

## «Interés del cliente» por las videollamadas, «cláusulas de cesión de datos» y «derecho a la imagen» de los trabajadores: ¿renacer del consentimiento libre o errado exceso de celo judicial?

Comentario a la [Sentencia de la Audiencia Nacional 87/2017, de 15 de junio](#)

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

«La construcción tradicional dibujaba el derecho a la tutela de la vida privada (...) según el esquema del derecho de propiedad, excluyendo el "acceso" por (...) los demás a su propia esfera privada. La protección de datos modifica esta perspectiva, y la pone casi del revés, basando el nuevo derecho en el "acceso" por parte de todos los interesados a las informaciones que los demás tienen en relación con ellos (...). La previsión general del derecho de acceso hace que la transparencia total de la organización social crezca, con (...) desarrollo de la democracia»

STEFANO RODOTÀ<sup>1</sup>

### 1. EL MARCO LEGAL: LA «EJECUCIÓN» DEL CONTRATO, EXCEPCIÓN A LA NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO

La sociedad actual crea todas las circunstancias (uso masivo de internet y activación continua de motores de búsqueda de datos personales y de perfiles virtuales que pergeñen la identidad real de las personas) para actualizar la verdadera amenaza que se cierne para la privacidad: no que «se acumule información» sobre ellas (almacenamiento) sino más bien «que pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con qué objeto se transmite» (tráfico). Nuestros datos personales y los perfiles de identidad virtual que sobre nuestras múltiples «huellas informáticas» o rastros digitales se reconstruyen están disponibles para un número difuso

---

<sup>1</sup> [Democracia y protección de datos.](#)

de personas, empresas e instituciones. Y circulan, a menudo, incluso por exhibición voluntaria (redes sociales; aceptación alegre de las simpáticas *cookies*), como auténticas mercancías, objeto deseado de los nuevos modelos de negocio.

En este contexto de apertura masiva de la disponibilidad sobre la privacidad, si, como advertía igualmente Stefano Rodotà, el mundo de lo moderno se contentaría con el tránsito desde la, cada vez más inverosímil, tutela liberal de las «reservas de privacidad» a la, más realista, tutela social del consentimiento libre para la circulación de datos personales (art. 6.1 [Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal](#) –LOPD– y arts. 6 y 7 del [Reglamento –UE– 2016/679](#) –Reglamento UE–), el horizonte del mundo contemporáneo alentaría una visión más debilitadora. Concebido el consentimiento sobre los datos personales como garantía esencial de derechos fundamentales de autodeterminación, la práctica tiende a reducirlo a una carga burocrática, mero formulario a rellenar, de ahí los métodos normalizados y automatizados para recabarlo. Emblemático ejemplo de ello lo ofrece el célebre «consentimiento informado» de los pacientes antes de ser intervenidos médicamente (arts. 8 a 10 de la [Ley 41/2002, 14 de noviembre](#), de derechos de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Nacido como contenido esencial de un derecho humano, se ha transformado en la práctica clínico-médica en un instrumento de autotutela de profesionales y sistema médico frente a las crecientes expectativas de derecho de las personas, que mucho más conscientes de ello litigan en busca de indemnizaciones. El Tribunal Constitucional ([Sentencia 37/2011, de 28 de marzo](#)) no es ajeno a esa ambivalencia, de modo que junto a su ser contenido esencial del derecho a una protección de la salud participada y consentida, también le reconoce su función de límite a la responsabilidad social del sistema mediante la inclusión o penetración de la técnica contractual estandarizada, a fin de prevenir del exceso de litigios al sistema frente a malas praxis médicas (medicina defensiva). No se practica «pensamiento de la sospecha» frente a toda concesión de autonomía privada en un contexto relacional desigual, en el que el prestador tiene un control (técnico y organizativo) sobre el servicio muy superior al del beneficiario. Aquí solo pretendo llamar la atención sobre los riesgos inherentes a usos desnaturalizados de la garantía del consentimiento informado como un «contrato de adhesión», más «impuesto» que «consentido».

En el ámbito laboral, y salvo «datos especialmente sensibles» (afiliación sindical, salud laboral; art. 7 [LOPD](#), art. 22 [Ley de Prevención de Riesgos Laborales](#) y art. 9 [Reglamento UE](#)), la devaluación del principio de autodeterminación, desplazado por el principio de transparencia (el [Informe 60/2004 de la Agencia Española de Protección de Datos](#) –AEPD– precisa cuándo se debe exigir el consentimiento y cuándo informar), viene de la ley. Esta da autorización general para prescindir del consentimiento para la ejecución del contrato [arts. 6.2 y 11 [LOPD](#); art. 10.3 b) [RD 1720/2007, de 21 de diciembre](#), de desarrollo de la LOPD; art. 2.1 [LO 1/1982](#); art. 6.1 b) [Reglamento UE](#), e [Informe AEPD 190/2009](#)].

La [STC 39/2016, de 3 de marzo](#), no solo exacerba ese debilitamiento legal, al intensificar la excepción como regla *cuasi* total, sino que desnaturaliza el deber de información adecuada (que ha de ponerse también en relación con el principio de calidad de los datos recabados *ex art.* 4

LOPD), como se ha visto en los dos diálogos previos. Debilitamiento protector nada infrecuente, como ilustra la práctica creciente de control laboral: los «controles biométricos». Este tipo de control de presencia identifica al personal a partir de la lectura biométrica de los dedos por escáner (huella dactilar digital), que transforma su imagen tridimensional en un algoritmo. Este crea una secuencia numérica (código numérico) a partir de esa imagen de la mano que, incorporada, a su vez, a una base de datos, permitirá la identificación personal de los empleados. Descartada en la jurisprudencia la necesidad de consentimiento (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de julio de 2007, rec. 5017/2003), se mantienen las dudas, judiciales y científicas, sobre la necesidad de información previa (art. 5.1 y 4 LOPD). Asumiendo que son datos personales *ex* artículo 3 a) de la LOPD, algunos analistas entienden aplicable –erróneamente, a mi juicio– la excepción prevista en el artículo 5.3 de la LOPD, pese a que el principio de autoridad técnico-administrativa muestra su favor a la exigencia *ex* artículo 5.1 de la LOPD (Informe AEPD 0324/2009) y a que existe doctrina judicial (la sala contenciosa-administrativa no se pronunció –FJ 7.º, párr. 5.º, *in fine*–, por no invocarse en el recurso, pese a lo que, erradamente, de nuevo, parece indicar aquella corriente doctrinal más liberal) que claramente requiere tal información suficiente<sup>2</sup>.

No obstante, las empresas tienden a realizar prácticas defensivas en busca de prevenir eventuales sanciones y futuros conflictos (individuales y colectivos). De ahí que aumenten las políticas de inclusión de «cláusulas contractuales», bien para «cesión de datos» de trabajadores a favor de la empresa, bien, al contrario, para la reserva reforzada de datos (industriales y de propiedad intelectual) de la empresa frente al exterior. En este contexto adquirirá todo su sentido la interesante cuestión jurídico-laboral que sustancia la sentencia de este diálogo.

## 2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO FÁCTICO RELEVANTE PARA LA NORMA DEL CASO

UNISONO, empresa dedicada a la venta telefónica, cuenta con unos 6.000 trabajadores. Regula sus relaciones laborales por el V Convenio colectivo sectorial de contact center, cuyo artículo 2 delimita el ámbito funcional de este tipo de empresas de forma amplia. En él se incluye claramente toda actividad, presente o futura, que implique el contacto entre terceros por cualquier medio electrónico, no ya solo telefónico, de conformidad con los servicios que permita la tecnología digital (cláusula de apertura a la evolución tecnológica).

A día de hoy, no es una actividad ampliamente demandada por su clientela, pero la empresa mantiene dos contratos cuya ejecución exige videollamadas. Para la prestación de este servicio, instala una *webcam* en los terminales de los trabajadores que la realizan, hoy 15. Para asegurarse

<sup>2</sup> Ejemplo: SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de junio de 2013, recurso 483/2011: ratifica la sanción impuesta por la AEPD a Eulen, SA, por no informar *ex* artículo 5.1 de la LOPD (FJ 2.º); también la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de marzo de 2010, rec. 234/2008, si bien se mostró comprensiva con la omisión del deber de informar por no implicar culpabilidad y, además, la corrigió luego.

la disponibilidad del consentimiento de las personas adscritas en cada momento a este tipo de servicios, todos los contratos contienen una previa «cláusula tipo» del siguiente tenor:

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.

En cambio, cuando UNISONO realiza actividades de tipo promocional, que requieren la difusión de la imagen de sus empleados al exterior, les solicita una autorización específica. Nunca se había producido reclamación alguna relacionada con la cesión de imágenes de los empleados.

Un sindicato minoritario, sin embargo, considera nula la práctica de incluir cláusulas tipo y previas de cesión de datos personales, como sería la imagen, por lo que presentará una demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional, reivindicando el derecho a la protección de la imagen de los trabajadores *ex* artículo 18 de la CE. La empresa defiende que se trata de una exigencia de los clientes que requieren servicios de videollamada cubierta por convenio. En consecuencia, tratándose de una finalidad absolutamente legítima por el interés de venta en el mercado que satisface y si bien tiene la opción de no exigir consentimiento, en virtud de la doctrina de la AEPD, que consideraría estos datos como de estricta ejecución contractual –art. 6.2 LOPD; incluso art. 7 LO 1/1982–, con lo que le bastaría con informar *ex* artículo 5.4 de la LOPD (lo que habría hecho, también a la representación legal), su deseo de garantizar a los trabajadores sus derechos le habría llevado a incluir la cláusula expresa de cesión de imágenes. Por lo tanto, se trata de una medida necesaria para cumplir su actividad a satisfacción de los requerimientos del contrato con el cliente.

### 3. DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

La Audiencia Nacional estimará el recurso, no sin antes conceder a la empresa la razón de fondo en su exigencia, justificando la legitimidad del interés de mercado exhibido por aquella para pedir el consentimiento en tales casos, cubierto por el artículo 2 del convenio colectivo; pero le reprochará que haya errado en el procedimiento para hacerla valer contractualmente. A tal fin, sigue un razonamiento articulado en tres argumentos, básicamente.

En primer lugar, presupone, sin explicarlo mínimamente –en realidad lo obvia–, que el servicio de videollamadas requerido supone, en sí mismo, una intromisión en el derecho a la imagen *ex* artículo 18.1 de la CE que precisa, para ser legítima, un título válido: consentimiento o autorización por ley (art. 2.1 LO 1/1982). En segundo lugar, concluye que ese título debe ser

el consentimiento, porque la necesidad económico-empresarial de la cesión de la imagen –que presupone, se insiste– a fin de prestar el servicio de videollamada demandado por la clientela no equivaldría a un requisito «absolutamente imprescindible para el cumplimiento del objeto del contrato [deber de mera ejecución contractual], puesto que se utiliza, al menos hasta ahora, de manera (...) excepcional». En tercer lugar, y finalmente, el método de obtener la autorización del trabajador mediante una «cláusula tipo» al comienzo de la relación no colma la «exigencia legal del consentimiento» porque, prestado de forma indiscriminada y previa, no garantiza que se trate de una decisión libre o voluntaria realmente, por presumirse que se está más bien ante una imposición contractual. En consecuencia, siendo el trabajador contratante débil de la relación y estando en juego un derecho fundamental, el artículo 18.1 de la CE, la obtención del consentimiento deberá ser específico, individualizado y servicio a servicio, no genérico.

#### 4. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO: UN JUICIO DE PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN –O NO– COMO JURISPRUDENCIA

##### 4.1. *Los servicios de videollamada: ¿un tratamiento inicuo o una proyección inocua de la imagen del trabajador?*

La trascendencia de la doctrina que sienta esta sentencia iría más allá de su significado práctico para el caso. Se orienta en una dirección rehabilitadora del consentimiento del trabajador para gobernar el «tráfico» de sus datos personales, aquí, la imagen. Una revitalización que irá, lógicamente, en detrimento de la extremada generosidad con que la doctrina constitucional y la autoridad administrativa competente han venido concibiendo la habilitación legal por «imperativo de cumplimiento» o «ejecución contractual». Pero a ciertas fortalezas argumentales restaría un número, quizás mayor, de manifiestas debilidades, por lo que presenta una significativa dosis de incertidumbre sobre su convalidación jurisprudencial. De ahí, la oportunidad de mantener un breve, pero confío en que ilustrativo, «diálogo» con la misma a fin de extraer pautas más seguras de valoración de la validez, eficacia y necesidad de estas cláusulas en un tiempo en que irían en aumento, en la convicción de que previenen efectos negativos para la empresa (conflictividad, sanciones administrativas, indemnizaciones por daños morales –que el art. 9.3 LO 1/1982 presume por la sola existencia de la intromisión, aunque suele ignorarse esta regla por la doctrina judicial social que aplica esta norma civil–).

Y la primera (gran) sombra de duda sobre su corrección jurídica aparecería ya en el presupuesto aplicativo mismo de su doctrina, pero que, paradójicamente, orilla. Pese a que todo su razonamiento gira desde un enfoque del derecho a la protección de datos, que es el marco en que quiso situarlo, con marcada intencionalidad, la demanda sindical, la sala social de la Audiencia Nacional se sitúa sobre la idea de proteger eficazmente el derecho a la propia imagen. Así lo probaría tanto su conclusión de que la generalización de las cláusulas de consentimiento estandarizadas «deja sin contenido real el derecho a la propia imagen de los trabajadores», como la remisión al

precedente de la [STC 99/1994, de 11 de abril](#) («cortador de jamón»). Aquí la intromisión en el derecho a la imagen fue ilegítima porque se difundió, sin consentimiento, en un acto en el que se hacía difusión pública del producto, apareciendo en medios de comunicación, infringiendo el artículo 2.1 en relación con el artículo 7.5 de la [Ley Orgánica 1/1982](#).

Justamente, sabedora la empresa de esta doctrina, siempre pide consentimiento a sus trabajadores cuando hace campañas comerciales. Ahora bien, cuando deja aparecer la imagen de un trabajador, a petición legítima de un cliente, en la pantalla de video para la prestación del servicio de llamada, ¿implica realmente «captación, reproducción o publicación» de su imagen mediante cualquier procedimiento técnico, en los términos del artículo 7.5 de la [Ley Orgánica 1/1982](#)? ¿Un servicio mercantil de contacto telefónico con imagen propiciada por la tecnología, que permite acercar virtualmente lo que está lejos en la realidad física, en qué se diferencia de una prestación de servicio de atención al cliente en la que el trabajador está frente a frente con aquel, viéndose las caras?

El propósito de este tipo de llamada multimedia, que incorpora la imagen a la voz, es el de permitir acercar a personas de todo el mundo sin tener que moverse de su lugar, con lo que se propicia una comunicación directa, más personal y colaborativa, sin que una de ellas –cliente aquí– tenga que desplazarse hasta el lugar donde le han de dar el servicio (permite la ubicuidad, sin necesidad de transporte). Por lo tanto, ni se busca ni se precisa la grabación o la reproducción, menos la difusión, de la imagen, pues en tal caso, sí habría almacenamiento y, por lo tanto, un tratamiento de datos personales que, en atención a su fin y ámbito, como veremos, exigiría o consentimiento informado o, al menos, la información previa conforme a la normativa de protección de datos personales. Ciertamente, cuando se hace lo mismo solo con voz se da información de que sí se está grabando, pues en tal caso hay archivo de voz, de modo que si no se quiere ser grabado se puede rechazar, pero no habrá prestación de servicio.

No será superfluo hacer referencia a la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– de 28 de noviembre de 2017, demanda 70838/13](#) –grabación de las clases de un profesor universitario en la que, de nuevo en un asunto muy conflictivo, el TEDH ha declarado, por la pírrica diferencia de 4 votos contra 3, que el derecho a una «vida social privada» *ex* artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), que incluye la privacidad en «actividades profesionales» (así como en contextos públicos), se viola cuando se graba la imagen y voz de profesores impartiendo clases en anfiteatros docentes sin su consentimiento. Sin entrar ahora en la polémica que suscita la sentencia, apuntada ya en el [introito de este monográfico](#), se destaca aquí la reflexión final, muy interesante, del voto particular concurrente. Este, una vez defiende la existencia de una «expectativa razonable de privacidad, en el sentido de que normalmente cabe esperar que lo que está ocurriendo en el aula solo pueda ser seguido por aquellos que tienen derecho a asistir a la clase y que en realidad asisten a ella» (la relación docente sería algo más que transmitir conocimientos), la excepciona «cuando se graba una conferencia con fines educativos, (...) para uso de los estudiantes que no pudieron asistir físicamente a la clase».

La autorizada reflexión nos parece de lo más pertinente. En el caso de nuestro diálogo, ni existe necesariamente grabación (almacenamiento), ni difusión. La imagen quiere hacer posible que los clientes que no puedan o no quieran desplazarse hasta un centro de llamadas, puedan comunicarse directamente, de forma más cercana, con el prestador del servicio que requiere. ¿Qué hay de diferente, entonces, con la comunicación de presencia? Naturalmente, la tecnología podría permitir esas grabaciones e incluso su difusión indebida. En fecha reciente se daba la alarma sobre la entrada de la omnipresente WhatsApp (aplicación de mensajería instantánea) en este negocio de videollamadas, haciendo la competencia a otras plataformas, como Skype, porque sí abre la vía a una captación y difusión incontrolada de datos personales por terceros. Los «ciberdelincuentes» (delincuentes cibernéticos) habrían diseñado la manera de colarse en los dispositivos móviles y captar esos datos. Y, por supuesto, nada impide que algún cliente pudiera tener pretensiones desviadas, siendo deber de la empresa, por supuesto, garantizar en todo momento al trabajador que no se produce ese uso anómalo, utilizando, por ejemplo, cláusulas en el contrato mercantil de reserva, además de introducir dispositivos que eviten la grabación. Pero una cosa es el deber especial de tutela de la seguridad de datos de privacidad frente a lesiones de terceros, que recae sobre la empresa en tales casos, y otra que el medio de comunicación, en sí mismo, genere la intromisión.

Somos conscientes de la suspicacia que genera en la persona este tipo de dispositivos y por lo tanto, también, en sus representantes sindicales. Pero no siempre implican intromisión, si bien usados, como habría evidenciado la citada jurisprudencia relativa a tipos de controles tan sofisticados y complejos como los biométricos (la reducción a algoritmo digitalizado de la imagen de la mano, a fin de servir de código de identificación personal, no implica reducir la persona a mero número). En última instancia, «no hay norma que prohíba el recurso a la tecnología escogida para realizar el (...) cumplimiento» de la prestación de trabajo (allí el control, aquí el servicio de contacto telefónico), sin que su «novedad o complejidad» lo convierta en «lesiva de los derechos fundamentales invocados», si cuenta con «justificación legítima» ([STS, Contencioso-Administrativo, de 2 de julio de 2007](#), cit.). Eso sí, la jurisprudencia contenciosa advierte de la necesidad de que se respete el imperativo equilibrio entre unas razones –de empresa– y otras –de protección del trabajador–, en especial la información debida conforme a la ley de protección de datos, pero ni se planteó en la demanda ni asegurar el equilibrio sería competencia propia (FJ 8.º). En efecto, en ese caso, y en el nuestro, es la negociación colectiva la que debe asegurar ese equilibrio [el art. 9.2 b) [Reglamento UE](#), que incluye los datos biométricos como de especial protección, lo refuerza].

Para ser honestos, en este caso, las deficiencias de práctica forense detectadas deben ser repartidas en sus «culpabilidades». Si la sala de la Audiencia Nacional, a mi juicio, no ha enfocado bien el problema –tanto que confunde la visualización virtual de la imagen del trabajador que presta el servicio con la grabación y difusión (almacenamiento y tráfico) de la misma–, es porque, en esta ocasión, la abogacía de empresa no ha hecho bien sus tareas (en el [diálogo anterior](#) reprobábamos esa deficiencia a la abogacía sindical o de los trabajadores), porque no ha situado convenientemente el problema, deslindando lo que es del derecho de protección de datos de lo que es del derecho de protección de la imagen. Lo que sí se confirma, una vez más, es la

creciente potencia de la normativa de protección de los datos personales en garantía de espacios razonables, en un mundo invasivo *per se*, de control de la vida privada de las personas en general y de los trabajadores en particular (relaciones de subordinación laboral, civilmente moduladas).

#### 4.2. *¿La realización de videollamadas como «ejecución» de la prestación laboral debida (a informar) o como novación contractual (a consentir)?*

Situada la cuestión central, adecuadamente o no, en la existencia de un dato personal a proteger mediante consentimiento informado o mediante información previa adecuada, la clave de bóveda se sitúa no ya en la existencia de fines legítimos (test de justificación), que no se pone en cuestión por nadie, sino en la naturaleza jurídico-laboral del servicio prestado: ¿se trata de un deber de ejecución o cumplimiento del contrato de trabajo o realmente constituye una modificación funcional del trabajador que, en cada caso y de forma concreta, es llamado a la prestación de un servicio de videollamada, al ser «excepcional», no normalizado en su vida laboral ordinaria ni en la actividad actual de la empresa, sino «a demanda del cliente»? Hemos hecho reiterada referencia en estos diálogos a que la normativa nacional y comunitaria, hoy como mañana (art. 6.2 [Reglamento UE](#)), exige de consentimiento –no así de información, sin que sea de aplicación aquí la excepción del art. 5.3 [LOPD](#)– si «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».

La Audiencia Nacional niega que sea ejecución, pues es excepcional (solo 2 contratos entre decenas y únicamente 15 trabajadores entre 6.000). Pero ¿la frecuencia de prestación en el mercado (enfoque cuantitativo) determina la normalidad o no del servicio (enfoque cualitativo) cuando no solo es una finalidad legítima sino que el convenio colectivo prevé que se puedan prestar otros, utilizando una cláusula abierta, para adecuarse a la evolución digital? A mi juicio, aquí incurre igualmente la sala en un extremado reduccionismo formalista del concepto jurídico de ejecución de contrato.

Ciertamente, nada tiene que ver esta situación con otras en las que queda evidenciado que este afán en la tutela de la libre voluntad para consentir cláusulas contractuales requeridas, de inicio o posteriormente, a fin de cumplir los requerimientos de su clientela, como los acuerdos de seguridad y reserva de datos industriales, no tiene cobertura jurídica alguna en derechos fundamentales, sino que responde a recelos individuales. Sería el caso de la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 221/2017, de 3 de marzo](#), para la que no habría razón alguna que justifique la pertinaz resistencia de una trabajadora a firmar el «compromiso de confidencialidad y de cesión de derechos de propiedad industrial» urgido a la empresa, a su vez, por sus clientes, en atención al tipo de actividad que realiza habitualmente (relacionados con la gestión de datos), cuando el informe de auditoría realizado por la entidad certificadora (AENOR) evidencia lagunas en la política de protección de la actividad (acuerdos de seguridad y reserva). La trabajadora, en su defensa, alegó novación contractual y desproporción de la medida. Ambas alegaciones fueron rechazadas por la sala de suplicación.

Para la sala madrileña no hay novación alguna sino estricto mandato *ex artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores* y deber a cumplir *ex artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores*, resaltando que se negó rotundamente a ello hasta, como San Pedro, «por tres veces» (FJ 12.º) y sin que medie situación de presión alguna o acoso laboral en el trabajo, ni represalia por reclamar contra las sanciones previas (la sala se apunta a la crítica de doctrina judicial a esta suerte de nueva práctica de reclamaciones-blindaje contra el ejercicio del poder disciplinario empresarial):

No, se trató simplemente de una exigencia tendente a permitir que la empresa siguiese llevando a cabo los servicios que constituyen su objeto, única forma, si bien se mira, de mantener la actividad productiva y lograr la continuidad del negocio y preservar, a su vez, el volumen de empleo alcanzado. Además, la medida litigiosa resulta necesaria, idónea y proporcional –por razonable– al propósito que presidió su adopción.

La sala de la Audiencia Nacional, sin precisar –nuevo defecto de razonamiento jurídico– con tal nitidez el juicio de proporcionalidad –una vez que se ha superado el de justificación–, lo presupondría, en la medida en que llega a la conclusión de que la medida es innecesaria («no es absolutamente imprescindible», dice con rotundidad excesiva) «para el cumplimiento del objeto del contrato, puesto que se utiliza, al menos hasta ahora, de manera absolutamente excepcional». Ahora bien, si se tiene en cuenta la inexistencia de una intromisión real en la imagen del trabajador, al menos de forma necesaria, así como la estricta condicionalidad de la cláusula contractual al «fin de desarrollar una actividad propia de tele-marketing y cumplir los requerimientos del contrato mercantil del cliente», la práctica usual de la empresa de sí solicitar consentimiento específico y *ad hoc* para campañas de la empresa y la previsión convencional, entiendo que la solución más razonable debiera ser otra. Ni hay un sacrificio real del derecho ni, por la medida, sería desproporcionado. Nada tienen que ver este tipo de cláusulas con el uso torticero de ciertas reglas convencionales de empresa que buscan tan solo buscar el consentimiento de los trabajadores, individual o colectivo, para vulnerar un derecho necesario en aras de su puro interés más abusivo (ej. la *SAN 176/2017, de 7 de diciembre*, anula una cláusula convencional que fija el precio de la hora extra por debajo de la ordinaria).

#### 4.3. *La sospecha de falta de consentimiento libre por la vulnerabilidad especial en el acceso al empleo: ¿la debilidad contractual del trabajador es coyuntural o sistémica?*

Sea cual sea la respuesta a la cuestión anterior, queda claro que la razón principal del fallo de la sentencia de la Audiencia Nacional está en la protección que quiere blindar al trabajador aplicando, con cierta ingenuidad que casi induce a ternura, la doctrina del contratante débil. A mi juicio, aquí está la mayor fortaleza del argumento de la sala, pero también una nueva contradicción, al menos aparente.

En efecto, reclamándose a la doctrina jurisprudencial de la *STS de 21 de septiembre de 2015, recurso 259/2014*, considera que un consentimiento general y abstracto pedido al inicio del contrato, momento de mayor vulnerabilidad del trabajador, debe presumirse que es más im-

puesto que otorgado libremente. Tratándose de un sector, el laboral, de contratos de adhesión, la única forma de considerar razonablemente libre el consentimiento solicitado, con justa causa, al trabajador es excluir la práctica de las cláusulas tipo iniciales y genéricas, y sustituirla por la práctica del consentimiento específico, individualizado y simultáneo a cada decisión de prestación del servicio que afecte al derecho fundamental, para evitar vaciarlo del sentido práctico (doctrina de la tutela del efecto útil de la garantía de tutela legal y constitucional). Su solvencia es innegable, máxime atendiendo, aun en un tema diferente, a la más reciente doctrina del TEDH, que venimos comentando, tanto en relación con la defensa del efecto útil de la protección de la privacidad estricta del trabajador (test Bărbulescu) cuanto a la notable ampliación de la protección a la llamada «privacidad de la vida de relación social laboral» ([STEDH de 28 de noviembre de 2017](#)).

Ahora bien, solvencia no quiere decir plena convicción jurídica. Primero, porque cita una sentencia que no coincide exactamente con el caso –más allá del fundamento general de protección del contratante débil frente a las cláusulas contractuales tipo–. En la sentencia de referencia, la cláusula tipo se refería a datos estrictamente personales –teléfono individual, dirección particular...–, que, «convenientes para la prestación en un mundo laboral digital», no son realmente imprescindibles para la prestación de servicio alguno de la empresa. Sin embargo, en el caso aquí analizado, la propia Audiencia Nacional reconoce que la prestación del servicio de videollamada sí requiere de esa cesión de imagen, aunque entienda que no siendo usual no ha de considerarse mero cumplimiento del contrato, sino novación urgida de consentimiento por afectar a un derecho fundamental.

Segundo, porque utiliza un argumento cierto, la muy desigual posición entre trabajador y empresario en la relación laboral, que, entendido en toda su dimensión, le llevaría a una posición protectora maximalista: siendo sistémica o estructural esa debilidad del trabajador siempre habría que presumir viciado el consentimiento laboral.

Tercero. Queda claro que un consentimiento individualizado y específico, de contrato en contrato, puede tener cabida en el requerimiento legal de que sea realmente libre, por lo que la doctrina judicial no solo no se extralimitaría en relación con el artículo 12.2 del [Real Decreto 1720/2007](#), sino que anticiparía la mayor cautela frente a cláusulas de consentimiento opacas que exigirá el artículo 7 del [Reglamento UE](#). Ahora bien, si se adopta sin atender al fin específico para el que se pide, que se da por lícito, sino en abstracto, con una identificación realista de que el consentimiento en estos casos es siempre más impuesto que otorgado, ¿no se incurriría en un exceso de idealismo ajeno a la situación real no ya de los trabajadores, sino de la práctica totalidad de los usuarios, sin que su retraso a momentos posteriores cambie la situación? Piénsese que la ausencia de ese consentimiento pierde de vista, como evidencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la dosis de realidad que exige la interpretación de la norma: la capacidad de la empresa de adecuarse al interés de la clientela –como veremos, razón legítima para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por ser contenido esencial de la libertad de empresa *ex art. 16 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*– es también su capacidad de mantener el empleo.

Cuarto. Ya vimos cómo el propio TEDH no pone en cuestión la capacidad de consentir de los trabajadores, incluso cuando se encuentran en situaciones de presión laboral tan claras como el que les muestren un video en el que se les «pilla robando a la empresa», a fin de forzar alcanzar un acuerdo transaccional que, pese a realizarse en un contexto de vulneración del derecho a la vida privada, el TEDH, hoy tan garantista, da por válido, pues los trabajadores tuvieron la oportunidad de defender sus razones en juicio.

Quinto, y finalmente, como se deriva del [Dictamen 5/2005](#) del Grupo de expertos comunitarios en protección de datos, relativo a los datos de geolocalización, pero de valor general, las relaciones laborales tienen especificidad suficiente como para requerir una garantía del consentimiento libre más elaborada, que, una vez más, pasaría por la mayor implicación de la negociación colectiva [*vid.* art. 9.2 b) [Reglamento UE](#), de prontísima entrada en vigor].

En cualquier caso, parece claro, una vez más, esa dilución de fronteras entre el ambiente externo (sociedad civil) y el ambiente interno (sociedad laboral) de la empresa. Ni esta puede pretender reservarse un espacio para su absoluto control y dominio, como prueba que tienda a expandirse fuera de ella, excluyendo los necesarios nuevos espacios a la ciudadanía civil de los trabajadores, ni estos pueden ser tratados paternalistamente, como sujetos contractuales continuamente inmaduros que necesitan una constante protección hasta de sí mismos, devaluando o dejando bajo sospecha la libertad de su consentimiento. La debilidad contractual del trabajador es sistémica, no coyuntural, y si bien hay elementos de todo tipo de mayor vulnerabilidad, no le hace menos fiable que el común de los ciudadanos respecto del poder real –muy limitado– de gobernar autónomamente el tráfico de sus datos, si cuenta con la información suficiente y, en todo caso, como dice el TEDH, tiene siempre abierta la acción individual de impugnación. Es el convenio colectivo el que tiene la obligación de reforzar su tutela, una vez que se abre, con fin económico legítimo, a la evolución tecnológica.