

I

En primer término, hemos de señalar que habida cuenta de la fundamentación legal del informe y de su carácter preceptivo debería constar en el Preámbulo del real decreto proyectado que ha sido sometido a informe previo de la Agencia Española de Protección de Datos.

La disposición final quinta del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, *“por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector”*, habilita al Gobierno para su desarrollo reglamentario.

Según consta en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que se ha aportado con el proyecto de real decreto, el objetivo que éste persigue es, además de cumplir el mandato de la disposición final quinta del Real Decreto-ley 5/2022, modernizar la normativa relativa a las personas artistas, técnicas y auxiliares en las actividades relativas a las artes escénicas, audiovisuales y musicales adaptándola a las nuevas realidades y exigencias del sector e incorporar nuevos aspectos no contemplados en la regulación actual, como son el trabajo de menores, la protección frente a la violencia y el acoso, los derechos de propiedad intelectual, la utilización de la inteligencia artificial o la incorporación de remisiones a la negociación colectiva a fin de concretar y regular las condiciones de trabajo en determinados ámbitos.

La norma que se informa se estructura en un preámbulo y una parte dispositiva articulada en dos capítulos, con un total de dieciséis artículos, cuatro disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y una final.

Los capítulos, dedicados, respectivamente, I a las *“Disposiciones generales”* y II a las *“Disposiciones específicas para las personas artistas”*, son - como explica el Preámbulo del proyecto de real decreto- *“una exigencia de la ampliación y diversificación del ámbito de aplicación de la relación laboral especial: por un lado, el capítulo I contiene las disposiciones referidas a todas las personas que desarrollan actividades incluidas en el ámbito de aplicación previsto en el artículo 1, mientras que el capítulo II contiene las disposiciones aplicables específicamente a las personas artistas.”*

El texto del proyecto incorpora las novedades que el Real Decreto-ley 5/2022 introdujo en la regulación de esta relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.e) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET); deroga expresamente el RD 1435/1985, de 1 de agosto, *“por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos”* y aborda diversas cuestiones calificadas en el Preámbulo de *“completamente novedosas”*, entre las que cabe mencionar las siguientes:

El capítulo I introduce la figura del *“coordinador de intimidad”* y prevé, en atención a la intermitencia y brevedad de los contratos -una de las principales singularidades de ese sector de actividad- la adaptación a los principios de celeridad y efectividad de los planes y protocolos frente a la violencia y acoso sexual y por razón de sexo y de los conjuntos planificados de medidas para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI (artículo 7, *Protección efectiva frente a la violencia y el acoso*).

En el capítulo II, referido específicamente a las personas artistas, el proyecto regula el trabajo artístico de menores de 16 años; reconoce expresamente los derechos de las personas artistas en materia de propiedad intelectual y derecho de imagen en el contexto de la ejecución de un contrato de trabajo mediante una remisión directa a la regulación contenida en la normativa de propiedad intelectual y regula el tratamiento de la inteligencia artificial generativa en el marco del contrato artístico.

Llama la atención que ninguna de las disposiciones que integran el proyecto haga referencia al derecho a la protección de los datos de carácter personal de las personas físicas que sean parte en la relación laboral de carácter especial que se regula. Tampoco el Real Decreto-ley 5/2022, que es objeto de desarrollo reglamentario, menciona en sus disposiciones este derecho fundamental.

Por ello, resulta obligado traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 292/2020, de 30 de noviembre) que reconoce que el derecho a la protección de los datos personales es un derecho fundamental, autónomo e independiente de otros derechos, como el derecho a la intimidad, cuyo contenido *“consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar 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”*. (F.J. 7)

Debemos recordar, igualmente, que en el ámbito de la Unión Europea la Carta de los Derechos Fundamentales, de 7 de diciembre de 2020, reconoce en su artículo 8 el derecho a la protección de los datos personales como un

derecho autónomo, separado y diferente del derecho al respeto de la vida privada que regula en su artículo 7.

II

El Reglamento de Protección de Datos (RGPD) y la LOPDGDD conforman el marco jurídico de referencia en España en materia de protección de datos de carácter personal. Estas normas regulan los principios, las obligaciones del responsable y encargado y los derechos de los interesados a los que debe adecuarse cualquier modalidad de tratamiento de datos que se lleve a cabo, con independencia del carácter público o privado del sujeto responsable.

El artículo 4.2. del RGPD considera tratamiento *“cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”*.

El artículo 4.1 del RGPD define los datos personales como *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”*.

De acuerdo con este precepto la imagen y la voz de una persona es un dato de carácter personal como lo es cualquier información que permita determinar directa o indirectamente su identidad.

Respecto al concepto de dato personal y a sus distintas manifestaciones cabe traer a colación la exposición que el Grupo de Trabajo del artículo 29 ofrece en su Dictamen 4/2007 (wp 136), en el que indica:

“Desde el punto de vista de la naturaleza de la información, el concepto de datos personales incluye todo tipo de afirmaciones sobre una persona. Por consiguiente, abarca información «objetiva» [...] pero también informaciones, opiniones o evaluaciones «subjetivas».[...]Para que esas informaciones se consideren «datos personales», no es necesario que sean verídicas o estén probadas.”

“Desde el punto de vista del contenido de la información, el concepto de datos personales incluye todos aquellos datos que proporcionan información cualquiera que sea la clase de ésta. [...] esto incluye la información personal considerada «datos sensibles» [...] a causa de su naturaleza particularmente delicada, pero también otras categorías más generales de información.”

Y “Desde el punto de vista del formato o el soporte en que la información está contenida, el concepto de datos personales incluye la información disponible en cualquier forma, alfabética, numérica, gráfica, fotográfica o sonora, [...] En particular, los datos que consisten en sonidos e imágenes están calificados como datos personales desde este punto de vista, en la medida en que pueden contener información sobre una persona.”

Todo tratamiento de datos personales debe cumplir, acumulativamente, los principios que presiden el tratamiento establecidos en el artículo 5 del RGPD, precepto que dispone:

Los datos personales serán:

a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2.El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

En virtud del principio de responsabilidad proactiva el responsable del tratamiento debe cumplir los principios relativos al tratamiento establecidos en el artículo 5.1 del RGPD y estar en condiciones de demostrar su cumplimiento, de manera que este principio traslada al responsable la carga de acreditar que el tratamiento efectuado se adecúa a la normativa de protección de datos. Dice en ese sentido la STJUE de 4 de octubre de 2024, asunto C-200/23, (epígrafe 97):

“Cabe precisar igualmente que, de conformidad con el artículo 5 del RGPD, incumbe al responsable del tratamiento la carga de la prueba de que dichos datos se recogen con fines determinados, explícitos y legítimos, que son adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados y que son tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado [véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2023, Meta Platforms y otros (Condiciones generales del servicio de una red social), C-252/21, EU:C:2023:537, apartado 95].”

La “esencia” de la responsabilidad proactiva, según el Dictamen 3/2010, del Grupo de Trabajo del artículo 29 (wp 173), es la obligación del responsable del tratamiento de aplicar medidas que, en circunstancias normales, garanticen que en el contexto de las operaciones de tratamiento se cumplen las normas en materia de protección de datos y en tener disponibles documentos que demuestren a los interesados y a las Autoridades de control qué medidas se han adoptado para alcanzar el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos.

Para la adopción de esas medidas el RGPD toma en consideración, especialmente, además de la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, el enfoque del riesgo para los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas que entraña un determinado tratamiento. La repercusión que la vulneración del derecho a la protección de datos puede llegar a tener en otros derechos y libertades dota a este derecho fundamental de un carácter instrumental en la protección del conjunto de derechos y libertades fundamentales del individuo. El artículo 24 del RGPD establece sobre el análisis del riesgo y la obligación de adoptar medidas apropiadas:

“1. Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.

2. Cuando sean proporcionadas en relación con las actividades de tratamiento, entre las medidas mencionadas en el apartado 1 se incluirá la

aplicación, por parte del responsable del tratamiento, de las oportunas políticas de protección de datos.

3. La adhesión a códigos de conducta aprobados a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrán ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento.

III

El proyecto normativo regula “*la relación especial de trabajo de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad, a la que se refiere el artículo 2.1.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”, (**artículo 1.1** del proyecto de real decreto)

Se entiende por relación especial de trabajo de las personas mencionadas (**artículo 1.2** del proyecto de real decreto) “*la establecida entre la persona empleadora que organiza o la que produce una actividad artística, incluidas las entidades del sector público, y quienes desarrollen voluntariamente una actividad artística o una técnica o auxiliar, por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquella a cambio de una retribución*”.

El proyecto informado -**epígrafes segundo y tercero del artículo 1.2.**- precisa también qué personas físicas están incluidas en su ámbito de aplicación:

“entre otras, las personas que desarrollan actividades artísticas, sean dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas; de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual; artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, cualquier otra persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical.

A los efectos de este real decreto se entiende por personal técnico y auxiliar el que presta servicios vinculados directamente a la actividad artística y que resulten imprescindibles para su ejecución, tales como la preparación, montaje y asistencia técnica del evento, o cualquier trabajo necesario para la completa ejecución de aquella, así como la sastrería, peluquería y maquillaje y otras actividades entendidas como auxiliares, siempre que no se trate de actividades que se desarrollen de forma estructural o permanente por la empresa, aunque sean de modo cíclico.”

En relación con el ámbito de aplicación de la norma proyectada, su **artículo 1.3** incluye en él:

“todas las relaciones establecidas para las distintas fases de la ejecución de actividades artísticas, técnicas y auxiliares en los términos descritos en los apartados anteriores, mediante comunicación pública o destinadas a la fijación o difusión a través de cualquier medio o soporte técnico, tangible o intangible, producción fonográfica o audiovisual, en medios tales como teatro, cine, radiodifusión, televisión, internet, incluida la difusión mediante streaming, instalaciones deportivas, plazas, circo, festivales, tablaos, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier lugar destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a grabaciones, producciones o actuaciones de tipo artístico o de exhibición.”

En el marco de esta relación laboral especial el empleador necesitará tratar datos personales de muy distinto tipo que conciernan a la persona trabajadora, como pueden ser los datos identificativos, o bancarios, de salud, los relativos a su condición de víctima de acoso o de violencia de género y, respecto al artista contratado, su imagen y/o su voz.

Por ello, el responsable deberá tener en cuenta la naturaleza de los datos tratados: si tienen la consideración de categorías especiales de datos personales a tenor del artículo 9.1 del RGPD o de datos sensibles y debe aplicarse en consecuencia el régimen jurídico especial del artículo 9.2 del RGPD, debiendo adoptar en tal caso medidas reforzadas para garantizar que el tratamiento de datos de esa naturaleza se adecúe a los principios que presiden el tratamiento.

En relación con el principio de licitud del tratamiento, el empleador que organiza o produce una actividad artística tratará los datos de sus empleados que sean “necesarios” para el desarrollo y ejecución del contrato celebrado sobre la base jurídica del artículo 6.1.b) del RGPD: *“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”*.

También tratará los datos de sus empleados que sean “necesarios” para cumplir las obligaciones que la ley le imponga como consecuencia de su condición de empleador (por ejemplo, las impuestas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o la normativa tributaria y de Seguridad Social) con fundamento en la circunstancia de licitud del artículo 6.1.c) del RGPD: *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”*.

E, incluso, podrá realizar un tratamiento de los datos del trabajador que resulte “necesario” para satisfacer intereses legítimos propios o de un tercero siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del trabajador que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el trabajador sea un niño, amparado en el motivo de licitud del artículo 6.1.f) del RGPD.

De las seis circunstancias de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6.1 del RGPD, todas menos el consentimiento del interesado -letra a)- exigen que el tratamiento sea “necesario” para la finalidad perseguida, concretando a través de este requisito el alcance del tratamiento de datos que se ampara en la correspondiente base jurídica.

El término “necesidad” tiene en el Derecho comunitario un significado propio e independiente. El Tribunal de Justicia de la Unión lo considera un “concepto autónomo del Derecho Comunitario” (STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-524/2006, epígrafe 52) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que el <<adjetivo necesario no es sinónimo de “indispensable” ni tiene la flexibilidad de las expresiones “admisible”, “ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable”>> (epígrafe 97 de la STEDH 25 de marzo de 1983)

El carácter de *concepto autónomo* del Derecho de la Unión de la “necesidad” del tratamiento a la que se alude en todos los supuestos descritos en el artículo 6.1 del RGPD excepto en el recogido en la letra a), obliga -dice el TJUE- a que este concepto sea objeto de una interpretación unitaria. Así, la STJUE de 22 de junio de 2021, asunto C-439/19, epígrafes 81 y siguientes, dice:

“A este respecto, procede recordar que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión (sentencias de 19 de septiembre de 2000, Linster, C 287/98, EU:C:2000:468, apartado 43, y de 1 de octubre de 2019, Planet49, C 673/17, EU:C:2019:801, apartado 47).

Pues bien, el **artículo 10** de la norma proyectada -“Derechos y obligaciones”- se refiere en su apartado 1 al objeto principal del contrato de trabajo y dispone:

“La persona artista está obligada a realizar la actividad artística del ámbito de las artes escénicas, audiovisuales y musicales para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la empresa en lo que afecte a la organización de dicha actividad artística.”

En la relación laboral especial que contempla el proyecto, **la prestación a la que se obligan** “*las personas que desarrollan actividades artísticas*” y “*cualquier otra persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, interprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical*” (**artículo 1.2, segundo párrafo**, del proyecto de real decreto), **conllevará que el empleador necesite tratar los datos de la imagen o/ y la voz del trabajador.**

El tratamiento de la imagen y la voz del trabajador, en la medida en que se integre en la actividad artística que constituye la prestación a la que el trabajador se ha obligado por el contrato celebrado, así como el tratamiento de cualquier otro dato del trabajador de naturaleza diferente, encuentra su fundamento de licitud en el artículo 6.1.b) del RGPD siempre que sea “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”.

En consecuencia, siendo la imagen y la voz de la persona física datos de carácter personal, cumple con la normativa de protección de datos una restricción de este derecho fundamental que derive de la naturaleza de la actividad que es objeto del contrato de trabajo suscrito por el titular de los datos.

Sobre esta cuestión se pronunció con total claridad la Sala de lo social del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de abril de 2019, Casación 227/2017 (ECLI:ES:TS:2019:1436) que se hace eco, además, de la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994, de 11 de abril:

“Es 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, [...], 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.

Sentado lo anterior, 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, conforme a lo dispuesto en los artículos 6, números 1 y 2, y 11, números 1 y 2 de la antigua LOPD, de 13 de diciembre de 1999, y al art. 10-3-b) del RD 1720/2007 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 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, [...].

3.2 Esta solución se acomoda a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1994, de 11 de abril , [...].en el Fundamento 7 se afirma:

"La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Un marco, además, que también ha contribuido a crear la voluntad del propio trabajador, en cuanto que encuentra su origen en un contrato, por especial que éste pueda ser. A tal efecto, resulta de interés esencial la toma en consideración del propio objeto del contrato, y la medida en que éste exigía, o podía entenderse que exigía conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar. 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 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 .)

En efecto, el TC considera que la restricción del derecho que nos ocupa es viable cuando el objeto del contrato lo sobrentiende, cual ocurre en el presente caso, dado que el objeto del contrato y su ejecución es la realización de labores de telemarketing incluso con video-llamadas, 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 desechemos la idea de que se habla con una máquina o con un desconocido."

Respecto al alcance que tiene el término "necesidad" cuando la base jurídica del tratamiento sea el artículo 6.1.b) del RGPD, la STJUE de 9 de enero de 2025, asunto C-394/2023, considera que sólo estarán fundados en ese motivo de licitud los datos que sean "esenciales" para permitir la correcta ejecución del contrato celebrado. La sentencia precitada señala:

"para que un tratamiento de datos personales se considere necesario para la ejecución de un contrato, en el sentido de esa disposición, debe

ser objetivamente indispensable para conseguir un fin que forme parte integrante de la prestación contractual destinada al interesado.”

“El hecho de que tal tratamiento se mencione en el contrato o de que únicamente sea útil para la ejecución de éste carece, en sí mismo, de pertinencia a este respecto. En efecto, el elemento determinante [...] es que el tratamiento de datos personales efectuado por el responsable del tratamiento sea esencial para permitir la correcta ejecución del contrato celebrado [...] y, por lo tanto, que no existan soluciones viables y menos intrusivas”

“[...] cuando el contrato conste de varios servicios o de varios elementos separados de un servicio que pueden ejecutarse de manera independiente entre sí, la aplicabilidad del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra b), del RGPD debe evaluarse en el contexto de cada uno de esos servicios por separado”.

Partiendo de las anteriores premisas, será preciso que el contrato de trabajo que se celebre con sujeción a la relación laboral especial que el proyecto regula concrete los detalles de la prestación a la que se obliga el trabajador, en especial cuando éste sea un artista o ejecutante. Por ello, se valora positivamente que la norma proyectada **-artículo 10.3-** reconozca a las personas artistas el derecho a *“conocer por escrito los encargos que formen parte de la actividad artística contratada, incluido el plan y calendario de ensayos y otras actividades preparatorias con la mayor antelación posible y, al menos, un mes antes de la primera actividad prevista.”*

También, que, para el caso de *“actividades artísticas programadas por temporadas o periodos largos de antelación”*, el precepto establezca el derecho *“de las personas artistas” “a conocer por escrito los periodos de ejecución de los encargos y la descripción general de las condiciones de desarrollo de dicha actividad artística en el momento en que la programación esté cerrada en firme. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, pacto individual se podrán establecer las compensaciones económicas aplicables en los supuestos en los que el encargo suponga la obligación de preparación del proyecto o estudio del rol.”*

El principio de transparencia (ex artículo 5.1.a, RGPD) representa para el responsable del tratamiento una obligación general que se mantiene durante todo el ciclo de vida del tratamiento y que se proyecta, entre otros aspectos, en la provisión de información a los interesados y en el deber de atender los derechos que tienen reconocidos en los artículos 15 a 22 del RGPD. El considerando 39 dice: *“Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados.”*

Conforme al RGPD, la información que el responsable del tratamiento está obligado a facilitar al interesado (en este caso el trabajador) deberá ser concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. Permite que se proporcione por escrito o por otros medios, inclusive los electrónicos, y puede ser verbal cuando así lo solicite el interesado (ex artículo 12.1)

Cuando el empleador obtenga del interesado sus datos personales, en el momento en el que los obtenga, tiene el deber de facilitar al trabajador la información que detalla el artículo 13 del RGPD, entre la que figura la relativa a los fines del tratamiento a que se destinarán los datos personales y a la base jurídica del tratamiento.

Las consideraciones precedentes evidencian la relevancia que tiene para las partes de un contrato laboral especial como el que se quiere regular a través del proyecto informado la circunstancia de que el tratamiento de datos que se efectúe sea respetuoso con la normativa que regula este derecho fundamental.

Por tal razón, pese a que el RGPD y la LOPDGDD son de obligado cumplimiento, esta Agencia **sugiere** incorporar a la norma proyectada un nuevo artículo o una disposición adicional **que informe que todos los tratamientos de datos** que se lleven a cabo con ocasión de esa relación laboral especial están sometidos a su **normativa específica**, empleando esta redacción u otra similar:

“Los tratamientos de datos de carácter personal que se efectúen con ocasión de esta relación laboral especial, están en todo caso sometidos al Reglamento (UE) 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, y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.”

IV

No puede desconocerse que en la relación laboral especial que regula el proyecto informado existe una clara interconexión entre los datos de carácter personal de los artistas que son parte en ella y los derechos de propiedad intelectual que ostentan.

El proyecto normativo aborda **los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los artistas** con una remisión expresa a esa normativa específica. Su **artículo 12**, “*Derechos de propiedad intelectual de las personas artistas*” dispone:

“1. Los derechos de propiedad intelectual que, en su caso, correspondan a las personas artistas incluidas en el artículo 1, se regularán por el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la normativa complementaria o de desarrollo aprobada en esta materia.

2. Las retribuciones que, en su caso, se realicen a la persona trabajadora por conceptos de derecho de propiedad intelectual en el marco del contrato de trabajo, deberán figurar de manera expresa y diferenciada en el recibo de salarios en los términos previstos en convenio colectivo o contrato de trabajo, considerándose estas retribuciones elementos esenciales del contrato a los efectos previstos en el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, que será aplicable a todos los contratos artísticos independientemente de su duración.”

La Ley de Propiedad Intelectual (LPI), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en su Libro II, “*De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección «sui generis» de las bases de datos*”, dedica el Título I a regular los “*Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes*” y les reconoce el derecho exclusivo a autorizar la fijación de sus actuaciones (artículo 106 LPI); el derecho exclusivo a autorizar la reproducción -derecho que podrá ser objeto de cesión, transferencia o de concesión de licencias contractuales- (artículo 107 LPI); el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de sus actuaciones –salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada- y a las fijaciones de sus actuaciones, mediante la puesta a disposición del público en la forma establecida en el artículo 20.2.i. (procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija) (artículo 108 LPI).

Además, el artículo 25 de la LPI otorga a los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en fonogramas y videogramas el derecho a una “*compensación equitativa por copia privada*”.

El artículo 110.1 de la LPI tiene especial interés por su conexión con la materia que es objeto de regulación en el proyecto informado. Este precepto de la LPI establece una presunción iuris tantum en virtud de la cual, salvo pacto en contrario, cuando el contrato de trabajo tenga por objeto una “*interpretación o ejecución*”, el empresario adquiere sobre ella el derecho exclusivo de autorizar su reproducción y su comunicación pública en los términos que resulten de la naturaleza y objeto del contrato y del Título I - “*Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes*”- del Libro segundo - “*De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección «sui generis» de las bases de datos*”- de la LPI.

El artículo 110.1 de la LPI establece:

“1. Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato.”

Desde el punto de vista de la normativa de protección de datos, en el supuesto previsto en el artículo 110.1 de la LPI, el fundamento de licitud del tratamiento que realice el empleador de los datos de carácter personal (la imagen y/o la voz) del artista o ejecutante con quien ha suscrito el contrato de trabajo, sería el artículo 6.1.b) del RGPD –*“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”*- pues el precepto presume, salvo pacto en contrario, que el empleador adquiere en virtud del contrato celebrado los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública de la interpretación o ejecución artística.

V

El proyecto informado dedica uno de sus preceptos a regular el uso de la **inteligencia artificial generativa** (IA generativa) en el marco de la relación laboral especial de las personas artistas.

A grandes rasgos la IA generativa es una modalidad de la inteligencia artificial caracterizada por crear contenido nuevo -sea texto, imágenes, videos, audios, música, código de software y diseños- utilizando modelos de aprendizaje automático entrenados con grandes cantidades de datos que le permiten identificar patrones que luego usa para generar creaciones originales.

Procede señalar que en el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, cuyo desarrollo reglamentario se lleva a efecto a través del proyecto informado, no se incluye ninguna mención a la IA generativa ni se alude a ella de modo directo o indirecto. Así pues, estamos -como bien dice el Preámbulo de la norma informada- ante una novedad introducida por el proyecto de real decreto.

Bajo la rúbrica *“Tratamiento mediante inteligencia artificial generativa en el contrato artístico”*, el proyecto establece en su **artículo 13**:

“1. No se deducirá de la naturaleza u objeto del contrato para la realización de actividades artísticas, ni formará parte de la actividad contratada, la utilización por la empresa o su cesión a terceros, de la propia imagen o voz de la persona artista o de los resultados de la

actividad contratada, tales como la obra musical o escrita o las interpretaciones o ejecuciones artísticas, para replicar o generar estos mediante sistemas de inteligencia artificial generativa.

2. No obstante lo anterior, se podrán utilizar esos sistemas respecto de la obra o trabajo artístico, en los siguientes casos:

- a) Cuando el texto, la fotografía o la banda sonora permanezcan significativamente tal y como fueron guionizadas, interpretadas o grabadas, siempre que no suponga ultrasuplantación de la persona.*
- b) Cuando las interpretaciones o ejecuciones musicales permanezcan significativamente tal y como fueron interpretadas o ejecutadas y/o grabadas.*
- c) Cuando se precise por necesidades de producción, así como para la explotación o promoción, incluyendo la realización de recomendación o personalización de contenidos, siempre que no suponga ultrasuplantación de la persona.*
- d) Para procesos internos no destinados a la explotación y a la comunicación pública.*

Mediante la negociación colectiva se podrán identificar los usos de la inteligencia artificial generativa previstos en los epígrafes a), b), c) y d) precedentes, así como su modo de comunicación a la persona trabajadora.

2. Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, la utilización por la empresa o su cesión a terceros, de la propia imagen o voz de la persona artista o de los resultados de la actividad contratada mediante sistemas de inteligencia artificial generativa en el marco de la relación laboral, solo podrá producirse cuando exista acuerdo expreso formalizado por escrito, teniendo derecho la persona artista a percibir una compensación económica en los términos regulados, en su caso, en el convenio colectivo o, en su defecto, en el contrato de trabajo.”

El precepto que se ha transcrito contiene las siguientes reglas:

-Una regla **general** que declara **excluidos del contenido de la relación laboral especial** de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales “la utilización por la empresa o su cesión a terceros, de la propia imagen o voz de la persona artista o de los resultados de la actividad contratada, tales como la obra musical o escrita o las interpretaciones o ejecuciones artísticas, para replicar o generar estos mediante sistemas de inteligencia artificial generativa” (apartado 1).

-Excepciones a la regla general: el **apartado 2 del artículo 13** del proyecto incorpora cuatro excepciones; cuatro supuestos en los que *permite* que el empleador utilice libremente, sin requisito alguno, –“se podrán utilizar”,

dice el texto- los sistemas de IA generativa respecto de la obra o trabajo artístico.

-El **tercer apartado del artículo 13** (al que, por error, el texto del precepto le asigna otra vez el número 2) contempla la posibilidad de que la empresa utilice o ceda a terceros la imagen o voz de la persona artista o los resultados de la actividad contratada *“mediante sistemas de inteligencia artificial generativa en el marco de la relación laboral”* si existe a tal efecto un *“acuerdo expreso”, “formalizado por escrito”, “teniendo derecho la persona artista a percibir una compensación económica en los términos regulados, en su caso, en el convenio colectivo o, en su defecto, en el contrato de trabajo.”*

1. Artículo 13.2 del proyecto normativo

Para que un tratamiento de datos cumpla el principio de licitud deberá estar fundado en alguna de las circunstancias que taxativamente establece el artículo 6.1 del RGPD.

Toda vez que los tratamientos a los que hace referencia el artículo 13.2 del proyecto versan sobre datos de carácter personal (imagen y/o voz) del artista que es parte en la relación laboral especial que se regula, procede examinar cuál es la circunstancia del artículo 6.1 del RGPD en la que podría fundarse la licitud del tratamiento que el empleador realice mediante sistemas de IA generativa de la obra o del trabajo artístico que es fruto de la relación laboral especial y, en particular, si podría fundarse en la circunstancia del artículo 6.1.b) del RGPD: el *“tratamiento necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte”*. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el principio de limitación de la finalidad exige que los datos sean recogidos *con fines determinados, explícitos y legítimos*.

En el marco de la relación laboral especial regulada por el proyecto, el tratamiento de datos personales que pueda resultar *necesario* para ejecutar el contrato y los *fines* para los que se podrán recoger los datos tratados en cumplimiento de aquél tendrán como límite el objeto específico de esa relación laboral de carácter especial.

El objeto y alcance de la relación laboral especial sobre la que versa el proyecto viene establecido en su artículo 1, apartados 1 a 3. Nos remitimos al epígrafe III de este Informe en el que se reproduce el texto del artículo 1 del proyecto. Esta disposición de la norma informada es una **transcripción del artículo segundo, punto dos, del Real Decreto-ley 5/2022** que modificó el artículo 1 del Real Decreto 1435/1985.

El artículo 13.2 del proyecto normativo viene a considerar que forma parte del contenido del contrato laboral especial que regula el tratamiento que el empleador efectúe mediante sistemas de IA generativa - en los cuatro

supuestos que contempla- de la obra o creación artística en la que se materializa el objeto de la relación laboral y que incorpora datos personales del artista (su imagen o/ su voz).

En el supuesto del artículo 13.2 del proyecto, cuando el empleador trate mediante sistemas de IA generativa la imagen o/ la voz del artista o el resultado de la actividad artística que son el fruto del contrato de trabajo especial que les vincula, no está limitándose a hacer uso de una tecnología novedosa. Está efectuando un nuevo tratamiento de datos cuya finalidad no coincide con la que es propia de la relación laboral especial a tenor de su artículo 1, sino que estamos ante un nuevo tratamiento que persigue una finalidad distinta a la del contrato especial: generar una nueva creación.

El artículo 13.2 del reglamento proyectado permite al empleador tratar mediante sistemas de IA generativa la obra o el objeto de la actividad artística en los siguientes casos:

- a. *Cuando el texto, la fotografía o la banda sonora permanezcan significativamente tal y como fueron guionizadas, interpretadas o grabadas, siempre que no suponga ultrasuplantación de la persona.*

- b. *Cuando las interpretaciones o ejecuciones musicales permanezcan significativamente tal y como fueron interpretadas o ejecutadas y/o grabadas.*

- c. *Cuando se precise por necesidades de producción, así como para la explotación o promoción, incluyendo la realización de recomendación o personalización de contenidos, siempre que no suponga ultrasuplantación de la persona.*

- d. *Para procesos internos no destinados a la explotación y a la comunicación pública.*

Los apartados a y b del artículo 13.2 del proyecto ponen el énfasis en que el uso de la IA generativa debe cumplir el requisito de *no* representar un *cambio significativo* respecto a cómo fueron interpretadas o grabadas las actuaciones artísticas e interpretadas, ejecutadas o grabadas las actuaciones musicales, pues -dice el texto- deberán permanecer *significativamente* igual.

Sin embargo, lo relevante a los efectos que nos ocupan es que, incluso cumpliendo el requisito que exige la norma proyectada, los datos del trabajador artista recogidos y tratados de acuerdo con el artículo 1 del proyecto informado para una finalidad determinada descrita en el artículo 1 del proyecto de real decreto, podrán ser tratados con una finalidad “distinta”: generar una nueva creación. Este tratamiento excede del objeto específico de la relación laboral especial que la norma informada regula en su artículo 1, precepto que es, a su vez, una transcripción del artículo segundo, dos, del Real Decreto-ley 5/2022 que desarrolla.

Y esto, con independencia de que no exista una *ultrasuplantación*, definida en el artículo 3, apartado 60, del Reglamento de Inteligencia Artificial

-Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican diversos Reglamentos- como *“un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos”*.

En cuanto a los apartados c y d del artículo 13.2. del proyecto que se informa, cabe hacer idéntica consideración: que implican una ampliación del objeto del contrato laboral especial en la medida en que prevén un tratamiento de datos para finalidades distintas de las contempladas por la norma que regula la relación laboral especial y determina su contenido esencial.

Del último párrafo del artículo 13.2 del proyecto se infiere que no está previsto informar al artista al tiempo de celebrar el contrato de trabajo (ex artículo 13 del RGPD) del tratamiento mediante IA generativa precitado. Ese párrafo del artículo 13.2 dispone que mediante la negociación colectiva se determinará cómo se comunicará al trabajador artista el uso de sus datos mediante IA generativa en los supuestos previstos en el precepto.

Pues bien, a juicio de esta Agencia el **artículo 13.2 del proyecto** de real decreto, que otorga libertad al empleador -en las cuatro hipótesis que contempla- para tratar mediante sistemas de IA generativa la propia imagen o voz de la persona artista materializada en el producto o los resultados de la actividad contratada, **constituye una limitación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal** que le otorga el artículo 18.4 de la CE.

Llegados a este punto es preciso referirse de nuevo a la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que señala:

“Este derecho fundamental a la protección de datos [...] atribuye al titular una serie de facultades que consiste, en la mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización o la omisión de determinados comportamientos la regulación concreta de los cuales tiene que establecer la Ley, aquella que, de acuerdo con el art. 18.4 CE, tiene que limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando el ejercicio (art. 53.1 CE)” (FJ 5)

“[...] resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta la persona para decidir qué de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o qué puede obtener este tercero, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para que, así como oponerse a esa

posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, el almacenamiento y el tratamiento posteriores, como también el uso o usos que pueda hacer un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quien dispone de esos datos personales y a qué uso las está sometiendo y, de otra, poder oponerse a esa posesión y usos.” (FJ 7)

El artículo 13.2 del proyecto, en virtud del cual el artista que suscribe un contrato laboral especial deberá soportar que los frutos de su actividad artística puedan ser tratados libremente por el empleador, en los supuestos que taxativamente prevé la norma, y obtener una nueva creación mediante el uso de la IA generativa, restringe el poder jurídico que corresponde al titular de los datos personales de imponer a terceros la omisión de determinados comportamientos.

Cualquier limitación o restricción del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal tiene que estar prevista en una norma con rango de Ley o en una norma de Derecho de la Unión y respetar en todo caso el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional en su STC 76/2019, de 22 de mayo, se pronuncia en estos términos:

“En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:

Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a

nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal "ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica", esto es, "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, "no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites" (STC 292/2000, FJ 15).

Esta Agencia aprecia que la previsión recogida en el **artículo 13.2** del proyecto de real decreto -que permite al empleador tratar sin limitación alguna, mediante sistemas de IA generativa, la obra o trabajo artístico que es fruto de la relación laboral especial que vincula a las partes en los cuatro supuestos que contempla- supone una limitación del derecho fundamental del trabajador artista a la protección de los datos de carácter personal. Por otra parte, la disposición de la norma reglamentaria, del artículo 13.2 del proyecto de real decreto al que nos referimos, no está prevista en el Real Decreto-ley 5/2022 que desarrolla.

Así pues, la limitación del derecho fundamental a la protección de los datos que representa la disposición del artículo 13.2 del proyecto informado **no está respaldada en una norma con rango de Ley, por lo que es contraria al artículo 51 de la Constitución Española**.

Por consiguiente, esta Agencia considera que debe suprimirse la cláusula del artículo 13.2. del proyecto sometido a informe.

2. Artículo 13.3 del proyecto normativo

El tercer apartado del artículo 13 de la norma que se informa -al que por error el texto del proyecto le asigna el número 2 por segunda vez- prevé que el empresario utilice o ceda a terceros, mediante sistemas de inteligencia artificial generativa, en el marco de la relación laboral, la imagen o la voz de la persona artista o los resultados de la actividad contratada supeditándolo a que exista un "acuerdo expreso" y "escrito" entre el empleador y la persona artista, quien tendrá derecho a percibir una compensación económica.

El "acuerdo expreso" al que hace referencia el artículo 13.3 del proyecto no es un negocio jurídico independiente de la relación laboral especial que regula. Lo cual se infiere tanto del título del precepto en el que se incardina la

norma -el artículo 13 del proyecto lleva por rúbrica *“Tratamiento mediante inteligencia artificial generativa en el contrato artístico”*- como de las expresiones utilizadas en su regulación.

Así, el artículo 13.3 del proyecto alude a la utilización o a la cesión a terceros mediante sistemas de IA generativa *“en el marco de la relación laboral”*. Y al referirse al derecho que reconoce al artista a recibir una compensación económica añade, *“en los términos regulados, en su caso, en el convenio colectivo o, en su defecto, en el contrato de trabajo.”*

En consecuencia, el artículo 13.3 hace referencia al consentimiento prestado por el artista a esos tratamientos cuando suscribe el contrato de trabajo especial o bien cuando ya está vinculado por esa relación laboral.

El artículo 4.11 del RGPD define el «consentimiento del interesado» como *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Para integrar un consentimiento válido a efectos del RGPD la manifestación de voluntad del interesado deberá ser “libre”, “específica” “informada” e “inequívoca”. La prueba de la existencia de un consentimiento válido del interesado como base jurídica del tratamiento corresponde al responsable (ex artículo 5.2 y 7 del RGPD).

En cuanto al requisito de la libertad que debe concurrir para que el consentimiento sea válido a efectos de que opere como base jurídica del tratamiento (ex artículo 6.1.a, del RGPD), el considerando 43 del RGPD dice:

“Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, éste no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.”

Las Directrices 5/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos acerca del consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, en su versión 1.1, adoptadas el 4 de mayo de 2020, advierten de la dificultad de que

el consentimiento sea libre en situaciones en las que existe un desequilibrio de poder como sucede en el ámbito laboral:

*"21. También en el contexto del empleo se produce un desequilibrio de poder. Dada la dependencia que resulta de la relación entre el empleador y el empleado, no es probable que el interesado pueda negar a su empleador el consentimiento para el tratamiento de datos sin experimentar temor o riesgo real de que su negativa produzca efectos perjudiciales. Parece poco probable que un empleado pudiera responder libremente a una solicitud de consentimiento de su empleador para, por ejemplo, activar sistemas de vigilancia por cámara en el lugar de trabajo o para rellenar impresos de evaluación, sin sentirse presionado a dar su consentimiento*¹⁹. *Por tanto, el CEPD considera problemático que los empleadores realicen el tratamiento de datos personales de empleados actuales o futuros sobre la base del consentimiento, ya que no es probable que este se otorgue libremente. En el caso de la mayoría de estos tratamientos de datos en el trabajo, la base jurídica no puede y no debe ser el consentimiento de los trabajadores [artículo 6, apartado 1, letra a)] debido a la naturaleza de la relación entre empleador y empleado*".

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe recordar también que el artículo 6 de la LOPDGDD, "Tratamiento basado en el consentimiento del afectado", dispone:

"3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual."

En el supuesto previsto en el artículo 13.3 del proyecto, atendiendo a la naturaleza de las circunstancias que concurren, existe un riesgo grave de que la persona que contrata no actúe libremente al consentir el tratamiento del resultado de su obra o actuación artística mediante IA generativa. Para garantizar adecuadamente los derechos del titular de los datos, **esta Agencia considera necesario desvincular del contrato de trabajo especial** que regula el proyecto sometido a informe **del consentimiento del titular**, el artista, **para el tratamiento con la finalidad que contempla el artículo 13.3 del proyecto**.

Así pues, el acuerdo de voluntades para tratar mediante sistemas de IA generativa el resultado de la actividad artística que es fruto de la relación laboral especial, deberá articularse de forma totalmente independiente del contrato de trabajo que el empleador y el trabajador artista hubieran suscrito.

Deberá ser un negocio jurídico distinto e independiente del contrato de trabajo. Formalizarse por escrito e incluir la cláusula informativa en materia de protección de datos. El contrato de trabajo que es objeto de regulación en la norma proyectada no podrá supeditar su ejecución a que el trabajador artista otorgue el consentimiento al negocio jurídico que tenga por objeto el tratamiento de su actividad artística mediante IA generativa; ni establecer consecuencias negativas para el trabajador en caso de que no consintiera ese tratamiento; ni prever nada que pueda cercenar la libertad de la persona artista para hacer uso del poder de disposición sobre sus datos personales.

Por consiguiente, a juicio de esta Agencia el órgano consultante **debería suprimir de la redacción actual del artículo 13 del proyecto normativo sometido a informe el tratamiento mediante sistemas de IA generativa del resultado de la actividad artística que es fruto de una relación laboral** .

VI

El artículo 7 del proyecto de real decreto, encuadrado en el capítulo I relativo a las “*Disposiciones generales*”, establece:

“Protección efectiva frente a la violencia y el acoso.

1. Las personas artistas, técnicas y auxiliares en las artes escénicas, audiovisuales y musicales tienen derecho a la protección frente a la violencia y acoso, incluida la violencia, el acoso sexual y el acoso por razón de origen racial o étnico, nacionalidad, sexo, identidad u orientación sexual o expresión de género.

A tal fin, y en los supuestos y términos previstos en las normas legales y reglamentarias o en los convenios colectivos aplicables, así como en los supuestos de elaboración voluntaria, las empresas contarán con planes de igualdad, protocolos de prevención frente a la violencia y acoso sexual y por razón de sexo y un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI.

2. Tales planes, protocolos y conjuntos planificados de medidas tomarán en consideración la singularidad de la intermitencia y la breve duración de los contratos, adaptando, en su caso, los mecanismos de resolución de conflictos derivados de las situaciones de violencia y acoso indicadas en el apartado anterior a los principios de celeridad y efectividad en la garantía de los derechos de protección de las víctimas.

3. Cuando las actividades de las personas artistas consistan en la realización de escenas íntimas o de sexo, tales como sexo simulado, desnudez, violencia sexual simulada o contacto físico intenso, los

protocolos deberán contemplar la existencia de una persona que realice tareas de coordinación de intimidad en la planificación de dichas escenas, al objeto de proteger el derecho al respeto de los límites y el consentimiento de las personas y prevenir situaciones de acoso o violencia sexual. Dichos protocolos habrán de contemplar garantías específicas cuando tales escenas íntimas involucren a menores de dieciocho años.

4. La empresa facilitará con la antelación posible y, en todo caso, junto con el contrato, información suficiente sobre el contenido y el procedimiento de utilización de los planes y protocolos mencionados en este artículo.”

Tal y como dispone el artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), el empleador está obligado a garantizar la salud y seguridad de sus trabajadores.

Hemos de añadir que el artículo 6 de la LPRL habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales. El precepto establece:

1. El Gobierno, a través de las correspondientes normas reglamentarias y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, regulará las materias que a continuación se relacionan:

a) Requisitos mínimos que deben reunir las condiciones de trabajo para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

[...]

f) Condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos, en particular si para los mismos están previstos controles médicos especiales, o cuando se presenten riesgos derivados de determinadas características o situaciones especiales de los trabajadores”.

Así pues, la regulación de la figura del **coordinador de intimidad** prevista en el punto 3 del artículo 7 del proyecto -que es una de las novedades del proyecto normativo y que no está contemplada en el Real Decreto-ley 5/2022 cuyo desarrollo reglamentario lleva a cabo- tendría cobertura legal en el citado artículo 6 de la LPRL.

El **apartado 1 del artículo 7** del proyecto, al referirse al derecho de las personas trabajadoras a recibir protección frente a la violencia y el acoso por su origen racial o étnico, nacionalidad, sexo, identidad u orientación sexual o expresión de género, así como frente a la violencia y al acoso sexual, pone de manifiesto la amplia gama de información concerniente al trabajador que el

empleador, eventualmente, estará obligado a tratar en el curso de la relación laboral especial, siendo datos sensibles muchos de los datos tratados.

Respecto a los datos de a los que alude el artículo 7.1. del proyecto, la base jurídica del tratamiento es la norma laboral o de seguridad social que autoriza el tratamiento, (artículo 6.1.c, del RGPD).

Por consiguiente, el tratamiento de esos datos sensibles del trabajador queda limitado a la finalidad establecida por la norma que lo autoriza y sólo se tratarán aquellos que resulten necesarios para cumplir dicha finalidad.

El artículo 9.1 del RGPD, “*Tratamiento de categorías especiales de datos personales*”, dispone:

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, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;

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, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;

[...]

4. Los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud.”

La prohibición general del artículo 9.1 del RGPD para tratar los datos de carácter personal que relaciona sólo puede levantarse cuando concurra alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 9.2.

Por lo que atañe al tratamiento de datos personales que conforme al artículo 7 del proyecto informado deba efectuar el empleador, responsable del

tratamiento, la circunstancia que levanta la prohibición general del artículo 9.1 del RGPD es la establecida en el apartado b) del artículo 9.2 del RGPD: la necesidad del tratamiento para que el responsable o el interesado puedan cumplir obligaciones y ejercitar derechos *“en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”*.

Debemos subrayar que el responsable del tratamiento, en relación con los datos personales mencionados, tiene que aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas (ex artículo 24 del RGPD) para garantizar que el tratamiento que lleva a cabo sea conforme con el RGPD y poder demostrarlo. Especial diligencia tiene que desplegar las medidas que garanticen la confidencialidad y la seguridad de esos datos.

El apartado 3 del artículo 7 del proyecto regula la figura novedosa del **coordinador de intimidad**.

Su regulación en el proyecto reglamentario resulta incompleta y en algunos aspectos poco clara, lo que sucede, por ejemplo, cuando la norma establece que se deberá contar con *“una persona que realice tareas de coordinación de intimidad en la planificación de dichas escenas, al objeto de proteger el derecho al respeto de los límites y el consentimiento de las personas y prevenir situaciones de acoso o violencia sexual”*.

Párrafo que plantea la duda de si la actuación de esa figura debe ceñirse a la *“planificación”* de las escenas o si, como parece lógico pensar, también deberá estar presente en la realización de las escenas que menciona: *“íntimas o de sexo, tales como sexo simulado, desnudez, violencia sexual simulada o contacto físico intenso”*.

El tratamiento de datos personales de la persona física artista que lleve a cabo el coordinador de intimidad -en este caso, datos de carácter muy sensible- se realiza en nombre del empleador, quien tiene la condición de responsable del tratamiento. De manera que, si el coordinador de intimidad es una persona ajena al empleador, tendrá la condición de encargado de tratamiento. En tal caso deberá existir entre ambos un contrato o encargo de tratamiento que conste por escrito y que establezca las condiciones que habrán de regir la actuación del encargado de tratamiento; contrato que debe cumplir las previsiones del artículo 28.3 del RGPD.

El RGPD dispone en su artículo 28, *Encargado del tratamiento*:

“3. El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros,

que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado:

- a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;*
- b) garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;*
- c) tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo*

32;

- d) respetará las condiciones indicadas en los apartados 2 y 4 para recurrir a otro encargado del tratamiento;*
- e) asistirá al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III;*
- f) ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado;*
- g) a elección del responsable, suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;*
- h) pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.*

En relación con lo dispuesto en la letra h) del párrafo primero, el encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.”

En atención a lo expuesto, a propósito de la disposición del **artículo 7** del proyecto sometido a informe, esta Agencia **sugiere** que se dé una nueva redacción a tal disposición que tenga en cuenta estos criterios:

- Deberá constar el carácter especialmente sensible de los datos personales tratados, recordando la obligación que incumbe al empleador de garantizar la confidencialidad y seguridad de los datos personales y de adoptar a tal fin medidas técnicas y organizativas adecuadas.

- Deberá aclarar si la intervención del coordinador de intimidad se restringe o no la *planificación* de determinadas escenas.

- Deberá constar que, en caso de que el coordinador de intimidad sea una persona ajena a la empresa, tendrá la condición de encargado de tratamiento, debiendo celebrar un contrato o acuerdo de encargo de tratamiento cuyo contenido mínimo establece el artículo 28.3 del RGPD.

VII

El artículo 9 del proyecto contiene una detalladísima regulación del “*Trabajo de personas menores de edad*” centrada en estos ejes:

- La prohibición de trabajar, con carácter general, a los menores de 16 años.

- La prohibición de que el menor de 16 años ejecute el trabajo en calidad de autónomo.

- La posibilidad excepcional de que se autorice el trabajo del menor de 16 años en actividades de las artes escénicas, audiovisuales o musicales, *siempre que no suponga peligro para su salud ni para su adecuado desarrollo emocional, educativo ni personal ni para su formación profesional*.

- El trabajo del menor de 16 años deberá ser autorizado por la autoridad laboral para cada actividad artística concreta y recogerá las condiciones básicas en las que se desarrollará el trabajo. Únicamente se entenderá autorizado el trabajo en los términos específicos de la autorización.

- Se regulan minuciosamente (apartado 2 del artículo 9 del proyecto) todos los aspectos de la relación laboral del menor de edad: (i) La duración máxima de la jornada de trabajo. (ii) La prohibición general de realizar horas extraordinarias y de trabajo nocturno, detallando las condiciones que deberá cumplir las excepciones a la regla general para que puedan autorizarse horas extraordinarias y trabajo nocturno. (iii) La prohibición de realizar tareas penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres recordando el deber de la empresa de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras menores de edad conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y el resto de las normas reglamentarias aplicables. (iv) La prohibición de la participación de menores en obras, escenas o situaciones de carácter pornográfico. La prohibición de que menores de siete años participen en escenas o situaciones que *por contener violencia u otras características similares, puedan afectar a su desarrollo emocional*.

Especial interés tienen las siguientes consideraciones sobre las condiciones de trabajo del menor de edad:

“a) Deberá ser compatible con su vida social, su tiempo de ocio y su descanso. Además, deberá ser compatible con su actividad escolar diaria reglada o, excepcionalmente, con una actividad escolar alternativa proporcionada por la empresa que permita el adecuado seguimiento de los planes de estudios oficiales.

El trabajo no podrá dificultar la asiduidad en la asistencia a su centro escolar ni la participación en programas de orientación ni, en su caso, el seguimiento continuo del plan de estudios alternativo. El trabajo deberá llevarse a cabo, prioritariamente, durante los periodos de inactividad escolar, tales como vacaciones o fines de semana.

b) La persona menor debe contar durante la actividad laboral con la presencia de un familiar de hasta segundo grado inclusive, por consanguinidad o afinidad o, en su defecto, de una persona nombrada por la empresa con el acuerdo de sus progenitores o de la persona que ejerza la patria potestad, que velará por el bienestar y las necesidades de aquella.”

“e) En particular, la empresa adoptará las medidas necesarias para proteger la seguridad y la salud de las personas menores de dieciséis años, teniendo especialmente en cuenta los riesgos específicos derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para valorar los riesgos existentes o potenciales de su desarrollo todavía incompleto.

Igualmente se adoptarán medidas de prevención adecuadas con relación a los métodos de iluminación y maquillaje para las personas de entre seis semanas y un día y tres años de edad.”

La primera apreciación que cabe hacer a la vista del texto de la norma es la abundantísima información concerniente al menor de edad a la que va a tener acceso el empleador a fin de cumplir las exigencias impuestas para garantizar sus condiciones de seguridad en el trabajo.

El carácter sensible de los datos personales de un menor de edad, más aún cuando el conjunto de datos que está previsto recabar, ofrecen una radiografía completa de su vida y sus actividades, obligan al responsable del tratamiento, el empleador, a reforzar las medidas para garantizar el cumplimiento de los principios de protección de datos, particularmente de los principios de minimización de datos (ex artículo 5.1.c, RGPD), de confidencialidad y seguridad de los datos.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 35 del RGPD, “Evaluación de impacto relativa a la protección de datos”, establece que

1. Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe

un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares.

[...]

3. La evaluación de impacto relativa a la protección de los datos a que se refiere el apartado 1 se requerirá en particular en caso de:

a) evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar;

b) tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10, o

c) observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público.

4. La autoridad de control establecerá y publicará una lista de los tipos de operaciones de tratamiento que requieran una evaluación de impacto relativa a la protección de datos de conformidad con el apartado 1. La autoridad de control comunicará esas listas al Comité a que se refiere el artículo 68.

[...]

7. La evaluación deberá incluir como mínimo:

a) una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento, inclusive,

cuando proceda, el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento;

b) una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad;

c) una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados a que se refiere el apartado 1, y

d) las medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la protección de datos personales, y a demostrar la conformidad con el presente Reglamento, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los interesados y de otras personas afectadas”.

Esta Agencia de acuerdo con lo dispuesto en el punto 4 del artículo 35 del RGPD viene considerando necesario que el responsable del tratamiento lleve a cabo un análisis de impacto de los tratamientos que contenga datos personales relativos a menores de edad.

Por ello, esta Agencia sugiere incluir en el artículo 9 del proyecto una referencia expresa al deber que incumbe al responsable del

tratamiento, en atención al resultado del análisis del riesgo previamente efectuado, de determinar si procede llevar a cabo una evaluación del impacto del tratamiento previsto en los datos personales del trabajador menor de edad, a la vista de las características del tratamiento y del nivel de intervención del trabajador menor de edad.