de los datos personales contenida en la LOPD y derivada de artículo 18.4 de la CE extiende su ámbito, no a los datos íntimos de la persona (que se protegen en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE) sino a los datos de carácter personal, tal y como ya expuso, razonadamente, la STC 292/2000. Y ello en base a que la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del artículo 18.1 CE y que se traduce en un derecho al control sobre los datos. Se pretende garantizar a la persona, mediante tal control sobre sus datos personales, su uso y destino, con el propósito de

impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado, que los datos solo puedan ser tratados y cedidos con su consentimiento.

Acorde con la doctrina anterior, y teniendo en cuenta el concepto amplio que, de dato personal, se contiene en la Ley Orgánica 15/1999, cuyo artículo 3.a) define como tal " cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables ", esta Sala considera que los datos relativos al nº de teléfono móvil y correo electrónico propios del trabajador efectivamente son datos personales, cuya protección cae en la órbita de la Ley Orgánica 15/1999.

En este sentido, y a tenor del artículo 3. a) : "A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables", según lo dispuesto en el artículo 6 relativo al consentimiento del afectado " **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 los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; 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; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Por su parte, en los apartados 2 y 3 del artículo. 2 del Real Decreto 1.720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre se dispone:" **2.** Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos

desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales. 3. Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal." La exclusión reglamentaria hace referencia a los denominados "ficheros de contactos en las empresas", es decir, a los ficheros de contactos o agendas exclusivamente vinculadas a la actividad profesional afectada. El derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos (STC. 254/1993 , FJ 7). El contenido del derecho a la protección de datos de carácter personal consiste en palabras del Tribunal Constitucional (STC. 292/2000, de 30 de noviembre) ... en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso, señalándose más adelante, que... el significado y el contenido el derecho a la protección de datos personales se corroboran, atendiendo al mandato del artículo 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. Como es el caso de la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. En el ámbito europeo, del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, del que hemos dicho en la STC 254/1993, FJ 4, que no se limita "a establecer los principios básicos para la protección de los datos



tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11", sino que los completa "con unas garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8", al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de indicar, la comunicación de los números de teléfono móvil y dirección de correo electrónico requerirá el consentimiento de los interesado a menos que la misma pueda ampararse en alguno de los supuestos excepcionados por el citado artículo 6.2, y ninguno de los cuales parece concurrir en el supuesto contemplado, por lo que la empresa no puede imponer a los trabajadores que le faciliten los referidos datos porque ello sería contrario a la Ley 15/1999. En consecuencia, conforme a lo expuesto, nos encontramos ante un derecho fundamental, la protección de datos de carácter personal, que es distinto de los garantizados en el artículo 18.1 de la Constitución y que se reconoce como titular del mismo a las personas físicas, tal y como se reconoce tanto en la LOPD como en la Directiva 95/46 así como en Convenios Internacionales suscritos por España cuya comunicación y tratamiento exige el consentimiento del titular. Resulta cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa. Ello ha de ser así porque en el concepto de abuso está ínsito un desequilibrio importante afectante a la parte débil del contrato. En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 2007 - rcud. 507/2007 -, define como abusiva la cláusula que implique " un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo al trabajador...". El incorporar a la firma del contrato una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad unilateral del empresario la decisión consistente en que " cualquier tipo de comunicación relativa al contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo ,podrá ser enviada al trabajador Vía SMS o vía correo electrónico mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contrato. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata "no puede considerarse entre las «consignadas válidamente en el contrato», y ello aunque se adicione el texto propuesto por la Inspección de Trabajo, " *sin menoscabo del cumplimiento por parte de la empresa los requisitos formales*

*exigidos por la normativa laboral vigente* " porque, la comunicación de los números de teléfono móvil y dirección de correo electrónico requerirá el consentimiento de los interesados a menos que la misma pueda ampararse en alguno de los supuestos excepcionados por el artículo 6.2, LOPD y ninguno de los cuales parece concurrir en el supuesto contemplado, al no haberse acreditado que tales datos son necesarios para el mantenimiento o el cumplimiento del contrato, sin perjuicio de que el trabajador pueda proporcionar voluntariamente sus datos a la empresa de forma separada, pudiendo cancelarlos en cualquier momento, por lo que la empresa no puede imponer a los trabajadores, al firmar el contrato de trabajo, que le faciliten los referidos datos por ser contrario a la Ley 15/1999, significando que el poder de dirección del empresario, cuyo fundamento constitucional se encuentra en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la CE no es un poder absoluto y ha de sujetarse a determinados límites:-los "externos" impuestos por los derechos que la Constitución, Leyes y Convenios reconocen a los trabajadores ,y -límites" internos" en cuanto que ha de ser ejercido de buena fe y de forma regular (artículos 5.c y 20.2 ET ). Por todo ello, debe estimarse la demanda.

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

## **FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos la demanda formulada

[ ... ]

sobre conflicto colectivo, declaramos la nulidad de las cláusulas impugnadas y debemos condenar y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.

[ ... ]